

La custodia compartida tiene su talón de Aquiles en la regulación de la atribución del uso de la vivienda familiar. Durante los días 5, 6 y 7 de octubre de 2015, se celebró en Madrid un encuentro entre magistrados, jueces y abogados de familia. Estos encuentros, que se celebran desde el año 2003, son organizados por el Consejo General del Poder Judicial, y a ellos asisten jueces de familia, la Asociación Española de Abogados de Familia y otras organizaciones de abogados. Su objetivo: aunar criterios en la interpretación y aplicación de la Ley, y darlos a conocer.

Dos de los magistrados asistentes a este encuentro, Ángel Luis Campo Izquierdo y Juan Pablo González del Pozo, magistrados de Familia en Gijón y Madrid, analizaron los días 25 y 26 de enero en el Colegio de Abogados de Madrid las conclusiones alcanzadas.

Ana María Gómez, especialista en Derecho de Familia de Wolters Kluwer , estuvo con ellos y recogió sus impresiones en esta entrevista, cuyo video puede verse aquí.

El Derecho de familia no ha escapado al ansia legislativa de la última legislatura. En primer lugar, respecto a la reforma del sistema de protección a la infancia, ¿ha supuesto un efectivo reforzamiento en la defensa del interés superior del menor?

Juan Pablo González del Pozo: Sin duda alguna, la reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia abordada por las Leyes 8 y 26/2015, promulgadas en el mes de julio pasado, constituyen una importante mejora de los instrumentos sustantivos y procesales existentes en el ámbito de la protección de menores. Como siempre ocurre, existen algunas lagunas y deficiencias técnicas, pero, globalmente, la reforma abordada es positiva y correcta.

Ángel Luis Campo Izquierdo: Sobre el papel entiendo que sí constituye un avance en la protección del menor, pero creo que se sigue incurriendo en los errores de siempre. Una cosa es legislar, y otra es que los profesionales que trabajamos en la Administración Pública o en la Administración de Justicia podamos poner en práctica esas reformas.

No obstante, se refuerzan tres pilares en materia de protección: se concreta el interés del menor y cómo debe valorarse; se potencia el derecho del menor a ser oído y se regula el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específica.

El primer problema que veo es que se sigue dando más importancia a los derechos del menor (ley orgánica), que a sus deberes y obligaciones (ley ordinaria) y a la educación en valores.

En el ámbito tutelar/desamparo, creo que es adecuado el inicio de la intervención de la Administración a fin de separar a los menores de aquellas situaciones de riesgo o desprotección en que se encuentran. Pero sigue fallando la segunda parte, es decir, el trabajo de ayuda y cooperación con las familias para conseguir la reinserción del menor en sus familias de origen.

En segundo lugar, seguimos estando escasos de medios, personales y materiales, para garantizar de forma rápida, adecuada y eficaz esa protección del menor. Las instalaciones siguen sin ser las adecuadas para facilitar el acceso del menor, y garantizar que el trabajo de los profesionales sea respetuoso con su dignidad e intimidad.

En el ámbito judicial, sigue sin crearse la jurisdicción de familia, que garantizaría una mejora en la especialización y formación de los profesionales que trabajamos en el ámbito del derecho de familia y del menor.

Es necesario que se creen las fiscalías civiles, o al menos un cuerpo de letrados que ejerzan la efectiva protección y representación de los menores. No se puede representar y defender a los menores sin conocerlos y sin haber hablado nunca con ellos, para conocer cuáles son sus opiniones, sus intereses, sus inquietudes etc.

Otra norma muy esperada y que dedica gran parte de su articulado al Derecho de familia es la Ley de Jurisdicción Voluntaria, ¿echan de menos la inclusión entre sus expedientes de alguna materia de personas y familia? Y al revés, ¿excluirían alguno de los expedientes regulados?

JP: Más que echar de menos la inclusión de algunos expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia, lo que se advierte es la deficiente o desacertada regulación de alguno de ellos, como, por ejemplo, la posibilidad de recurrir en un solo efecto las decisiones del Juez de 1ª Instancia resolviendo las discrepancias de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, lo que, dada la perentoriedad y urgencia de tales decisiones (V.GR.: cambio de domicilio o colegio), viene a privar de eficacia, en la práctica, al recurso de apelación.

AL: No excluiría ninguno de los expedientes regulados en dicha ley, ni echo de menos la inclusión de algún expediente. Me parece una Ley correcta y con buena intención.

Sí añadiría una disposición abierta, por la cual se permitiera a los jueces tramitar como expediente de jurisdicción voluntaria cualquier pretensión de parte o decisión judicial que afecte a un menor y no tenga fijado un trámite procesal específico. Con resolución por auto que sería susceptible de apelación.

Es bueno para todos que esta Ley 15/2015 fomente la intermediación mediante la celebración de comparecencias, que concentran todas las actuaciones en una vista. El problema que existe es que, en muchos casos, no está asistiendo a las mismas el Ministerio Fiscal, que es, hoy por hoy, el defensor del menor en España. Se están buscando en muchos juzgados justificaciones para no realizarlas y la propia Ley no concreta qué alcance se debe dar al término «interesados».

El proyecto que finalmente se ha quedado en el cajón es el Proyecto de Ley de Corresponsabilidad parental. Son ya 5 las CCAA que han regulado esta materia ¿es necesaria una Ley de guarda y custodia compartida?

JP: Tras la regulación de la custodia compartida por Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia y País Vasco, es inaplazable la regulación de la mal llamada custodia conjunta o compartida, que en realidad es una custodia alternada. Es necesaria una reforma del Código Civil que aborde en detalle dicho régimen de custodia y establezca una regulación del mismo acorde a la realidad social de nuestro país, pues los ciudadanos de los territorios de derecho común sienten como una hiriente discriminación la carencia de esa ley y el entorpecimiento que su falta produce para el establecimiento de custodias compartidas en los procesos.

AL: Sería bueno para evitar la disparidad de criterios que existe en los juzgados y tribunales. Además, una ley nacional potenciaría la igualdad de oportunidades entre todos los progenitores, con independencia de la Comunidad Autónoma de residencia.

Actualmente se puede decir que un tercio de españoles tienen más opciones de acceder a una custodia compartida, por residir en el País Vasco, Navarra,

Cataluña, Valencia o Aragón, mientras que el resto depende de la discrecionalidad judicial

¿Cuál creen que es la razón de que este proyecto no vea la luz?

JP: En mi opinión, la razón no es otra que el hecho de tratarse de una cuestión muy sensible para los ciudadanos, que provoca encendidos debates entre los partidarios y los detractores de tal sistema de custodia, cuando no es acordado por los progenitores, sino impuesto por el juez. Y obviamente, la enorme presión mediática. En cuanto ve la luz un proyecto de custodia compartida, los poderosos grupos de presión de hombres y mujeres separados-as y divorciados-as buscan influir sobre el Gobierno de turno, provocando el miedo del mismo a que su aprobación merezca más críticas que elogios y comporte sacrificios electorales.

AL: Considero que la razón está en intereses políticos y asociativos, que impiden que en el Derecho de familia impere en toda su extensión el principio de igualdad que recoge nuestra Constitución de 1978.

En los procesos de familia, la verdadera protección del menor exige tomar como punto de partida en cada procedimiento que los hijos tienen derecho a estar y convivir con su padre y su madre el tiempo necesario para que cada uno de ellos ejerza adecuadamente su rol de progenitor. A partir de ahí, y en función de las pruebas que se practiquen, se tomará la decisión que proceda (un traje a medida) fijando más o menos tiempo de convivencia con cada progenitor.

La custodia compartida, que no implica tiempos iguales, debe fijarse siempre. Pues custodia, en nuestro ordenamiento, es sinónimo de convivencia, y solo da derecho a tomar las decisiones ordinarias del día a día. Todas las demás

decisiones que afectan al desarrollo integral del menor, son decisiones de patria potestad.

Hay que tener presente que compartir no es dividir, sino más bien realizar algo conjuntamente, como dice el DRAE.

Se ha señalado que el «caballo de Troya» de la custodia compartida es la atribución del uso de la vivienda. ¿Podríamos decir que es el «caballo de Troya» del Derecho de familia en España?

JP: La custodia compartida tiene su verdadero talón de Aquiles en la forma en que el artículo 96 del Código Civil regula la atribución del uso de la vivienda familiar, al vincular dicha atribución con la custodia exclusiva de los menores. La rigidez y el automatismo de esa norma es una auténtica rémora para que se puedan pactar más regímenes de custodia compartida pues, como es natural, las partes contendientes aspiran muchas veces a la custodia exclusiva porque lleva aparejada la atribución del uso de la vivienda.

AL: Rotundamente sí. En el momento en que no se vincule automáticamente la custodia exclusiva a la obtención del uso de la vivienda, habrá más peticiones, acuerdos y concesiones de custodias compartidas. Máxime teniendo en cuenta que con respecto al otro punto problemático, que sería la pensión de alimentos, están siendo asumidos de forma pacífica algunos puntos: a) que la custodia compartida no implica no pagar alimentos; y b) en muchos casos de custodia compartida se viene pactando que cada progenitor abone los gastos ordinarios de los hijos durante el tiempo que conviven con cada uno de ellos, abonándose al 50 % (o en otro porcentaje según los casos) los gastos escolares, los sanitarios y los gastos extraordinarios.

El TS ha interpretado el Código Civil de manera flexible en aspectos como la duración de la pensión compensatoria o la excepcionalidad de la guarda y custodia compartida, ¿debería hacer lo mismo respecto al art. 96?

JP: Desde luego que sí. No se entiende muy bien el rigorismo formal del TS en la interpretación del párrafo primero del artículo 96, que impide al juez fijar, antes de la mayoría de edad de los hijos, límites al derecho de uso, obligándole a atribuirlo con carácter indefinido. Hay que seguir, en esta materia, el criterio de Comunidades Autónomas como la catalana o la aragonesa que permiten la atribución temporal del uso de la vivienda en función de las disponibilidades y recursos de cada cónyuge e inclusive la asignación del uso al progenitor que no ostenta la custodia pero representa el interés más necesitado de protección.

AL: De hecho ya lo está haciendo, aplicando cada vez más excepciones al automatismo del art. 96.1.

No obstante, la mejor manera de evitar esa aplicación automática del art 96.1 es considerar que la custodia, como decía, siempre es compartida, lo que permitirá al juez aplicar, como ha señalado el TS, el art. 96.3, y por tanto adjudicar el uso de forma temporal y en función del interés familiar más necesitado de protección.

Protección que no debería pasar por adjudicar el uso de un inmueble concreto, sino por garantizar al menor un derecho de habitación digna.

Se ha hablado estos años de la influencia de la crisis en los procesos de familia. Ha habido muchos pronunciamientos en materia de modificación de medidas, sobre todo en materia de alimentos, descartando incluso el pago del mínimo vital. ¿En qué medida ha modulado la crisis económica los criterios hasta ahora empleados por los Tribunales?

JP: No creo que la crisis económica haya modificado los criterios judiciales de cuantificación de la pensión alimenticia ni tampoco que haya introducido parámetros de apreciación distintos de los usados con anterioridad para modular el reconocimiento o denegación de prestaciones económicas. Salvo en la tendencia a fijar el llamado mínimo vital como contribución al pago de las necesidades alimenticias de los hijos en caso de carecer el obligado de ingresos regulares, entendiéndolo que, de los recursos con que subsiste, ha de detraer una cantidad mínima para destinarla al sostenimiento de la prole.

AL: La crisis económica ha generado un aumento exponencial de los procedimientos de modificación de medidas solicitando el cambio de custodia hacia una compartida y una revisión a la baja de la pensión de alimentos, e incluso la extinción de dichas pensiones en casos de hijos mayores de edad.

Los criterios siguen siendo los mismos. El problema es que los jueces nos encontramos con problemas de prueba, pues los ingresos oficiales han variado a la baja claramente, pero el nivel de vida (móviles de última generación, ropa de marca, viajes, vacaciones etc.) no ha variado tanto, por lo tanto hay más economía sumergida que es difícil sacar a la luz en los procesos judiciales. Tal vez sería bueno que contásemos con una policía judicial u otros mecanismos para poder investigar realmente la situación económica, social, laboral... de cada familia, para poder fijar pensiones alimenticias más justas.

Creo que la pensión de alimentos se debe fijar en base al principio de proporcionalidad, estableciéndose primero las necesidades del alimentista para luego fijar cómo los va a abonar el alimentante. Y debiéndose valorar como aportación a los alimentos el cuidado y dedicación personal a los hijos.

La frase «la posición de los tribunales se divide» es constante en los asuntos de familia. ¿Es el derecho de familia una materia especialmente dada a la interpretación?

JP: Desgraciadamente esa afirmación, habitual en asuntos de derecho de familia, es muy cierta. Las distintas soluciones judiciales para supuestos idénticos no es infrecuente debido a la incompleta regulación legal de las cuestiones litigiosas y a la práctica imposibilidad de que algunas de ellas lleguen, por vía casacional, a conocimiento del Tribunal Supremo, evitando así el deseable efecto unificador de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

AL: Efectivamente. Y esas diferentes interpretaciones vienen motivadas fundamentalmente, entiendo, por una deficiente técnica legislativa. En muchas ocasiones la redacción de la ley es muy laxa y abierta, y no recoge los criterios jurisprudenciales que contemplan y se ajustan más a los problemas reales del día a día. Cada juzgado es un mundo, tanto a nivel procesal como a nivel sustantivo. De ahí que sea necesario que en todas las Audiencias Provinciales exista una sección especializada en familia.

También sería bueno que desde la fiscalía se ejercitase con más asiduidad el recurso en interés de ley, para unificar criterios.

Por otro lado, se debería regular un mecanismo para que el propio juez se pudiese dirigir al TS a fin de obtener esa unificación de criterio, en cuestiones donde existen disparidades claras entre dos o más juzgados de un mismo partido judicial, e incluso entre diferentes secciones de la mismas Audiencia.

Sería bueno también que se generalizasen las reuniones entre jueces y abogados de familia y entre magistrados de Audiencia y jueces y magistrados de 1.<sup>a</sup> Instancia, para debatir esas diferentes interpretaciones y lograr unificar criterios.

Tanto el Estatuto de la Víctima del delito, como la propia Ley de Protección a la Infancia han aprobado medidas tendentes a proteger a los menores dentro del procedimiento judicial, ¿permite el funcionamiento de un juzgado proteger el interés e intimidad de los menores dentro del desarrollo del proceso?

JP: La ya tradicional falta de medios y recursos materiales de la Administración de Justicia impide, efectivamente, la adecuada protección de los intereses de los menores en las comparecencias de los mismos ante el juez o en su comparecencia ante los equipos periciales psicosociales u otros peritos. El voluntarismo judicial cubre, a duras penas, la penuria y escases de medios que padecemos desde hace décadas.

AL: No. Basta con observar dónde se hacen las exploraciones de los menores; cómo deambulan entre adultos por los pasillos de los edificios judiciales; la falta de equipos psicosociales suficientes; la ubicación de los juzgados de familia; la carencia de salas lúdicas adecuadas a menores.

Un proceso de familia exige la intervención de profesionales de muchos ámbitos. ¿Qué carencias observan en el día a día de los Juzgados para hacer posible esta colaboración?

JP: Por señalar algunas de las carencias que se aprecian en los juzgados de familia podemos citar la falta de un médico psiquiatra adscrito a estos juzgados para evaluar la incidencia de las enfermedades mentales en la capacidad parental de los progenitores. La exorbitante carga de trabajo que soportan los médicos forenses les impide efectuar esas evaluaciones periciales en plazos razonables y supone, en la práctica, que deba prescindirse de esas pericias a la hora de atribuir la custodia a uno u otro progenitor.

AL: Hacen falta más PEF; más Fiscales adscritos en cada juzgado de familia, para que tengan un trato y contacto más directo con las partes y los menores; más psiquiatras infantiles; mas mediadores; y una mejor coordinación y contacto, más rápido y eficaz, con centros escolares, pediatras, etc.

Dado los temas que trata, ¿qué habilidades especiales ha de tener un juez de familia?

JP: Aparte de las propias de todo juez, el que asume un juzgado de familia debería contar con preparación específica básica en materias como la psicología infantil, la incidencia de las enfermedades mentales y las conductas adictivas en la capacidad parental, la problemática social de las rupturas de pareja, entre otras materias. Ello le permitiría aprender las habilidades necesarias para abordar la problemática de las rupturas y sus consecuencias bajo una óptica global, sociológica, cultural y económica, trascendiendo la meramente jurídica.

AL: La primera es que tiene que ser un juez vocacional; ha de ser capaz de ponerse en lugar del niño y del progenitor para poder resolver medidas que afecten a menores; debe de ser muy flexible en la aplicación e interpretación de la norma. La aplicación literal de la normas, muchas veces genera más problemas de los que soluciona. Hay que utilizar la lógica, dentro de los límites de la legalidad; la presencia en el juzgado ha de ser diaria; ha de ser muy accesible y promover el diálogo entre letrados y partes; ha de confiar en los peritos a los que acude, sobre ha de tener confianza en su equipo psicosocial; es fundamental la capacidad de formar equipo con los funcionarios, generando un buen ambiente de trabajo; la rapidez en la resolución de estos conflictos es clave; y finalmente coherencia, autoridad y rigidez para hacer cumplir los autos y sentencias que dicte.

¿El gran reto del Derecho de Familia en España es...?

JP: El principal reto, desde luego, es, a mi juicio, la creación de la jurisdicción de familia con el fin de acabar con la insostenible situación actual en la que, dependiendo de que en el partido judicial haya o no juzgados especializados de familia, los ciudadanos son de primera o de segunda categoría a la hora de acudir al juzgado para separarse, divorciarse o regular las relaciones de los padres y los hijos en los casos de ruptura de pareja. Mientras unos cuentan con jueces y fiscales especializados en la materia y equipos periciales psicosociales adscritos, otros carecen de ellos, con las indeseables consecuencias que ello comporta para el ciudadano que acude al juzgado.

AL: Lo resumiría en 10 puntos:

1. Que todos los ciudadanos tuvieran posibilidad de acceder a un juzgado de familia, con independencia de su lugar de residencia. Ha de crearse la especialización de familia por CGPJ y/o Ministerio de Justicia.
2. La creación generalizada de fiscalías civiles.
3. Han de crearse los equipos psicosociales necesarias, debiendo existir como mínimo un equipo por cada dos juzgados de familia.
4. Que en todos los equipos exista un psiquiatra infantil, y el psicólogo tenga formación y/o especialización en psicología infantil.
5. Que existan turnos específicos de familia en el turno de oficio de todos los Colegios de Abogados.
6. Que se creen suficientes Puntos de Encuentro Familia, con dotación personal y material adecuada.

7. Es necesaria una verdadera divulgación, promoción y aplicación de la mediación familiar y establecer la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa que señale el juez.

8. La creación de las Mesas del Menor, que faciliten la coordinación entre juzgados, Administraciones, PEF, mediadores, servicios sociales, Colegios de Abogados, centros sanitarios, educadores, centros escolares, etc.

9. Que el legislador tenga en cuenta la opinión de todos los implicados en estos procesos encaminados a proteger el interés superior del menor, y que la defensa de este interés sea el objetivo de jueces, letrados de la Administración de Justicia, fiscales, letrados, procuradores, peritos...

10. Unas instalaciones adecuadas en los juzgados de familia, con la creación de «espacios amables».



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS







Alfredogarcialopez  
ABOGADOS









Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



ABOGADOS

19

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO  
984 186 927  
984 081 875f  
[www.alfredogarcialopez.es/com](http://www.alfredogarcialopez.es/com)



Alfredogarcialopez  
ABOGADOS



