

LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA AL AMPARO DE LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DEL DIVORCIO

Isabel Medina-Suárez¹, Javier Alés².

¹ Universidad de Sevilla (estudiante de doctorado),
C/. San Fernando 4, 41004, Sevilla, España.
marmedsua@alum.us.es

² Departamento de Derecho Administrativo (Profesor Titular)
Universidad Pablo de Olavide
Carretera de Utrera Km. 1, 41013 Sevilla, España.
jalesio@upo.es

*Cultivo una rosa blanca,
en julio como en enero,
para el amigo sincero
que me da su mano franca.*

*Y para el cruel que me arranca
el corazón con que vivo,
cardo ni ortiga cultivo
cultivo una rosa blanca.*

José Martí

Resumen:

En este trabajo presentamos una propuesta de mediación familiar como herramienta de protección a la familia en el marco de la nueva Ley española del divorcio, analizando los diferentes aspectos innovadores de la Ley, señalando los puntos problemáticos de la misma y subrayando una condición necesaria para que las ambiciones presentes en el texto legal puedan materializarse en la práctica: la creación de servicios públicos de mediación familiar.

La Mediación Familiar como Instrumento de Protección de la Familia al Amparo de la Nueva Ley Española del Divorcio

Isabel Medina-Suárez¹, Javier Alés².

¹ Universidad de Sevilla (estudiante de doctorado),
C/. San Fernando 4, 41004, Sevilla, España.

marmedsua@alum.us.es

² Departamento de Derecho Administrativo (Profesor Titular)
Universidad Pablo de Olavide
Carretera de Utrera Km. 1, 41013 Sevilla, España.

jalesio@upo.es

1. Introducción

En la actualidad española vivimos momentos de profundos cambios legales, las Cortes Generales han aprobado el día 8 de Julio de 2005 la Ley que reforma el Código Civil en materia de separación y divorcio. De forma resumida los cambios se centran en tres aspectos fundamentales:

- i) Permitir la disolución del matrimonio transcurridos sólo tres meses desde la celebración del mismo.
- ii) Facilitar la custodia compartida de los hijos por ambos cónyuges establecida en convenio regulador.
- iii) Favorecer que las partes pacten aspectos relacionados con la pensión compensatoria.

Nos encontramos con aspectos innovadores que pueden conducir a una mayor autodeterminación de las partes aunque lo fundamental es que esa mayor libertad de decisión pueda tener una materialización real en la práctica.

En primer lugar hay que destacar que existe un colapso en las instancias judiciales al no poder atender de manera eficiente a todas las demandas de separación y divorcios presentadas, problema que se podrá ver agravado si cuestiones nuevas como la decisión de una custodia compartida no es acordada con antelación a la intervención judicial. Es necesario por tanto, tal como expresa la exposición de motivos, que exista otro medio paralelo a la justicia como es la mediación familiar para resolver controversias conyugales y llegar a acuerdos satisfactorios a través de un tercero multiparcial que guiará el proceso de comunicación de las partes en conflicto.

Mediante los acuerdos alcanzados a través de la mediación familiar lograremos por un lado descongestionar juzgados y con ello acortar los interminables procesos de divorcio que sufren algunos ciudadanos españoles y por otro, garantizar una mayor protección a la familia al reducirse considerablemente la

tensión presente en la pareja que tiene que afrontar una crisis matrimonial. Es frecuente que la falta de entendimiento entre cónyuges conlleve a la utilización de los menores como armas arrojadizas de sus propios intereses conduciendo la mediación notoriamente a reducir estos desgastes emocionales al proporcionar una vía clara de entendimiento entre las partes en conflicto.

Esta nueva Ley apuesta claramente por la mediación familiar tanto en su exposición de motivos como en sus disposiciones finales, pero para dar cumplimiento en la práctica a las expectativas de la Ley es necesario que desde las Administraciones Públicas se cree un mayor número de servicios de mediación que contribuyan a una mayor paz positiva y justicia social.

El resto de nuestra exposición está estructurada de la siguiente manera: en la Sección 2 esbozamos los aspectos fundamentales de la nueva Ley; en la Sección 3 damos una breve introducción al proceso de mediación familiar; en la Sección 4 analizamos la problemática que subyace de la puesta en práctica de la nueva Ley detallando en la Sección 5 nuestra propuesta de solución. Finalmente en la Sección 6 presentamos nuestras conclusiones.

2. Aspectos Innovadores de la Nueva Ley

La Ley 15/2005, de 8 de Julio, en su exposición de motivos, subraya la necesidad de ampliar la libertad de los cónyuges, abriéndoles a los mismos la posibilidad de disolver la relación conyugal con mayor agilidad y con mayor capacidad de decisión sobre aspectos que les conciernen. Con esta finalidad se menciona expresamente la mediación familiar como medio para alcanzar soluciones consensuadas y se modifican algunos puntos de la anterior regulación que pueden resumirse en tres aspectos fundamentales:

i) Permitir la disolución del vínculo matrimonial transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.

Con anterioridad a la nueva Ley, para poder lograr el divorcio había que obtener en un primer momento la separación como paso previo al mismo. La regulación legal del divorcio se hallaba inspirada en la doctrina divorcio-remedio, es decir, se concebía el mismo como única solución a la crisis matrimonial si transcurrido un periodo de separación, que podía oscilar entre uno y cinco años, la reconciliación no era posible.

Al amparo de la nueva Ley, la separación de hecho o judicial deja de ser un paso previo e indispensable para obtener el divorcio, con ello, el divorcio y la separación quedan configurados como alternativas distintas a las que se pueden acceder tan sólo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio lo cual, en teoría, permitiría agilizar el proceso de divorcio.

ii) Permitir que los cónyuges acuerden la custodia compartida de los hijos

Durante la vigencia de la legislación anterior, con carácter general, los jueces atribuían la custodia a uno de los cónyuges con el establecimiento de un régimen de visitas para el otro.

Tras la reforma, la custodia compartida, también conocida como coparentalidad o responsabilidad parental conjunta, ampliaría el campo de autodeterminación de las partes que, a través de un convenio regulador o mediante acuerdo en el transcurso del procedimiento, podrían decidir sobre los tiempos de convivencia y las relaciones con los menores. La exposición de motivos recoge esta idea al expresar que *“los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, como éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.”*

iii) Favorecer que las partes pacten aspectos relacionados con la pensión compensatoria.

Con anterioridad, la pensión compensatoria se establecía judicialmente para reparar el desequilibrio económico que podía producir la ruptura matrimonial en uno de los cónyuges, fijándose la cuantía en función de los ingresos y bienes de la persona que debía satisfacerla.

Con la reforma, son las partes las que tienen la posibilidad de acordar en convenio regulador en qué va a consistir la pensión, pudiendo decidir sobre los límites temporales de la misma, de este modo la intervención judicial se reservará para cuando no haya sido posible el pacto.

3. Mediación Familiar

La mediación es un proceso **paralelo** a la justicia al que las partes pueden acudir **libremente** para alcanzar, a través de un **mediador** que guiará el proceso de **comunicación**, un **acuerdo** que satisfaga a todos los participantes en el conflicto.

La mediación familiar debe entenderse como una vía **paralela** a la justicia pues son instrumentos que ostentan ocupaciones diferentes. Es erróneo pensar que sólo desde el ámbito legal se pueden solucionar los conflictos. Los sistemas judiciales están diseñados para resolver controversias originadas por conductas tipificadas como prohibidas. No obstante, junto a estas conductas ilegales existen otras permitidas por el Derecho que pueden originar disputas (que se escapan al Derecho) entre los miembros de una sociedad, demandando estos conflictos otros medios de resolución. Así, en base a la nueva regulación legal podrían existir una serie de conductas permitidas por el Derecho, como puede ser que ambos cónyuges disfruten de la custodia compartida de los menores, que pueden originar disputas entre las partes (por ejemplo desavenencias en cuanto a las horas de convivencia con los hijos) no pudiendo ser resueltos estos conflictos por los tribunales de justicia. Es aquí donde debe tomar protagonismo la mediación.

Que sean vías con funciones nítidamente diferenciadas no debe significar que no puedan complementarse. Los acuerdos alcanzados en mediación en los supuestos de separación o divorcio (liquidación del régimen económico matrimonial, pensión por alimento, custodia compartida) necesitan de una posterior ratificación del juez, para que los mismos adquieran fuerza ejecutoria [1].

La **Voluntariedad** en el proceso de mediación se entiende como la libertad de las partes para participar en el mismo. La mediación no puede concebirse como un paso previo y obligatorio a la intervención judicial, tal como ocurre en algunos países, porque esta mediación impositiva incomoda a los protagonistas presionándolos para que lleguen a acuerdos rápidos aunque los mismos sean menos satisfactorios. Es necesario que las partes consientan libremente acudir a mediación. Según Boqué, “con este gesto mostrarán una primera inclinación a abrir un paréntesis en la situación conflictiva” [2], dando un gran paso en el camino que conduce hacia el entendimiento y el acuerdo.

El **Mediador** se presenta en el proceso de mediación de la misma manera que una matrona en un parto. Son las partes las que deben aunar todos los esfuerzos posibles para que el acuerdo nazca y lo haga de manera sana, velando el mediador, a través de la creación de un escenario propicio, porque así sea. De esta manera, el mediador se involucrará en la conducción del proceso respetando en todo momento la autodeterminación de las partes [3].

La **Comunicación** entre los participantes es uno de los objetivos fundamentales de la mediación familiar, puesto que muchas de las disputas familiares tienen su origen en una carencia de diálogo. Mediante la palabra compartida las partes pasarán, con la ayuda del mediador que guiará el proceso de comunicación, de una situación centrada en hacer ver al otro su falta de razón a otra dominada por la empatía y por las ganas de diseñar opciones que satisfagan los intereses de todos los afectados.

En mediación familiar, son las partes las que a través de la comunicación deben intentar llegar a un **Acuerdo**. Según Bolaños [4] “las familias tienen sus propios recursos para tomar sus propias decisiones” y es en este punto donde radica el éxito de los pactos alcanzados en mediación. Estas decisiones plasmadas en acuerdos gozan de un mayor nivel de cumplimiento por las partes que los diferencian de otros actos que de forma impositiva son dictados por jueces o árbitros.

No obstante, el éxito de la mediación no se puede subordinar siempre al hecho de que finalmente exista un acuerdo, es importante también comprobar si la comunicación de las partes ha mejorado con respecto a la que había antes de acudir a mediación. [5].

4. Problemática

En primer lugar, cabe resaltar que en la realidad española existe un serio problema que afecta a todos los ciudadanos: el colapso de las instancias judiciales. Ello impide que en muchos casos los ciudadanos puedan obtener una respuesta rápida a sus pretensiones. Este problema está muy presente en las instancias judiciales civiles al no poder satisfacer de manera eficiente a todas las demandas de separación y divorcio presentadas, agravándose el problema año tras año debido al aumento de rupturas matrimoniales.

Según el Informe sobre Ruptura Familiar en España elaborado por el Instituto de Política Familiar (IPF), en 2004 se produjeron en España 134.931 rupturas matrimoniales, de manera que cada 4 minutos se divorció o separó un matrimonio. De estas rupturas, 82.340 correspondieron a separaciones y 52.591 a divorcios. Asimismo, durante el año 2003 se produjeron 79.423 separaciones y 47.319 divorcios, por lo que podemos observar como en sólo un año se ha producido un incremento de rupturas del 6.5%.

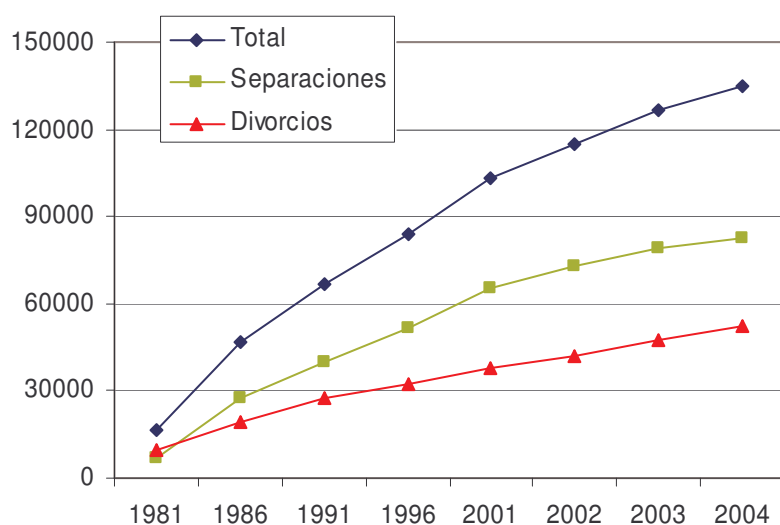


Figura 1: Datos de Separación y Divorcio en España

La Ley del divorcio en España entró en vigor en el año 1981 y desde entonces se han producido más de 1 millón de separaciones y 700.000 divorcios

Al mismo tiempo es importante señalar, siguiendo los estudios elaborados por el IPF, que es Andalucía la segunda Comunidad Autónoma que contó con el mayor número de rupturas matrimoniales a nivel estatal durante el año 2004 con 23.274 rupturas que representaron el 17.25 % del total, siendo además la Comunidad Autónoma con mayor incremento con respecto al año 2003 (2540 rupturas más).

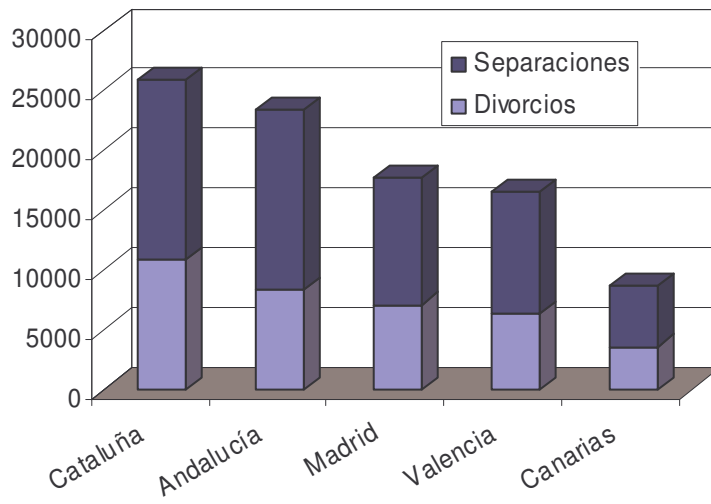


Figura 2: Comunidades Autónomas con Mayor Ruptura Familiar

Es conveniente resaltar en este apartado que con la nueva Ley española del divorcio conocida popularmente como “Ley del divorcio express” el problema del colapso de las instancias judiciales a buen seguro se recrudecerá si cuestiones novedosas como la “decisión de una custodia compartida”, que requieren tiempo y compromiso por las partes, no es acordada con antelación a la intervención judicial a través de medios que lo hagan posible.

En segundo lugar, debemos mencionar que durante los procesos de separación o divorcio con frecuencia pueden producirse en la familia fuertes desgastes emocionales derivados de un sentimiento de culpabilidad, rencor o una pérdida de autoestima. La exposición de motivos de la nueva Ley se refiere implícitamente a estos aspectos al hablar de las “consecuencias derivadas de una separación o divorcio”. Asimismo, es habitual también que aparezca el llamado “síndrome de alineación parental” [6] según el cual los hijos pueden ser manipulados por uno de los cónyuges que, distorsionando la realidad, consiguen provocar un sentimiento de rechazo en el menor para con el otro progenitor. En otras ocasiones los menores son utilizados como moneda de cambio de intereses propios con el fin de obtener algún beneficio. Por ello es necesario contar con suficientes medios distintos a los judiciales que permitan conducir el proceso de ruptura por unos cauces que hagan erosionar lo menos posible estos aspectos emocionales.

Por último, debemos resaltar que junto a estos problemas de índole legal y emocional se unen otros de índole económica (el proceso para obtener el divorcio es costoso y tras la ruptura pueden producirse fuertes desequilibrios económicos) y social, formando los cuatro un sistema complejo de interacciones. Debe por tanto existir un proceso con capacidad de asimilar todos estos aspectos que

permita al sistema funcionar con la necesaria armonía siempre con la vista puesta en la protección a la familia.

5. Propuesta de Solución

Para solventar los problemas mencionados en el apartado anterior proponemos que se cree en España por parte de las Administraciones Públicas un mayor número de **Servicios de Mediación Familiar**.

La Propuesta de Directiva Europea [1] sobre Mediación señala la necesidad de que los diferentes estados miembros promuevan la mediación como vía que facilite la resolución de conflictos. Por ello el Gobierno Español se ha comprometido en la Disposición Final tercera de esta nueva Ley a remitir a las Cortes un proyecto de Ley sobre mediación general.

Cabe mencionar que en España las Comunidades Autónomas han asumido en sus estatutos las competencias sobre familia, y que por lo tanto, son ellas las que tienen legitimidad para regular el contenido específico de la mediación familiar.

Actualmente sólo 5 Comunidades Autónomas cuentan con una regulación propia en mediación familiar (Cataluña, Valencia, Canarias, Galicia, y Castilla la Mancha). Es necesario que las demás Comunidades hagan lo propio. Debería además ser Andalucía una de las primeras en hacerlo puesto que en la actualidad es la Comunidad Autónoma que sin tener una regulación específica sobre mediación familiar dispone del más alto nivel de separaciones y divorcios.

La nueva Ley establece una serie de aspectos innovadores que ya han sido comentados. Con ellos se pretende otorgar a las partes una mayor capacidad de decisión, una mayor autonomía a la hora de decidir cuestiones como custodia compartida, ejercicio de la patria potestad o pensión por alimentos, pero ese mayor derecho de autodeterminación debe ir acompañado en la práctica de medios que lo hagan posible.

Para poder dar cumplimiento a los nuevos derechos consagrados en la nueva Ley y al espíritu de mediación subyacente en la misma, desde las Administraciones Autonómicas y Locales se debe apostar por servicios de mediación familiar que brinden al ciudadano que sufre una ruptura matrimonial una vía de diálogo con el resto de afectados (cónyuge e hijos) para alcanzar un acuerdo. Con ello se logrará una mayor descongestión de los juzgados puesto que al actuar el juez como mero “notario” de lo acordado por las partes se producirá un fuerte ahorro de coste temporal, lo que permitirá a las instancias judiciales responder de manera más eficiente a las demandas presentadas. Al mismo tiempo se logrará una mayor protección de la familia. La mediación, al proporcionar una vía clara de entendimiento entre las partes, contribuirá a reducir los desgastes emocionales que sufren los miembros que tienen que afrontar una ruptura matrimonial. El establecimiento de diálogo entre los mismos permitirá aportar soluciones a la disputa y ello repercutirá positivamente en el ánimo de los afectados. Del mismo

modo, a través de la mediación, se reducirá la tensión psicológica que produce el hecho de tener que participar en un proceso judicial con el *animus* de vencer al otro cónyuge. Con ello lograremos pasar de una situación de confrontación y careo a una situación de conformidad y empatía entre las partes.

6. Conclusiones

La sociedad, como sistema complejo, puede analizarse como un todo (macro sociedad) formado de partes (micro sociedades) en donde a menudo las carencias y virtudes del todo se ven reflejadas en las partes y viceversa. En la actualidad, en el mundo globalizado (macro sociedad), son la confrontación y la violencia quienes superan a la paz y la convivencia a la hora de resolver conflictos. En las familias, como micro sociedades de esta globalización, se reflejan dichos comportamientos en la manera de resolver sus disputas. Los mecanismos de resolución tradicionales como la imposición o la reyerta parecen haber dado buena cuenta de su escasa efectividad en la macro sociedad mientras que el multilateralismo y el diálogo parecen ser instrumentos claves para la resolución pacífica de los mismos. La mediación familiar al permitir a los sujetos decidir en la resolución de sus propios conflictos ofrece una vía multilateral que ayuda a que en el río que representa la vida familiar fluyan aguas claras y calmas lo que sin duda podrá repercutir en que en la macrosociedad impere la paz positiva y justicia social.

Bibliografía

1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.COM (2004) 718.
2. Boqué, M C. (2003). Cultura de mediación y cambio social. Gedisa Editorial.
3. Suares, M. (1996). Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires, Paidós, 1996.
4. Bolaños, J.I. (1996). Mediación familiar: Una forma diferente de entender la justicia. Información Psicológica n 60, 23-25.
5. Martínez de Múgica, B. (1999). Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria. México, Paidós.
6. Aguilar, J M. (2004). Síndrome de alineación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro. Almuzara editorial.