

PONENCIA

“PROBLEMAS PRÁCTICOS: LA DETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA MÁS RESPETUOSO CON EL INTERÉS DEL MENOR (LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL), FIJACIÓN DE UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS ADECUADA, LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INMERSAS EN ESTOS PROCEDIMIENTOS”

Ponente: José Luis Utrera Gutiérrez

Magistrado.

Juzgado de Familia 5 de Málaga.

Procesos matrimoniales. Resoluciones sobre guarda y custodia. Criterios de determinación de la pensión alimenticia para los hijos menores. Pericial Psicosocial. Maternidad subrogada. Criterios del Tribunal Supremo

**Centro de Estudios Jurídicos
Madrid, 19 y 20 de marzo de 2018.**

INDICE

1. DETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA MÁS RESPETUOSO CON EL INTERÉS DEL MENOR (LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL).

1.1.- ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: TERMINOLOGÍA

1.1.1. Custodia compartida y corresponsabilidad parental.

1.1.2. Responsabilidad parental, potestad, patria potestad, autoridad familiar, autoridad parental, guarda, custodia o régimen de convivencia.

1.1.3. Guarda, custodia o convivencia compartida y reparto del tiempo de estancia.

1.2. EL JUICIO DE PERTINENCIA SOBRE LA MODALIDAD DE CUSTODIA.

1.2.1. Desterrar posiciones personales apriorísticas.

1.2.2. Exclusión de las “falsas” custodias compartidas.

1.2.3. Exclusión de las negativas infundadas a esta modalidad de guarda.

1.2.4. Cómo resolver en los casos “dudosos”: Criterios legales y jurisprudenciales.

a) Voluntad de los menores de querer/excluir la guarda o custodia compartida u otra modalidad de guarda

b) Capacidad parental, aptitud o habilidad parental.

c) Disponibilidad para ejercer la custodia.

d) Vinculación psicológica o apego.

e) Continuidad de la figura cuidadora principal o cuidador primario.

f) Relación entre los padres en tanto tenga incidencia sobre el menor.

g) Continuidad de la organización establecida después de la ruptura.

h) La edad de los menores.

1.2.5. Importancia de los informes periciales o dictamen de especialistas.

1.3.- MODALIDADES DIFERENTES DE GUARDA O CUSTODIA COMPARTIDA. REPARTOS DE TIEMPO.

1.4. A MODO DE CONCLUSIONES.

1.5. ANEXO: Sugerencias sobre el contenido del interrogatorio judicial de las partes en materia de custodia.

2. FIJACIÓN DE UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS ADECUADA.

2.1. INTRODUCCION.

2.2. LAS TABLAS ORIENTADORAS PARA LA FIJACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS ELABORADAS POR EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

2.2.1. Estructura de las Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias

de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ.

2.2.2. Funcionamiento de las tablas.

3. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INMERSAS EN PROCEDIMIENTOS DE SEPARACION O DIVORCIO.

4. LAS RUPTURAS FAMILIARES JUDICIALIZADAS Y SU COSTE SOCIAL: APUNTES PARA UNA RESPUESTA DE MÁS CALIDAD DESDE EL SISTEMA JUDICIAL

4.1. ALGUNOS DATOS ESTADISTICOS.

4.2. LOS COSTES PERSONALES Y SOCIALES DE LOS DIVORCIOS MAL GESTIONADOS.

4.3. LA GESTION TRADICIONAL DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES Y LA NECESIDAD DE MEJORARA LA RESPUESTA QUE SE DA DESDE EL SISTEMA JUDICIAL.



RESUMEN. *En esta ponencia se sistematiza el juicio de pertinencia que debe realizar todo jurista para resolver sobre la modalidad de custodia más beneficiosa para los hijos menores en los supuestos de rupturas familiares. Se aborda de forma práctica y con la finalidad de facilitar el trabajo de jueces, fiscales y otros juristas en los procesos de familia. Igualmente, se estudia la cuantificación de la pensión alimenticia, tratando de introducir criterios de previsibilidad y seguridad jurídica y acotando, en la medida de lo posible, los márgenes de discrecionalidad que la ley otorga. Finalmente, se expone la problemática relacionada con la protección de los intereses de personas con capacidad reducida en los procesos de divorcio y se realiza una reflexión sobre la necesidad de cambiar la forma de gestionar los conflictos familiares judicializados.*

1.- DETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA MÁS RESPETUOSO CON EL INTERÉS DEL MENOR (LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL).

1.- ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS: TERMINOLOGÍA

1.1. Custodia compartida y corresponsabilidad parental.

La implicación positiva de ambos progenitores en la crianza y en el desarrollo de los hijos comunes tras la ruptura parental (corresponsabilidad parental o coparentalidad responsable) debe coincidir, a priori, con el contenido del interés del menor que es prevalente en la adopción de cualquier medida que le afecta. Se considera que esa doble implicación parental responde al interés superior de los menores al garantizarles su derecho fundamental a mantener una sana y amplia relación con ambos progenitores tras la ruptura. Si bien esa coparentalidad responsable puede ejercerse adecuadamente bajo cualquier modalidad legal de custodia, es la denominada “compartida” la que ofrece el marco convivencial más adecuado para su desarrollo. De ahí que esa modalidad de guarda tenga ya un reconocimiento social, y sea adjetivada como “deseable” o “preferente” en los textos legales y jurisprudenciales, pues se estima que es la que mejor garantiza el derecho fundamental de los niños/as a mantener una sana y amplia relación con sus progenitores separados.

El problema surge cuando a falta de acuerdo entre las partes ha de ser “impuesta” por el juez en la sentencia tras un proceso contencioso o confrontativo, bien porque uno de los progenitores la rechace, bien porque se discrepe sobre su concreción práctica. La mezcla de emociones e intereses que afloran en el entorno de una ruptura judicializada, agudizada como consecuencia de la liturgia procesal, hacen difícil que esta modalidad de relaciones familiares pueda funcionar satisfactoriamente sin un alto grado de colaboración entre los propios afectados. La práctica demuestra que, en algunos casos, la custodia compartida surgida de una sentencia no consensual puede ser un foco continuo de nuevos conflictos familiares.

Igualmente, la corresponsabilidad parental puede exteriorizarse mediante otras modalidades de custodia que garanticen la participación efectiva de ambos progenitores en la vida de los menores.

1.2. Responsabilidad parental, potestad, patria potestad, autoridad familiar, autoridad parental, guarda, custodia o régimen de convivencia.

Ante la disparidad terminológica existente en nuestra legislación estatal y autonómica, conviene, de forma breve, diferenciar las distintas instituciones jurídicas y su contenido en relación

con los deberes parentales.

Nuestro ordenamiento jurídico residencia en la institución de la **patria potestad, potestad, autoridad familiar o autoridad parental** el núcleo fundamental de las decisiones relevantes respecto a la crianza de los hijos menores (artículo 154 del C.C, 236-1 y 236-2 del Codi Civil Catalán). La guarda o custodia se configura como la facultad de cada progenitor de tener consigo a los menores y convivir con ellos durante un determinado tiempo. Sin desconocer la importancia de la convivencia en la relaciones familiares y, por tanto, del régimen de guarda que se fije, jurídicamente resulta más relevante la patria potestad, potestad parental, autoridad familiar y parental por su contenido. **Por tanto, deben deslindarse ambas figuras, siendo deseable que en convenios, resoluciones judiciales y planes de coparentalidad se detallen las decisiones que corresponden a este segundo ámbito y la forma de solventar las discrepancias que surjan en su adopción** (procedimiento del artículo 156 del CC y art. 236-13 CCC, sometimiento previo a mediación, nombramiento de un coordinador de parentalidad etc. etc.). Esa pormenorización de las facultades que integran la potestad y su ejercicio conjunto pueden eliminar muchas disputas sobre el modelo de custodia, al asegurar una corresponsabilidad parental satisfactoria para ambos progenitores con independencia del régimen de custodia que se establezca.

A modo de ejemplo serían decisiones de patria potestad, entre otras las siguientes:

- a) Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo viajes vacacionales.
- b) Elección inicial o cambio de centro escolar.
- c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.
- d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión y similares en otras religiones).
- e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.
- f) Se reconoce al progenitor no custodio el derecho a obtener información sobre la marcha escolar de el/los menor/es y a participar en las actividades tutoriales del centro. Igualmente podrá recabar información médica sobre los tratamientos de sus hijos.

1.3. Guarda, Custodia o convivencia compartida y reparto del tiempo de estancia.

Guarda, custodia, guarda o convivencia, todos estos términos se están refiriendo a una misma realidad, la tenencia o convivencia de los hijos con uno o ambos progenitores en determinados periodos de tiempo durante los cuales es el progenitor custodio o guardador el que ejercita y asume los deberes y responsabilidades propios de la potestad, pero no todos, sino solo aquellos que se derivan de forma directa de la convivencia y que comprenden las decisiones relativas a los aspectos cotidianos de la vida de un menor, es decir, aquellos que hacen referencia a hechos o actos en los que puede tomar decisiones sin necesidad de recabar la conformidad del otro.

Guarda o custodia en nuestro ordenamiento jurídico interno no tiene el mismo contenido que en las normas internacionales (Convenio de la Haya Sustracción Internacional de Menores 1980, art. 5; Reglamento 2201/2003, art. 3; Convenio de la Haya de 1996, art. 3) por lo que es conveniente aclararlo en la sentencia en aquellos supuestos en los que la sentencia pueda tener incidencia o eficacia transfronteriza.

La custodia compartida no requiere inexcusablemente el reparto al cincuenta por ciento del tiempo de estancia de los menores con ambos progenitores. Ese reparto puede ser asimétrico y centrarse en funciones y cometidos. Igualmente la alternancia de los tiempos de estancia puede revestir diversas modalidades (por periodos de días, semanas, quincenas, meses, trimestres, semestres etc. etc.) como más adelante veremos.

2.- EL JUICIO DE PERTINENCIA SOBRE LA MODALIDAD DE CUSTODIA.

La determinación de si en un caso concreto resulta procedente acordar la guarda o custodia compartida u otra modalidad de guarda podría realizarse siguiendo estos pasos:

2.1. Desterrar posiciones personales apriorísticas.

La custodia compartida no puede fijarse o rechazarse en función de la “creencias” que cada operador jurídico tenga sobre esta figura. La guarda o custodia compartida es una institución jurídica recogida en nuestro ordenamiento por vía de legislación positiva o de reconocimiento jurisprudencial y, por tanto, su procedencia o no en cada supuesto debe determinarse mediante un razonamiento jurídico que contemple una valoración de las circunstancias concretas que concurren.

2.2. Exclusión de las “falsas” custodias compartidas.

Un primer paso, para una correcta decisión en esta materia, debe ser la exclusión de aquellas custodias compartidas que son propuestas o rechazadas por motivos distintos a su finalidad esencial, cual es asegurar una amplia y gratificante relación de los menores con ambos progenitores y que ambos participen de forma activa en su desarrollo y formación. No es excepcional en la práctica de Juzgados y Tribunales observar peticiones de custodia compartida que son alegadas como estrategia procesal para disminuir la pensión del progenitor que la solicita o para impedir la atribución exclusiva del uso de la vivienda o para forzar un determinado reparto de los bienes. **Es importante determinar la motivación real de la petición de guarda compartida en cada caso.**

2.3. Exclusión de las negativas infundadas a esta modalidad de guarda.

Igualmente se constatan negativas a esta modalidad de guarda basadas en argumentos que no contemplan el interés y beneficio de los menores: ventajas de la custodia mono-parental para el progenitor custodio en relación a la atribución en uso de la vivienda, percepción de una pensión con cargo al progenitor no custodio, “minusvaloración social” de la custodia compartida etc. etc.

2.4. Cómo resolver en los casos “dudosos”: Criterios legales y jurisprudenciales.

El Tribunal Supremo en defecto de criterios legales en el CC ha establecido una serie de criterios que coinciden sustancialmente con los criterios legales establecidos en la legislación de las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia (Aragón, Cataluña; Navarra y Valencia) y a su vez con los criterios recomendados en el ámbito de la psicología. Se trata de criterios que ayudan al Juez a concretar en cada supuesto el interés del menor en relación con la modalidad de guarda o custodia.

En algunas legislaciones autonómicas se ha establecido la guarda o custodia compartida como modalidad de guarda o custodia preferente (Aragón y Valencia) y en otras como modalidad preferida (Cataluña y Navarra) pero en cualquier caso **la valoración de cada caso debe hacerse desde la perspectiva del interés del menor para cuya concreción resultan de extraordinaria utilidad los criterios reseñados aplicados a cada caso concreto.** No existe prioridad de uno o varios respecto a los demás siendo lo procedente una valoración global.

a) Incompatibilidad con la predisposición manifestada por los hijos menores.

La voluntad de los menores, expresada con madurez, razonadamente y descartadas manipulaciones parentales, ha de ser un criterio muy relevante a ponderar, dada la posible resistencia del menor a aquella modalidad de guarda contraria a sus deseos y la dificultad de ejecutar “in natura” este tipo de decisiones judiciales.

Modo de acreditación: La opinión de los menores puede ser conocida por medio de su audiencia directa (lo más recomendable), por la manifestación concorde de ambos progenitores o por lo expresado a los peritos judiciales en el seno de un informe pericial o dictamen de especialista imparcial.

b) Capacidad parental, aptitud o habilidad parental.

Puede resultar excluyente si uno de los progenitores carece de capacidad para ejercer la guarda o custodia (enfermedad, trastorno mental, drogodependencia etc. etc.) No se cuestiona cuando cada progenitor reconoce en el otro esa capacidad o no se cuestiona dicha capacidad o habilidad.

Modo de acreditación: Si se cuestiona por concurrir alguna enfermedad o trastorno resultan útiles los informes periciales, o informes de hospitales o servicios médicos y también sociales.

c) Disponibilidad para ejercer la custodia.

La ausencia clara de esa disponibilidad por razón de domicilio y horarios laborales puede excluir a ese progenitor como guardador. Son elementos objetivos que facilitan o impiden una guarda o custodia compartida en tanto posibilitan o imposibilitan la organización que exige una convivencia regular y continuada con un hijo menor.

Modo de acreditación: Prueba de interrogatorio y testifical.

d) Vinculación psicológica o apego.

Hace referencia al contenido de la relación del menor con cada progenitor.

Modo de acreditación: Informes periciales o dictamen de especialistas imparciales. Audiencia de los menores. Interrogatorio de las partes.

e) Continuidad de la figura cuidadora principal o cuidador primario.

Se parte de la presunción que el sistema de convivencia más adecuado al interés del menor consiste en mantener como cuidador principal a aquel de los progenitores que ha asumido dicho rol constante la convivencia pues es el sistema que mayor estabilidad va a dar al menor. No obstante no puede erigirse en criterio que imposibilite cualquier cambio en los roles familiares tras la ruptura parental.

Modo de acreditación: Interrogatorio de las partes y testifical.

f) Relación entre los padres en tanto tenga incidencia sobre el menor.

Este criterio hace referencia al nivel de comunicación entre los progenitores, capacidad de preservar las relaciones de los menores con el otro progenitor (tolerancia de vínculo) o nivel de conflictividad, referido todo ello, especialmente, a la situación anterior a la ruptura al ser más objetiva que tras la ruptura. Ha de tenerse presente que debe superarse la idea de que cualquier clase de conflictividad o mala relación excluye la guarda o custodia compartida. Ha de prestarse especial atención a la conflictividad generada por el progenitor que se opone a la custodia compartida.

Modo de acreditación: Informes periciales o dictamen de especialistas imparciales. Interrogatorio de las partes.

g) Continuidad de la organización establecida después de la ruptura.

El sentido es similar que el del criterio del cuidador primario.

Modo de acreditación: Interrogatorio de las partes.

h) La edad de los menores.

Es especialmente relevante respecto a menores de corta edad en los que se desaconsejan repartos de tiempo prolongados entre uno y otro progenitor y, por tanto, sin contacto con uno de ellos.

2.5. Importancia de los informes periciales o dictamen de especialistas.

Como puede verse, la valoración de los criterios exige en muchas ocasiones del asesoramiento de Equipos Técnicos o de peritos especializados en psicología cuyo contenido ha de ser valorado por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, es decir, examinando la

metodología utilizada, en relación con el objeto de la pericia y en relación con las afirmaciones que se contienen en la parte de conclusiones. Si lo que se valora es la capacidad o habilidades parentales se exigirá que el progenitor o progenitores sobre los que se perite hayan sido objeto de la pericia no bastando para su valoración referencias de terceros. Si lo que se examina es el estado emocional del niño/a es necesario que el menor haya sido valorado por el perito. No se aconseja descartar de forma absoluta un informe pericial “de parte” en el que haya intervenido uno solo de los progenitores y el menor. Sin perjuicio de que dicha pericial pueda considerarse incompleta, puede dar información relevante que junto con la derivada de otros elementos probatorios permita determinar mejor cual es la modalidad de guarda más adecuada a cada caso.

3.- MODALIDADES DIFERENTES DE GUARDA O CUSTODIA COMPARTIDA. REPARTOS DE TIEMPO.

Para acordar una distribución adecuada del tiempo de convivencia del menor con cada progenitor se deben tener en cuenta otra vez todos los criterios que hemos valorado para decidir si la guarda debe ser individual o compartida: la edad del menor; sus necesidades afectivas en función del grado de madurez y del vínculo afectivo que mantenga con cada uno de los progenitores; la organización familiar anterior y las posibilidades de organización de los padres después de la ruptura. Y como siempre se dará prioridad al interés y a las necesidades del menor.

No resulta posible fijar modelos de guarda o de distribución del tiempo teóricamente adecuados con carácter general. En la literatura encontramos tan solo recomendaciones que deben excepcionarse cuando no resulten adecuadas para un supuesto concreto. Sí pueden darse pautas generales a partir de las cuales podemos llegar a determinar sistemas de guarda que resulten adecuados para cada caso.

Si nos atenemos a la edad, la distribución del tiempo de convivencia puede variar de niños muy pequeños a niños o jóvenes adolescentes. Las necesidades afectivas y emocionales de los niños cambian con la edad y también cambia el contenido de la relación paterna y materna.

Cuando los menores son muy pequeños incluso se cuestiona la viabilidad de una guarda alterna. En los inicios de la vida de una persona es cuando se crean los vínculos afectivos y desde la psicología aconsejan estancias frecuentes y que no tengan una duración muy prolongada.

El niño tiene una perspectiva del tiempo diferente que le puede dificultar recordar al progenitor ausente y prever cuándo volverá a estar con él. La falta de previsión puede generarle ansiedad y dificultad para identificarse con cada progenitor.

Pueden darse las siguientes pautas, aunque debe atenderse siempre al caso concreto:

a) Cuando el niño o niña es muy pequeño, conviene fijar regímenes de estancia que consigan una relación frecuente con uno y otro progenitor, que no impliquen separaciones largas de uno y del otro y que sean estables temporal y espacialmente, es decir, que sirvan al menor como punto de referencia. Si son bebés, será difícil adoptar una medida de distribución igualitaria del tiempo y resultará más aconsejable establecer que el menor viva de forma prioritaria con un progenitor y fijar visitas o estancias con el otro muy frecuentes que se vayan ampliando progresivamente con el tiempo.

b) Con niños que ya no sean bebés, la referencia temporal es muy importante. Si se decide una distribución de días de la semana, se procurará distribuir el tiempo de manera que conviva los mismos días con la madre o con el padre cada semana (lunes y martes con un progenitor, miércoles y jueves con el otro y fines de semana alternos). De esta manera se facilita al menor la identificación del día semanal y evita una organización caótica del tiempo que acabará por desestabilizarlo. Si se decide que la distribución sea semanal, conviene fijar un día de intercomunicación con el otro progenitor. En cualquier caso, la distribución por días o por semanas tendremos que decidirla caso por caso, en función de los demás criterios y de las características del niño/a. **Si hay informe pericial, conviene que el perito pueda aclarar en el caso concreto cuál es**

el sistema que considera más adecuado a las necesidades y características del niño o niños que haya explorado, y debemos tener en cuenta si la distribución que se acuerda resulta compatible con la organización laboral de los padres (padres que trabajan a turnos....).

4. A MODO DE CONCLUSIONES.

- Toda custodia compartida debe suponer una forma de articular el ejercicio responsable de las obligaciones parentales y de **satisfacer el interés de los menores**. Igualmente, **la corresponsabilidad parental puede exteriorizarse mediante otras modalidades de custodia** que garanticen la participación efectiva de ambos progenitores en la vida de los menores.

- **Deben deslindarse las figuras de la patria potestad y guarda**, siendo deseable que en convenios, resoluciones judiciales y planes de coparentalidad se detallen las decisiones que corresponden a la primera de dichas figuras y la forma de solventar las discrepancias que surjan en su adopción

- La custodia compartida no puede fijarse o rechazarse en función de la “creencias” que cada operador jurídico tenga sobre esta figura.

- **Es importante discernir la motivación real** de la petición o rechazo de la custodia compartida.

- **La valoración de cada caso debe hacerse desde la perspectiva del interés del menor** para cuya concreción resultan de extraordinaria utilidad los criterios jurisprudenciales elaborados: La voluntad de los menores de querer/excluir la guarda o custodia compartida u otra modalidad de guarda, la capacidad parental, aptitud o habilidad parental y la disponibilidad para ejercer la custodia, vinculación psicológica o apego del menor, continuidad de la figura cuidadora principal o cuidador primario, relación entre los padres en tanto tenga incidencia sobre el menor, continuidad de la organización establecida después de la ruptura y edad de los menores.

- **La valoración de esos criterios exigirá en muchas ocasiones del asesoramiento de Equipos Técnicos o de peritos especializados** en psicología cuyo contenido ha de ser valorado por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica, es decir, examinando la metodología utilizada, en relación con el objeto de la pericia y en relación con las afirmaciones que se contienen en la parte de conclusiones.

- Para acordar una distribución adecuada del tiempo de convivencia del menor con cada progenitor se deben tener en cuenta nuevamente todos los criterios que hemos valorado para decidir si la guarda debe ser individual o compartida.

- **No resulta posible fijar modelos de guarda o de distribución del tiempo teóricamente adecuados con carácter general**, si bien la edad del menor resulta muy importante para concretar ese reparto.

- Si hay informe pericial, conviene que el perito pueda aclarar en el caso concreto **cuál es el reparto de tiempo que considera más adecuado a las necesidades y características del niño o niños que haya explorado**.

ANEXO

SUGERENCIAS SOBRE EL CONTENIDO DEL INTERROGATORIO JUDICIAL DE LAS PARTES EN MATERIA DE CUSTODIA.

1.- PAUTAS GENERALES.

Una decisión sobre el régimen de guarda requiere el conocimiento de muchos aspectos personales, organizativos, laborales, relacionales, entre otros, del grupo familiar. Para una adecuada obtención de información, el interrogatorio a las partes constituye una prueba muy importante. Para que pueda ser realmente eficaz ha de hacerse correctamente lo que implica cuidar aspectos tanto formales como los relativos al modo de declarar o al modo de dirigirse a las partes como aspectos más de contenido que tienen que ver con las preguntas que han de ser formuladas.

La experiencia nos indica que en muchas ocasiones no se obtiene de esta prueba todo el resultado posible lo que sin duda es una carencia para poder resolver adecuadamente (nos faltan datos que se han pasado por alto, o hemos generado desconfianza...).

Por eso entendemos importante dar unas pautas para la práctica del interrogatorio de parte que pueda ayudar a realizar esta prueba de una manera correcta de forma que las partes se sientan bien respondiendo a aquello que se les pregunta y puedan trasladarnos la información que precisamos. Es importante también que podamos transmitirles la importancia de que respondan porque de ello depende que el juez pueda obtener información importante para sus hijos

Las preguntas que se recogen en esta guía son orientativas y destinadas a que el juez pueda hacerse una idea lo más aproximada posible de cómo, cada uno de los padres pueden ejercer por separado las funciones parentales.

No pretende ser exhaustiva, pudiendo surgir otras dudas y preguntas en cada caso y situación concreta.

Hay que tener en cuenta que el escenario no es “natural” y que en muchas ocasiones es difícil que los padres y las madres se muestren de manera espontánea; es posible que se muestren tal y como son, que se expresen de manera muy coartada, o que sobreactúen y manifiesten capacidades falsas. De todas formas sí que es posible apreciar parte de las características que reúnen como padres.

El juez debe situarse en una posición de mayor neutralidad posible con respecto a las partes, dejando fuera sus prejuicios y opiniones con respecto a la custodia de los hijos. Es conveniente que se sitúe en el caso concreto, teniendo en cuenta que estos padres concretos son los que deben encargarse de estos hijos concretos por separado, con sus capacidades y dificultades. La pregunta que surge sería: “¿De qué forma puedo establecer las medidas más idóneas en este caso, para que estos hijos tengan cubiertas sus necesidades, físicas, afectivas, educativas, sociales, de autoridad, de acceso a los dos padres, etc..... en medio del conflicto que presentan estos padres?

El conflicto entre los padres puede ser pasajero y consecuencia de la crisis de la pareja conyugal y de la decisión de divorcio, o puede ser un conflicto más crónico; asimismo puede afectar en mayor o menor medida al ejercicio de las funciones parentales y a los hijos.

La ventaja principal de realizar un interrogatorio más profundo en la situación de la Vista Oral es que el Juez se puede hacer una idea más exacta del tipo de padres que tiene delante y de cómo están llevando a cabo, o pueden empezar a llevar, el ejercicio de las funciones parentales por separado y con qué grado de cooperación.

Los inconvenientes derivan de la propia controversia “escenificada” en la situación de juicio: cada parte pretenderá ofrecer la imagen más positiva de sí mismo y la más negativa del otro; en su caso, se podrán observar estas actitudes, así como el reconocimiento del otro como padre/madre y respeto de la imagen del otro con respecto a los hijos.

Otro inconveniente es que los datos pueden estar sesgados por el orden temporal de la declaración de las partes; quien declara en segundo lugar oír lo que dice el otro y puede situar al

respecto sus contestaciones.

Con la realización de un interrogatorio más profundo y detallado, no se pretende sustituir la realización de prueba pericial psicológica y/o social. Sin embargo, de la información que se obtenga se podrán tener las medidas más claras y también se podrá diferenciar la necesidad de acordar pruebas periciales.

Criterios orientativos a la hora de acordar prueba pericial psicológica y/o social pueden ser: sospechas de dificultades de índole social: adecuación del contexto familiar, ambiente físico, dedicación y disponibilidad de los padres, ambiente social inmediato, socialización de los hijos, problemas socio-familiares, etc. sospechas de dificultades y problemas psicológicos en alguno de los miembros de la familia; sospecha de psicopatología; problemas relacionales; problemas psicológicos en los hijos; sospecha de conflictos en las relaciones que afecten a las relaciones interparentales, etc.

2.- PREGUNTAS ORIENTATIVAS.

- ¿Cómo ha sido la vida familiar hasta la separación? (Para hacerse una idea de cómo era la convivencia cuando estaban juntos):

- Día típico
- Reparto de las tareas de la casa
- Horarios de trabajo
- Tiempo de dedicación a los hijos
- Relación de usted con los hijos. Cosas que hacían juntos.
- Relación del otro/a padre/madre con los hijos. Cosas que hacían juntos.
- Problemas que ha habido. Cómo se resolvieron
- Cómo era la cooperación como padres: acuerdos y desacuerdos.

- Cómo es la vida familiar después de la separación? (Entre otras cosas, para hacerse una idea de cómo han llegado a acuerdos – o no):

- Con quién viven los hijos
- Reparto de tiempo / visitas con el otro/a
- Cómo llegaron a poner esas medidas (si de acuerdo o judicialmente). Hacerse una idea de en qué medida lo hablaron.
- Tiempo de dedicación actual de usted a los hijos
- Tiempo de dedicación del otro/a a los hijos (la idea que tiene)
- Apoyos familiares con los que cuenta usted
- Apoyos familiares con los que cree usted que cuenta su ex.
- Si todavía no están separados: plan de atención a los hijos.
- Relación actual con los hijos: ¿ha cambiado en algo con la separación? ¿Hacen juntos las mismas cosas que antes?
- Relación actual del otro/a con los hijos (qué cree usted): ¿ha cambiado en algo la relación de su ex pareja con los hijos?; ¿Cree que su ex hace junto con los hijos las mismas cosas que antes?.
- Actualmente ¿En qué cosas están de acuerdo con respecto a los hijos? ¿Y en qué cosas están en desacuerdo?
- Cuando se tiene que comunicar con el otro/ por temas de los hijos: ¿Por qué vía lo hacen? (directamente, por teléfono, por mensaje, por correo electrónico, diciéndoles a los hijos...)
- Problemas que ha habido. Soluciones.
- Si usted ha pedido algún cambio (por ejemplo en visitas); ¿qué ha hecho el otro/a?

- Si su ex le ha pedido algún cambio (por ejemplo en visitas); ¿qué ha hecho usted?
- Custodia:
 - Cómo les ha/han explicado que ustedes se iban a divorciar.
 - Reacciones de los hijos.
 - Qué ha hecho usted antes estas reacciones
 - Qué ha hecho el otro padre/madre.
 - En casos de modificación de medidas: si les han hablado a los hijos de cambios. Quién y qué les han dicho. Qué han dicho o hecho ellos.
 - Quién ha planteado el cambio: los hijos, usted, el otro padre/madre?
 - Si los hijos han dicho que quieren pasar más tiempo con usted (o con el otro): Cómo ha surgido; en qué notan que quieren pasar más tiempo?
 - A quién cree usted que sus hijos están más apegados?.
- Para hacerse una idea del reconocimiento del otro/a como padre/madre y de la imagen de sí mismo/a como padre/madre:
 - Qué rasgos son los más positivos de usted como padre/madre
 - Qué rasgos son los más positivo de su ex como padre/madre
 - Qué es lo que usted cree que tendría que mejorar como padre/madre.
 - Qué es lo que cree que su ex tendría que mejorar como padre/madre.
 - Cómo cree usted que su ex le ve como padre/madre; qué piensa de usted como padre/madre.
 - Qué cree usted que aporta a los hijos que no les aporta el otro/a.
 - Cuando su hijo le pide algo al otro (padre/madre) y le dice que no, y va a usted pidiendo lo mismo: ¿qué hace?
 - Cuando se lo pide a usted y después va al otro/a ¿qué cree que hace el otro/a?
- Qué necesidades tienen los hijos.
 - Percepción de los hijos: cómo son; en qué necesitan que usted esté presente: tareas escolares, actividades, relaciones con amigos.
 - Necesidades de atención
 - Necesidades educativas
 - Necesidades sociales
 - En qué les ha afectado la separación.
 - Necesidades especiales.
- Cómo cree usted que están cubiertas esas necesidades. Qué les faltaría en estos momentos.
 - Plan de parentalidad: disponibilidad de tiempo, acompañamiento, actividades juntos (padre/madre e hijos). Vida diaria.
 - Si han cambiado en algo o necesitan algo en especial desde la separación.
 - Si se muestran tristes o preocupados, qué hace usted. Qué cree que hace el otro padre/madre.
 - Si a veces se manifiestan rebeldes o cogen rabieta, qué hace usted. Qué cree que hace el otro padre/madre.
- Estilos educativos.
 - Cuando su hijo/a hace algo que no le gusta a usted, ¿cómo le corrige?
 - ¿Cómo cree que lo hace el otro padre/madre?

2.- FIJACIÓN DE UNA PENSIÓN DE ALIMENTOS ADECUADA.

2.1. INTRODUCCION.

La falta de acuerdo respecto al *quantum* de la pensión a favor de los hijos supone la cuestión litigiosa más frecuente en los procesos contenciosos de familia (más aún desde la Ley 15/2005 que suprimió el sistema causal); una apreciación no estadística, pero basada en la práctica diaria de un Juzgado de Familia, me lleva a firmar que actualmente el 80% de los procesos tramitados por vía contenciosa tienen como único o principal motivo de desacuerdo entre las partes la pensión alimenticia a favor de los hijos y más concretamente su cuantía. Esa discrepancia se exterioriza unas veces de forma expresa, y otras se enmascara bajo otro tipo de disputas como pueda ser la petición de custodia monoparental o compartida, tal y como he hecho referencia en el apartado anterior.

Esta abundante litigiosidad “pensional” tiene dos causas: En primer lugar, la importancia que las partes conceden a esta medida en el conjunto de la regulación de sus relaciones post-ruptura, superando con creces a las referidas a aspectos personales. En segundo lugar, porque la regulación legal es tan imprecisa y ofrece tantas posibilidades de interpretación y de respuesta judicial que favorece enormemente la discrepancia entre los interesados. Ello se debe a que una de las características del Derecho de Familia es la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados que integran su contenido sustantivo. Uno de ellos es el que se refiere a la cuantificación de las prestaciones económicas o alimentos a favor de los hijos en los procesos de ruptura familiar (artículo 93 y 142 y siguientes del Código Civil). Para tal cuantificación se hace referencia a la “...acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento” (artículo 93) o a que “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe” (artículo 146).

Como vemos los términos que utiliza el Código Civil permiten una amplia discrecionalidad al Juez a la hora de concretar la cuantía, pues qué se entienda por “acomodación a las circunstancias y necesidades” o cual sea la proporción correcta entre el caudal y medios del alimentante y las necesidades del alimentista puede prestarse a muy diversas interpretaciones, como así lo demuestra la práctica y la jurisprudencia. Precisamente, el tribunal Supremo ha acuñado el concepto de “juicio de proporcionalidad” para referirse a la acomodación que deben tener los distintos elementos que señala el Código Civil (fundamentalmente, ingresos y medios del progenitor obligado al pago y necesidades del perceptor de la pensión) para que pueda entenderse correctamente fijada una pensión. Aunque ni tratadistas ni el propio TS dan indicaciones explícitas de cómo realizar ese juicio de proporcionalidad, pues en ausencia de un canon que sirva de referencia a la proporción, dicho juicio de proporcionalidad es más un juicio de “equidad” sujeto a un razonamiento lógico y poco más (véase STS S^a 1^a 27-1-2014 como resumen de todas las que han abordado el tema).

Las consecuencias de esa amplia discrecionalidad jurisdiccional a la hora de cuantificar las pensiones alimenticias en los procesos de familia son claras

- **Imprevisibilidad de la respuesta judicial.** Dependerá del Juzgado concreto en el que se tramite el asunto que la cuantía de la pensión sea una u otra.

- **Posibilidad de respuestas judiciales distintas en supuestos similares.** Resulta bastante frecuente que ante grupos familiares similares, con parecidas necesidades y disponibilidades económicas, la cuantía de las pensiones que se fijen sea diferente (a veces muy diferentes), no ya entre Juzgados distintos aunque correspondan a una misma población, sino incluso dentro de un mismo Juzgado.

- **Incremento de la litigiosidad contenciosa.** Ante la imprevisibilidad de la respuesta judicial siempre cabe pensar en que ésta va estar más cerca de las pretensiones de una de las partes y por tanto que no merece la pena llegar a un acuerdo.

2.2. LAS TABLAS ORIENTADORAS PARA LA FIJACIÓN DE PENSIONES ALIMENTICIAS ELABORADAS POR EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

Partiendo de la realidad descrita, esto es la importancia de la cuantificación de las pensiones en los procesos de familia y la amplia discrecionalidad que se ofrece a los operadores jurídicos para ello, hace algunos años se empezó a plantear la posibilidad de elaborar un sistema de tablas o baremo que evitase los numerosos inconvenientes que la actual discrecionalidad genera. Se trataría de hacer más previsible la respuesta judicial, **facilitar la posibilidad de acuerdos** y, por tanto, el incremento de los procesos consensuales, con el ahorro de costos (especialmente psicológicos) que ello supone para todo el núcleo familiar.

El sistema de baremación o de tablas para la fijación de pensiones en los procesos de ruptura familiar viene siendo utilizado desde hace años en la mayoría de los estados de EE.UU., Canadá, Noruega y Alemania entre otros países.

Por citar algún ejemplo, en los Tribunales de Familia de Washington DC los Jueces cuentan con un programa informático que, en función de los ingresos de los progenitores y otras variables del grupo familiar, ofrece al Juez un triple resultado (pensión alta, media o baja) que el Juez concreta en función de las circunstancias de cada caso.

En Alemania las denominadas Tablas de Dusseldorf vienen utilizándose desde 1961 y aunque carecen de valor normativo son pautas seguidas por los tribunales alemanes con la finalidad de incrementar la seguridad jurídica y favorecer la igualdad en la aplicación de la ley.

Con esos antecedentes y por parte de un **grupo de magistrados de familia y expertos en estadísticas se elaboraron las denominadas TABLAS ORIENTADORAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS DE LOS HIJOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA** aprobadas por el Pleno del Consejo general del Poder Judicial de fecha 11 de julio de 2013.

El trabajo realizado se ha materializado en dos instrumentos fundamentales: la memoria explicativa que incluye las tablas en soporte papel, y una aplicación informática que permite el cálculo del coste de mantenimiento de los hijos o de la pensión según los distintos supuestos que se contemplan. **La aplicación informática incluye una breve explicación del funcionamiento de las tablas, pero al ser sólo un extracto de la memoria, deberá acudir a ésta para un comprensión completa del sistema y sus variables.** Ambos instrumentos, es decir la memoria y la aplicación informática, pueden consultarse y en su caso descargarse en la extranet del CGPJ www.poderjudicial.es pestaña **cálculo de pensiones alimenticias**.

2.2.1.- Estructura de las Tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el CGPJ

Las Tablas se han elaborado en base a los datos facilitados por el INE y obtenidos de la Encuesta de Presupuestos Familiares (EPF años 2006-2010), y Encuesta de Condiciones de Vida (ECV años 2006-2010) con aplicación de las escalas de equivalencia de la OCDE modificada. Esos instrumentos estadísticos permiten determinar el coste que supone mantener a uno, dos o más hijos en función del nivel de ingresos de los progenitores y lugar de residencia del hijo.

De ese coste se han excluido dos gastos: el relativo a educación y el referido a vivienda. Las razones de la exclusión es que ambos gastos varían mucho en supuestos de rentas similares y distorsionan un régimen de baremización sólo por ingresos. En el caso de los gastos de educación suele ocurrir que a partir de determinado nivel de ingresos hay familias que opten por la enseñanza pública y otras que, con los mismos ingresos, acudan a la enseñanza pública. En relación a la vivienda debe ponderarse en cada caso por el juez si el derecho de habitación de los hijos se cubre con la atribución del uso de la vivienda familiar o con cargo a la pensión. Partiendo de esos datos se han elaborado dos Tablas.

La Tabla 1 (coste por hijo) proporciona una estimación del gasto, excluidas las partidas correspondientes a vivienda y educación, de mantener a uno (Tabla 1.1) dos (Tabla 1.2) o tres hijos

(Tabla 1.3) en función de los ingresos conjuntos de los dos progenitores, dejando en manos de los jueces la decisión de repartir ese coste entre ambos progenitores según las circunstancias específicas del caso. Esta Tabla sería de aplicación en los supuestos de custodia compartida. Aunque existen muchas modalidades en la concreción de este tipo de guarda, en la aplicación informática que facilita el uso de la Tabla 1 se ha incluido un modelo de reparto del coste en función del tiempo que los hijos estén con cada progenitor.

La Tabla 2 (pensión por hijo) ofrece el reparto de tales costes para uno (Tabla 2.1) dos (Tabla 2.2) o tres hijos (Tabla 2.3), excluidos los gastos de vivienda y educación, en proporción a los ingresos de cada progenitor, en los supuestos de custodia monoparental con régimen de estancias de fines de semana alternos, una o dos tarde semanales y mitad de vacaciones, fijando la pensión que correspondería al progenitor no custodio al considerarse que el progenitor custodio cubre su aportación con el mantenimiento del hijo/a durante el resto del tiempo que el hijo/a permanece con él. En este supuesto, si el derecho de habitación de los menores se cubre con la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio, dicha pensión sólo debería incrementarse con los gastos ordinarios de educación.

Conforme ya se advierte en la Memoria la utilización de las Tablas requiere la previa determinación de los ingresos netos (no brutos) de cada progenitor y la posible existencia o no de necesidades especiales de los hijos, pues en el caso de que existan éstas la cuantía de la pensión habrá de ser incrementada. Los ingresos netos salariales se calculan en 12 mensualidades anuales con inclusión prorrateada de pagas extras y cualquier otro concepto que pueda percibirse (pluses de productividad, bonos por objetivos etc. etc.). En la determinación de los ingresos netos no se descontarán las retenciones de sueldo o anticipos que pueda soportar el percceptor, ni las cargas propias que se atiendan con dicho salario (hipoteca, alquiler) dado el carácter preferente de la pensión alimenticia en favor de hijos menores.

2.2.2.- Funcionamiento de las tablas.

Las Tablas tienen un carácter **orientador** por lo que respeta siempre la independencia de Jueces y Magistrados, tanto en su uso habitual o no, cómo en su aplicación a cada uno de los casos concretos. Precisamente como refuerzo de esa premisa se elaboró la Tabla 1 que sólo hace referencia al coste por hijo, dejando plena libertad en la forma de reparto del mismo.

Ni el coste por hijo de la Tabla 1 ni la pensión fijada conforme a la Tabla 2 **incluye los denominados gastos extraordinarios** cuya concreción y forma de pago deberá determinarse separadamente.

La aplicación de los índices correctores por Comunidades Autónomas y tamaño de los municipios se realiza automáticamente por la aplicación informática introduciendo la denominación de una y otro. Si el cálculo se efectúa manualmente manejando el soporte papel habrá que multiplicar la cantidad que ofrece la Tabla (media estatal) por los índices de la comunidad autónoma y del municipio correspondiente (sin importar el orden) y dividiendo por 100 en ambos casos. El índice corrector a aplicar deberá ser el del municipio de residencia del menor al ser allí donde se efectúa el consumo de la pensión.

Por ejemplo si la pensión para dos hijos (Tabla 2.2) cuyos progenitores tienen ingresos de 1.500 euros mensuales cada uno es de 416 euros (media estatal), si los menores residen en Barcelona la pensión que corresponda será de 473.63 euros al mes, al haber multiplicado la pensión inicial por el índice de Cataluña (108.61) y el de Barcelona (104.83). En cambio esa misma pensión si corresponde a unos hijos que viven en una localidad de Extremadura de menos de 10.000 habitantes, la pensión final será de 316.94 euros al mes, al haber aplicado el índice corrector de Extremadura (83.14) y el de poblaciones de menos de 10.000 habitantes (91.64). Otro ejemplo; si la pensión para un hijo (Tabla 2.1) cuyos progenitores tienen ingresos de 1.500 euros mensuales el custodio y 2000 euros el no custodio es de 256 euros al mes (media estatal), si los menores residen en Málaga la pensión que corresponda será de 252.64 euros al mes, al haber multiplicado la pensión inicial por el índice de Andalucía (94.46) y el de Málaga (104.83). En cambio esa misma pensión si

corresponde a un hijo que vive en una localidad de la provincia de Málaga de menos de 10.000 habitantes, la pensión final será de 220.85 euros al mes, al haber aplicado el índice corrector de Andalucía (94.46) y el de poblaciones de menos de 10.000 habitantes (91.64).

Las Tablas no contemplan ingresos del obligado al pago de la pensión por debajo de 700 euros, al considerar que en los tramos de rentas inferiores a dicha cuantía, ha de fijarse la denominada pensión mínima o de subsistencia que jurisprudencialmente varía según las distintas zonas geográficas y poblaciones. Si con posterioridad se superase ese nivel de ingresos, podría actualizarse la pensión mediante la aplicación de la Tabla a los nuevos ingresos en el proceso que corresponda.



Centro de
Estudios
Jurídicos

3.- LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INMERSAS EN PROCEDIMIENTOS DE SEPARACION O DIVORCIO.

En relación a este apartado, y dada la amplitud de su enunciado, me voy a referir a una cuestión muy concreta, cual es los supuestos en los que un tutor plantea una demanda de divorcio en nombre de su tutelado con la capacidad limitada judicialmente.

Dicha petición requiere que se cumplan dos requisitos inexcusablemente: uno de forma y otro de fondo.

Formalmente será necesario acreditar la autorización del juez de la tutela conforme a lo previsto en el artículo 271 del C. Civil que requiere autorización judicial para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela.

Junto a ese requisito formal, ha de tenerse en cuenta, también, la necesidad de que se acredite que la acción de divorcio, o de separación, planteada resulta beneficiosa para el discapacitado. Ha de partirse de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 21-9-2011, la cual, reconociendo legitimación al tutor “en abstracto” para plantear la acción de divorcio de su tutelado señala, no obstante, que ello no comporta un “automatismo” en su concesión, sino que deberá examinarse en cada caso concreto si el divorcio planteado lo es desde la perspectiva del interés y beneficio del incapacitado, al ser dicho concepto jurídico indeterminado el que, conforme al artículo 216.1 del Código Civil, se erige en el canon de legalidad para determinar la viabilidad o no de la acción de divorcio planteada.

Por citar un caso concreto que se planteó en mi juzgado, en ese supuesto se denegó el divorcio interesado, pues no se acreditó, ni indiciariamente, que el divorcio interesado fuese beneficioso en algo para el discapacitado. En el informe emitido por la Sra. Psicóloga del juzgado así como en varios procedimientos tramitados con anterioridad en el juzgado sobre el mismo grupo familiar y en el propio desarrollo de la vista se constató que existía un enorme conflicto entre la tutora y la esposa del incapacitado, ratificándose que la solicitud de divorcio traía causa en la deteriorada relación personal entre ambas, y no en el beneficio del incapaz.

Se llegaba a tal conclusión de la constatación de que al tiempo de iniciarse la enfermedad degenerativa que produjo la discapacidad no existían problemas convivenciales graves entre la pareja que pudiesen amparar, si no desde el punto de vista jurídico que resultaría innecesario tras la reforma del C. Civil de 2005 (supresión del sistema causal) sí desde la perspectiva de justificar el interés del incapaz, una disolución del vínculo. Tampoco quedó probado qué beneficio obtendría éste por su condición de divorciado, pues ninguno pudo referirse por las personas más cercanas al incapacitado (tutora y hermano que fueron interrogados en la vista) más allá de un confuso “beneficio económico” que ni se demostró ni pudo razonablemente exponerse por terceros. Más bien se puso de manifiesto que tras la solicitud de divorcio habría un interés de la tutora por romper todo vínculo familiar del incapaz con su esposa, e incluso erróneamente con sus hijos a medida que fuesen siendo mayores de edad, como forma de “castigar” a una persona que, según ella, no había cumplido con su deber para con el enfermo cual habría sido entregarse “en cuerpo y alma” al incapacitado, reproche que además de irrelevante jurídicamente, pues tal consideración no puede servir de paradigma para justificar la acción de divorcio, era de dudosa veracidad, dado que más bien lo ocurrido había sido la contraposición de dos formas de entender el cuidado de una persona gravemente enferma: de manera personal como hacía la tutora, sacrificando toda su vida a tan loable fin, o con la ayuda de instituciones (internamiento en una residencia) como pretendía la esposa ante su imposibilidad de compatibilizar la atención personal al enfermo con el cuidado de sus hijos y su vida personal y laboral.

4. LAS RUPTURAS FAMILIARES JUDICIALIZADAS Y SU COSTE SOCIAL: APUNTES PARA UNA RESPUESTA DE MÁS CALIDAD DESDE EL SISTEMA JUDICIAL

4.1. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS.

Según los datos estadísticos del Consejo General del Poder Judicial en 2015 se registraron en los juzgados unos TRESCIENTOS MIL asuntos relativos a rupturas familiares. Se computan como tales divorcios, separaciones, nulidades matrimoniales, rupturas de parejas no casadas con hijos menores, modificaciones de medidas adoptadas con anterioridad, ejecuciones por incumplimientos de sentencias (impago de pensiones e incumplimientos de visitas fundamentalmente), discrepancias en el ejercicio de la patria potestad, medidas cautelares del artículo 158.6 del C. Civil), adopciones, acogimientos y otras medidas de protección de menores, regímenes de visitas de abuelos, restitución internacional de menores y procesos de liquidación del régimen económico matrimonial. Se excluyen de este cómputo las medidas previas y provisionales (al ser incidentes de un proceso principal entre las mismas partes), los procesos de jurisdicción voluntaria (salvo los relativos a los artículos 156 y 158.6 del C. Civil) y los alimentos entre parientes. Tampoco se han computado otros conflictos familiares judicializados, como los procesos sucesorios, reclamaciones/impugnaciones de filiación y los procesos de incapacidad. Estos datos se han obtenido computando el número de procesos registrado en los juzgados de familia, primera instancia no especializados en familia, primera instancia e instrucción y juzgados de violencia sobre la mujer. No se han incluido los procesos en segunda y superiores instancias (audiencias provinciales, tribunales superiores de justicia, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional).

De los trescientos mil asuntos anuales de familia así computados, unos cien mil (modificaciones de medidas, ejecuciones, liquidaciones del régimen económico matrimonial, discrepancias en el ejercicio de la patria potestad y medidas del artículo 158.6) son procesos “reiterativos”, es decir que suponen una nueva judicialización de un conflicto familiar que ya ha tenido con anterioridad una sentencia.

La población afectada por esos procesos sería de SEISCIENTOS MIL adultos (300.000 X 2), además de unos trescientos noventa mil hijos, a razón de 1.3 hijos por matrimonio o pareja según los índices españoles. Es decir, aproximadamente UN MILLÓN DE PERSONAS anualmente acuden a los juzgados con motivo de un conflicto familiar de ruptura judicializado. Esa cifra incluye sólo a quienes son partes en el proceso y a los afectados “directamente” por las resoluciones que se dictan (hijos). Si computásemos también a quienes “indirectamente”, pero de manera muy intensa en muchos casos, se ven concernidos por la resolución que se adopta en tales procesos (abuelos, parientes, nuevas parejas...) esa cifra sería incluso mayor. Por tanto, la judicialización de los conflictos familiares de ruptura afecta a un sector de la población numéricamente muy importante.

4.2. LOS COSTES PERSONALES Y SOCIALES DE LOS DIVORCIOS MAL GESTIONADOS.

Junto a su importancia numérica, los conflictos familiares de ruptura tienen, en la mayoría de los casos, una elevadísima carga emocional que ha permitido afirmar que el divorcio es la segunda experiencia más estresante por la que puede pasar una persona, después de la pérdida de un ser querido. Aunque los efectos del divorcio en los adultos y en los hijos varían de unos casos a otros, resulta evidente la importancia de esta experiencia vital para todos ellos y el esfuerzo que ha de hacerse, especialmente por los hijos menores, para adaptarse a la nueva situación. El nivel de estrés que todo divorcio supone se dispara si la ruptura familiar resulta traumática por la duración del conflicto, por su elevada intensidad o por la implicación de los hijos menores en las disputas de los adultos.

Si bien la decisión de divorciarse pertenece al ámbito más privado de cada persona, las consecuencias de la misma desbordan el ámbito estrictamente personal, pues involucran a terceros y tienen una evidente proyección social al afectar a ámbitos tan diversos como el educativo, el laboral, el sanitario o el de servicios sociales.

Los hijos menores envueltos en un divorcio parental intenso suelen tener dificultades en los estudios, necesitando de un “sobre-esfuerzo” del sistema educativo para superar tales carencias; de otro lado cada vez es más frecuente la afectación de la vida escolar por las incidencias de los procesos judiciales de ruptura: discrepancias en las relaciones con el centro de uno o ambos progenitores, dificultades en la interpretación de las sentencias judiciales en relación a los derechos de cada progenitor con respecto a la educación de los hijos, incidentes en las entregas y recogidas de los menores a la salida del centro escolar etc. etc.

En el ámbito laboral se puede producir un bajo rendimiento como consecuencia de la tensión que generan las rupturas familiares judicializadas, bajas laborales por enfermedad, pérdida del empleo por incidentes en el lugar de trabajo o, en los casos más extremos, por propia voluntad del trabajador para no hacer frente a sus obligaciones pecuniarias (pensiones) impuestas en las sentencias.

En los centros médicos cada vez son más frecuentes las consultas y tratamientos por patologías psíquicas derivadas de los conflictos familiares, tanto en adultos como en menores.

Los Servicios Sociales de base tienen que intervenir en multitud de situaciones conectadas con rupturas familiares judicializadas: menores en riesgo o desamparo, incumplimiento de las obligaciones parentales, situaciones de necesidad por impagos de pensiones, menores problemáticos por ausencias de pautas educativas de sus padres separados, violencia familiar..

Finalmente, es un dato constatado estadísticamente la frecuente relación entre ruptura familiar y violencia de género o familiar

Estos costes sociales varían también de unos conflictos a otros, pero, especialmente en los conflictos de alta intensidad y duración, suponen, en conjunto, la utilización de importantes recursos públicos y privados con un importe económico elevado para la sociedad.

4.3. LA GESTIÓN TRADICIONAL DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES Y LA NECESIDAD DE MEJORAR LA RESPUESTA QUE SE DA DESDE EL SISTEMA JUDICIAL.

Tradicionalmente, los conflictos familiares de ruptura se han gestionado con instrumentos exclusivamente jurídicos. Las partes afectadas contratan los servicios de abogados que plantean un proceso judicial que finaliza con una sentencia. En los casos de los procesos contenciosos (un 50% en el cómputo global de los datos expuestos al inicio) esa sentencia tiene carácter “impositivo”, es decir que el juez, a falta de acuerdo entre las partes, fija las reglas por las que se regirá ese grupo familiar en lo sucesivo, tanto en los aspectos personales como patrimoniales.

Esta forma de gestionar estos conflictos familiares tiene importantes inconvenientes entre los que podemos mencionar:

- Margina los aspectos sico-emocionales al centrarse exclusivamente en los aspectos jurídicos.

- Al no dar una solución al conflicto que subyace bajo el proceso, la sentencia “impuesta” deja abierta la posibilidad de repetición de los litigios judiciales, como lo demuestra que uno de cada tres procesos de familia que se registran en los juzgados son reiterativos entre las mismas partes y derivados del mismo conflicto familiar; en definitiva, el conflicto familiar, mal resuelto por la sentencia, “rebota” continuamente en el sistema judicial, desgastando emocionalmente a las partes y colapsando juzgados y tribunales.

- El proceso judicial contencioso agrava el conflicto durante su paso por el sistema judicial. La “liturgia” procesal, en la que los abogados tienen el protagonismo y a los afectados se les relega

a un segundo plano, las dinámicas fuertemente adversariales del litigio (el pleito se gana negativizando a la otra parte), o centrar el proceso judicial en los intereses de los adultos y no de los hijos menores, generan, frecuentemente, un incremento del conflicto familiar como consecuencia de su paso por el sistema judicial. Lo podemos resumir en una frase: tras un proceso contencioso las parejas salen del juzgado peor de lo que entraron.

Corolario de todo ello es una clara insatisfacción de los interesados con la respuesta que el estado, por medio del sistema judicial, da a su ruptura familiar. Las expectativas puestas en el litigio se ven defraudadas y la desconfianza hacia el sistema y sus operadores (jueces y abogados especialmente) se incrementa. Igualmente, se generan importantes “daños colaterales” para las propias partes y un elevado coste para la sociedad.

Esa falta de una solución “de calidad” al conflicto familiar por la vía tradicional (judicialización del conflicto), unido a sus elevados costes personales y sociales, debe ser el punto de partida para plantear la necesidad de una mejora en la gestión de este tipo de conflictos, mejora que debe abordarse desde perspectivas multifocales, superando las exclusivamente jurídico/procesales que han imperado hasta ahora. O dicho con otras palabras, los conflictos familiares judicializados no pueden ser sólo cosa de juristas, ni resolverse sólo mediante procesos judiciales, más aún si son “impositivos”.

El cómo sean gestionados tales conflictos, la mejor o peor respuesta que se les de por la sociedad y por el sistema judicial incidirán en la felicidad y el bienestar de muchos ciudadanos y en el ahorro o no de importantes costes sociales directos e indirectos.

Sentadas esas premisas (importancia de las rupturas familiares judicializadas, baja calidad de la respuesta del sistema tradicional de gestión y necesidad de mejorarlo), se trataría de impulsar “otra forma” de abordaje de este tipo de conflictos, tratando de dar una respuesta de mayor calidad, en la que se tengan en cuenta no sólo las perspectivas jurídicas sino también las psicológicas, las emocionales y hasta las sociales, tan importantes en este tipo de conflictos.

La mejora de la gestión de las rupturas familiares judicializadas debería asumirse como una de las estrategias de las administraciones públicas y especialmente del sistema judicial y trataría de alcanzar los siguientes objetivos:

a) Disminución de los costes emocionales que los procesos de ruptura familiar conllevan, especialmente para los hijos/as menores, evitando los perjuicios que se derivan de las rupturas parentales conflictivizadas.

b) Potenciar como finalidad del proceso de familia la pacificación del conflicto familiar que subyace bajo estos procesos, ayudando a los afectados a asumir sus nuevos roles familiares, a superar dinámicas adversariales, a preservar las relaciones en beneficio de los hijos menores y a fomentar la coparentalidad responsable tras el divorcio.

c) Aumentar los niveles de información a las parejas en litigio sobre los procesos/conflictos en los que se hallan inmersos, superando las actuales limitaciones que concentran en las perspectivas jurídico/legales la información que reciben.

d) Incremento de los procesos de mutuo acuerdo.

e) Incremento de los procesos en los que existen acuerdos parciales, es decir aquellos en los que algunas de las medidas son acordadas por las propias partes.

f) Disminución de los incumplimientos postsentencia.

g) Incremento de los niveles de previsibilidad de la respuesta judicial, pues, indirectamente, así se contribuiría a fomentar los procesos de mutuo acuerdo.

h) Disminución de los escenarios en los que aparece violencia de género o familiar.