

**I CONGRESO MULTIDISCIPLINAR SOBRE
INTERFERENCIAS PARENTALES.
TRAS LA RUPTURA DE PAREJA.
Por una coparentalidad responsable.**



COORDINADORES:

**Francisca Fariña
Ramón Arce
Mercedes Novo
Dolores Seijo**

**I CONGRESO MULTIDISCIPLINAR
SOBRE INTERFERENCIAS
PARENTALES.**

TRAS LA RUPTURA DE PAREJA.

**“Por una coparentalidad
responsable”**

Coordinadores:

Francisca Fariña

Ramón Arce

Mercedes Novo

Dolores Seijo

ISBN: 978-84-693-0822-6.

Depósito Legal: C 778-2010.

Imprime: **NINO**-Centro de Impresión Dixital.

Presentación

Esta publicación recoge algunas de las aportaciones de los conferenciantes y comunicantes del *I Congreso Multidisciplinar sobre Interferencias Parentales. Tras la ruptura de pareja. "Por una coparentalidad responsable"*, así como las conclusiones de este evento. Este congreso ha sido organizado por ASEMIP (Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales), la Asociación Gallega de Psicología y Ley; y las Universidades de Santiago y Vigo, y fue celebrado en Santiago de Compostela del 11 al 13 de diciembre de 2008.

INDICE

Interferencias parentales en la ruptura de pareja: Propuestas para avanzar. <i>Angel Luis Campo Izquierdo</i>	7
La Justicia, la protección de los menores y la custodia compartida. <i>Vicente Ortega Llorca</i>	41
El niño y su familia. <i>Esther Díaz Rodríguez</i>	77
Controversias sobre el síndrome de alienación parental. Más allá de Gardner. <i>Mercé Cartié Juliá</i>	93
Los Puntos de Encuentro Familiar y las interferencias parentales. <i>Xabier Moñux Agote</i>	103
Mediación familiar y custodia compartida: alternativas para la minimización de daños en las rupturas de pareja. <i>Helena Ruiz Feal, José Morales Soriano</i>	119
La mediación desde el punto de vista del letrado. <i>Regina Vallés Bezares</i>	141
La mediación en violencia de género, a debate. <i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	147
La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores. <i>Mercedes Caso Señal</i>	167
Competencias parentales en familias con dinámicas violentas <i>Mercè Cartié Juliá</i>	203
Interferencias en las habilidades parentales que pueden comprometer el desarrollo infantil. Análisis de un caso. <i>Catalina Mercadal</i>	213
Custodia compartida... sí, pero no. <i>Isaac Tena Piazuelo</i>	225
Conclusiones al I Congreso Multidisciplinar sobre Interferencias Parentales. Tras la ruptura de pareja. Por una coparentalidad responsable.	239

INTERFERENCIAS PARENTALES: PROPUESTAS PARA AVANZAR.

Ángel Luis Campo Izquierdo
Magistrado Juez Primera Instancia Nº 8 de Gijón

La mejor manera de concretar "propuestas para avanzar", es hacer una visión crítica de la situación actual y poner de manifiesto aquellas cosas que bien los jueces, bien los interesados, bien los letrados, bien la sociedad, consideran que no funcionan bien.

Esta lista de deficiencias, podría ser:

- 1.- Tramitación y resolución lenta de los conflictos de pareja por los juzgados de familia.
- 2.- Inaccesibilidad al juez por las partes.
- 3.- Impotencia de las partes ante el incumplimiento de las resoluciones judiciales por el contrario.
- 4.- Inadecuación de las medidas adoptadas en resolución judicial a la realidad que vive la pareja en crisis, tanto las medidas personales como las económicas.
- 5.- Manipulación de los menores e interferencias parentales.
- 6.- Funcionamiento incorrecto de los equipos psicosociales. No dedican el tiempo adecuado para hacer los informes; no hacen seguimientos, no intervienen en todos los casos en que se solicita por las partes, etc.
- 7.- Los Puntos de Encuentro. No consiguen cumplir su función primordial, ayudar a normalizar las relaciones entre el menor y el progenitor no custodio o su familia extensa.

8.- Intervención del Ministerio Fiscal. Desconoce y no se implica en la tramitación de los expedientes, de ahí que su actuación en las vistas sea más bien limitada.

9.- Desarrollo de las vistas, situación de las partes en la sala de espera antes de entrar a la sala y sensación de las partes de que no han podido exponer al juez su problema, es decir que el juez no les ha dejado hablar.

10.- Admisión y práctica de las pruebas.

Trataré de ir analizando cada una de estas premisas y proponiendo alguna solución para mejorarla:

1. Tramitación y resolución lenta de los procedimientos de familia.

8

Esto es cierto a medias, pues en función de la creación progresiva de juzgados de familia, y la entrada en funcionamiento de los Puntos de Encuentro, esta situación ha mejorado bastante, si bien dista bastante de ser la satisfactoria al 100%.

La primera carencia, con que nos encontramos, es que pese a la insistencia de los jueces de familia, y algunos políticos (CIU ha presentando alguna propuesta en el Congreso al efecto), no hemos sido capaces de crear los juzgados especiales de familia, al igual que ha sucedido con los juzgados de lo mercantil, los juzgados de violencia de género, los juzgados de menores. A lo sumo, se ha conseguido que mediante un simple cambio de placa identificativa, un juzgado de 1ª Instancia ordinario, pase a llevar por reparto exclusivo las cuestiones de derecho de familia, y en algunos casos los temas de incapacidad e internamiento urgentes.

Creo que va siendo hora de que se constituya en España esa especialidad y que los juzgados de familia, empiecen a tener la dotación personal y material adecuada a esa especialidad. Dotación, en cuanto a medios personales y materiales que paso a detallar.

1.1. Jueces, secretarios y funcionarios especializados en derecho de familia.

En lo que a mi me toca, debo poner de manifiesto que después de muchos años intentando especializarme en derecho de familia, habiendo trabajado casi diez años en un juzgado de familia; tras haber participado en varios congresos de jueces y abogados de familia y tras hablar con unos y otros, se puede decir, que dentro de los jueces de familia, hay dos clases: a) los jueces innovadores o heterodoxos, (llamados raros) y b) los jueces clásicos u ortodoxos.

Los jueces clásicos u ortodoxos son aquellos que:

a) intentan intervenir poco en el proceso, antes de dictar sentencia;

b) dan más importancia a que la sentencia sea ajustada a derecho a que sea de fácil ejecución,

c) prefieren tener poco contacto con los letrados,

d) no tiene mucha preocupación por intentar sacar a la luz la verdad material, siendo suficiente la verdad formal que ponen de relieve las pruebas que se practiquen, en las cuales suelen intervenir poco,

e) suelen tener una relación poco fluida con los PEF y los equipos psicosociales, a los que deja poco margen de autonomía,

f) no ve con buenos ojos estas innovaciones dentro del proceso judicial (puntos de encuentro, mediación familiar, intentos de

acuerdo, más intervención del juez en la tramitación y práctica de pruebas, etc.),

g) se basan en el sistema de siempre en cuanto a centrarse en la realidad de los autos, en su estudio y en la aplicación sin más de la ley; obteniendo unas resoluciones judiciales ajustadas a derecho, pero que en ocasiones no son prácticas, son difíciles de ejecutar y no solo resuelven el conflicto, sino que a veces lo agravan.

Por el contrario los jueces, que yo llamo heterodoxos, suelen tener:

a) una gran participación en la práctica de las pruebas,

b) suelen hablar bastante con los letrados,

c) se esfuerzan en intentar que sean las partes (debidamente asesoradas) quien autocompongan la solución a su crisis,

d) ponen todos los medios a su alcance para que salga a la luz la verdad material,

e) no son tan formalistas,

f) dentro de la legalidad, están pendientes en un mismo nivel, de que la sentencia no solo sea ajustada a derecho, sino que sea posible y fácil de ejecutar,

g) suelen tener una relación más fluida y periódica con los PEF y los equipos psicosociales, a los que deja bastante margen de autonomía en su actuar, a fin de facilitar que las partes autocompongan la solución al conflicto, consiguiendo con ello desjudicializar muchas de las cuestiones, -de pequeña trascendencia- que suelen atascar el funcionamiento de los juzgados de familia,

h) consideran que el derecho, es una herramienta creada por los hombre para solucionar los problemas que surgen en sus

relaciones personales y patrimoniales, y no para generarlos o agravarlos,

i) están a favor, e impulsan, la instauración de estas soluciones alternativas del conflicto.

1.2. Fiscales.

Tener un fiscal adscrito al menos cada dos juzgados de familia, con una asistencia e intervención directa y diaria en la tramitación y celebración de las vistas, así como en fase de ejecución. Que conozca y siga la tramitación del expediente desde el principio como el juez, y se esfuerce en conocer todo lo que rodea al menor.

1.3. Equipo psicosocial.

Un equipo psicosocial adscrito en exclusiva, al menos cada dos juzgados de familia. Los juzgados de violencia de género tienen adscrito un psicólogo en exclusiva, al menos en Gijón, pese que a que tramitan menos asuntos. Por ello, me pregunto yo ¿los hijos, menores de edad, de parejas en crisis, en que no exista violencia de género, no tienen derecho a tener a su disposición esos mismos profesionales? Equipo, que debería contar con un psicólogo, un trabajador social y un especialista en psiquiatría infantil o forense. No sería mas justo, que se dedique el mismo presupuesto a unos juzgados que a otros.

1.4. Policía judicial.

Una policía judicial efectiva, a fin de investigar e informar sobre tema concretos. Por ejemplo: medios económicos de vida, forma de vida etc. Tengo la sensación, así se ha puesto de manifiesto en varios

encuentros con abogados, padres o madres separados, jueces, fiscales etc; que esta materia hay dos grandes grupos: a) las personas, que tiene disponibilidad económica y por tanto puede acceder y sufragar todos los medios de prueba necesarios para apoyar sus pretensiones y b) las personas que no tiene medios económicos, que actúan con el beneficio de justicia gratuita, o pero aun, que no pueden disfrutar de este beneficio por superar levemente los límites legalmente establecidos para ello. Carencias, que les impiden acceder en plenitud a los mismos medios de prueba y de defensa que el primer grupo: detectives privados, informes periciales de parte, etc.

1.5. Protocolos de actuación con servicios sociales

Creo que es importante que el juez, antes de resolver y adoptar unas medidas personales que pueden durar más o menos tiempo, debe saber cómo es la situación social real de esa familia, y el medio más adecuado y objetivo para ello son los informes de los trabajadores sociales que actúan en esa zona. Esos profesionales tan olvidados e infrautilizados por la Administración de Justicia

1.6. Abogados especializados.

Vigilando que esa sensación que suelen tener las partes, de que según sea el letrado de pago o de oficio, van a estar mejor asesorados y defendidos, no sea real. En algunas ocasiones, gracias a Dios cada vez menos, todavía se oye mencionar a algún profesional "es que vengo por el turno de oficio" dando a entender que tiene que actuar de una u otra manera según sea de oficio o de pago.

1.7. Otros medios personales.

Medios personales, que permitirían no solo mejorar la tramitación de los asuntos, sino también hacer seguimientos periódicos y efectivos de aquellos casos problemáticos.

1.8. Ubicación adecuada.

Debemos contar con una ubicación adecuada. Entiendo que sería bueno que estuviesen separados de los demás juzgados, a fin de proteger al máximo el interés de los menores. Si ello no fuera posible, al menos que estuviesen en planta baja y con entrada independiente.

1.9. Instalaciones.

Deben tener instalaciones adecuadas; no solo contar con sala para funcionarios y despacho para juez y secretario. Debería tener al menos:

a) un despacho para el Ministerio Fiscal, a fin de favorecer su presencia física y diaria en el juzgado,

b) el equipo psicosocial debe estar lo mas próximo al juzgado, yo diría incluso que los despachos del juez y del psicólogo fuesen contiguos;

c) debe haber una sala para que los letrados puedan hablar entre sí o con sus clientes, antes de hacer cualquier actuación judicial; en vez de hacerlo como se hace ahora en los pasillo, sin ninguna intimidad ni comodidad (entre las partes suele dar mala imagen ver como su letrado habla con el otro, en medio del pasillo, aparentando situación que no tienen nada que ver con la realidad);

d) una sala adecuada para explorar a los menores, y que sirva de sala de espera para los mismos;

e) medios adecuados, para que las partes que están esperando a entrar en el juzgado o en la sala de vista, puedan estar separados.

1.10. Equipos informáticos.

Debería contar con buenos equipos informáticos y conexiones directas (vía Internet/Intranet) con todos los organismos necesarios para conocer la situación personal y económica de las partes. Existen bastantes problemas a la hora de obtener datos de Hacienda.

Por último, se debería llevar a cabo una reforma legal profunda de todo lo relacionado con estos procesos, en especial y con carácter urgente:

1.- Unificar y equiparar la regulación procesal de las uniones matrimoniales a las uniones de hecho

2.- Eliminar el automatismo del art 96 del CC. Lo importante es garantizar el derecho de habitación de los menores, por cualquier vía legal posible.

3.- Realizar una regulación completa y especial para la ejecución de familia, hoy día inexistente.

4.- Instaurar una fase intermedia, entre la contestación y la vista a fin de que el juez y las partes, con asistencia de los letrados, puedan hablar y fijar cuál es realmente el objeto de debate. Una fase similar a la audiencia previa del juicio ordinario. Fase en la cual el juez pueda exhortar a las partes a la obtención de un acuerdo, o proponerle soluciones alternativas del conflicto, en especial la mediación familiar.

5.- Instaurar como obligatorio la asistencia a una sesión informativa de mediación familiar.

No obstante, y pese a todas esas carencias con un pequeño esfuerzo e interés, entiendo que las cosas se pueden llevar a cabo:

a) poniendo las sentencias en fecha (llevo mas de 20 años dictando las sentencias en el plazo legalmente establecido),

b) intentar que las partes lleguen a acuerdos (pese a que ello conlleve en varias ocasiones denuncias ante el CGPJ),

c) audiciones y exploraciones fructíferas de los menores,

d) un seguimiento continuo y diario de los expedientes (dedicación diaria del juez, secretario y funcionarios; y realización de un alarde que se pone al día al menos semanalmente);

e) una respuesta rápida a las cuestiones incidentales que se generan día a día en los procesos, y

f) una relación fluida con los letrados, mediante comparecencias con ellos y sus clientes; y sobre todo manteniendo las puertas del despacho del juez y el secretario abiertas siempre para ellos.

2. Inaccesibilidad al juez por las partes.

Es cierto que los jueces, malinterpretando su condición de autoridad, muchas veces ponen barreras imperceptibles en su comunicación con los letrados y las partes. En muchas ocasiones, hay que pedir hora de audiencia, y ésta se retrasa uno o varios días; cuando no es denegada la misma. Creo, que los jueces somos más bien funcionarios públicos, que en nuestras actuaciones estamos revestidos de autoridad. Pero nuestra misión es llevar a cabo una función pública, el administrar justicia, es decir: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por ello, la relación con los letrados, que no

dejan de ser colaboradores nuestros, debe ser fluida y poder acceder a nosotros de forma inmediata, y a la inversa. En cuanto a las partes, tienen el derecho y nosotros la obligación de recibirlos y escucharlos; salvaguardando la legalidad, y como es evidente, no hablando de lo que es objeto de debate sin estar presente todas las partes. Si puede el juez, de forma unilateral, oír y dar a la parte la información procesal y estado de las actuaciones que se le solicite. Lo que no es admisible, es que los jueces tengamos que justificar de palabra ante las partes el motivo de nuestras resoluciones, eso ya se hace mediante la fundamentación de las resoluciones.

También debemos ser conscientes, que el art 9 de la LO del menor, nos impone la obligación de oír a los menores que lo soliciten, y en caso negativo dictar una resolución motivada.

3. Impotencia de las partes, ante el incumplimiento de las resoluciones judiciales por el contrario.

Creo que éste es el principal problema y la principal crítica que se nos hace y se puede hacer a los juzgados de familia.

Realmente, hoy en día con la reforma de la LEC y la oralidad e intermediación que ha impuesto esa reforma; la tramitación de los asuntos, la celebración de las vistas y el dictado de sentencias y autos, han mejorado considerablemente. Pero, donde no ha habido mejoras sustanciales, es en la ejecución de nuestras resoluciones. Ello debido a esas carencias, puestas de manifiesto una y otra vez, de recursos materiales y personales.

En la ejecución de nuestras resoluciones judiciales son fundamentales la creación de más Puntos de Encuentro, más Equipos Psicosociales; se deben buscar entidades o instituciones de terapia familiar; se debe reformar la LEC en materia de ejecución de familia;

se debe regular y agilizar las comunicaciones entre los PEF y los jueces de familia; debe haber una intervención más directa de los fiscales en las ejecuciones; debe haber más ayuda en la búsqueda de patrimonio en las ejecuciones dinerarias; hacer seguimientos efectivos con la ayuda de servicios sociales (protocolos de actuación), etc.

No obstante, donde existen graves problemas es en la ejecución de las medidas económicas. Estamos en un país, donde resulta de lo más fácil ocultar el patrimonio propio a los juzgados, por parte del que tiene que pagar una pensión de alimentos o compensatoria. Creo que la creación del Fondo de Garantía de estas pensiones es insuficiente, y la solución que da el mismo es prácticamente inútil por el importe de las ayudas y el límite cuantitativo que se impone. Creo que se debería regular un acceso directo o una colaboración más estrecha entre hacienda y los juzgados, y dotarnos de una policía judicial efectiva, a fin de realizar de forma provechosa esas investigaciones patrimoniales, que en la actualidad y en un alto porcentaje son negativas, pese que el obligado al pago de las pensiones sigue manteniendo prácticamente el mismo nivel de vida. Entiendo que lo importante no es castigar y condenar al que impaga, sino garantizar el pago. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico, siempre da preferencia al aspecto represivo que al preventivo.

4. Inadecuación de las medidas adoptadas en resolución judicial a la realidad que vive la pareja en crisis, tanto las medidas personales como las económicas.

Se trata de una cuestión que no se suele explicar a las partes, y que genera muchas decepciones y quejas en los usuarios de la Administración de justicia.

Las partes deben saber que el juez a la hora de dictar la sentencia o auto que resuelve su controversia, se puede encontrar con varias versiones de la verdad:

a) La verdad material, es decir la situación real y verídica de la crisis de la pareja que ha acudido al juzgado.

b) La verdad formal que es la que representan los autos. Y dentro de esta verdad, tenemos:

- La percepción de la realidad de la parte actora.
- La percepción de la realidad que se ha formado su letrado y plasma en la demanda.
- La percepción de la realidad del demandado.
- La percepción de la realidad que percibe su letrado y plasma en la contestación.
- La percepción de la realidad que plasman los testigos y los peritos.
- La percepción de la realidad final que se forma el juez, tras valorar todas esas alegaciones y pruebas practicadas.

Es evidente, que al igual que sucede en el juego del telegrama, la versión de la realidad que se ha formado el juez, tras todas estas fases procesales, la mayoría de las veces no concuerda con la

realidad material. De ahí que la solución que da el juez es para esa realidad formal, y no para la realidad material, que era la que las partes querían que solucionase el juez. De ahí los descontentos y críticas que provocan las resoluciones judiciales.

Esto se podría solucionar de alguna manera, si hubiese una fase procesal, en la que el juez pudiera hablar directamente con las partes, en presencia de sus letrados. Fase en la que la intervención de los letrados no sería activa, sino solamente para garantizar que no se vulneran los derechos de sus clientes, es decir: serían éstos lo que hablarían con el juez, y expondrían sus pretensiones, sus necesidades, sus problemas y las soluciones que quieren y las posibilidades que según ellos existen para obtener las mismas. No sería la primera vez, que en el acto de la vista, se ponen de manifiesto datos recogidos en la demanda o en la contestación, que la propia parte ante el interrogatorio del contrario o del juez, reconoce que no concuerdan con la realidad (ingresos, gastos, relación del otro progenitor con los menores, disponibilidad de otra vivienda, disponibilidad horaria propia o del contrario etc.).

En relación a las medidas personales, es decir, las referidas a Patria Potestad, Guarda y Custodia y Visitas, expongo a continuación un modelo de Fundamentación a recoger en las sentencias judiciales, por el cual se salvaguarda ese derecho de los hijos a estar con uno y otro progenitor, así como la igualdad entre los cónyuges a la hora de fijar dichas medidas:

*“... **SEGUNDO.-** El artículo 91 del Cc. obliga al Juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, o caso de no aprobación del mismo, a determinar, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o*

garantías respectivas. Por lo que procede acordar en el caso de autos las siguientes medidas, empezando por la patria potestad, respecto de cuya titularidad y ejercicio se deberá tener en cuenta que:

El artículo 154 del c.c. dice que la patria potestad, se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos o procurarles una formación integral. 2.-Representar y administrar sus bienes. Si los hijos, tuvieran suficiente juicio serán oídos antes de tomar cualquier decisión que les afecte. Y el art 156 fija que esa patria potestad se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores, salvo que por razones concretas y justificadas, se acuerde que de forma general o en relación a un tema concreto esa patria potestad se ejerza solo por uno de ellos. Debiendo tener presente los padres, los profesionales del derecho y cualquier persona que interactué con el menor, que el art 9 de la LO del menor fija ese derecho del niño de manera absoluta; llegando a imponer al juez la obligación de dictar una resolución motivada, para justificar su negativa a no oír al menor cuando éste solicita ser oído.

20

El artículo 2 del Reglamento Comunitario 2201/2003 define:

Responsabilidad parental, figura no idéntica pero si muy similar a la patria potestad, como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. Dentro de este concepto se incluyen los derechos de custodia y visita.

Derechos de custodia. Son aquellos derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona de un menor, y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

Derecho de visitas. Derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado.

Vistos estos artículos, y valorando todas las pruebas practicadas, considero que ha quedado acreditado que ambas partes son buenos progenitores, que están preocupados por el cuidado, evolución y desarrollo integral de sus hijos; y que la relación de éstos con ellos también es buena. Por todo lo cual, la patria potestad y por extensión la responsabilidad parental se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores.

Por tanto:

- *Deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijos adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario del hijo deban conocer ambos padres.*
- *Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan, la comunicación se hará vía burofax y el otro progenitor deberá contestar en plazo de cinco días. Si no contesta, y queda probado que ha recibido la comunicación, se entenderá que presta su conformidad.*
- *Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto al hijo tomen en el futuro, siendo de*

especial relevancia las que se vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esta base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo.

- *Se impone así mismo, la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro; salvo supuestos de extrema urgencia.*
- *Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, obligatoriamente en lo relativo a la realización del acto religioso y siempre que se pueda en la celebración lúdica, no teniendo preferencia a la hora de tomar estas decisiones ni el progenitor que tiene la guarda y custodia exclusiva, ni el progenitor que ese día lo tenga en su compañía.*
- *Los dos padres deberán ser informados por terceros, de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación; e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación escolar, tanto si acuden los dos juntos, como si lo hacen por separado.*

- *De igual forma, tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y que se le facilite a cada progenitor que lo solicite, los informes pertinentes sobre la salud de los mismos.*
- *El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo, podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta, en los casos en que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.*

Éstas y las posteriores medidas que se recogen en esta resolución, se fijan en interés del menor y valorando la situación actual, en especial el lugar donde reside en estos momentos. Por lo tanto cualquier cambio de domicilio o residencia del menor, se debe acordar por ambos cónyuges y en caso de conflicto por el juez o progenitor que éste decida.

Por último, y en relación a la titularidad y ejercicio de la patria potestad y responsabilidad parental, se advierte a ambos progenitores, que cualquier decisión que adopten de forma unilateral, sin cumplir los requisitos anteriormente reseñados en relación al menor, no se consolidará por el mero paso del tiempo, de tal forma que podrá ser revocada con todas las consecuencias que de ellos se puedan derivar, incluidas las del art 775 de la LEC.

TERCERO.- *En relación a la guarda y custodia, se debe tener en cuenta que:*

a) Ante una crisis matrimonial o de pareja que conlleve el cese de la convivencia, lo que se rompe es la pareja y no las relaciones

parentales de los hijos con cada uno de sus progenitores. Por tanto, ese cese de la convivencia debe llevarse a cabo de forma que afecte lo menos posible a ese derecho y necesidad de los hijos de estar y relacionarse con cada uno de sus progenitores y las familias extensas.

b) El reglamento 2201/2003 dice que custodia "son aquellos derechos y obligaciones relativas al cuidado de la persona de un menor, y en especial el derecho a decidir sobre su lugar de residencia".

c) Examinando y leyendo el articulado del código civil, se puede decir, que no existe una regulación expresa sobre el contenido concreto de esta figura, pudiendo definir la misma, como el derecho-deber de un progenitor a tener consigo al hijo, cuidarlo mientras está con él y adoptar las medidas básicas del día a día sobre alimentación, higiene, ocio etc.

24

d) El art 90 y siguientes, no dice realmente que la sentencia deba atribuir expresamente a uno de los progenitores la guarda y custodia y al otro un derecho de visitas, o como mejor dice el art 9º, el régimen de comunicaciones y estancias con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

e) Al ser la guarda y custodia una parte integrante de la patria potestad, se ha de entender que el progenitor titular de la patria potestad, que tenga consigo a su hijo, lo tiene en ese momento bajo su guarda y custodia. No se puede interpretar esas situaciones de otra manera, y decir que un hijo está de visita con su padre o que cuando un menor está con un progenitor durante todo el período vacacional, por ejemplo de verano, casi tres meses, está de visita en vez de bajo su guarda y custodia.

f) Sí en cambio se puede hablar, en su caso, de visitas en relación a un progenitor que haya sido privado de la patria potestad y

por tanto de la guarda y custodia. Estas visitas que se interpretarán en función de lo dispuesto en el reglamento 2201/2003.

A la vista de lo expuesto en este fundamento, y teniendo en cuenta que de las pruebas practicadas ha quedado probado que tanto X como Y, son buenos progenitores, cuentan con la ayuda de sus familias extensas, y están en condiciones de cuidar y atender debidamente a su hijo HHHHH de 18 meses, se acuerda que HHHHH esté bajo la guarda y custodia de X: a) fines de semana alternos desde el viernes a las 18,00 h hasta el lunes en que lo llevará al colegio, b) los martes y jueves desde las 17,00 h hasta las 20,30 h, c) mitad de vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad; eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. En todo caso X recogerá y entregará al menor en el domicilio materno. El resto de tiempo estará el menor bajo la guarda y custodia de Y.

Para el buen cumplimiento de este régimen de guarda y custodia establecido en interés del menor; se aconseja a los progenitores el cumplimiento del siguiente decálogo:

1. Nunca desacredite a su ex-cónyuge delante de sus hijos, ya que ellos se sienten "parte de su mamá" y "parte de su papá", con lo que la crítica puede dañar su autoestima.

2. No utilice a sus hijos como mensajeros entre usted y su ex-cónyuge. Cuanto menos se sientan ellos parte de la pelea entre sus padres, mejor entenderán la situación.

3. Tranquilice a sus hijos haciéndoles entender que ellos no tuvieron ninguna responsabilidad en la separación. Muchos de ellos asumen como propias las causas de la ruptura.

4. Anime a sus hijos a que vean con frecuencia a su ex-cónyuge. Haga todo lo posible por estimular las visitas.

5. En cada paso de su divorcio o separación, recuérdese asimismo que sus propios intereses no son los de sus hijos, por lo que no debe incluirlos en ninguna negociación.

6. Sus hijos pueden ser estimulados a actuar como su "corresponsal" en la casa de su ex-cónyuge. Trate de no pedirles que le cuenten nada que no sea del interés de ellos. Deje a sus niños ser niños.

7. Si usted siente que no puede asumir el trance de la separación con calma y responsabilidad, pida asesoramiento terapéutico urgente. Sus problemas pueden trasladarse a sus hijos, complicándoles aún más el poder enfrentar con éxito la situación.

8. Cumpla con sus obligaciones económicas, "alimentos" de su hijo, en forma mensual y sin interrupciones. Sepa que de no hacerlo, el perjudicado será su hijo, que además de tener que enfrentar una situación familiar compleja, deberá soportar faltas materiales, lo cual puede tener un efecto permanente para el resto de su vida.

9. Si usted es un padre/ madre responsable, y no está recibiendo los "alimentos" por parte del que tiene obligación, no traslade su enojo a sus hijos. Esto incrementa en ellos el sentimiento de abandono, y los pone en situaciones muy difíciles.

10. Dentro de lo posible, no efectúe demasiados cambios en la vida de sus hijos. Si además de soportar la separación deben cambiar de residencia y de escuela, tardarán mucho más en superar el trauma del divorcio de sus padres...."

CUARTO.- Respecto a la atribución del uso del que fuera domicilio conyugal, se debe tener en cuenta lo gravoso que representa para el cónyuge excluido del uso -interés menos protegible para el art. 96 del CC, cuando el otro cónyuge ostenta la custodia de los hijos menores; la perpetuación en el tiempo del uso

por el cónyuge custodio y los hijos, soportando a veces al mismo tiempo el pago de la mitad de la gravosa hipoteca y teniendo que atender a sus propias necesidades de habitación. Así mismo no es cierto que el art. 96 del CC, cree un derecho de uso ilimitado a favor del progenitor custodio y los hijos menores; siendo cierto que los perfiles de este derecho no están bien descritos en la ley y tampoco en la jurisprudencia. No obstante, si la resolución judicial no limita temporalmente el derecho, bien fijando un término final o una condición resolutoria como el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el derecho de uso se entiende atribuido por tiempo indefinido y se mantiene y protege inclusive frente a terceros; siempre y cuando ese uso acceda al Registro de la Propiedad.

No obstante, lo expuesto hasta ahora, no impide que el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el art. 96 del CC, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el art. 96 del CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes, al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor -intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente- pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante.

Atribuir el uso de la vivienda indefinidamente, soportando además el excluido del uso el gravamen de la hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar y el mantenimiento de la paz en las relaciones entre ambos progenitores.

Dicho lo cual, y examinando las características concretas del caso que ahora nos ocupa; y valorando todas las pruebas practicadas considero que ha quedado probado que: (...)

5. Audición de los menores.

Se trata de otra asignatura pendiente en los procesos de familia. Creo que sería necesaria una regulación concreta de cómo se deben hacer las audiciones, quién puede intervenir en las mismas, qué valor probatorio tienen y en qué soporte se deben recoger.

Al respecto, considero que el interés del menor exige que la misma no constituya una prueba plena, pues de ser así se debería hacer en la vista y en presencia de sus padres, con los problemas y traumas que ello puede acarrear a los menores, ya afectados tremendamente por el proceso judicial que viven sus padres y que tan directamente les afecta a ellos. No habría inconveniente en que se grabara en video, aunque para ello se necesitaría una sala adecuada y una regulación sobre el uso de esas grabaciones. Entiendo que solo se podría usar y visionar en actuaciones judiciales, y se deberían imponer sanciones severas para el quebrantamiento de esa privacidad. En cuanto a quién debería intervenir en las mismas, considero que como máximo solo debería intervenir el juez, el ministerio fiscal y el equipo psicosocial. Aunque en la práctica sería

bueno, para la tranquilidad del menor, que solo se hiciese en presencia del psicólogo, y que el resto estuviese en una sala contigua, viendo la exploración mediante un espejo unidireccional y en conexión telefónica con el psicólogo, para hacerle llegar las aclaraciones o preguntas que se quieran hacer al menor.

Esta exploración debe ser informal, nunca hacer elegir al menor entre el padre y la madre, y menos aún ponerles en la tesitura de valorar a uno u otro progenitor. Considero que esta exploración tiene por objeto que el menor nos relate sus experiencias, la forma de vida en casa y cómo se relaciona con uno y otro progenitor en las distintas esferas de su vida diaria: estudios, ocio, tareas domésticas, conversaciones etc. Algún compañero, aunque reconozco que son los menos, me ha llegado a decir que *“para qué leo los convenios reguladores, antes de aprobarlos”* o *“en las audición de menores, hay que dejarse de tonterías y contemplaciones, y preguntarles que con quién quieren ir”*.

Esta exploración, si se hace con las debidas garantías, con el tiempo suficiente, y los jueces conseguimos la preparación adecuada para llevarla a cabo, con conocimiento exacto y completo de las versiones de una y otra parte, es fundamental para aclarar si la versión del menor es auténtica o es objeto de manipulación o de interferencias parentales. Es básico ver el lenguaje que utiliza el menor, qué comentarios hace de uno y otro progenitor (si son solo negativos o positivos, o más bien hay mezcla de ambos; cuál es su figura de referencia, qué crítica de uno y otro progenitor, la razón de ello, su relación con las nuevas parejas, qué papel juega en su toma de decisiones la familia extensa –tanto paterna como materna- etc.).

6. Funcionamiento incorrecto de los equipos psicosociales. No dedican el tiempo adecuado para hacer los informes, no hacen seguimientos, no intervienen en todos los casos en que se solicita por las partes.

La intervención de los equipos psicosociales debe ajustarse a las necesidades del caso concreto y la situación económica de las partes. Es decir, estos equipos, sólo intervendrán en supuestos de justicia gratuita y cuando así lo solicite de oficio el juez. No obstante, para acordar su intervención, considero conveniente que el juez conozca las versiones de ambas partes, es decir, debe haberse presentado ya la demanda y contestación; incluso salvo casos excepcionales (alcoholismo, drogadicción o situación de riesgo relativamente probadas), sería conveniente que el juez oiga antes a las partes y al menor para saber cuál es realmente la discusión y el obstáculo para esas comunicaciones, y así poder determinar y concretar al máximo la actuación del equipo. Creo que actualmente se está abusando de la intervención de psicólogos y psiquiatras con los menores, con intervenciones y sesiones a veces interminables, que impiden a la larga hacer controles de veracidad en las versiones de los menores y por tanto impidiendo saber si el menor actúa manipulado o no por alguno de los progenitores o familiares.

Sí quiero aprovechar este apartado, para poner de manifiesto la necesidad de que cualquier informe psicológico que se aporte a las actuaciones, se base en el examen y versiones de ambas partes; o al menos el perito ofrezca la posibilidad a ambos implicados de acudir a su consulta y dar su versión. Entiendo que los informes, en que sólo consta la versión del padre o de la madre, o en los que se hace constar que lo que refiere el menor, es según versión de su madre o de su padre, carecen de valor probatorio alguno, por parcialidad y ser incompletos.

Si se extreman las garantías para acudir a esta prueba, mi experiencia me permite decir que pese a la escasez de equipos y la carga de trabajo que soportan, en los supuestos urgentes en que así se lo he solicitado, me han elaborado los informes en plazo y normalmente han servido para aportar mucha luz en el conflicto y de gran ayuda a este juez para adoptar la resolución final.

En este punto, me remito a lo ya dicho, y solo aportar varias soluciones que resolverían de pleno estas controversias o quejas: a) crear más equipos psicosociales, b) adscribirlos en exclusividad a los juzgados de familia, c) especialización de sus componentes, d) incluir la figura del psiquiatra infantil, f) mejorar su ubicación e instalaciones y g) comunicación directa y fluida y sin formalidades entre el juez, el Ministerio Fiscal y el equipo.

Tal vez sería bueno que antes de esa fase previa a la vista que propongo, similar a la audiencia previa del juicio ordinario, el juez pudiese acordar en función de las circunstancias del caso concreto, que toda la unidad familiar sea evaluada por el equipo psicosocial, el cual emitiría un informe previo sobre la situación y problemática de esa familia que facilitaría delimitar el objeto de debate en la vista oral o lograr un acuerdo, o incluso la conveniencia de derivar a mediación.

7. Los Puntos de Encuentro Familiar.

Los puntos de encuentro familiar no consiguen cumplir su función primordial, ayudar a normalizar las relaciones entre el menor y el progenitor no custodio o su familia extensa.

Al igual que sucede con los equipos psicosociales, la problemática que tanto las partes como los letrados plantean en relación a su funcionamiento, se reduciría e incluso se eliminaría si: a) se creasen suficientes PEF, b) si los mismos tuviesen la dotación

personal, material y presupuestaria necesaria para que pudiesen funcionar los 365 días del año, incluso con instalaciones para pernocta en casos excepcionales, como ocurre en Francia, c) se regulase adecuadamente su funcionamiento (instalaciones mínimas, profesionales que pueden y deben trabajar en los mismos, clases de derivación, derechos y deberes de los trabajadores y usuarios de los mismos, garantías de seguridad, comunicaciones y coordinación con las autoridades derivantes etc.).

32

Mi experiencia con los PEF ha sido muy positiva desde hace varios años, si bien me consta que su existencia y funcionamiento no es consecuencia del interés y dedicación directa de las distintas administraciones, sino del esfuerzo personal e individual de algunos jueces, asociaciones o particulares, que contra viento y marea han apostado por su creación y funcionamiento. Luego, sí es cierto, que la Administración, según las comunidades autónomas, los apoyan en mayor o menor medida; pero claro, siempre es fácil apostar y subirse al caballo ganador. Lo necesario y valioso es que las distintas administraciones apoyen al máximo su creación y no escatimen ayudas económicas para su funcionamiento. El derecho e interés de los menores lo exige y creo que no se lo podemos negar.

En cuanto a su funcionamiento y coordinación con el juzgado decir que en mi caso, me suelo reunir una vez al mes con la coordinadora del PEF. Comentamos caso por caso, y vemos qué pasos se pueden ir dando para normalizar esas relaciones. Además de ello, estamos en contacto telefónico siempre que surge la necesidad, y tanto por el juzgado como por el PEF, intentamos y en la mayoría de los casos lo logramos, dar una respuesta rápida a las peticiones de la otra parte.

Además, las partes y los letrados son conscientes que el juzgado, y en especial el juez, da un apoyo y cobertura absoluta al

PEF. Lo cual no quiere decir que ante una queja de un usuario o un letrado, no se adopten las medidas oportunas, pero como colaboradores que son del órgano judicial, están amparados por presunción *iuris tantum* de que su actuación, mientras no se demuestre lo contrario, es correcta, ajustada a derecho y realizada en interés del menor.

Para derivar un caso al PEF es necesario tener en cuenta que sólo se debe hacer en casos excepcionales, que se debe tener en cuenta la edad y características del menor, y sobre todo la disponibilidad de dicho centro en cuanto dependencias y horarios. No puede el juez derivar casos con horarios más extensos del de apertura del PEF, o remitir a menores de 16 ó 17 años, respecto de los cuales el PEF nada puede hacer.

Asimismo, en mi caso, el PEF sabe que tiene cierta autonomía para trabajar con los padres y el menor, a fin de normalizar sus relaciones, para lograr acuerdos y para introducir en esas relaciones pequeñas innovaciones (aumento de horario, paso de tuteladas a no tuteladas, de no tuteladas a intercambios, etc.), siempre que exista acuerdo entre todos los interesados, se documente el mismo con sus firmas y el PEF considere que el mismo es bueno para el menor. No obstante, y con independencia de que esos acuerdos se empiecen a cumplir desde que los firman las partes, el PEF nos informa rápidamente del mismo por escrito, del cual damos traslado a las partes y al MF por plazo de cinco días. Y en función de sus alegaciones o de la ausencia de las mismas, el juez ratifica ese acuerdo, o lo modifica o lo deja sin efecto.

Debemos tener en cuenta que el uso del PEF es excepcional, temporal, y tiene como función normalizar las relaciones del menor con sus progenitores o su familia extensa, a fin de desjudicializar las mismas. No deja de ser una forma de institucionalizar al menor, y por

tanto debe ser el último remedio al que debemos acudir, derivando con carácter previo, si es posible, a algún familiar u otros lugares neutrales (ludotecas, domicilio de los abuelos, etc.)

En Gijón, desde 2005, se han derivado al PEF 46 asuntos, de los cuales se han cerrado 29 y están abiertos 17. De éstos, 12 son intercambios, 3 visitas tuteladas y 2 visitas no tuteladas. Se han intentado derivar al PEF por las partes varios casos, la mayoría vía convenio regulador; pero a través del control del juzgado, se ha conseguido que los intercambios o visitas se hagan a través de familiares o en lugares neutrales, evitando con ello el uso abusivo del PEF.

8. Intervención del Ministerio Fiscal. Desconoce y no se implica en la tramitación de los expedientes, de ahí que su actuación en las vistas sea más bien limitada.

34

En la actualidad, ya sea por la ubicación de la fiscalía en relación a la sede de los juzgados, ya sea por la composición de sus plantillas, la verdad es que la intervención de los fiscales en los procedimientos civiles, y sobre todo en las vistas, no es todo lo efectiva que debería ser. Todos somos conscientes de que las contestaciones que realizan son de modelo, iguales para todos los procedimientos, al menos en los juzgados en que yo he trabajado. Su intervención en la audición de menores es muy dispar según actúe un fiscal u otro, lo mismo que en las vistas a la hora de proponer pruebas, participar en su práctica e informar sobre las medidas a adoptar.

Considero que esta situación pide un cambio radical, y para ello, sería necesario crear secciones civiles en las fiscalías, o bien adscribir un fiscal, al menos, cada dos juzgados de familia. En el caso

de Gijón, por ejemplo, la fiscalía tiene 13 miembros, y en las vistas de los dos juzgados de familia intervienen 11 fiscales, por turnos semanales, lo cual hace difícil la coordinación entre el juez y el fiscal. A la hora de informar, lo hacen a veces en el juzgado, otras veces hay que mandarlos autos a fiscalía, lo que genera una pérdida de tiempo importante que se evitaría con la presencia física y diaria del fiscal en el juzgado, al igual que el juez y el secretario.

Tal vez sería bueno llevar a cabo una reforma procesal, y establecer que la intervención del fiscal, como parte necesaria que salvaguarda el principio de legalidad y el interés de los menores e incapaces, fuese a continuación de que contestase la parte demandada. Con ello, el fiscal conocería las alegaciones de ambas partes, la documental aportada por ambos y el resto de pruebas que se pretende proponer, y así podría realizar una contestación más centrada al caso concreto, proponer pruebas y tener una intervención más activa y coordinada con el juez en la vista.

35

Curiosamente su falta de emplazamiento, su falta de citación a la vista puede generar una nulidad de actuaciones. Pero su inasistencia a la vista, y esa intervención vía modelo, no.

9. Desarrollo de las vistas, situación de las partes en la sala de espera antes de entrar a la sala y sensación de las partes de que no han podido exponer al juez su problema, es decir, que el juez no les ha dejado hablar.

Hay que tener presente la situación actual de los juzgados: a) la mayoría de ellos no tienen sala de vistas propia, sino que comparte con otro u otros juzgados, b) el aumento de procedimientos, con el consiguiente aumento de señalamientos, c) la necesidad de compaginar los señalamientos con otras actuaciones judiciales:

internamientos forzosos, visitas a incapaces en sus domicilios, audición de menores, tramitación de expedientes etc., impide hacer un sistema lógico y equilibrado de señalamientos, dedicando a cada uno de ellos el tiempo necesario para que las partes y los letrados puedan hablar y realizar las alegaciones con la pausa y extensión que a todos nos gustaría.

También hay que tener presente que nuestro ordenamiento jurídico ha cambiado el sistema de divorcio y separaciones, pasando de un sistema culpabilístico, a un sistema causal y actualmente a un sistema objetivo en el que la simple solicitud y cumplimiento del plazo exigido, conlleva la concesión del divorcio y separación solicitado. Por lo tanto, ya no es necesario realizar una exposición larga y completa de por qué las partes quieren separarse o divorciarse. La vista está encaminada a concretar el objeto de debate, y a proponer y realizar las pruebas necesarias para dar luz al juez sobre el conflicto. No está pensada la vista para que los letrados hagan exposiciones interminables y tediosas, que normalmente vienen a repetir el contenido de su demanda o contestación, con el único fin de justificarse ante sus clientes, ni tampoco a proponer pruebas innecesarias que poca incidencia tienen en los que es objeto de debate (en muchas ocasiones se proponen pruebas sobre temas en que hay acuerdo, o se repiten una y otra vez las preguntas a las partes o testigos, con el fin de obtener la respuesta perseguida). Tampoco se prevé la vista, para que las partes la usen para desahogarse y exponer toda su rabia o reproches contra el contrario. Para esto sería bueno la mencionada fase intermedia, posterior a la contestación y previa a la celebración de la vista.

Conviene también recordar que, nos guste o no, la vista es dirigida por el juez, y cada juez tiene sus criterios. Y es labor del mismo evitar que las vistas se prolonguen indebidamente, con el

retraso que ello conlleva para los señalamientos posteriores. Señalamientos que se deben hacer con la debida separación, y de uno en uno, evitando lo que se hace en algunos juzgados de señalar dos o más juicios para la misma hora, o con una separación de apenas cinco o diez minutos.

Existe una controversia en relación a si es posible o no hacer conclusiones por las partes en la vista. Entiendo que la LEC no es clara, y que al tratarse de juicios verbales, son posibles las dos soluciones, es decir, que el juez las permita (art 185 LEC) o no (art 443 LEC). No obstante, en caso de que se permitan, los letrados, deben ser conscientes de cuál es el objeto de esas conclusiones: 1.- centrar las cuestiones en que se mantiene el debate y aquellas en que existe acuerdo, 2.- hacer una valoración breve de las pruebas practicadas y su incidencia en ese debate para que la resolución judicial que se debe dictar sea favorable a sus pretensiones. Por lo tanto, en las conclusiones, no está previsto volver a repetir el contenido de la demanda o de la contestación. Tampoco es posible que las mismas estén realizadas antes de la vista, pues como ya dije, el contenido de las conclusiones se basa casi exclusivamente en el desarrollo de la vista.

Es cierto, que la situación previa al inicio de la vista, en los pasillos de los juzgados, a veces genera situaciones tensas entre las partes, o con sus respectivos familiares, o con los menores. Conflictividad y tensión, que posteriormente impide en muchos casos acercar posturas o llegar a acuerdos en la propia vista. Por lo tanto, sería menester que se adoptasen las medidas necesarias para que en estos casos pudiese haber una separación entre dichas partes y para que las vistas se realicen con la máxima puntualidad posible.

10. Admisión y práctica de las pruebas.

En este punto, sólo decir:

a) Los letrados deben proponer aquellas pruebas que ayuden a buscar la verdad material. Hay que tener mucho cuidado con los testigos familiares.

b) En las pruebas periciales, sólo se debería acudir a ellas cuando hay realmente un problema personal o de salud en alguna de las partes (alcoholismo, drogadicción, enfermedades mentales etc.) o cuando existe una disparidad absoluta entre las pretensiones de una parte y otra, en relación a las medidas personales. Informes, que se deben hacer con las debidas garantías, y especialmente oyendo a ambas partes, o al menos dándole la posibilidad de ser oídas por el perito.

c) Los jueces deben ser más abiertos a la hora de admitir la práctica de pruebas anticipadas, en especial en cuestiones de índole económica: oficios a entidades bancarias, al INSS, a centros de trabajo etc. Con ello entiendo que no estamos vulnerando ningún derecho de las partes y asimismo evitaremos muchas suspensiones o interrupciones de vistas.

d) Las partes y sus letrados deben concienciarse de que los procedimientos de familia no deben ser una vía para agravar el conflicto o causar más daño a la otra parte o a los menores. Estos procesos están previstos para buscar la solución que mejor proteja los intereses del menor y, si es posible, que mejor salvaguarde a uno y otro progenitor, manteniendo vías

de comunicación abiertas entre ellos, por el bien de sus hijos.

11. Derechos de los hijos de padres separados o divorciados

1- Derecho a encontrarse con los padres para tratar temas referentes a su desarrollo integral, a los estudios, a la salud psico-física y a la situación de la separación.

2- Derecho a encontrarse con los padres, si lo desean, en circunstancias particulares o en etapas importantes de su vida escolar.

3- Derecho a no presenciar las disputas de los padres.

4- Derecho a no ser obligado a tomar partido por uno u otro padre.

5- Derecho a no ser instrumentalizado por un ex-cónyuge, que desea obtener información referente a sentimientos o conductas del otro cónyuge (*los hijos no son los correos de los padres*).

6- Derecho de comunicarse por teléfono con el padre – madre no custodio, para fortalecer la confianza y el afecto al que tiene derecho.

7- Derecho a que los padres se consulten y tomen decisiones conjuntas sobre aspectos esenciales de la vida de los hijos: estudios, normas, etc.

8- Derecho a exigir que los padres, en su presencia, mantengan una conducta digna y no litigiosa.

9- Todo niño tiene derecho a tener padres.

12. A los padres.

Los hijos no son los culpables de vuestra ruptura como pareja. Haced lo posible para que no sean ellos quienes paguen las consecuencias. Vosotros debéis ser siempre los padres.

En el tiempo que lleva desde la separación física hasta la legal o definitiva:

- Sed prudentes. Desculpabilizar de la situación a los niños.
- Os podéis ver cuando ellos están presentes, pero sería bueno que no fuera en casa, aunque los hijos lo pidan.
- No ir a la casa conyugal, sino por una razón importante.
- Decidles a los niños que los queréis mucho y que no les va a faltar nada de lo necesario.

LA JUSTICIA, LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y LA CUSTODIA COMPARTIDA.

Vicente Ortega Llorca
Magistrado-Juez de la Audiencia Provincial de Valencia

1. El largo camino hacia un mundo justo.

No podrán entenderse bien mis reflexiones sobre el tema si no nos distanciamos por un momento del ámbito familiar, y partimos de un contexto más amplio de la justicia en el mundo.

En efecto, este mundo que pomposamente se autodenomina "primer mundo" olvida con frecuencia que existe también un lacerante "tercer mundo" en el que está vigente el "*primum vivere deinde philosophari*".

41

La favorable evolución social en pro del reconocimiento y el fortalecimiento de las libertades y los derechos individuales no impide que la sociedad moderna ofrezca, cuando ya está avanzando el siglo XXI, imágenes dramáticamente reveladoras del largo camino que le queda por andar para acercarse a la utopía de un mundo justo.

La mundialización de los acontecimientos, dependiente en gran medida de la rapidez de las comunicaciones, ha favorecido una creciente sensibilización social por la protección de los derechos de los más débiles, que se ha puesto de manifiesto, sobre todo, en la mayor preocupación por preservar a los niños de influencias y experiencias traumáticas, que pueden interferir negativamente en su desarrollo.

2. Formas de destrucción de la personalidad de los niños

La exacerbación de esta tendencia protectora de los derechos de niños no responde sólo a la necesidad biológica de garantizar su adecuado crecimiento; por su dependencia de los adultos, los niños han precisado siempre de una especial protección, pero hoy día se impone una respuesta especialmente garantista que les ponga a cubierto de los ataques sin cuento que se ceban en ellos de manera excepcional, a veces de modo grosero y otras de forma sutil y refinada, pero siempre cruel.

De tiempo en tiempo, la conciencia nacional e internacional se ve zarandeada por noticias sobre guerras, éxodos masivos, asesinatos, malos tratos, agresiones sexuales o corrupción, en las que las caras de los niños o los niños sin rostro son inocentes protagonistas de escenas degradantes.

42

La sociedad no puede tolerar por más tiempo que el egoísmo y la ambición de algunos adultos carentes de ética reduzcan a los niños a la condición de objetos de un placer perverso que, por su indignidad, debería repugnar a los seres humanos menos cultivados.

La denuncia de la explotación laboral de la infancia ha escandalizado a un mundo que tenía por extinguida la esclavitud.

La realidad de los niños soldado, que mueren con la inconsciencia y matan con la crueldad de quienes aún no han aprendido a valorar la vida, provoca el escalofrío del alma.

Sin embargo, no puede enfrentarse el estudio, siquiera parcial, del fenómeno social de la agresión a los pequeños sin poner de relieve la hipocresía de los mayores que les agreden o entran en connivencia con los agresores, y la de quienes consentimos impasibles la agresión.

Piénsese en el turismo sexual y se encontrarán ofertas de "paraísos" donde los críos venden sus cuerpos para subsistir o, simplemente, para entregar el dinero a los proxenetas que los "compraron", y se comprenderá que si no son ajenos a esa explotación los clientes que utilizan sus "servicios", tampoco lo son los empresarios que organizan los viajes y se lucran con ellos.

Piénsese en los talleres o en las minas donde se explota a los niños, y se comprenderá que no somos ajenos a esa explotación quienes buscamos el producto barato sin querer confesarnos qué es lo que mantiene su precio bajo.

Piénsese en los niños sin escolarizar que, abierta o encubiertamente, mendigan en los semáforos o pululan por la periferia de las grandes ciudades, y se comprenderá que no son ajenas a su falta de formación las autoridades encargadas de escolarizarlos, pero tampoco quienes, con conocimiento de la situación, silenciamos nuestras conciencias dándoles unas monedas y no exigimos para ellos el ejercicio de su irrenunciable derecho a la educación.

Nos abruma esas formas de destrucción de la personalidad de los niños; pero no son las únicas, hay otras menos espectaculares pero igualmente eficaces en su efecto impeditivo del desarrollo armónico de los pequeños. En este sentido, el análisis de la manipulación de los niños en el seno de la familia debería provocar también una amplia reacción social en defensa de los menores.

En esa línea, desde esa perspectiva de preocupación por el desarrollo de quienes constituyen el futuro de la humanidad, vamos a centrarnos ahora en el estudio de la exigencia ética y jurídica de proteger los derechos de los hijos menores en el seno de la familia.

3. La técnica jurídica al servicio de la justicia.

Me sitúo en la indeclinable convicción de que la técnica jurídica y la técnica procesal en particular están al servicio de la Justicia, sin la que nada valen. Todo concepto o institución jurídica que no favorezca el avance de la Justicia debe ser reinterpretado para ponerlo al servicio de ésta.

Esa verdad axiomática se fortalece más, si cabe, cuando las normas jurídicas afectan a los derechos de los más débiles o desfavorecidos, singularmente a quienes no han alcanzado aún su pleno desarrollo biológico.

En efecto, todas las ramas del Derecho y todos los órdenes jurisdiccionales han de ser especialmente sensibles a la necesidad de garantizar el adecuado crecimiento de los niños; pero mayor sensibilidad deben poner en juego quienes, como abogados, fiscales o jueces tienen encomendado el planteamiento, la defensa, el conocimiento y la resolución de las demandas de separación, nulidad y divorcio del matrimonio.

4. La extensión de los efectos del matrimonio a los hijos comunes.

Razones de derecho público determinan que el matrimonio, que en el ámbito del derecho civil es una relación jurídica constituida por el acuerdo de voluntades de dos personas, no limite a éstas sus efectos sino que los extienda a los hijos, que nada tuvieron que ver en su constitución y que en estrictos términos *iusprivatistas* deberían ser considerados terceros en esa relación jurídica.

4.1. *Efectos positivos.*

La extensión de los efectos del matrimonio a los hijos comunes tiene para éstos, en general, unas consecuencias de naturaleza positiva, en cuanto que es dentro del seno de la familia donde el ser humano conoce los valores que más íntimamente le van a acompañar a lo largo de su vida, recibe los afectos y desvelos más desinteresados y se sitúa en trance de lograr el íntegro desarrollo de su personalidad.

La unidad natural de la familia justifica sobradamente que los problemas de uno de sus miembros afecten a los demás. Esta inevitable extensión subjetiva de los conflictos tiene por lo común una connotación de naturaleza positiva, pues con frecuencia es una manifestación de la solidaridad del grupo que, con ánimo de proporcionarle calor, apoyo y ayuda, se apiña en torno al individuo originariamente afectado y hace propio su conflicto.

4.2. *Efectos negativos.*

Los aspectos negativos de la cuestión surgen sobre todo en los supuestos de rompimiento de la unión de los progenitores que constituyen el sustento de la estructura familiar.

Cuando el conflicto se produce por el enfrentamiento de dos miembros del mismo núcleo y cuando el amor y la solidaridad se sustituye por el egoísmo, no es extraño que los individuos enfrentados tiendan a descargar sus tensiones en los demás elementos de la familia, sobre todo en los más cercanos e indefensos.

a. Matrimonio en crisis no judicial.

Este fenómeno de descarga de tensión sobre los miembros más débiles de la familia se manifiesta en muchos matrimonios en crisis antes de que los cónyuges planteen judicialmente la separación, la nulidad o el divorcio.

Sucede así sobre todo cuando la quiebra afectiva de la pareja implica también la quiebra del marco de razonabilidad, respeto recíproco, y de desprendimiento y colaboración mutua en favor de los hijos.

La convivencia bajo el mismo techo, mantenida en esas circunstancias durante largo tiempo, favorece la exacerbación de las tensiones, alimenta las crispaciones, propicia los enfrentamientos dialécticos, y es el caldo de cultivo en el que llegan a producirse no pocas violencias físicas y psíquicas.

46

En ese estado de verdadera guerra doméstica no es extraño que cualquiera de los cónyuges, o ambos, responsabilicen de sus disensiones a los hijos menores, o a alguno de ellos, acusándoles de ser el origen del mal. También ocurre con frecuencia que se les hace objeto de intolerables violencias físicas o morales.

Por el contrario, si pese a su deteriorada relación, los cónyuges conservan los valores mínimos de respeto recíproco y de desprendimiento en favor de los hijos comunes, pueden salvaguardar en gran medida el interés de éstos. Pues los hijos verdaderamente no sufren tanto por la separación de sus padres como por la mala relación entre éstos, sus mutuas descalificaciones, la angustiosa sensación de que deban tomar partido por uno u otro, y por la inseguridad de seguir siendo amados.

Los hijos esperan que, respecto a ellos, sigan actuando como padres, aunque hayan decidido separarse como esposos.

Es en este ambiente de concordia en favor de sus hijos donde, con mayores garantías, pueden los cónyuges pactar un convenio regulador en el que articulen adecuadamente la protección del superior interés de aquéllos.

En esa fase resulta relevante la mediación familiar entendida como *“el proceso extrajudicial por el que un profesional imparcial, cualificado y sin poder decisorio, asiste a las partes en conflicto, principalmente para facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de una solución voluntaria, aceptable y duradera”*, que reduce los efectos negativos que tiene sobre los hijos el hecho de vivir un conflicto que no han creado ellos, sino que se ha producido por decisión de los padres (Villagrasa y Vallés, 2000).

La mediación familiar es así un mecanismo idóneo para alcanzar soluciones consensuadas al ejercicio conjunto de la patria potestad, guarda y custodia compartidas o no, régimen de visitas por el progenitor no custodio, uso del domicilio familiar, pensiones alimenticia y compensatoria, y disolución de la comunidad de bienes del matrimonio.

Actividad mediadora que sin embargo debe garantizar la igualdad de las partes en la adopción de la solución del conflicto, mediante la adecuada información y asesoramiento.

b. Matrimonio en crisis judicial.

Cuando sus disensiones se plantean ante el Juzgado, los padres, cegados muchas veces por el resentimiento, creen que lo importante son sus derechos, y olvidan que por encima de éstos está el interés de sus hijos menores.

El fenómeno de descarga de tensión sobre los miembros más débiles del clan no es exclusivo, pero sí característico, de muchos

procesos judiciales de separación, nulidad y divorcio en los que suelen verse implicados dos clases de personajes, como protagonistas, los cónyuges, y como sujetos pasivos, los hijos menores que se hallan inmersos en un cúmulo de paradojas:

- Con frecuencia, cada litigante les quiere atraer a la causa propia para enfrentarlo al contrario.
- No son parte en el matrimonio, pero éste condiciona decisivamente sus vidas.
- No son culpables del rompimiento de sus padres, pero son los primeros perjudicados.
- No son parte en el proceso judicial de crisis matrimonial, pero la sentencia que se dicta en él decide sobre sus más íntimos y trascendentales derechos.
- El suyo es el interés más digno de protección, pero su voz es la que menos se oye en el proceso.
- Les defiende el Ministerio Fiscal, pero éste no tiene, por lo general, comunicación directa con ellos.
- El amor que sustentó el matrimonio suele transformarse en odio, y con frecuencia los adultos enfrentados intentan transmitir este sentimiento al menor sin percatarse de que es a éste a quien hacen un daño, a veces irreparable.

Muchos niños han vivido con dramática perplejidad la tensión de los momentos que precedían a su preparación por uno de sus progenitores para entregarlo al otro, y del momento mismo de la entrega, cuando salía con su "maletita" al portal del edificio donde se encontraban su padre y su madre revestidos ambos de la frialdad

más expresiva, sin esbozar ninguno una sonrisa amable, e incapaces de mirarse a los ojos si no era para intentar fulminar al otro.

Es una experiencia verdaderamente traumática para muchos niños que, ya adultos, recuerdan con horror esa “maletita” que representaba toda la carga de resentimiento y odio que separaba a sus padres y que éstos, o alguno de ellos, le trató de inocular sin que él entendiera bien por qué.

Por tanto, conviene analizar cómo pueden corregirse las situaciones de injusticia que afectan a los niños en el ámbito del juicio matrimonial.

Debo precisar ya, que en virtud del principio de igualdad contenido en los artículos 14 y 39 de la Constitución, todas mis reflexiones son aplicables también a los hijos de matrimonios contraídos entre personas homosexuales¹, y a los hijos extramatrimoniales.

Me referiré en primer lugar a los instrumentos legales que amparan sus derechos, y después haré referencia a la doctrina emanada de los Tribunales.

5. La Convención sobre los Derechos del Niño

En el ámbito internacional, se refirieron a la necesidad de proporcionar al niño una protección especial:

a. La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño².

¹ El Tribunal Constitucional admitió a trámite, mediante providencia de 25 de octubre de 2005, el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 273, de 15-11-2005, p. 37313).

²Que contiene, en cinco puntos, los principios básicos de protección de la infancia.

- b. La Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959³.
- c. La Declaración Universal de Derechos Humanos⁴.
- d. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵.
- e. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶.
- f. Y en nuestro ámbito, la Convención Europea de Derechos Humanos adoptada por el Consejo de Europa en 1950 y que entró en vigor en 1953.

Pero, por encima de cualquier otro texto, aquella protección ha encontrado su más adecuada plasmación en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30-11-1990 (BOE 31-12-1990), que garantiza a la infancia un mayor respeto del dispensado hasta ese momento, cuya vigilancia se ejerce por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁷, y

³Que amplía a diez los puntos.

⁴ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁵ Hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en particular en sus artículos 23 y 24.

⁶ De 16 de diciembre de 1966. En particular, en su artículo 10.

⁷ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano que supervisa la forma en que los Estados cumplen sus obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cuando un país ratifica la Convención, asume la obligación jurídica de implementar los derechos reconocidos por el tratado. Pero la firma no es más que un primer paso, pues el reconocimiento de los derechos sobre papel no basta para garantizar su efectivo goce en la práctica. En consecuencia, el país asume la obligación complementaria de presentar informes periódicos al Comité sobre la manera en que se facilita el ejercicio de los derechos. Este sistema de vigilancia de los derechos humanos es común a todos los tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

Para cumplir su obligación de presentación de informes, los Estados partes deben informar por primera vez dos años después de su ratificación, y posteriormente cada cinco años. Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado Parte. Sobre la base de este diálogo, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como "observaciones finales", las cuales son públicas.

El Comité también hace públicas su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como "Observaciones Generales", así mismo expresa recomendaciones generales sobre

que ha sido firmada por todos los países del mundo, y todos la han ratificado con excepción de Somalia y de los Estados Unidos de América.

Como dice Marta Santos Pais⁸ "La Convención no insiste en un detallado patrón para la crianza de los niños o en determinado modelo de relaciones familiares. No impone un modelo universal de vida familiar. Pero insiste en que, al igual que los adultos, los niños no pierden sus derechos civiles y políticos al traspasar la puerta de su hogar. También subraya que los padres tienen responsabilidades hacia sus hijos más que derechos absolutos sobre ellos.

5.1. Sus premisas

Las premisas que sirvieron de apoyatura a la Convención, expresadas en su preámbulo, son las siguientes:

- La libertad, la justicia y la paz en el mundo se debe basar en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana⁹.
- La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños¹⁰, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo. Celebra discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados problemas, como "La violencia contra los niños".

Actualmente el Comité se compone de 18 expertos independientes, ninguno de los cuales es español.

⁸ SANTOS PAIS, Marta, ex Miembro del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en "Construyendo pequeñas democracias", publicación de la Children's Rights Office.

⁹Carta de las Naciones Unidas.

¹⁰El art. 1 entiende por niño "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

- El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad:
 - 1) Debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.
 - 2) Debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.
 - 3) «Necesita¹¹ protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento»¹².

En su articulado se parte del principio de que en todas las medidas concernientes a los niños¹³ se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite una y otra vez a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley¹⁴.

52

5.2. *Las relaciones paterno-filiales.*

En síntesis, la Convención señala dos premisas que, a mi modo de ver, resultan esenciales a la hora de analizar la posición de los hijos en el proceso judicial de ruptura matrimonial:

PRIMERO.- El fin último de la actuación de los padres y de las autoridades públicas -por tanto, también el de los Jueces y de los Fiscales- ha de ser la obtención del interés superior del niño".

¹¹Por su falta de madurez física y mental.

¹²Declaración de los Derechos del Niño.

¹³Que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

¹⁴Artículo 3.

SEGUNDO.- El niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte; en consecuencia, también debe serlo en el proceso judicial de ruptura matrimonial.

6. La Constitución Española

La Constitución Española, en el artículo 39, además del principio de igualdad jurídica entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, asume la Convención sobre los Derechos del Niño, y respalda las consecuencias que se derivan de la búsqueda del interés superior del niño y del mandato de que sea escuchado en el proceso judicial de ruptura matrimonial.

7. La Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor

Los criterios expuestos se consolidan y desarrollan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La Exposición de Motivos de esta ley justifica su regulación argumentando que "las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño" y ello justifica que se dé un nuevo enfoque a la construcción de los derechos humanos de la infancia que consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

8. El Código Civil¹⁵

¹⁵ CAPÍTULO VII. DE LA SEPARACIÓN

Artículo 81

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al art. 90 de este Código .

2º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Precepto redactado por art. 1 dos Ley 15/2005 de 8 de julio

Artículo 82 Precepto dejado sin contenido por art. 1 tres Ley 15/2005 de 8 de julio

Artículo 83

La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Precepto redactado por art. 1 Ley 30/1981 de 7 de julio

Artículo 84

La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Apartado 1 redactado por art. 1 cuatro Ley 15/2005 de 8 de julio

CAPÍTULO VIII. DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Artículo 85

El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Precepto redactado por art. 1 Ley 30/1981 de 7 de julio

Artículo 8

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81.

Precepto redactado por art. 1 cinco Ley 15/2005 de 8 de julio

CAPÍTULO IX. DE LOS EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Artículo 90

El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

F) La pensión que conforme al art. 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Apartado 1 y letra A) redactados por art. 1 siete Ley 15/2005 de 8 de julio

Artículo 91

En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Precepto redactado por art. 1 Ley 30/1981 de 7 de julio

Artículo 92

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Precepto redactado por art. 1 ocho Ley 15/2005 de 8 de julio

Artículo 93

El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y ss. de este Código .

Párrafo 2º añadido por art. 3 Ley 11/1990 de 15 de octubre

Artículo 94

El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al art. 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.

Apartado 2 añadido por art. 1 tres Ley 42/2003 de 21 de noviembre

Bajo las orientaciones constitucionales expuestas y en el marco diseñado por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el legislador ordinario configura las relaciones paternofiliales en los arts. 108 y siguientes del Código Civil como un entramado de derechos y deberes cuya ratio está constituida por la educación y formación integral del menor, y pretende que, lejos de convertirse éste en mero sujeto pasivo de la acción de sus mayores, pueda participar en el gobierno de su propia persona e intereses. Para ello, el artículo 154, penúltimo párrafo, previene que, en el ejercicio de la patria potestad, *“Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten”*.

Los artículos 90 a 96 del CC, señalan a los hijos como beneficiarios de las medidas judiciales adoptadas sobre su cuidado y educación en los procesos de separación, nulidad y divorcio, y reitera su derecho a ser oídos (artículo 92 CC).

Artículo 95

La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

Precepto redactado por art. 1 Ley 30/1981 de 7 de julio

Artículo 96

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

Precepto redactado por art. 1 Ley 30/1981 de 7 de julio

9. La doctrina de los tribunales

En la doctrina emanada de nuestros Tribunales de Justicia hay algunos criterios que parecen esenciales en el diseño de mecanismos especialmente protectores de los intereses de los menores con el objetivo de ponerlos a cubierto de las repercusiones negativas de la crisis matrimonial de sus progenitores.

10. La exploración de los niños por el juez

El respeto al derecho de los niños a ser oídos por el juez no puede ser minusvalorado ni cuestionado, pero su ejercicio tampoco puede convertirse en un vehículo de agresión al menor. Las formas procesales han de ceder también ante el interés superior de éste.

Por tanto, el acto debe alejarse de toda solemnidad, y el juez debe situarse en un plano próximo al del niño. Así, el uso de la toga no sería acorde con la finalidad pretendida de salvaguardar su interés, como tampoco lo sería que la entrevista tuviera lugar en la "Sala de Vistas", ni la intervención de otras personas, ni la utilización de fórmulas de exploración en las que se enfrenten las figuras de sus progenitores para que el niño manifieste su preferencia.

Es más, la experiencia acredita que, con variaciones en función de la edad y del grado de desarrollo del menor, el lugar más idóneo para explorar a un niño es aquel donde él se sienta cómodo y relajado, puede ser su propia casa o la de alguien de su entorno, su colegio, o su club, no necesariamente en los locales del Juzgado o del Tribunal, y la mejor manera de conocer su opinión del conflicto familiar es precisamente no hablar de él, dejar que las cuestiones fluyan con naturalidad en una conversación informal sobre temas que al niño le interesen.

En definitiva, el contacto personal entre el juez y los niños, en el escenario adecuado, en condiciones ambientales que favorezcan la serenidad, la seguridad y la confianza del menor es fundamental para que aquél pueda decidir con pleno conocimiento, sobre cuestiones tan relevantes como las que les afectan a los hijos en el proceso matrimonial.

La propia Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 770-4ª previene que “En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

En nuestro ordenamiento jurídico el juez no puede ser sustituido por el psicólogo, por el pedagogo o por el trabajador social, es únicamente al juez a quien le corresponde decidir, los demás profesionales son sus auxiliares, que actúan en el proceso como peritos que aportan los conocimientos científicos necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o para adquirir certeza sobre ellos (artículo 335.1 LEC), y la doctrina jurisprudencial ha declarado de manera unívoca e insistente que su función es la de ilustrar al juez sin fuerza vinculante sobre las circunstancias del caso, sin negar al juzgador la facultad de valorar el informe pericial [Sentencias, entre otras, de 30 marzo 1984 (R.A. 1984/1472) y 6 febrero 1987 (R.A. 1987/689)], que es de libre apreciación por el juez [Sentencias, entre otras, de 17 junio, 17 julio y 12 noviembre 1988 (R.A. 1988/8441), 11 abril y 9 diciembre 1989 (R.A. 1989/3002), 9 abril 1990 (R.A. 1990/2710) y 7 enero 1991 (R.A. 1991/109)], aunque el proceso deductivo del juzgador no puede chocar de una manera evidente y manifiesta con el raciocinio humano, sus apreciaciones han de guardar coherencia entre sí, no

pueden vulnerar la sana crítica [Sentencia, entre otras muchas, de 10 junio 1992 (R.A. 1992/5120)] entendida como las más elementales directrices de la lógica humana (Sentencia de 14 de octubre de 2000 EDJ2000/35349), o como "reglas no escritas acomodadas a la racionalidad humana" (Sentencia de 24 de noviembre de 1989 EDJ1989/10535), "sana crítica" que constituye el único punto de referencia que el vigente artículo 348 LEC impone al tribunal para la valoración de los dictámenes periciales.

11. La alienación parental

La manipulación sistemática y continuada del menor para ponerlo en contra de uno de los cónyuges se denomina alineación parental, y puede definirse como el comportamiento consciente o inconsciente de uno de los progenitores, o de su entorno, tendente a influir en el niño para pervertir la imagen que tenga de su otro progenitor, y lograr que llegue a sentir por él un profundo e injustificado rechazo.

Desde el punto de vista judicial interesa atajar cuanto antes este perverso comportamiento que constituye una sutil forma de maltrato al niño, que ve así alterado el desarrollo de su personalidad con grave riesgo de su estabilidad psíquica, lo que constituye un bien jurídico relevante y merecedor de protección penal.

Desde luego, el interés del niño está en disponer de una buena imagen de sus dos progenitores que le permita fundamentar sobre ella una sólida relación de seguridad, serenidad, confianza y amor con ambos, de forma que es patente que no reúne condiciones idóneas para ejercer la custodia del niño quien, en lugar de favorecer este interés transmitiéndole el mejor perfil de la imagen del otro

progenitor, utiliza al pequeño como un arma a traición creándole una imagen distorsionada de él.

La alienación parental fue reconocida en los casos de custodia en los tribunales de Nueva York desde 1980, cuando se sostuvo que una interferencia del padre custodio en la relación entre un niño y un padre no custodio es "un acto tan inconsistente con los mejores intereses del niño que suscita per se una fuerte probabilidad de que la parte ofensora no sea la idónea para ser el progenitor custodio" ¹⁶.

En Europa, la sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Gran Sala), de 13 julio 2000, Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos, Demanda núm. 25735/1994 TEDDH 2000\152, caso ELSHOLZ v. ALEMANIA, estudió un supuesto en el que los Tribunales nacionales de Alemania rechazaron la demanda de derecho de visita basándose en las declaraciones hechas por el niño en respuesta a las preguntas del Tribunal de Distrito cuando tenía seis años y en las relaciones tensas entre los padres considerando que no importaba saber cuál era el origen de esas tensiones, y dictaminaron que la reanudación de los contactos sería nociva para el niño, el TEDDH declaró que la negativa a ordenar un informe psicológico independiente, unida a la ausencia de celebración de una vista ante el Tribunal regional demuestra que el demandante no jugó, en el proceso de decisión, un papel suficientemente importante. Por lo tanto, el Tribunal concluye que las autoridades nacionales violaron los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que el proceso considerado en su conjunto no satisfizo las exigencias de equidad y publicidad enunciadas en el artículo 6.1.

¹⁶ Entwistle v. Entwistle, 61 AD2d 380, 384-5, citada por Joel R. Brandes en "Alienación Parental", publicado en el New York Law Journal - 26 Marzo 2000.

En el caso SAHIN y SOMMERFELD v. ALEMANIA, la sentencia de 8 de julio de 2003, declaró que el artículo 8 CEDH exige a las autoridades nacionales que adopten un justo equilibrio entre los intereses del menor y el de los padres, sin olvidar que por su naturaleza es superior el interés del menor; y que en particular el artículo 8 no autoriza a un padre a tomar medidas perjudiciales a la salud o al desarrollo del niño (con cita su vez de los asuntos T.P y K.M. c. Reino Unido, § 71; Ignaccolo-Zenide c. Rumania, § 94; y Nuutinen c. Finlandia, § 128). De manera, que ante ese sustrato fáctico podría considerarse que la denegación de visitas habían sido tomadas en interés del menor (con cita de Buscemi c. Italia, § 55, y el caso Volesk contra la República Checa de 29 de junio de 2004.

En España se menciona la alienación parental en sentencias de AP Zaragoza, sec. 4ª, S 17-5-2004, nº291/2004, rec.542/2003 EDJ 2004/58440, AP Alicante, sec. 4ª, S 9-6-2005, nº214/2005, rec.183/2005 EDJ 2005/123470, AP Málaga, sec. 4ª, S 29-7-2005, nº689/2005, rec.68/2005 EDJ 2005/160362, AP Asturias, sec. 5ª, S 29-9-2005, nº328/2005, rec.364/2005 EDJ 2005/169219, y se analiza con detalle en AP Segovia, sec. 1ª, S 10-6-2005, nº113/2005, rec.165/2005 EDJ 2005/152222, diciendo que "resulta absolutamente necesaria la evaluación previa, para cuya consecución, si la madre no colabora, podría ser apartada, al menos temporalmente de las menores, para determinar si efectivamente estamos ante un supuesto de Síndrome de Alienación Parental; y en su caso en qué grado, en orden a determinar la terapia más efectiva, sin obviar en ningún caso el superior interés de las menores, pues el derecho del padre a contactar con ellas, como se deriva de la jurisprudencia europea antes transcrita, no es absoluto y en modo alguno prevalece sobre la salud y adecuada evolución de los menores".

12.El principio de no imposición

El principio de no imposición, que está vinculado directamente con el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, aconseja que no se les impongan medidas que provoquen su rechazo. Desde esa perspectiva, conviene no someterles, contra su voluntad, a un régimen rigorista de convivencia con cualquiera de sus progenitores, porque ello produciría efectos contrarios a los pretendidos por la Ley.

Si se busca obtener un mejor grado de compenetración y mejora en las relaciones afectivas de los hijos con los padres, parece conveniente reconocerles, en función de su edad y capacidad de discernimiento, un cierto grado de libertad para que voluntariamente, con la mayor naturalidad posible, convengan con sus progenitores en qué momentos y ocasiones estarán con uno u otro, sin forzarlos a cumplir un régimen rigorista y preestablecido¹⁷.

62

No significa ello que quede al capricho de los hijos menores la articulación del régimen de custodia y de comunicaciones con sus padres, sino que la opinión de todos –también la de los hijos- debe ser un factor que, de manera relevante, ha de tenerse en cuenta por el Juez a la hora de fijar aquel régimen, y que una vez fijado, debe aplicarse con la flexibilidad que aconseja el restablecimiento de vínculos consensuados que favorezcan la creación de un ambiente en el que el niño se sienta feliz, amado y comprendido por sus padres.

¹⁷Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete, de 1 de Marzo de 1.993. Ponente Sr. Cano Moreno. En Actualidad Civil (Audiencias) nº 12/16-30 de Junio de 1.993, @632.

13.La custodia compartida.

Desde la perspectiva que enmarca todo el Derecho interno y el Derecho internacional, se hace necesario mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño. En esta línea de *favor filii*, debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores.

El régimen de atribución de la custodia a un progenitor con exclusión del otro, que ha sido y sigue siendo el criterio sostenido por la generalidad de los tribunales, no satisface las exigencias de un saludable equilibrio de las figuras paterna y materna en el niño.

De otro lado, parece razonable pensar que quien era un buen padre (o madre) antes de separarse, seguirá siéndolo después, y no se comprende por qué ha de ser mirado con recelo. En puridad, debe partirse de una presunción *iuris tantum* de "buena paternidad" (o maternidad), que podrá destruirse si se acredita que ese concreto progenitor incurrió en algún tipo de conducta que desaconseje hacerle participe de la custodia de su hijo menor.

La convivencia continuada del niño con sólo uno de sus padres provoca que tome a éste como único modelo de comportamiento, desdibujándose las referencias del otro con el que se relaciona esporádicamente; la falta de contacto habitual condiciona también la conducta del progenitor no custodio, que con excesiva frecuencia trata de ganar en poco tiempo, con halagos y regalos excesivos, el afecto del pequeño; en estas circunstancias no es extraño que el niño acabe chantajeando a sus padres; y que la falta de convivencia provoque, antes o después, el enfriamiento de las relaciones interpersonales y el abandono del régimen de visitas, con evidente perjuicio del derecho del menor.

Hasta la promulgación de la Ley 15/2005 de 8 de julio, la regulación del Código Civil parecía partir del criterio de atribución de la custodia sólo al padre o sólo a la madre, no a ambos conjunta, o alternativamente. Sin embargo, ningún precepto prohibía aplicar soluciones distintas. Es más, si las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos habían de ser adoptadas en beneficio de ellos, como decía su art. 92, párrafo segundo, debían los Tribunales inclinarse por la que mejor satisficiera esta exigencia.

Ello nos llevó, por decisiones unánimemente adoptadas por los magistrados que componíamos la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia, a establecer reiteradamente ¹⁸ el régimen de custodia compartida, razonando que “para decidir sobre el régimen de custodia, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso, pero en la línea que propugnamos, resulta conveniente el análisis de posibles alternativas, como la que constituye la atribución de la custodia compartida a ambos progenitores”.

64

Entendíamos que aunque no se hubiera solicitado por ninguno de los litigantes, podía plantearse de oficio la conveniencia de otorgar la custodia compartida, porque el Tribunal no estaba constreñido por los principios de rogación y congruencia, que no rigen en materia que afecta al interés público de resolver en beneficio de los niños, las cuestiones relativas a las relaciones con sus progenitores.

Ello motivó que se interpusiera recurso de amparo contra nuestra sentencia de fecha 1 de septiembre de 1997, rollo núm. 75/1996, que fue desestimado por sentencia TC 4/2001, de 15/1/2001, que ratificó nuestra postura al entender que “en todo

¹⁸ AP de Valencia, Sección 6ª, sentencias de 1 de septiembre de 1997 rollo nº 75/1996, de 3 de octubre de 1997 rollo nº 925/1996, de 13 de febrero de 1998 rollo nº 55/1997, de 23 de abril de 1998 rollo nº 683/1997, y de 22 de abril de 1999 rollo nº 371/1998, entre otras.

proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional *stricto sensu* (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo, y 291/1994, de 31 de octubre)."

Sostuvimos reiteradamente en nuestras sentencias que "ese derecho-deber de cuidar y tener en su compañía a los hijos menores, recae con la misma intensidad en la madre y en el padre, sin que quepa hacer distingos en función de la edad de los niños, o el sexo del progenitor, pues la ternura, el cariño, la energía, la paciencia, o las habilidades domésticas no son patrimonio exclusivo del uno o de la otra; muy al contrario, los dos pueden, y deben, ejercitarse en ellas y potenciarlas en beneficio de sus hijos. Desde esta perspectiva, dos exigencias deben enmarcar la decisión que se adopte; de un lado, atender al interés de los niños, que es el más necesitado de protección y que implica también la conveniencia de no separar a los hermanos (art. 92, párrafo 4º del Código Civil), de otro, no desnaturalizar la relación interpersonal. Por ello se hace preciso establecer un régimen de custodia compartida en el que las figuras materna y paterna se equilibren, compensen y complementen de manera adecuada".

Así, estimando que ambos progenitores tenían la capacidad para cuidar adecuadamente a sus hijos, decidimos que debíamos atribuirles su guarda y custodia, "alternativamente, al padre los

meses pares y a la madre los meses impares; el progenitor que en el correspondiente mes no tenga encomendada la guarda y custodia podrá tener a los niños en su compañía los fines de semana alternos, de 10 de la mañana del sábado a las 20 horas del domingo, y todos los martes y jueves desde la salida del colegio por la tarde -durante los períodos vacacionales se entenderá desde las 17 horas- hasta las 20 horas; este régimen no sufrirá variación durante las vacaciones escolares. Sin perjuicio de lo cual, serán adoptadas conjuntamente por ambos progenitores las decisiones relativas a elección de centro escolar, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo, o cualesquiera otras que puedan afectar gravemente al armónico desarrollo de los niños”.

Con ello pretendíamos “instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha separado de él.”

14. Las alternativas.

14.1. Domicilio familiar sólo para el niño.

Varios son los mecanismos que pueden ser útiles para la articulación de un sistema alternativo. El primero consistiría en mantener al niño en el uso continuado del domicilio familiar bajo la custodia alternativa de uno u otro progenitor por el tiempo que se determinara en la sentencia o, eventualmente, en el convenio regulador. La ventaja de esta modalidad estriba en que el pequeño gozaría de notoria estabilidad, no se vería obligado al constante peregrinaje de una casa a otra y, siendo sus padres los que habrían de trasladarse, se sentiría siempre en su propia casa. Este régimen casaría bien con el mandato de que el uso de la vivienda familiar se atribuya a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96).

Seguramente habría de complementarse con acuerdos o decisiones referentes al uso por ambos, o no, de todo o parte del ajuar, y la atribución del uso exclusivo y excluyente de una habitación distinta para cada progenitor.

Los inconvenientes pueden surgir de las fricciones que se produjeran entre los progenitores que, viviendo alternativamente en la misma casa, no supieran encontrar fórmulas de armonía y crearan un ambiente de tensiones o violencias lesivo para los hijos.

Constituirá también un inconveniente, seguramente insalvable, el que uno o ambos progenitores hubieran formado otra familia, sobre todo si en ésta también hubiera niños.

Las notables dificultades que pueden plantearse me hacen pensar que sólo será posible aplicarlo cuando ambos progenitores lo acepten y estén dispuestos a ceder frente al otro, en beneficio del interés superior de sus hijos.

14.2. Custodia compartida en diferentes domicilios.

Otra fórmula posible de custodia compartida es la que supondría la atribución de ésta alternativamente a uno u otro progenitor, por períodos de tiempo determinados, en el respectivo domicilio.

Este régimen evitaría los inconvenientes que he reseñado derivados del uso alternativo de la vivienda familiar, y sería aplicable incluso en el caso de que el padre o la madre hubieran constituido otra familia y tuvieran hijos de diversos matrimonios.

Debe cuidarse de que su aplicación no provoque la disolución o disociación del ambiente de amistades y núcleo de relaciones escolares y extraescolares del pequeño.

Otro inconveniente reseñable es que, en cuanto deja sin resolver la atribución de la vivienda familiar, podría chocar con las previsiones del art. 96 CC, que señala a los hijos como primeros destinatarios del uso de ésta; no obstante ello, el interés superior de los menores, cuya obtención constituye el objetivo último de las medidas a adoptar, justifica una interpretación flexible de la norma que permita la obtención de ese fin último.

Sea cual fuere el concreto régimen de custodia compartida que teóricamente pudiera resultar preferible, ninguno de ellos será aplicable en la práctica si no se cuenta con la buena disposición de los progenitores, pues las dos fórmulas apuntadas y cualesquiera otras que el buen sentido aconseje, exigirán de los padres un mayor grado de cooperación en beneficio de los niños.

De igual manera, cualquiera que sea la opción, habrá que prever un régimen que evite las interferencias en el ejercicio de la custodia, distinguiendo entre cuestiones diarias, cuya decisión corresponderá al progenitor que ostente la custodia en cada momento, y cuestiones de relevante importancia o trascendencia (por ejemplo elección de colegio, sometimiento a intervenciones quirúrgicas, participación en viajes o actividades de riesgo) sobre las que corresponderá decidir a ambos padres conjuntamente.

En cualquiera de ambas fórmulas propuestas, es cuestión importante la determinación del plazo de alternancia en el ejercicio de la custodia. Aunque su concreción habrá de hacerse teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, en el primer sistema -cuando el niño se mantiene en el uso permanente de la vivienda familiar- pueden establecerse plazos cortos (por semanas o quincenas), pudiendo resultar innecesario el establecimiento de un régimen de visitas; pero si se optara por el segundo, deberían ser más amplios (no menos de un mes) para

evitar al niño un trasiego excesivo, y necesariamente deberá combinarse con el establecimiento de un régimen de visitas para el progenitor no custodio en cada período.

14.3. Contacto diario con ambos progenitores.

Por último, aún en el hipotético caso de que se mantuviera el régimen usual de atribución unilateral de la custodia, cabe limitar las facultades de decisión del progenitor custodio a los aspectos ordinarios de la vida diaria del niño, y atribuir las demás a la decisión conjunta de ambos padres; complementariamente conviene articular con esa limitación un régimen de visitas, comunicación y compañía tan amplio e intenso que suponga un permanente contacto del hijo con los dos (durante varias horas tras la salida del colegio, todos los días o en días alternos).

De manera que ambos compartan la responsabilidad del cuidado del hijo común, de modo que aunque el menor viva con uno de los cónyuges, el otro partícipe al máximo en la vida del niño, que tenga con él tanto contacto y relación como sea posible.

En definitiva, sin exclusiones apriorísticas, partiendo del principio de igualdad de los cónyuges, y de la corresponsabilidad de ambos en el cuidado y educación de sus hijos, debe intentarse encontrar en cada caso el régimen de relación paternofamiliar más adecuado para las circunstancias socioeconómicas de los afectados, partiendo del principio de que los cónyuges pueden separarse entre sí, pero ninguno puede separarse de sus hijos.

14.4. El derecho de los niños a relacionarse con sus abuelos y su familia extensa.

El desarrollo integral del niño no se satisface sólo con el contacto asiduo con sus progenitores, su interés exige que se amplíe ese contacto al resto de su familia extensa, singularmente a sus abuelos, salvo que concurran circunstancias que, en beneficio del menor, aconsejen lo contrario.

El artículo 4 de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, había introducido ya en el artículo 160 CC, la previsión de que no podrían impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados, y la Ley 42/2003 de 21 de noviembre modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de introducir la mención expresa de los abuelos, que resulta aplicable con carácter general, no sólo en los casos de separación, nulidad o divorcio, en los que serían aplicables, además, los artículos 92 y 94 CC.

La jurisprudencia española venía reconociendo esa posibilidad desde la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935 en la que se justificó el derecho de la abuela materna a comunicarse con la nieta en el "abuso de autoridad dañoso para los sentimientos de la niña" que supone la prohibición por parte del padre de tal comunicación, cuando no hay razones graves y suficientes que lo justifiquen. El mismo criterio del abuso en el ejercicio de la patria potestad fue invocado por el Tribunal Tutelar de Menores de Valencia en una resolución de 15 de diciembre de 1939.

El Tribunal Supremo declaró después, de forma reiterada, que los abuelos tienen derecho a relacionarse con sus nietos, siempre y cuando no concurra alguna causa que, desde el prisma del beneficio del menor, aconseje la supresión de ese trato, doctrina que ha

mantenido incluso en aquellos casos en que se han podido constatar las desavenencias entre los progenitores y los abuelos del menor, puesto que "este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco dado que la personalidad se forma también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores".

En la S 28-6-2004, nº632/2004, rec.899/1999 EDJ 2004/82453, analiza la expresión "relaciones personales" que empleaba, y sigue empleando el precepto, y sostiene que aunque "adolece de una evidente vaguedad, y se presta el debate, sin embargo (...) permite una evidente flexibilidad al Juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso, y siempre, claro está, teniendo en cuenta el interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo (art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; art. 2º Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; SSTC 124/2002, de 20 de mayo EDJ2002/14956 , y 221/2002, de 25 de noviembre EDJ2002/53169). Con arreglo a lo expuesto, los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquella pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la "relación personal" a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente,

y nada impide que pueda comprender "pernoctar en casa o pasar una temporada" con los mismos.

Sentencias de esta Sala de 11 de junio 1996 EDJ1996/3555 se dice (fto. sexto) que procede "ordenar que sea oído, para que tras el examen de cuestión exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o periodo vacacional, pernoctando incluso en su domicilio con ellos, sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad que tiene que compatibilizarse con estas relaciones y régimen de visitas"; a todo lo que aún cabe añadir que el legislador reciente (Ley 42/2003, de 21 de noviembre EDL2003/127261) ha venido a compartir la orientación del Tribunal Supremo, como lo revelan los arts. 90 B), 94, párrafo segundo art.90.b art.94.2 EDL1889/1, y 161 (para el menor acogido) CC en los que se hace referencia a "régimen de visitas y comunicación".

72

15. La defensa del menor por el fiscal.

La intervención del Ministerio Fiscal en los juicios matrimoniales cuando existen hijos menores o incapacitados, impuesta por el número 6 del artículo 3 de su Estatuto Orgánico¹⁹ y por la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1981, encuentra su razón de ser en el interés social de que se garantice la protección de los derechos e intereses de los más desvalidos.

Cuando, siendo legalmente necesaria su intervención, está ausente del proceso, su falta de llamamiento es causa de nulidad de las actuaciones judiciales que habrá de sostenerse en el propio juicio matrimonial por la vía de los recursos.

¹⁹Ley 50/1.981, de 30 de Diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, en sentencia de 26 de Enero de 1993²⁰, en un supuesto en el que, en juicio de menor cuantía, la recurrente en casación²¹ pretendió la declaración de nulidad del convenio regulador porque, habiendo hijos menores, el Ministerio Fiscal tuvo que ser oído, y no lo fue, cuando ella y el recurrido²², solicitaron conjuntamente la separación judicial, el Tribunal Supremo desestimó el motivo porque en el proceso de separación conyugal²³ recayó sentencia de separación de los cónyuges y aprobación del convenio regulador, que quedó firme y se ejecutó, hasta el punto de que fue el presupuesto legal del pleito de divorcio entablado posteriormente por el recurrido contra la recurrente²⁴, en el que también hubo sentencia firme de divorcio y ratificación del convenio regulador. Ni en el primer procedimiento ni en el segundo se recurrió contra la falta de emisión de su informe por el Ministerio Fiscal acerca del convenio regulador en lo tocante a los menores, luego, dice el Tribunal Supremo, no se ha cumplido lo ordenado en el artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que previene que la nulidad de pleno derecho o los defectos de forma de los actos procesales "se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales", siendo doctrina jurisprudencial²⁵ que, una vez suprimido el incidente

²⁰Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 26 de Enero de 1.993. Ponente Sr. Gullón Ballesteros. En Actualidad Civil nº 22 /31 Mayo - 6 Junio 1.993, marginal 528.

²¹Al amparo del artículo 1.692.5º LEC, y alegando infracción, por no aplicación, de los arts. 6.3 del Código Civil, en relación con el apartado 6 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1.981, de 7 de Julio, así como el art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de Julio de 1.985.

²²Entonces su esposo.

²³Autos 499/84 del Juzgado de 1ª Instancia, hoy nº 1, de Alcoy.

²⁴Autos 171/1.987 del Juzgado de 1ª Instancia, hoy nº 1, de Alcoy.

²⁵Cita las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 1.990 y 24 de Febrero de 1.992.

de nulidad de actuaciones por la Ley 34/1984, de 6 de Agosto, quienes fueron parte en el juicio en que se cometieron las infracciones no pueden plantear la nulidad en juicio declarativo.

16. Su actuación procesal.

La Circular núm. 3/1986 de la Fiscalía General del Estado²⁶ precisa la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio, ya que se era consciente de que el comportamiento jurídico-procesal del Ministerio Fiscal en estos procesos, ante unas mismas cuestiones sustantivas y procesales, no siempre era uniforme. En dicha Circular, se recordaba, que el Ministerio Fiscal, se debería mostrar en los mismos en una actitud activa y no meramente formularia. En este sentido llama la atención de los Fiscales, sobre la frecuencia, con que la obligación de alimentos, establecida por la Autoridad Judicial en los procesos matrimoniales, a favor de los hijos menores o incapacitados o del cónyuge cuando se encuentra en estas situaciones, no es cumplida en la práctica, por diversas causas (acumulación de trabajo en los órganos judiciales, resistencia de la persona obligada al pago, etc.). Y, tras señalar que se trata de una situación que no puede consentirse, interesó de los Fiscales que pusieran todo su esfuerzo para que estas obligaciones de alimentos se cumplan, ejercitando todos los medios concedidos por el Ordenamiento Jurídico, incluso las acciones penales cuando sean procedentes, o acudiendo a las formas de garantía atípicas, que se mencionan en la Circular citada, esto es, solicitando que sea supeditado el ejercicio de la facultad de visitar a

²⁶Como recuerda la Instrucción de la propia Fiscalía de 1-6-1988, núm. 3/1988 (B. INFORMACION Mº JUSTICIA 15-2-1989, núm. 1518, suplemento).

los hijos al hecho de estar al corriente en el pago de la pensión establecida para atender a su alimentación y educación.

Comparto plenamente el alto nivel de autoexigencia que la Circular propone a los Fiscales. Su intervención en esta clase de procesos está sobradamente justificada por la necesidad de proteger el interés superior de los niños, que no quedaría adecuadamente defendido si el Fiscal adoptara un comportamiento procesal meramente pasivo o formulario, lo que implicaría verdadero vaciado de su función y pérdida del sentido de su intervención.

17. Dos propuestas de Lege Ferenda en orden al cómputo de la prescripción.

17.1. La prescripción extintiva de los derechos del menor.

Desde la perspectiva de proteger adecuadamente el derecho de los niños resulta preciso hacer una interpretación favorable de la prescripción extintiva de sus derechos, dilatando su cómputo hasta que alcancen la mayoría de edad.

Así, en nuestra AP Valencia, Sección 6ª, rollo nº 72/2001, sentencia nº 447, de 4 de junio de 2001, dijimos que "Conforme al régimen previsto por el art. 166 CC, la renuncia por los padres de los derechos de los hijos menores de edad exige que se haga por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Estas mismas cautelosas exigencias no se contienen en la regulación del instituto de la prescripción extintiva, que se produce "por el mero lapso del tiempo fijado por la ley" (art. 1961 CC); sin embargo, como la prescripción no es otra cosa que una verdadera renuncia tácita, en cuanto se refiera a los derechos de los menores debe ser sometida a las mismas limitaciones que los protegen de las renunciaciones expresas efectuadas

por sus padres, y sólo puede vincular al hijo menor en la medida que esté revestida de las garantías protectoras de los derechos de éste”.

De manera que, en caso contrario, deberá entenderse que no se inicia el plazo de prescripción hasta que alcance la mayoría de edad.

17.2. *La prescripción extintiva de los delitos contra el menor.*

Igual propuesta debería hacerse el legislador para que los delitos más graves cometidos contra los menores, singularmente las agresiones sexuales a niños no iniciaran el cómputo de su plazo de prescripción hasta que las víctimas alcanzaran la mayoría de edad y pudieran promover por sí mismos su persecución. Pues de otro modo son los agresores quienes se benefician del temor que provocan en sus víctimas, y que en muchos casos obliga a éstas a guardar silencio durante muchos años.

Referencias bibliográficas.

Villagrasa, C., y Vall, A. (2000). La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares. *La ley*, 5049, 9 de mayo.

EL NIÑO Y SU FAMILIA.

Esther Díaz Rodríguez
Psiquiatra-psicoterapeuta
Jefe de Sección de la unidad de Salud Mental Infanto-
Juvenil
Complejo Hospitalario Universitario A Coruña

1. Introducción.

Convertirse en padres no es un acontecimiento aislado, sino un proceso gradual que consiste en irse familiarizando con las exigencias y los placeres de un nuevo papel. El proceso comienza pronto, antes incluso del embarazo. Las decisiones relativas a tener un hijo biológico y a cuándo tenerlo, o bien a adoptar un niño, constituyen partes de la compleja transición que supone llegar a ser padres. El proceso continúa cuando ambos progenitores se adaptan al estado de embarazo o de espera de la madre. Éste es un asunto que incumbe a toda la familia. Es la pareja, y no únicamente la futura madre, la que queda afectada por el embarazo y por la espera de la adopción.

Por eso ante situaciones de conflicto y/o cuestionamiento de la familia, la posición y actitud de los padres, va a tener un peso importante en su abordaje y resolución.

2. El divorcio ejerce una profunda influencia sobre las familias, dando lugar a tensiones y cambios en los padres, madres e hijos.

El divorcio es considerado con frecuencia como un acontecimiento o una crisis de carácter único, pero tal punto de vista

es demasiado simplista. Es más adecuado considerarlo como “una secuencia de experiencias que implican una transición en la vida de los hijos”, y por supuesto de los padres. Frecuentemente la separación va precedida por un período de conflicto y desacuerdo entre los miembros de la pareja. En general, tras la separación existe un prolongado período de desorganización y ruptura y, al mismo tiempo, una búsqueda de otros nuevos procedimientos para enfrentarse con una situación de vida nueva y diferente. Se realizan con frecuencia mudanzas a otras viviendas y otros vecindarios, se establecen distintas pautas de visitas y se exploran nuevas tácticas de ajuste económico. Llega un momento en el que la familia, en donde no existe ya más que un solo progenitor, adopta un estilo de vida nuevo, pero estable y organizado. Diversos factores, tales como la causa del divorcio, la situación económica, la edad y el sexo de los hijos, la clase de vivienda y en especial el tipo de custodia, y el apoyo social proporcionado por parientes, amigos y vecinos pueden influir en el grado de rapidez y éxito con que las familias se adaptan al divorcio. El padre, aunque por lo general no obtiene la custodia de los hijos, ejerce un importante efecto sobre el curso de la situación de divorcio.

3. El divorcio puede ocasionar una alteración psicológica.

Llevar solo un hogar es mucho más difícil que hacerlo compartiendo la responsabilidad con una esposa o un esposo que colabore. A los múltiples problemas que supone llevar solo una casa, se añade enfrentarse, en general, con problemas de índole económica, mudarse de vivienda, etc. Cambios que de ocurrir, no sólo suponen una pérdida de amigos y vecinos, sino también otros colegios y ambientes para los hijos. Por otra parte, los padres y madres divorciados se sienten menos competentes y capaces para

enfrentarse a las exigencias de la vida cotidiana. Durante el primer año consecutivo al divorcio ambos padres pueden presentar alteraciones emocionales: sentirse más angustiados, deprimidos e irritables. Como es lógico, estas alteraciones de la vida cotidiana y emocional se reflejan en las relaciones entre la madre o el padre y los hijos. Ambos progenitores son menos afectivos después del divorcio, si bien según transcurre el tiempo se produce una clara mejoría. Los padres y madres divorciados toleran en sus hijos un comportamiento menos maduro del que aceptarían previamente, esperan la aceptación de menos responsabilidades por parte de estos, transmitiéndoles órdenes acompañadas de amenazas, que no suelen hacer cumplir, lo que constituye un factor que puede contribuir a la desorganización del hogar.

Los que siguen, en general, en permanente contacto con los hijos por haberseles encomendado su custodia, mantienen una responsabilidad continua, mientras que el otro padre tiene contactos más limitados y menos frecuentes. Estos suelen ser más permisivos e indulgentes, comportamiento que probablemente hace aún más difícil el control de los hijos. Esto se refleja en el comportamiento, sobre todo de los varones, los cuales no obedecen o escuchan, pero se quejan, refunfuñan y exigen.

El primer año después del divorcio parece constituir una fase especialmente difícil tanto para los cónyuges como para los hijos. Ambos progenitores atraviesan un período peor en su relación con los hijos, un año después del divorcio, que dos meses después del mismo. Al cabo de dos años, la situación es mucho mejor, en general, habiéndose adaptado tanto los progenitores como los hijos a su nuevo estado. El padre habitualmente se muestra más duro y restrictivo, mientras que las madres son más permisivas. Sin embargo, e incluso al cabo de dos años, los hijos varones de familias

divorciadas siguen siendo más agresivos, impulsivos y desobedientes con sus madres que las hijas. Éstos suelen sufrir más que las hijas a causa del divorcio y la consecutiva pérdida de la presencia del padre en el hogar, que es lo habitual.

Lo que acontece en el hogar puede afectar al comportamiento del niño en el colegio, al igual que los conflictos domésticos alteran el desarrollo profesional y laboral de ambos cónyuges.

Frecuentemente, las situaciones negativas y llenas de conflictos entre los miembros de la familia obstaculizan y afectan las relaciones del niño con sus compañeros.

Los hijos suelen mostrar menos juego imaginativo, también reducen su actividad lúdica y observan más a los otros niños.

Tienden a jugar solos y se muestran menos cooperativos, constructivos, menos inclinados a actuar con los demás. Cuando se integran en un juego colectivo, en general, lo hacen con niños y niñas más pequeños que ellos y no con los de su misma edad.

Las niñas se integran mejor que los niños que tienen tanta dificultad en adaptarse a sus compañeros como a sus madres, en casa. Sin embargo, los niños cuyo padre, aunque no viva ya en el hogar, sigue relacionándose con ellos, se adapta mejor en casa a sus madres, y a sus compañeros.

El divorcio de los padres resulta traumático en todas las edades, pero los niños tienen distintos niveles de comprensión y diferentes modos de adaptarse a los cambios provocados por el divorcio, en los diversos estadios de su desarrollo. Los niños en edad preescolar se sienten culpables del divorcio de los padres: "papá se marchó de casa porque yo era malo y no recogí aquel día mis juguetes". No comprenden las emociones, las necesidades y el comportamiento de sus padres. Los niños de corta edad con

frecuencia se sienten inseguros ante el nuevo modo de vida o las nuevas formas de contacto entre ellos y el progenitor que ha abandonado el hogar. Frecuentemente esto conduce a temores de ser abandonado y a exageradas esperanzas de reconciliación entre los padres.

Los niños de siete u ocho años reaccionan de una manera diferente, se culpan menos de la separación de sus padres, pero también temen el abandono y el rechazo, y su comprensión sobre las relaciones interpersonales sigue siendo limitada. Tan sólo en la adolescencia son capaces de entender las motivaciones del divorcio de los padres, reconocer las correspondientes responsabilidades que lo ha ocasionado, resolver conflictos de lealtades y adaptarse a los cambios económicos y sociales que frecuentemente lo acompañan.

Más adelante al hablar del "divorcio difícil", expondré las dificultades que pueden surgir entonces con los adolescentes.

El papel del padre sigue siendo importante incluso cuando la madre es la encargada de la custodia de los hijos. Muchos padres divorciados siguen teniendo tanta relación directa con sus hijos como antes. Cuando no tienen la custodia, son en general, menos asequibles para los hijos conforme transcurre el tiempo.

Cuando las parejas divorciadas actúan de acuerdo y se ayudan mutuamente, la ruptura acaecida en el funcionamiento de la familia parece ser menos extrema. La mejor situación para los hijos es aquella en la que se mantienen estrechas relaciones con ambos progenitores y no exclusivamente con uno de ellos.

El factor más importante que influye sobre un buen reajuste consiste en una relación estable y cariñosa con ambos progenitores entre los que se hayan disipado en gran medida las fricciones, permitiendo así visitas del padre a los hijos, realizadas con

regularidad y estimuladas por el progenitor encargado de la custodia. Las pautas flexibles de visitas frecuentes siguen siendo importantes para la mayoría de los niños.

La presencia de ambos padres protege al hijo frente a la penosa preocupación de ser abandonado y totalmente rechazado, y de las dudas acerca de sí mismo, consecutivas a tal preocupación. Aunque la presencia de uno de ellos sea limitada, aminora también la vulnerabilidad y el sentimiento de soledad por parte del hijo, así como la total dependencia con respecto al otro progenitor.

No obstante, no siempre ayuda el contacto entre un padre y sus hijos, después del divorcio. Cuando un padre divorciado está en desacuerdo con su ex-esposa, o viceversa, en cuanto al modo de criar y educar a los hijos, mantiene actitudes negativas a ese respecto y es emocionalmente inmaduro, las visitas por parte del padre están asociadas con malas relaciones entre la madre y el hijo y con alteraciones del comportamiento de éste último. Añadir que el padre que visita al hijo de un modo inconstante puede hacer que se sienta "rechazado, falto de amor e indigno de ser amado".

4. Cada vez es mayor el número de padres que solicitan la custodia de sus hijos.

Los hijos que viven con el progenitor del sexo opuesto están peor adaptados. Por lo que se refiere a los hijos varones, la protección paterna es beneficiosa: son más maduros, más sociables y muestran niveles más altos de autoestima que los que se hallan bajo custodia materna y en las niñas sucede lo contrario: son menos exigentes, más independientes y más maduras cuando están con sus madres.

Las niñas que viven con su padre se muestran menos cooperadoras y menos formales que las que viven con la madre. De modo similar, los niños que están bajo custodia paterna suelen ser más formales y cooperan mejor que los que se hallan bajo protección materna.

Los niños bajo responsabilidad paterna y los que están bajo custodia materna tienen diferentes clases de vida y de experiencias. El padre, más que la madre, suele utilizar diversos cuidados suplementarios, como abuelos, cuidadores, parientes, guarderías y amigos.

No se ha determinado con seguridad si el padre busca con más frecuencia ayuda en otras personas o si es que los amigos, los parientes y los vecinos sienten que necesita más cooperación que la madre para criar a sus hijos. Estos sistemas sociales de apoyo parecen poseer importancia, sea cual fuere el tipo de custodia, ya que la cuantía total de contacto con cuidadores adultos suplementarios se halla directamente correlacionada con la afectividad, la sociabilidad y la adaptación social del niño. Lo que es menos evidente es por qué resultan beneficiosos tales apoyos. Quizá permitan a los niños recibir una asistencia, a través de los adultos, más abundante y de calidad más elevada, tanto por parte de los cuidadores suplementarios como del progenitor con el que vive y cuyos recursos se agotan así menos. Es posible que los niños se beneficien, en general, del contacto con la red social, más rica y más amplia, de personas que pueden ofrecer apoyo adicional, así como modelos alternativos de papeles.

5. Una situación habitual es que los padres tengan con el tiempo, nueva pareja.

La mejor o peor aceptación del padrastro/madrastra depende de la edad de los niños. A un adolescente le resulta especialmente difícil admitirla. Ya ha madurado mucho emocionalmente y ha establecido vínculos fuera de la familia. Está luchando también por su propia independencia familiar y no se encuentra en disposición de establecer una vinculación estrecha con un nuevo miembro.

Incluso en los niños pequeños, la llegada de un padrastro/madrastra puede crear tensiones en la familia. Tan sólo algunos hombres/mujeres parecen sensibles a la necesidad de cultivar una relación con los hijastros, de un modo gradual y tolerar debidamente las sospechas y la resistencia en los estadios iniciales.

6. Las relaciones entre los preadolescentes y sus padrastros/madrastras suelen resultar felices y gratificantes tanto para el niño como para el adulto.

Uno de los problemas más difíciles con que se enfrentan los niños cuando su madre/padre se vuelve a casar consiste en cómo mantener relaciones con dos padres, el biológico y el padrastro/madrastra; en familias en las que la madre/padre ha vuelto a contraer matrimonio felizmente, los hijos no experimentan problemas o conflictos serios, ni desaparecen tampoco los padres biológicos de sus vidas. Los padres continúan visitando con la misma asiduidad a sus hijos tras haberse vuelto a casar sus ex-mujeres/maridos. Y los hijos se adaptan, ampliando el concepto de familia para incluir en ella a tres progenitores: la madre, el padre y el padrastro/madrastra.

Las situaciones más trágicas para el niño son aquéllas en que la madre/padre y el padrastro/madrastra le exigen renunciar al cariño hacia su padre/madre como precio de la aceptación y el afecto dentro de la nueva familia. Tales niños están alterados y deprimidos.

Es probable que el otro padre encuentre un blanco natural para su ira y sus celos en la nueva pareja de su ex-cónyuge. Cuando ve en ella un elemento que ha ayudado a la disolución del matrimonio, se gesta una relación antagónica. Si el conflicto se desarrolla y se hace crónico, puede ocasionar efectos duraderos en los hijos y luchas entre las diferentes lealtades: algunos hijos sienten la necesidad de proteger al progenitor que los hace sentirse culpables.

Es evidente que el divorcio y los subsiguientes reajustes que han de asumir los niños les resultan difíciles y que el nuevo matrimonio del padre o de la madre puede acarrear nuevos problemas y exigir incluso nuevas adaptaciones. Sin embargo, los progenitores, los padrastros y las madrastras que se muestran sensibles a las necesidades del niño pueden proporcionar excelentes relaciones familiares.

Muchas veces, la angustia en torno de si los hijos y el padrastro o madrastra "funcionarán" como familia, impulsa a los progenitores a introducir por la fuerza a su nuevo cónyuge en el papel que desempeñaba el progenitor ausente, tratando de acelerar con ello un proceso que, por definición, lleva tiempo.

Para facilitar la relación entre el hijo y el nuevo cónyuge, el progenitor a cargo de la custodia debe proteger el espacio del progenitor ausente. Este requisito es de primordial importancia y el espacio en cuestión puede estar representado de muchas maneras: un determinado juego que el hijo compartía con el progenitor ausente, la lectura de ciertos cuentos a la hora de acostarse...etc. Si

el nuevo cónyuge respeta ese espacio y no entra en él hasta que el hijo le invita a hacerlo, se podrá establecer un vínculo sin necesidad de recurrir a adaptaciones o confrontaciones violentas.

Por lo común, la integración forzada lleva implícita la suposición, por parte del progenitor, de que sus hijos aceptarán plenamente al padrastro o madrastra con la misma rapidez con que lo ha aceptado ella o él.

El sentimiento del niño es que no le dan tiempo suficiente para amoldarse al nuevo miembro adulto de su familia.

7. Divorcio difícil.

Las parejas que se divorcian deben reorganizar sus relaciones durante la separación y después de ella, deben encontrar intimidad dentro de otros marcos y, al mismo tiempo, mantenerse intensa o periféricamente involucradas con sus hijos. Tienen que hacer frente a toda una gama de sentimientos (de pérdida, ira, culpa y alivio), y conservar o recuperar la confianza en sí mismas: en que podrán atender las necesidades de los hijos sin la ayuda del ex cónyuge y que serán también capaces de sobrellevar los errores que se cometen inevitablemente durante el proceso de reorganización familiar.

La mayoría de los matrimonios que se divorcian protegen a sus hijos del choque provocado por el conflicto entre los adultos y por la desorganización de la vida familiar, pero no todos lo hacen. Estos son los "divorcios difíciles".

Dentro de este grupo, hay adultos que no pueden controlar sus disputas y, a menudo, reclutan a sus hijos haciendo que tomen partido. Otros pierden la confianza en su capacidad para cumplir las tareas parentales; otros, en fin, abdican de sus responsabilidades en

la educación y crianza de los hijos. En algunos divorcios nos encontramos con todos estos problemas.

Aunque el nivel de ajuste de una familia separada refleja en gran parte su historia previa a la separación, la más importante es, a la larga, su capacidad para negociar los numerosos y radicales cambios exigidos por el divorcio y para reorganizarse de manera que resguarde el desarrollo de sus miembros.

A veces, muchos de los síntomas de estrés que se observan en los hijos, y se atribuyen al sentimiento de pérdida y duelo que acompaña al divorcio, se relacionan en realidad con la violencia efectiva, pero oculta, implícita en la separación. Cuando se presenta patología en un hijo, habría que investigar, de manera rutinaria, si hay allí algo más que un conjunto de reacciones frente a la sensación de rechazo y tristeza que provoca el divorcio. Habría que explorar reacciones auto protectoras e ínter protectoras del hijo frente a una situación de violencia, real o prevista, entre los adultos que se divorcian.

Entre los procesos a tener en cuenta están los fenómenos de sonsacamiento de información, emponzoñamiento y lavado de cerebro; los tres representan los esfuerzos del padre o la madre por inducir a sus hijos a menospreciar al otro progenitor.

Todos estos procedimientos equivalen a un reclutamiento de los hijos, y trasforman su vida en el campo de batalla de los conflictos parentales.

Al poco tiempo de producirse una separación, no es raro que si el hijo está sobreprotegido insista en que el adulto lo trate de igual a igual y se niegue a aceptar su autoridad. Esto puede conducir a una reversión de la jerarquía familiar y a una actuación tiránica del hijo.

Con frecuencia, el proceso de separación provoca una declinación, al menos temporal, en el cumplimiento adecuado de las tareas parentales. Tal vez la disciplina se vuelva un tanto caprichosa, se descuiden las necesidades del hijo o, a la inversa, se preste una atención excesiva, y hasta obsesiva, a la estructuración de su jornada.

Esta circunstancia adquiere especial gravedad en el caso del hijo adolescente, que ya explora las fronteras y experimenta con sus relaciones externas, en vías de organizar los alejamientos normales de la familia. El adolescente que es consciente de las tensiones existentes entre sus padres suele tratar de manipular y desbordar a los padres divididos. Un excesivo distanciamiento y desvinculación del progenitor a cargo de su custodia puede dejar al adolescente sin control ni supervisión, e incluso provocar su partida precipitada y prematura del hogar.

88

No es raro que los progenitores que acaban de separarse se sientan deprimidos y preocupados, y no satisfagan como antes las necesidades de estructura, educación y crianza del adolescente, pero esta situación suele durar poco y las funciones parentales se recobran o reinstauran, mediando o no una leve actuación (acting out) del adolescente.

Si el período de abdicación es breve y los adultos han sido hasta entonces padres competentes y responsables, esta situación pasajera no genera necesariamente una desorganización o estrés indebidos. En cambio, si la abdicación es prolongada y, sobre todo, si está ligada a un conflicto parental muy intenso, hará peligrar el desarrollo del adolescente, sea cual fuere la calidad de la crianza recibida antes de la separación.

Frente a una situación de fragmentación de la familia, el adolescente suele emplear las estrategias de desvinculación, distanciamiento y tentativas de establecer otras conexiones. Quizá procure huir de la nociva intensificación de la ira, depresión y estado de necesidad parentales, o simplemente trate de encontrar un respaldo ante la falta de apoyo y supervisión parentales. Cuando el progenitor que no está a cargo de su custodia ha sido un aliado antes de la separación, es posible que el adolescente deba recurrir al distanciamiento para huir de la ira vengativa del otro progenitor, a cuyo cargo está. Tal vez encuentre una base de apoyo segura en campos socialmente aceptables (tareas de preparación para ingresar en la universidad, actividades deportivas, un noviazgo...), pero también es posible que se incorpore a actividades marginales.

En muchos casos están enfadados con sus padres porque han destruido el matrimonio. Y porque se ven expuestos a sus frecuentes batallas y sus degradantes críticas mutuas. Por consiguiente, revisan la imagen que tienen de ellos, despojándolos de su autoridad.

Una función parental básica consiste en socializar a los hijos, a fin de que tengan una visión del mundo relativamente exacta. Para cumplirla durante el proceso de separación y divorcio, los progenitores deben conversar con sus hijos y proporcionarles una información lo bastante clara y coherente, adaptada a su edad y requerimientos. El objetivo es que alcancen una comprensión del divorcio parental. Deberán esforzarse, como mínimo, por permitir que los hijos continúen amando y respetando a ambos progenitores, relevarlos de toda responsabilidad por la ruptura o reunión de la pareja y, por último, asegurarles que sus padres continuarán protegiéndolos y preocupándose por ellos. La mayoría de los progenitores son capaces de cumplir esta tarea, y sus hijos, aunque

se sientan perturbados por la separación, empezarán a aceptarla o, al menos, a admitir que de nada sirve combatirla.

En una situación más perturbada y conflictiva, es posible que este proceso necesario ocurra, pero sacrificándose la percepción del hijo a las necesidades internas de cada cónyuge o a la idea de que uno de ellos es totalmente inocente, en tanto que el otro carga con la culpa de la separación. A menudo, los adolescentes y los niños reciben explicaciones contradictorias (o muy tergiversadas y carentes de fundamento) y mitos familiares distorsionados. Esta distorsión es un proceso bilateral. Por un lado, uno de los cónyuges valora el hecho de ser apoyado por un hijo adolescente, que le infunde tranquilidad y seguridad en aquellos momentos en que duda de sí mismo, y que llegado el caso haga cargos a su pareja y formule declaraciones contra ella. Por el otro, los adolescentes, en especial los que se encuentran en situaciones disfuncionales, se interesan vivamente por conocer las percepciones de sus padres, mientras buscan información en ambos bandos y procuran hallar algún sentido al caos. La dislocación del proceso de separación amenaza la estabilidad de su mundo externo e interno, en diferentes niveles. La fractura afecta sus ideas acerca de quiénes son y qué llegarán a hacer sus padres, sus familiares y ellos mismos.

Algunos adolescentes, en presencia de tergiversaciones o contradicciones, optan por retirarse y "mandar todo al infierno", pero es más común que se enreden en ellas y se angustien.

El divorcio puede resultar doloroso y ocasionar trastornos y tensiones tanto para los cónyuges como para los hijos, pero puede ser la mejor alternativa para ciertas familias. La separación de un progenitor no ejerce forzosamente efectos perniciosos, sino que constituye una solución positiva que adopta un matrimonio para poner fin a tensiones, aflicciones y discordias. Y desde el punto de

vista del hijo, el establecimiento de un régimen de visitas constituye una evidencia tangible de que su familia perdurará, pese a los muchos cambios ocasionados por el divorcio.

8. Conclusión.

Ante situaciones de conflicto y/o cuestionamiento de la familia, la posición y actitud de los padres, va a tener un peso importante en su abordaje y resolución.

El divorcio ejerce una profunda influencia sobre las familias, dando lugar a tensiones y cambios en los padres, madres e hijos.

Es considerado con frecuencia como un acontecimiento o una crisis de carácter único, sería más adecuado considerarlo como "una secuencia de experiencias que implican una transición en la vida de los hijos".

En general, tras la separación existe un período prolongado de desorganización y ruptura y, al mismo tiempo, una búsqueda de otros nuevos procedimientos para enfrentarse con una situación de vida nueva y diferente.

Ambos progenitores un año después del divorcio, atraviesan un período peor en la relación con sus hijos, que dos meses después del mismo. Y al cabo de dos años, la situación es mucho mejor, en general, habiéndose adaptado tanto los progenitores como los hijos a su nuevo estado.

El divorcio de los padres resulta traumático en todas las edades, pero los niños tienen distintos niveles de comprensión y diferentes modos de adaptarse a los cambios, según el estadio de su desarrollo.

Cuando las parejas divorciadas actúan de acuerdo y se ayudan mutuamente, la ruptura acaecida en el funcionamiento de la familia parece ser menos extrema, y para el hijo es una evidencia tangible de que su familia perdurará, pese a los cambios.

Una situación habitual es que los padres tengan con el tiempo, nueva pareja. La mejor o peor aceptación de la misma depende de la edad de los niños, y de que el progenitor a cargo de la custodia proteja el espacio del otro progenitor.

A veces, muchos de los síntomas de estrés que se observan en los hijos, y se atribuyen al sentimiento de pérdida y duelo que acompaña al divorcio, se relacionan con la violencia efectiva, pero oculta, implícita en la separación.

CONTROVERSIAS SOBRE EL SINDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL: MÁ ALLÁ DE GARDNER.

Mercè Cartié Juliá
SATAF Barcelona

En primer lugar, parece necesario señalar que no todo rechazo filial es un SAP. Existen muchos tipos de rechazo y muy variados. Es especialmente importante reseñar esta cuestión, teniendo en cuenta que la nomenclatura SAP está sufriendo un abuso en su uso, asociándose frecuentemente a intereses particulares y partidistas.

Gardner (1985, 1998) definió el SAP como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas legales sobre la custodia de los hijos. Su manifestación primaria es la campaña de denigración de un hijo hacia uno de sus progenitores, campaña que no tiene justificación. El hijo ve a un progenitor totalmente bueno y al otro como todo lo contrario. El "progenitor malo", es odiado y difamado, mientras el "progenitor bueno" es querido e idealizado. Siguiendo con el discurso del autor: "el fenómeno resulta del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño, dirigidas a vilipendiar al progenitor objeto de esta campaña denigratoria". En este sentido, se configura una situación diferente a otras en las que también se observa un rechazo filial, como por ejemplo la que se produce con los llamados conflictos de lealtades (Boszormenyi-Nagy, 1973), y con los que debe establecerse distinción. El concepto descrito por Gardner incluye el "lavado de cerebro" (hijo persuadido a aceptar y elaborar el discurso del progenitor custodio), lo que implica que uno de los progenitores,

de forma sistemática y consciente, "programa" a los hijos en la descalificación del otro.

Por otra parte, no obstante, en el año 1999, el propio Gardner afirma que los progenitores alienadores no suelen ser conscientes del daño psicológico que supone a los hijos la pérdida del otro progenitor (a nivel tanto físico como simbólico), y relaciona la gravedad del síndrome con la salud mental del progenitor alienador, lo que compromete en parte esta intención antes descrita. Indica, asimismo, que suele producirse una extensión de la animadversión a la familia extensa del progenitor rechazado y entorno social de éste, a medida que el síndrome reviste mayor gravedad.

Cabe destacar la importancia de la no justificación del rechazo. Así pues, siempre debe primero descartarse la existencia de posibles causas fundamentadas que puedan explicar el rechazo filial. Así, los supuestos de presuntos abusos sexuales infantiles, maltrato infantil, salud mental o violencia de género, son incompatibles con un diagnóstico relacional de SAP. En esta línea se ha pronunciado también recientemente el CGPJ, en las conclusiones aprobadas el mes de septiembre de 2008 considerando que la categoría SAP no es admisible en casos en los que se dirima sobre violencia de género. Por otra parte, el manifiesto acordado por diversos profesionales de la salud mental acerca del SAP, critica el concepto en base a que oculta ideologías propedófilas y sexistas lo que, según lo expresado, no es pertinente.

Por otra parte, otros autores, de forma casi concomitante o posterior a Gardner, han definido otras problemáticas de manera poco acertada. Es el caso por ejemplo de Turkat, quien, en 1994, propuso el concepto de Síndrome de la Madre Maliciosa. Ya sólo en base a la nomenclatura, puede apreciarse que esta etiqueta es claramente sexista.

Probablemente, a consecuencia de este tipo de definiciones, se ha producido una movilización contraria y fundamentada, especialmente de los colectivos feministas. Ni que decir tiene que, a fecha de hoy, es bien sabido que el SAP no se asocia al género.

Gardner fue el creador del concepto, pero es necesario destacar que existe un más allá de Gardner. Esto es relevante, ya que la mayoría de críticas que recibe el concepto se basan únicamente en la descalificación de su autor. Esto resulta, cuanto menos, poco elegante, ya que las ideas deben criticarse en sí mismas, no desde la descalificación de la persona que las emite. Asimismo, Gardner ha sido muy criticado por no presentar un contraste empírico de sus postulados, pero las críticas tampoco aportan datos en ese sentido. Muchos otros autores han seguido sus propias investigaciones, acotando el concepto, puliendo sus asperezas y, en definitiva, intentando mejorar la consistencia interna y la validez de constructo de la categoría. Esta es la mejor forma de avanzar en el conocimiento científico sobre una realidad. Así pues, un importante número de profesionales de la comunidad científica, tanto nacional como internacional, consideran este diagnóstico relacional. Las comunicaciones sobre SAP forman ya parte habitual de los congresos de Psicología y Psiquiatría Forense. El interés general acerca de esta problemática parte de sus implicaciones, sobretodo respecto a los hijos, a la vez que de una importante casuística en los casos judiciales que llegan al ámbito del asesoramiento técnico forense.

Desde que surgió el concepto, pues, ha sido elevado el interés de investigación al respecto. La polémica entorno al SAP radica, sobretodo, en la adjudicación o no de intención al progenitor alienador, en la lectura lineal de su dinámica, en el papel que juega el progenitor alienado y en las líneas de abordaje técnico a utilizar. Se apuntan, pues, varios aspectos controvertidos, que siguen en la

actualidad en debate abierto. Algunos incluso apuestan por cambiarle el nombre, existiendo incluso propuestas concretas (Bolaños, 2004), aunque no son las formas sino los contenidos, aquello que importa en realidad.

En la mayor parte de la literatura especializada se pueden constatar diversas focalizaciones sistemáticas. La mayoría de ellas han abordado el estudio del progenitor alienador. Se incide en su perfil (Aguilar, 2004; Gardner, 1999; Tejedor, 2006), en sus motivos para conducir este proceso (Cartwright, 1993), así como en las técnicas que suele utilizar (Waldron y Joanis, 1996). También suelen encontrarse descripciones bastante exhaustivas de la sintomatología presente en los hijos (Aguilar, 2004; Cartié, Casany, Domínguez, Gamero, Garcia y González, 2007; Dunne y Hendrick, 1994; Gardner, 1998). Mientras el progenitor alienador y los hijos han recibido una importante atención en los estudios efectuados, no puede decirse lo mismo en relación al progenitor alienado.

96

Es difícil encontrar referencias a su perfil, a su contribución al problema o a las actitudes que emprende frente a éste, emergiendo con frecuencia, en las descripciones consultadas, como el objeto pasivo y víctima de la campaña, sin más connotación.

Aunque la bibliografía especializada poco aporta respecto al perfil de este progenitor, comparativamente a la numerosa existente respecto del progenitor alienador, se advierte una importante división entre autores en relación al papel que éste juega en la gestación y mantenimiento del SAP. Mientras un colectivo defiende su rol pasivo, otro le otorga un rol activo, así como describe déficits que suele presentar, especialmente en sus habilidades parentales (Aguilar, 2004; Bolaños, 2004; Johnston y Roseby, 1997; Luengo y Coca, 2007; Waldron y Joanis, 1996). En esa línea orientamos actualmente la investigación desde el Servicio.

Desde el SATAF (Cartié, Casany, Domínguez, Gamero, García y González, 2006) se asumen postulados sistémicos en la comprensión del problema. El modelo comprensivo relacional inicialmente aportado por Lund (1995) y posteriormente asumido también por Bolaños (2000, 2004, 2008), parece adecuado y globalizador en cuanto a entender sus procesos subyacentes (muy descritos ya históricamente desde la escuela sistémica –triangulaciones manipuladoras y dinámicas familiares basadas en mensajes doble vinculantes-).

Así, entendemos que el SAP sólo puede ser diagnosticado sobre un sistema familiar, después de poder observar la posición de cada uno de sus integrantes.

Aunque las manifestaciones sintomáticas más evidentes suelen observarse en los hijos, esto no es suficiente para poder constatar si la problemática está presente o no. No obstante, en la evaluación, el carácter transversal de las intervenciones profesionales sólo permite dibujar la realidad familiar del momento. Si no se dispone de los antecedentes familiares, o no se tiene la posibilidad de efectuar una intervención longitudinal, se hace muy difícil realizar este diagnóstico relacional y, sobretodo, elaborar una propuesta sobre el abordaje más conveniente. Cabe destacar, eso sí, que cualquier planteamiento de solución del problema debe prever una intervención de carácter familiar (no sobre la individualidad de sus integrantes).

Entendemos, por tanto, que la categoría diagnóstica SAP no es clínica. Éste, parece que es el principal motivo por el que no está recogida en las taxonomías al uso, ya que éstas se refieren a un compendio de trastornos mentales. El SAP no es un trastorno mental. Es un diagnóstico relacional (por eso se diagnostica sobre un sistema familiar) y propio del contexto de la psicología forense. Más concretamente, de las situaciones de separación o divorcio contencioso. Sobre el contexto, mencionar que existen otras

terminologías técnicas utilizadas por psicólogos y psiquiatras forenses, como la psicopatía o el Síndrome de Estocolmo, que no son conceptos discutidos con referencia a su existencia, aunque no formen parte de las mencionadas clasificaciones.

Si el término SAP formará parte o no de las taxonomías al uso en el futuro es algo que hoy en día no se puede precisar, teniendo en cuenta que otras categorías diagnósticas (mucho más antiguas en el tiempo), han sido incluidas en estos manuales años después (como por ejemplo el Síndrome de Asperger o el Síndrome de Gilles de la Tourette).

Además, hoy por hoy no existe consenso sobre muchas cuestiones que forman parte del concepto, aspecto básico para ponderar la inclusión de un nuevo elemento en una taxonomía.

Aún así, si se tiene interés en ubicar el SAP en el DSM, podría quedar incluido en los problemas de relación paternofiliales (Z 63.8). Como las "meigas, que haberlas haylas" (como dice el refranero popular), el fenómeno existe, llamémosle como queramos.

Por otra parte, y aclarada esta cuestión, conviene, sin embargo, puntualizar algunos aspectos propios del diagnóstico diferencial, tan fundamental cuando hablamos de la temática que nos ocupa. El trastorno por ansiedad de separación, las conductas adolescentes oposicionistas y desafiantes o el Síndrome de Münchaussen por poderes, son realidades distintas al SAP, aunque puedan presentar morfismos aparentemente parecidos.

Sobre la incidencia jurídica del SAP, mencionar que la problemática más importante que genera y que preocupa a los juristas se ciñe al incumplimiento sistemático de los regímenes de visitas parentofiliales, cuestión que se asocia y se deriva de esta disfunción del sistema familiar.

Sobre la preocupación desde el ámbito psicosocial, hay que destacar la significación que para un menor puede tener la ausencia de una de sus figuras vinculares, así como el apunte aportado recientemente acerca de la transmisión intergeneracional del SAP, a partir del aprendizaje vicario (Baker, 2006).

El propio Gardner, con el tiempo, y considerando arriesgada su propuesta inicial de abordaje (cambio inmediato de custodia), inició una nueva línea de intervención para los casos graves y/o crónicos. Así pues, definió el concepto de "hogares de transición". Este concepto ha sido también rescatado y ampliado por diferentes autores a lo largo del tiempo. Sin embargo, no queda nada claro cómo esto podría articularse en nuestro contexto cultural. El SAP es asimilado a un maltrato a un menor (ya sea por omisión o por acción), entendiéndose pues que debe protegerse al menor, aunque éste conserve vínculos afectivos con los progenitores. A pesar de eso, se entiende también que las rupturas vinculares, dada su trascendencia en el desarrollo infantil, deben sólo valorarse en un caso de gravedad y/o cronicidad extrema, siendo siempre la última opción.

Asimismo, la evidencia empírica muestra malos resultados en aplicación de medida terapéutica.

Es muy importante no caer en la generalización. Debe valorarse cada caso particular, cada situación familiar..., lo que puede resultar adecuado en un caso puede no serlo en otro.

El problema más grave es que empezamos a tener una necesidad social que no cuenta con recursos específicos que puedan atenderla. Igual que en su momento nos dimos cuenta que existía una necesidad descubierta y recurrimos a la importación del modelo francés de Puntos de Encuentro, que tan buenos resultados ha tenido

y que ha permitido que tantos padres, madres e hijos puedan seguir relacionándose, a pesar de muchas y muy variadas problemáticas, ¿por qué no invertimos esfuerzos en diseñar y crear recursos específicos para cubrir esta nueva necesidad?

Referencias bibliográficas

Aguilar, J.M. (2004). *SAP: Síndrome de Alienación Parental*. Córdoba: Almuzara.

Baker, A. (2006). Patterns of Parental Alienation Syndrome: A Qualitative Study of Adults who were alienated from a parent as a child. *American Journal of Family Therapy*, 34, number 1, January-February, 63-78.

Bolaños, I. (2000). *Estudio descriptivo del Síndrome de Alienación Parental. Diseño y aplicación de un programa piloto de mediación familiar*. Tesis doctoral no publicada. Barcelona: UAB.

Bolaños, I. (2004). *Hijos alienados y padres alienados. Asesoramiento e intervención en las rupturas conflictivas*. I Congreso de Psicología Jurídica en Red. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid.

Bolaños, I. (2008). *Hijos alienados y padres alienados. Mediación en rupturas conflictivas*. Madrid: Reus.

Boszormenyi-Nagy, I. (1973). *Las lealtades invisibles*. Buenos Aires: Amorrortu.

Cartié, M.; Casany, R.; Domínguez, R.; Gamero, M.; Garcia, C. y González, M. (2006). *Síndrome de alienación parental: unidad sintomática discriminante*. III Congreso de Psicología Jurídica y Forense. Valencia.

- Cartié, M.; Casany, R.; Domínguez, R.; Gamero, M.; Garcia, C. y González, M. (2007). *Sintomatología presente en los menores implicados en el síndrome de alienación parental*. IV Congreso de Psicología Jurídica y Forense. Oviedo.
- Cartwright, G.F. (1993). *Expanding the parameters of Parental Alienation Syndrome*. *American Journal of Family Therapy*, 21 (3), 205-215.
- Dunne, J. y Hendrick, M. (1994). The parental alienation syndrome: An analysis of sixteen selected cases. *Journal of divorce and remarriage*, 21, 21-38.
- Gardner, R.A. (1985). Recent trends in divorce and custody litigation. *Academy Forum*, 29 (2), 3-7.
- Gardner, R.A. (1998). *The parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professionals*. Second Ed. Cresskill, New Jersey: Creative Therapeutics.
- Gardner, R.A. (1999). Differentiating between Parental Alienation Syndrome and bona fide abuse-neglect. *The American Journal of Family Therapy*, 27, 97-107.
- Johnston, J. y Roseby, V. (1997). *In the name of the child: A developmental approach to understanding and helping children of conflicted and violent divorce*. New York: New Press.
- Luengo, D. y Coca, A. (2007). *Hijos manipulados tras la separación: Cómo detectar y tratar la alienación parental*. Barcelona: Viena.
- Lund, M. (1995). A therapist's view of parental alienation syndrome. *Family and Conciliation Courts Review*, 33, 308-316.
- Tejedor, A. (2006). *El síndrome de alienación parental. Una forma de maltrato*. Madrid: EOS.

Turkat, I. (1994). Child visitation interference in divorce. *Clinical psychology review, 14* (8), 737-742.

Waldron, K.H., y Joanis, D.E. (1996). Understanding and collaborately treating Parental Alienation Syndrome. *American Journal of Family Law, 10*, 121-133.

LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR Y LAS INTERFERENCIAS PARENTALES.

Xabier Moñux Agote
*Presidente de la Confederación Española de Puntos de
Encuentro Familia CEPEF*

1. Introducción.

La Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes que vivan separados de su madre y/o de su padre, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, salvo si dichas relaciones fueran contrarios al interés superior de la persona menor de edad.

103

En los procesos de separación y divorcio, los excónyuges deben esforzarse por alcanzar acuerdos en todo lo referente al desarrollo y bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Dado que no siempre es sencillo alcanzar el entendimiento y se plantean con frecuencia considerables dificultades para la reestructuración de la nueva composición familiar, los poderes públicos deben contemplar la necesidad de articular los recursos de apoyo que se estimen convenientes. Estos recursos se deben contemplar con vistas a facilitar la transición a la nueva configuración familiar y a garantizar que esta transición sea lo menos traumática posible tomando como referencia el interés superior del niño, niña o adolescente.

2. La evolución de la familia.

En las últimas décadas han surgido nuevas concepciones que han afectado a la manera de vivir la pareja y la familia. Estos cambios, han producido una incidencia concreta en las prácticas del derecho, la psicología, y el trabajo social.

A partir de 1970 surgieron importantes cambios demográficos que afectaron a la estructura de la familia, tal y como había sido contemplado hasta ese momento: el control de la natalidad, la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo, la permisividad hacia la maternidad en solitario y el número de separaciones y divorcios han alterado de forma considerable la estructura social básica de lo que ha sido la familia tradicional.

El porcentaje de separaciones y divorcios ha ido aumentando, primero de manera lenta, a mediados de los años ochenta y después con los años ha ido aumentando cada vez más rápido. Han surgido nuevas configuraciones en la familia, diferentes a las que se conocían hasta hace pocas décadas. Esta diversidad en las nuevas configuraciones familiares ha supuesto un nuevo paradigma: el mantenimiento de los vínculos entre hijos y progenitores en los nuevos modelos familiares.

Los cambios sucesivos han ofrecido la posibilidad para los cónyuges que lo desean de separarse y organizarse según distintos intereses. El proceso de divorcio y de separación ha producido que el concepto de indisolubilidad de la relación conyugal, se haya separado de la relación filial entre padres e hijos. Se está configurando, progresivamente, una nueva concepción social, según la cual, el menor necesita mantener los vínculos con ambos progenitores para un desarrollo óptimo. Cuando se producen las rupturas de pareja, se considera que es importante que los menores mantengan la relación

con su familia de origen. Y que estas relaciones se basen en el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

3. La separación y los Puntos de Encuentro Familiar.

Los menores, niños y niñas, después de la separación conyugal conviven con uno de los progenitores, con el progenitor custodio, mientras que ven mermada esa convivencia con el progenitor no custodio, lo que puede generar una gran dificultad en el menor para seguir manteniendo la relación con el padre/madre con el que no conviven.

La ruptura de la pareja conlleva, muchas veces, efectos no deseados. Las consecuencias negativas de esta ruptura recaen en los miembros más vulnerables de la familia, dilatándose en el tiempo en la medida que existan hijos. En estos casos los hijos son convertidos en campos de batalla de los conflictos que acarrearán los padres a consecuencia de la separación.

Los excónyuges que están en un proceso de separación y divorcio, deben esforzarse por alcanzar acuerdos en todo lo referente al desarrollo y bienestar de los niños, niñas y adolescentes. Pero no siempre es sencillo alcanzar este entendimiento y con frecuencia surgen dificultades en la reestructuración de la nueva composición familiar y en las nuevas dinámicas de relación.

El menor para crecer necesita relacionarse con ambos progenitores. La labor que los profesionales y las asociaciones que trabajan en el abordaje de las consecuencias de la ruptura de los lazos filio-parentales, ha sido un factor importante para el desarrollo de la relación de los menores con el progenitor no custodio, después de la separación.

En la mayoría de los casos, los hijos están inmersos en una lucha que se debe a la dificultad que tienen los adultos de diferenciar la relación de pareja (nivel en el que se produce la ruptura) de las relaciones paterno-materno filiales (nivel en el que se deben negociar las normas aplicadas hasta el presente y organizar las nuevas para el futuro).

Los niños, niñas y adolescentes pueden expresar la preferencia por uno de los dos progenitores. La realidad es que su opinión adquiere un elevado grado de trascendencia, desde el momento en que se hace explícito en el juzgado. Sin saberlo, el menor puede inclinar el equilibrio de la balanza hacia uno u otro lado, con importantes consecuencias para cada uno de los miembros de la familia.

En este sentido, no es fácil acostumbrarse a las repercusiones de la separación, y en ocasiones adaptarse a un régimen de visitas requiere en los niños, niñas y adolescentes un esfuerzo de adaptación. A veces se sienten abandonados por el padre que ha salido del hogar y eso genera rabia que debe ser convenientemente atendida.

No es posible por tanto comprender los conflictos familiares, a los que nos estamos refiriendo, sin ubicarlos en el contexto legal que se representan. En este tipo de circunstancias, es indudable que la realidad legal condiciona, notablemente, la realidad familiar, en cuanto a la forma de impartir los cuidados de los hijos y el disfrutar de ellos se convierte en pugnas por la custodia: en el régimen de visitas, muchas veces, lo que se discute no es la forma de adecuar las visitas en función de las necesidades del menor, sino la pertenencia de los hijos.

El derecho de visita entre el menor y el progenitor no custodio asegura la responsabilidad de ambos progenitores en el bienestar de los hijos. Éste es un principio que está presente en la convención internacional del derecho del niño.

En estas circunstancias, es cuando se puede producir lo que se denomina interferencia parental, cuando un progenitor trata de negar la relación paterno-filial que el menor mantiene con el otro progenitor.

Con anterioridad a la instauración de los Puntos de Encuentro Familiar (PEF), los niños a menudo presenciaban enfrentamientos y conflictos entre sus padres en el momento de su entrega o recogida para cumplir el régimen de visitas con el progenitor no custodio. Los menores observaban con frecuencia el deterioro de la relación afectiva entre sus padres y en ocasiones incluso situaciones de violencia familiar, como agresiones, humillaciones o desvalorizaciones.

Ante el aumento creciente en la sociedad actual de los problemas en relación al derecho de visita, se han creado en los últimos años en todo el Estado Español los PEF. Los servicios que desarrollan los PEF, produce que la ruptura de la pareja, no vaya acompañada de la ruptura de la relación de uno de los padres respecto a su hijo.

Los PEF vienen desarrollando una labor para personas con dificultades respecto a los vínculos familiares. Los PEF se han desarrollado para evitar que las rupturas del vínculo conyugal, vengas acompañadas de la ruptura de las relaciones entre el menor y sus dos progenitores. Pretenden, en condiciones de seguridad y bienestar, permitir que las relaciones entre el menor y el progenitor no custodio.

Han desarrollado un programa nuevo con unas competencias especiales que han hecho de ellas, un servicio irremplazable en el abordaje que tratan del mantenimiento o el establecimiento de las relaciones de los menores y los progenitores en procesos de rupturas de vínculos conyugales.

Han experimentado un desarrollo considerable desde su creación, y ocupan un lugar importante en el tratamiento de las consecuencias de las separaciones y los divorcios. Aseguran el cuidado del menor durante los encuentros con el padre o la madre. Los PEF cuidan para que la visita trascurra adecuadamente en función del interés y bienestar del menor. Esto permite que el menor pueda mantener un contacto con su progenitor no custodio bajo el amparo de los PEF.

En ocasiones, en estos servicios se observa comportamientos que pueden ser considerados alienantes cuando se producen situaciones como las siguientes:

- a) Impedir al progenitor no custodio ejercer su derecho de visitas desde la separación y no respetar las medidas judiciales de la sentencia.
- b) Desvalorizar al otro progenitor delante del hijo en el Punto de Encuentro.
- c) Realizar estrategias que impiden el progreso de la relación solicitando el cambio del Punto de Encuentro.
- d) Denunciar al padre para obtener una orden de alejamiento.
- e) Presentar al hijo a su nueva pareja como su nuevo padre anulando al verdadero.
- f) Utilizar estrategias que impiden el progreso de la relación solicitando el cambio del Punto de Encuentro Familiar.

El PEF es un recurso que sirve para paliar los efectos no deseados de la ruptura de la pareja cuando los excónyuges deben mantener contacto regular con los menores, y su acción se sitúa dentro de la corriente que pretende que se establezcan y se mantengan los vínculos entre el menor con cada uno de sus progenitores.

Es un recurso neutral para permitir el mantenimiento de las relaciones entre hijos menores de edad y sus padres, cuando a consecuencia de la ruptura de la pareja, el ejercicio del derecho de visita se ve interrumpido o bien es de cumplimiento difícil o conflictivo para el padre no custodio. Se facilita las relaciones paternas filiales, a la vez que se garantizan la seguridad y bienestar de los menores.

Es importante que los padres comprendan que la ruptura de la pareja supone el fin de la convivencia conyugal, pero no la relación entre ellos y sus hijos, relación redefinida, para uno de ellos de forma imperiosa. Los PEF, tratan de apoyar a los miembros de la familia para facilitarles el reencuadre de su responsabilidad común hacia sus hijos y del ejercicio consciente de sus obligaciones coparentales.

En éste sentido, los PEF han favorecido que los niños y las niñas mantengan el vínculo y la relación con el progenitor con el que no convive, después de la ruptura de la unión conyugal.

La labor desarrollada ha permitido un mejor conocimiento de los PEF en el ámbito institucional. En este sentido el reconocimiento de la labor que desarrollan los PEF y la calidad de su trabajo, ha sido importante.

Los jueces y los servicios sociales tienen interés en la labor que desarrollan los PEFs, porque estos centros se han creado con el objeto de ser el lugar de los encuentros entre los menores y el progenitor con el que no vive. El desarrollo de los Puntos de

Encuentro Familiares viene dado por el interés que ha producido en los magistrados, psicólogos, abogados y trabajadores sociales, que han observado en estos servicios un marco en el cual se pueda ofrecer a los menores la posibilidad de conservar el vínculo con el progenitor con el que no viven en situaciones difíciles o muy conflictivas.

La derivación de los padres a los PEF forma parte, hoy en día, de las disposiciones a las que recurren las jurisdicciones familiares y los servicios sociales.

4. El desarrollo de los Puntos de Encuentro Familiar.

La creación de los Puntos de Encuentro Familiar (PEF) en España es relativamente reciente y su implantación progresiva se ha producido con desigual intensidad a lo largo de la geografía de España. Los PEF fueron gestándose, sin conexión, durante los primeros años de su creación.

La necesidad de un lugar especializado para el cumplimiento de los regímenes de visitas, en aquellos casos en los cuales no se producían las visitas, produjo que en algunas ciudades surgiesen Puntos de Encuentro Familiar a finales de la década de los noventa. La necesidad y el interés por los PEF, fue extendiéndose por otras ciudades.

El número de PEF ha seguido creciendo en los últimos años. Los PEF han experimentado un desarrollo considerable desde su creación y hoy ocupan un lugar importante en el tratamiento de las consecuencias de las separaciones y los divorcios. En este momento se puede contabilizar en España alrededor de ciento veinte Puntos de Encuentro Familiar.

La labor realizada por los PEF y su implantación progresiva ha favorecido su reconocimiento en el ámbito de la administración y en la calidad del trabajo que desempeñan. Es necesaria no obstante una clarificación del trabajo que se viene realizando en los PEF.

En los últimos tiempos han surgido iniciativas al respecto, por parte de la administración: borrador del Decreto por el que se regula el régimen jurídico de los Puntos de Encuentro del Principado de Asturias y La Rioja; Decreto regulador de los Puntos de Encuentro Familiar por derivación judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley Valenciana que regula los Puntos de Encuentro Familiar; Decreto por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Galicia; Decreto de organización y funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla-La Mancha.

La administración central ha establecido también junto con las Comunidades autónomas un documento marco de mínimos para asegurar la calidad de los Puntos de Encuentro Familiar. Dicho documento ha sido aprobado por acuerdo de la comisión interautonómica de directores y directoras generales de infancia y familias a instancias de la Dirección General de las Familias y la Infancia del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

5. Los principios básicos de los Puntos de Encuentro Familiar.

Los principios básicos por los que se rigen la mayoría de los Puntos de encuentro Familiar son los siguientes:

- a. Interés superior del menor: la intervención desarrollada en el Punto de Encuentro Familiar debe tener como objetivo principal garantizar la seguridad y el bienestar

del menor, siendo su protección prioritaria en caso de conflicto con otros intereses contrapuestos.

b. Intervención familiar: La intervención del Punto de Encuentro Familiar deberá tener en cuenta todo el sistema familiar propio del menor ofreciendo una amplia gama de herramientas de intervención de carácter psico-social.

c. Responsabilidad parental: La función del Punto de Encuentro Familiar debe limitarse al apoyo de los progenitores u otros miembros de la familia en el ejercicio de sus funciones familiares, sin que en ningún caso suponga una delegación de éstas a los técnicos del servicio, debiendo cada uno de los miembros de la familia hacerse cargo y asumir el ejercicio de las mismas de forma responsable y adecuada a las circunstancias del menor.

d. Transitoriedad: la intervención desarrollada en los Puntos de Encuentro Familiar debe tener como objetivo final la normalización de la situación de conflictividad familiar, evitando que se convierta en una intervención de carácter permanente.

e. Profesionalidad: el equipo técnico de los Puntos de Encuentro familiar está compuesto por un grupo multidisciplinar de profesionales con formación específica para la intervención que se desarrolla en el mismo.

f. Neutralidad: Los PEF no estarán vinculados a ningún grupo ideológico, político o religioso. Los profesionales que formen parte del equipo técnico desarrollarán sus funciones con el único objetivo de garantizar el interés del menor.

g. Imparcialidad: Las intervenciones en el PEF deberán ser objetivas, garantizando en todo momento la igualdad de todos los sujetos involucrados.

h. Confidencialidad: no se comunicará a terceros ni se divulgarán los datos personales de los usuarios de los PEF, salvo aquellos que sean requeridos por la Autoridad o por la coordinación necesaria con otros profesionales.

6. La intervención en los Puntos de Encuentro Familiar.

La dispersión tanto en la dependencia administrativa, como la ausencia de una regulación de los PEF ha supuesto la falta de homogeneidad respecto a la forma de concebir el recurso y de gestionar el PEF. Cada Comunidad Autónoma ha ido estableciendo una red de PEF en su ámbito territorial de la forma que resultaba más adecuada según su criterio.

La intervención del PEF puede variar según modelos: 1) El PEF como recurso para el desarrollo de un plan de intervención familiar; 2) Un recurso de apoyo en el cumplimiento del régimen de visitas; 3) Un recurso que interviene para la obtención de un objetivo final, la normalización de las relaciones del menor con los miembros de su familia.

La primera concepción, contempla el PEF como un espacio para el desarrollo de un plan de intervención familiar. Ésta debe ser entendida como un programa familiar individualizado, cuyo objetivo principal es la normalización de las relaciones entre el menor y algún miembro o miembros de su familia.

La segunda concepción, contempla el PEF con una intervención principal: el apoyo en el Régimen de Visitas según éste modelo, debe limitarse al cumplimiento de lo demandado por la entidad derivante, debiendo derivar cualquier otro tipo de intervención a otros servicios.

La tercera concepción, contempla el PEF como el espacio para el desarrollo de un plan de intervención familiar, junto con el necesario

apoyo en el cumplimiento de las visitas, se debe ofrecer otro tipo de intervención que contribuya a la obtención del objetivo final: la normalización de las relaciones del menor con todos los miembros de su familia. Según esta concepción, el principal problema de los conflictos que acuden a estos servicios, es la falta de comunicación entre los miembros de la familia, por lo que el principal objetivo de los profesionales del PEF, es conseguir una resolución del conflicto y retomar habilidades parentales perdidas como consecuencia del mismo.

7. Cuestiones a analizar sobre los Puntos de Encuentro Familiar.

En relación a los Puntos de Encuentro Familiar, se pueden considerar algunas cuestiones. El PEF es un recurso sobre el que debe valorarse la conveniencia y la necesidad de su utilización, y no acudir a él sin una valoración previa.

114

Los PEF no tienen la solución para todos los problemas. Un buen uso de estos recursos evita disputas entre las partes al ver mejor cumplidas sus expectativas generando menor coste a todos los niveles: económico, emocional, personal, legal, social, familiar. Y estos beneficios no son solo para las partes sino también para la propia administración.

Entre las principales dificultades planteadas en los PEF, se sitúa la necesidad de ofrecer al ciudadano un servicio de calidad, lo que supone que debe ser un servicio cercano al niño, niña y adolescente, con amplia disponibilidad del mismo y adecuado en lo que se refiere a la infraestructura y ubicación del servicio.

En ocasiones se observa que los usuarios que están satisfechos con el servicio muestran una acomodación y una dependencia del

centro no deseando salir del mismo que se debe a la falta de una regulación por parte de la administración que estableciera unos criterios básicos sobre su funcionamiento.

Los PEF en España han tenido que afrontar distintas cuestiones en relación a su desarrollo. La ausencia de una regulación de los PEF, ha conducido a una problemática en cuanto a criterios y formas de actuaciones.

Con la ley de protección de violencia sobre la mujer están llegando casos procedentes de Juzgados de instrucción fijando medidas de orden de alejamiento y para ejercer el derecho de visitas proponen la utilización de dicho recurso, en ocasiones, sin conocer la viabilidad del mismo en esos casos, lo que está creando algunos inconvenientes al centro por tratarse de casos tan delicados.

La solicitud de dicho recurso, cada vez está siendo mayor, por lo que la buena voluntad de los profesionales no es suficiente, debiéndose aumentar los apoyos institucionales que faciliten el poder dar cobertura a todas las demandas sin límites.

En general, sería conveniente una homogenización de ciertos aspectos. Algunas proposiciones que permitirían una mejora en la estructuración y funcionamiento de los PEFs en España, serían las siguientes:

- Información y coordinación constante entre la entidad derivante (Juzgado de Familia) y el PEF.

- Coordinación fluida con los organismos derivantes (Juzgados y organismos de protección del menor), con el objetivo de dar respuesta a los problemas que puedan surgir.

- Seguimiento de la evolución de los casos derivados al Punto de Encuentro Familiar, con el fin de informar a la autoridad del normal desarrollo, o no, del régimen de visitas o intercambios.

- Información a las familias sobre el funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar.

- Regulación de los PEF con una normativa, lo antes posible, sobre su organización y funcionamiento.

- Un marco que sirva de orientación en todo el Estado Español que cubra todos los aspectos generales y básicos que tienen que ver con estos servicios.

- Intervención psicosocial individual y familiar. Que el equipo técnico pudiese desarrollar intervenciones de carácter psicosocial que considere necesario con el objetivo de eliminar obstáculos y actitudes negativas hacia el logro de los objetivos previstos.

- Formación específica y complementaria de los profesionales para poder acceder al equipo técnico del PEF. Sería conveniente que este tipo de formación complementaria la tuviesen todos los profesionales que forman parte del equipo técnico del PEF y el coordinador del centro. Esto sería deseable a fin de garantizar la profesionalidad en el equipo técnico de los PEF, sin embargo, puede resultar especialmente complicado encontrar este tipo de profesionales si no se garantizan unas mínimas condiciones laborales adecuadas a la experiencia y formación acreditada.

- Consensuar ciertas medidas a fin de garantizar un servicio social de calidad con una adecuada financiación.

- Mejora de la financiación de los PEF, puesto que sólo a través de una adecuada retribución de los profesionales se podrá garantizar la existencia de un equipo técnico profesional y estable.

8. Ventajas para los progenitores y los niños.

En general, los Puntos de Encuentro Familiar son un recurso de gran importancia en las situaciones de ruptura conyugal. Por un lado, contribuyen a regular el régimen de visitas, facilitando el cumplimiento de las medidas propuestas en las resoluciones judiciales. Por otro lado, permiten el seguimiento y control del estado emocional del menor, incidiendo en aquellas variables que pueden facilitar u obstaculizar su adaptación a la nueva situación familiar.

La observación de los menores revela una mejoría en la relación paterno/materno-filial desde que acuden al Punto de Encuentro, así como una menor conflictividad entre ambos progenitores. La intervención con los menores permite una mayor normalización de la situación de separación y/o divorcio, así como la eliminación de creencias irracionales en los niños que obstaculizan la relación con el padre no custodio.

Para el progenitor custodio, el PEF supone una garantía de que su hijo estará bien atendido, puede obtener el asesoramiento necesario para solventar los problemas que se detecten en el menor, derivados de la ruptura familiar y poder encauzarlos adecuadamente.

Para el progenitor no custodio las relaciones con su hijo se van a ver facilitadas en condiciones normalizadas. Va a poder ejercer la figura paterna en la vida de éste de forma activa, pudiendo participar más en su educación y vida. Podrán establecer una comunicación paterno-filial que le aporte una imagen de él mismo. Puede disponer de un asesoramiento técnico para poder solventar las dificultades que vaya teniendo en su derecho a ejercer el régimen de visitas.

Ambos progenitores pueden encontrar una vía de acercamiento a través de los profesionales, facilitándoles la comunicación, la

escucha, intercambio de preocupaciones, intereses y deseos que afecten a sus hijos, realizando una tarea mediadora y educativa.

El menor podrá contar con ambos padres para crecer, contará con las dos figuras parentales, estableciendo vínculos afectivos que favorezcan su desarrollo evolutivo. A su vez podrá expresarse y relacionarse libremente con el no custodio, no siendo manipulado por ninguno de sus progenitores, evitando un riesgo emocional.

MEDIACION FAMILIAR/CUSTODIA COMPARTIDA: ALTERNATIVAS PARA LA MINIMIZACION DE DAÑOS EN LAS RUPTURAS DE PAREJA.

Helena Ruiz Feal
*Licenciada en Derecho y Psicología
Mediadora familiar*

José Morales Soriano
*Diplomado en Trabajo Social.
Responsable del Área de Emergencia Móvil de Atención Social.
Concejalía de Sanidad y Servicios Sociales, Ayuntamiento de Murcia*

1. Introducción.

Desde nuestra experiencia personal y profesional, como mediadora y trabajador social, estamos viendo la gran cantidad de rupturas de pareja que se producen en nuestro país. De 1981, año en que se aprobó en España la ley del divorcio, hasta nuestros días, más de un millón de parejas se han roto oficialmente; afectando a una cantidad ingente de menores -más de 110.000 menores al año son hijos de padres separados-.

Las consecuencias negativas que acarrear dichas rupturas cuando no se resuelven adecuadamente, convierten en víctimas a multitud de ciudadanos, especialmente a los niños fruto de esas parejas rotas.

A lo largo del presente documento dejaremos de manifiesto la importancia que tienen para nosotros dos conceptos que nos parecen fundamentales: la mediación familiar y la custodia compartida.

2. Consecuencias de la ruptura de la pareja.

Pese a la mucha energía positiva que se invierte en la formación de una pareja ésta puede acabar, con el paso del tiempo y la llegada del desamor, en un proceso por el cual se transforma en energía negativa; viendo frecuentemente a la persona que antes amábamos como nuestro mayor enemigo.

Si no somos capaces de canalizar positivamente la situación para conseguir una ruptura amistosa, el drama -y a veces la tragedia- está servido. Todos acabaremos perdiendo en una triste guerra sin cuartel: los hijos por ser testigos (y hasta objeto de manipulación) en medio de las dos personas que más quieren en el mundo, pero también sus progenitores que entre sí pueden llegar a perder -además del amor- el respeto, la consideración y hasta los escrúpulos.

120

No obstante, una ruptura puede comportar aspectos positivos. Sobre todo el poder dar por concluida una relación sentimental cuando entre la pareja ya no existe amor, ni proyecto de vida en común. Y como consecuencia de lo anterior, se abren ante ambos nuevos horizontes vitales.

Pero la realidad es que la mayor parte de las consecuencias son ciertamente negativas: sufrimiento psicológico (frustración, culpa, etc.); dificultades económicas; cambios en las relaciones socio-familiares (familias extensas, amigos, etc.); brusca disminución del tiempo de convivencia de los hijos con uno de sus progenitores; ...

3. Distintas alternativas para la resolución del conflicto de pareja.

Antes de llegar a una separación, la pareja podría acudir a un orientador familiar para que les ayude a adoptar las medidas necesarias tendentes a evitar una ruptura definitiva.

Pero si finalmente resulta inevitable la separación, se pueden producir dos situaciones diferenciadas:

- Separación de mutuo acuerdo: cuando las partes son capaces de resolver el litigio por sí solas, decidiendo ellos sobre la situación futura -que lógicamente deberá ratificar la autoridad judicial-, con la necesaria intervención de abogados. En este ámbito pueden recurrir asimismo a la intervención de la figura del mediador familiar, aunque ésta es una alternativa todavía insuficientemente utilizada.

- Separación contenciosa: cuando las partes no consiguen llegar a acuerdos, alargándose considerablemente tanto la duración del proceso como el coste emocional.

4. Mediación familiar.

4.1. Concepto.

Es un proceso en el que una tercera persona imparcial ayuda a los involucrados en un ruptura familiar, y en especial, a las parejas en vías de separación o divorcio, a comunicarse mejor entre ellos y a llegar a sus propias decisiones conjuntas, sobre la base de una información suficiente, respecto de algunos o de todos los temas relacionados con la separación, divorcio, los hijos, la economía o el patrimonio familiar.

El proceso es una búsqueda mutua de todas las opciones de solución posibles y finaliza en un acuerdo razonable; ninguna de las

dos partes puede ganar a costa de la otra; y las soluciones deben surgir del proceso con un acuerdo creado y aceptado por las dos partes.

Se trabaja sobre los conflictos en perspectiva de futuro y procurando satisfacer no los derechos sino también los deseos, armonizándolos con las posibilidades, y siempre bajo el paradigma "ganador-ganador" (y no bajo el paradigma tradicional de "ganador-perdedor"). Al trabajar sobre sus propios deseos y posibilidades, las partes controlan las decisiones sobre sus propias vidas.

4.2. Características principales de la Mediación.

Podríamos destacar, como principales, las siguientes:

- a). Voluntariedad de ambas partes a iniciar el proceso de mediación, así como a interrumpirlo y retirarse en cualquier momento.
- b). Confidencialidad del proceso, pues todos los temas que se traten gozarán del acuerdo de confidencialidad, de tal manera que no podrán ser utilizados por nadie en juicios -en el caso de que la mediación no prospere-; lo cual garantiza la libertad de las partes en la expresión de sus opiniones, puntos de vista, necesidades e intereses.
- c). Respeto de los individuos y de la diversidad cultural. Todos los participantes deben ser tratados con respeto, siguiendo una política de igualdad de oportunidades.
- d). Seguridad personal y protección frente al riesgo. Es necesario asegurarse de que cada participante esté asistiendo por propia voluntad, sin miedo a violencia o intimidación alguna.

e). Enfocada hacia el futuro, ya que la mediación enfoca las cuestiones desde la perspectiva presente y futura, salvo cuando el pasado sea relevante para las decisiones actuales y planes futuros.

4.3. Características principales del mediador.

El mediador también debe reunir una serie de características.

a). Neutralidad e imparcialidad. El mediador presta igual atención a todos los participantes y maneja el proceso de manera equilibrada y equitativa, evitando expresar juicios de valor ante lo que digan, opinen o propongan los mediados. El mediador no es el encargado de aportar soluciones a la problemática que las partes planteen, ni ha de decidir cuáles son las mejores opciones.

b). Revelación de cualquier conflicto de intereses. Si un mediador tiene conocimiento previo y/o una relación profesional o social con cualquiera de las partes o con ambas, no debe aceptar la mediación.

c). Potencia la capacidad de los participantes. Las partes deben contar con toda la información necesaria para tomar sus propias decisiones; deben saber la importancia de revelar todos los datos, información y documentación para poder abrir un abanico de alternativas.

d). Énfasis en los intereses mutuos, más que en los derechos individuales. Así se logra obtener resultados "ganador-ganador" sin que haya perdedor.

e). Consideración de todos los interesados, incluidos los niños. Elabora acuerdos sobre los hijos que funcionen bien para todos los interesados, atendiendo lo mejor posible sus necesidades.

f). Competencia del mediador. El mediador debe acreditar su formación cualificada para mediar en los temas planteados.

Es el ámbito familiar el más conocido de la Mediación y sobre el que se ha legislado en casi todas las Comunidades Autónomas, especialmente respecto de las situaciones de separación o divorcio.

En este sentido, cabe destacar diferentes momentos en los que la Mediación constituye una alternativa interesante para la persona (y, a nuestro entender, para el colectivo de abogados y -de forma extensible- para todo el sistema judicial):

-Tras la decisión de poner fin a la convivencia como pareja.

-Con posterioridad al inicio de un procedimiento legal, o ante la demanda de modificación de medidas o de ejecución de sentencia.

Ambos constituyen momentos de intervención diferentes que tienen sus propias características y peculiaridades, requiriendo por tanto una intervención adaptada a las mismas y apoyada en la flexibilidad de la metodología de la Mediación.

124

La consecución de los acuerdos puede ser total, en función de que éstos se refieran a todos los puntos del convenio regulador; o parcial, si viene referido sólo a alguno de ellos, dejando la posibilidad de que el resto puedan ser gestionados a través de cualquier otra alternativa, como por ejemplo la vía judicial.

En Mediación se realiza un seguimiento de todos los expedientes, con el objetivo de validar el cumplimiento de los acuerdos en el tiempo; así como de reabrir el proceso de mediación en el caso de que los acuerdos no se cumplan por alguna de las partes, o hayan surgido circunstancias sobrevenidas que impidan el cumplimiento de los mismos.

4.4. Ventajas de la Mediación, frente a la litigación.

Pasamos a detallar dichas ventajas.

- Reduce la tensión emocional y el litigio en las relaciones familiares.

- Es voluntaria: las partes pueden retirarse en cualquier momento, pueden no llegar a un acuerdo si creen que los tribunales pueden resolverlo mejor, pueden omitir información, ...

- Favorece vínculos y el ejercicio de las responsabilidades entre progenitores y sus hijos en un clima de cooperación y respeto mutuo.

- Las decisiones son tomadas por las partes en conflicto y no por un tercero, lo que favorece un mayor nivel de cumplimiento de los compromisos acordados.

- Es más breve y más económica para las partes, y al reducir la tensión de las rupturas no se somatizan y la persona es protagonista de sus propios acuerdos.

- Facilita o reestablece la comunicación entre las partes favoreciendo la toma de decisiones. Hablan y se escuchan el uno al otro, negociando en las reuniones cara a cara.

- Es flexible, permite afrontar desde grandes a pequeños problemas.

- Atiende a las necesidades particulares de cada uno de los implicados, sin olvidar las de los menores a cargo de los adultos.

- Permite a los progenitores tomar decisiones realistas y adecuadas en beneficio de sus hijos y de un desarrollo equilibrado de los mismos.

- Produce acuerdos creativos, se generan ideas innovadoras. Los mediados explican sus necesidades y firman sus acuerdos en un lenguaje cotidiano.

- Mira hacia el futuro y se centra en intereses mutuos y preocupaciones comunes.

- Las partes se sienten ganadoras, colaboran hacia un beneficio para ambos participantes.

Claro que, si bien la Mediación produce excelentes resultados, no en todas las parejas se puede mediar, -ya sea por la naturaleza del conflicto o por otros motivos ajenos a ese procedimiento-.

4.5. Ámbito de aplicación.

La Mediación familiar se ha desarrollado principalmente en el contexto de los procesos de separación y divorcio, pero su potencial de aplicación es mucho mayor y cada vez se usa más para ayudar a los miembros de las familias al objeto de que sean capaces de llegar a decisiones consensuadas en distintas etapas y áreas de la vida familiar (tales como adopción, acogimiento familiar, relaciones paterno-filiares, personas con discapacidad y herencias, etc.).

A título meramente informativo cabe comentar que existen otros ámbitos de aplicación tales como la Mediación penal, la escolar o la comunitaria, ...

4.6. Asesoramiento jurídico en la Mediación.

La solución judicial del conflicto familiar nunca proporcionará satisfacción a ambas partes, a diferencia de la satisfacción de intereses a la que aspira la Mediación. Sólo esta razón bastaría por sí sola para llegar a la convicción de lo beneficioso de este sistema, frente a la solución jurisdiccional, por la vía contenciosa, de las situaciones de ruptura de pareja.

Los tribunales serán el lugar donde se reciban ciertos conflictos pero, si es posible, después de haber intentado solucionarlos a través de otros métodos de resolución no confrontativos, como la Mediación. Es hasta cierto punto entendible que este nuevo paradigma pueda generar cierta suspicacia entre algún colectivo profesional, pero estamos seguros de que irán aceptándolo progresivamente, en la medida en que este procedimiento comience a percibirse como una herramienta útil que posibilita una visión distinta de los conflictos, así como nuevas formas de abordar la resolución de los mismos.

A lo anteriormente expuesto podría oponerse que existe en nuestra legislación una posibilidad de resolución de conflicto no contradictoria: el procedimiento de mutuo acuerdo. No cabe duda que aporta grandes ventajas respecto a la vía contenciosa, pero no sirve para resolver eficazmente una crisis y regular de modo satisfactorio para ambas partes los efectos que se derivan de la separación o el divorcio. La práctica demuestra que quienes se encuentran en dicha tesitura acuden a este tipo de procedimiento porque es más rápido que la vía contenciosa; pero con demasiada frecuencia los pactos alcanzados acaban no cumpliéndose.

La Mediación familiar, cuando se utiliza como camino previo o paralelo a los procesos legales, favorece la comunicación entre las partes, la asunción por éstos de las riendas de sus propias vidas, y la responsabilidad por las decisiones adoptadas. El núcleo de la cuestión está en la forma en que se llega a los acuerdos que se presentarán a homologación judicial.

El método seguido en Mediación permite resolver de forma más satisfactoria para todos el conflicto. Es en base a ello, por ejemplo, que se afirma que el rol del abogado y el del mediador no son coincidentes, sino complementarios; y las técnicas utilizadas por ambos profesionales son asimismo distintas.

La Mediación ofrece “un contexto profesional de cambio”, cuya finalidad es introducir una transformación en la vida de los implicados, de tal forma que pueda hablarse de un “antes de” y un “después de”. En este ámbito, el mediador desarrolla su tarea con personas que tienen puntos de vista diferentes, con el convencimiento de que, con su ayuda, serán capaces de superar el punto muerto en el que se encuentran (decidiendo por si mismos lo que más conviene a todos).

El mensaje que el mediador transmite a las partes es, esencialmente, que cada una de ellas tiene capacidad para comprender y decidir; y que el compromiso del profesional es ayudarlas a detectar y eliminar los obstáculos que les impiden comunicarse, comprenderse y -eventualmente- llegar a acuerdos. La palabra clave en Mediación puede ser “comprender” (al otro) y “comprenderse” (a sí mismo); y la principal ventaja, que confiere el protagonismo a los implicados.

La realidad que viven a diario los órganos judiciales demuestran la complejidad de estos procesos, especialmente cuando hay hijos menores. Salen a menudo los trapos sucios de la intimidación familiar y aumenta el conflicto. En palabras del magistrado Mejías Gómez, “resulta paradójico y un tanto frustrante constatar cómo el proceso y los órganos judiciales, no sólo no actuamos como extintor, sino que somos la gasolina que aumenta el fuego del conflicto”.

Una vez en este punto, en el que ya hemos hablado del proceso de Mediación familiar como mecanismo idóneo para abordar la ruptura de pareja, toca hablar del concepto de Custodia compartida de los hijos tras dicha ruptura. Estamos firmemente convencidos de que la Mediación es el marco ideal para tratar, junto a otras materias, una tan sensible como es la nueva situación de los hijos a partir de ese momento. La Mediación permite que todas las partes resulten

ganadoras, y la Custodia compartida es a nuestro juicio la fórmula idónea para que todas las partes sigan quedando efectivamente ganadoras, especialmente los hijos, (los cuales no se verán obligados a prescindir sustancialmente de ninguno de sus dos progenitores, habitualmente el varón).

5. Custodia compartida.

Cuando se produce la ruptura de una pareja es común que ambos, durante el proceso de deterioro de la relación, hayan cambiado la consideración que el otro les merecía anteriormente.

Se pasa literalmente, con enorme frecuencia, del amor al odio. Y esto cuando no existen hijos en la pareja puede encauzarse y/o superarse más fácilmente; pero resulta muy difícil y complejo cuando hay hijos de por medio.

Pese a que los dos miembros de la pareja -como fruto de un acto conjunto de amor- trajeron al mundo a esos hijos, atendiéndoles ambos en sus necesidades, al llegar la ruptura suele producirse un cambio radical.

En nuestro país se mantiene aún una inercia por la cual continúa la costumbre de asignar, en la inmensa mayoría de los casos, la Custodia exclusiva de los hijos a la mujer (97 % a la mujer frente al 3 % del varón).

Lo anterior supone una clara discriminación hacia los progenitores de sexo masculino en una sociedad que aspira a ser igualitaria, en la que existe una inserción de la mujer en la vida laboral pero también una incorporación del hombre -especialmente los más jóvenes- a un rol de progresiva implicación en tareas que tienen que ver con el hogar y el cuidado de los hijos.

Pero ni pretendemos la Custodia exclusiva para los hombres, ni la Custodia exclusiva por mitad entre hombres y mujeres.

En lo que creemos, como ya apuntábamos antes, es en la Custodia compartida de los hijos tras la ruptura de la pareja, considerando que ello debería ser la norma general de la cual se excluirían aquellos casos -y sólo esos- en los cuales realmente resultase inviable (por causa de cualquiera de los dos progenitores).

5.1. Fundamentación normativa de la custodia compartida.

A continuación destacaremos los preceptos (síntesis) que a nuestro entender sustentarían un trabajo todavía por realizar, en aras a eliminar toda desigualdad de trato entre hombres y mujeres tras la ruptura de la pareja; así como para evitar la crueldad que supone hacia los hijos su separación respecto de uno de los progenitores sin causa grave que lo justifique; y también para avanzar mucho más en la implementación de políticas justas de apoyo a las familias (a las que gocen -hoy por hoy- de buena salud, pero muy especialmente a las que se encuentran en crisis o incluso ya rotas).

130

A. Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Preámbulo: igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Artículo 1: todos los seres humanos nacen iguales en derechos.

Artículo 2.1: toda persona tiene todos los derechos sin distinción de sexo.

Artículo 7: todos somos iguales ante la ley.

Artículo 10: toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Artículo 16.1: los hombres y las mujeres disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Artículo 16.3: la familia tiene derecho a la protección del Estado.

B. Declaración de los Derechos del Niño:

Preámbulo: la Asamblea General, (de las Naciones Unidas) proclama la presente Declaración de los Derechos del Niño a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar de los derechos que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres y a las organizaciones y gobiernos a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia.

Principio 2: el niño gozará de una protección especial. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 6: el niño, para su pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres.

Principio 7: el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

Principio 9: el niño debe ser protegido contra toda forma de crueldad.

Principio 10: el niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación de cualquier índole.

C. Constitución Española:

Artículo 9.2: corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Artículo 10.1: el respeto a los derechos de los demás es fundamento del orden político y de la paz social.

Artículo 14: los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 24.1: todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Artículo 32.1: el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Artículo 39.1: los poderes públicos aseguran la protección social de la familia.

Artículo 39.2: los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos.

Artículo 39.2: los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos.

Artículo 139.1: todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

D. Código Civil español:

Artículo 66: los cónyuges son iguales en derechos y deberes.

Artículo 67: los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia.

Artículo 68: los cónyuges deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de descendientes.

Artículo 92: la separación y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos.

De lo antedicho se desprende que madres y padres (mujeres y hombres) debieran ser tratados de forma igualitaria cuando llega una ruptura, en relación a la garantía de sus derechos y deberes respecto de los hijos, y en cuanto al derecho de éstos a contar en condiciones de igualdad con la dedicación y cuidados de ambos progenitores, también después de haberse producido la separación de los mismos.

Asimismo destacaríamos la necesidad de que los poderes del Estado, especialmente los estamentos político y judicial, realicen actuaciones concretas y coherentes con los tiempos actuales, por las familias; con más motivo cuando éstas entran en crisis o se rompen. Preocupándose por los derechos de todos, sin que los de algunos (normalmente los del progenitor varón -y por ello también los de los respectivos hijos-) se vean conculcados.

5.2. *Custodia compartida: concepto, formas, ventajas.*

Hagámonos la reflexión de que se puede dejar de ser pareja de la persona con la que se mantenía una relación sentimental, pero si han habido hijos en común continuarán en conjunto siendo una familia -aunque fragmentada- para siempre.

Ambos progenitores seguirán siendo madre y padre de esos hijos, y deberán compartir sentimientos, y preocupaciones que tienen que ver con ellos.

Dicho ésto y creyendo firmemente en algo tan obvio como que los hijos necesitan por igual el amor, la atención, la compañía, la protección, tanto de su madre como de su padre (también por igual ambos progenitores necesitan del amor y compañía de sus hijos); es por lo que consideramos que tras la ruptura de una pareja, se deberá proceder de tal modo que esto quede garantizado.

En lugar de ello y con un planteamiento tradicional y radicalmente machista se le entrega a la madre separada, además de la correspondiente asignación económica y el uso de la vivienda, el cuidado de los hijos (como siempre -y además ahora más que nunca-); y al padre, el encargo de aportar dinero (como siempre -y además con una reducción brutal del tiempo que él y sus hijos van a poder estar juntos durante el denominado régimen de visitas-).

Si queremos entender en una ruptura lo que implica, (y el dolor que comporta), el cambio brusco desde la convivencia permanente con los hijos hasta el referido habitual régimen de visitas, resultará ilustrativo pensar por separado en el significado de los términos "régimen" -estar, o que te pongan, a régimen- y "visita" -ir a un sitio de visita-. Así resulta imposible coeducar ni nada que se le parezca: el modelo "padre Burguer King" sólo tendrá ocasión de llevar a sus hijos a una hamburguesería o al cine, y poco más.

Pero aún hay otro supuesto peor. Cuando un progenitor -el no custodio- se encuentra en la situación de que quien ostenta la custodia exclusiva fija su residencia (y la de los hijos habidos de la pareja) en un lugar tan lejano del territorio nacional, o en otro país, que el contacto con los hijos se convierte en algo absolutamente

difícil o incluso imposible. Ésto supone un enorme dolor añadido difícil de describir, y una tremenda pérdida llevada a uno de sus máximos extremos.

Nuestra *definición* de Custodia compartida sería la de una fórmula que -tras la ruptura de una pareja con hijos- permite que los dos progenitores ejerciten sus derechos y obligaciones como padres de aquellos con igualdad de condiciones, disfrutando ambos paritariamente de la necesaria y recíproca convivencia con los hijos de ambos, así como contribuyendo -también los dos- en el sostenimiento de los mismos y en la atención integral de sus necesidades de todo tipo (afectivas, sanitarias, educativas, etc.).

En cuanto a las *formas* que puede tener la Custodia compartida, somos firmes partidarios de que la dedicación y convivencia respecto a cada uno de los dos progenitores sea a partes iguales: viviendo paritaria y alternativamente en el domicilio de cada progenitor; o quedándose los hijos en el domicilio familiar y siendo los padres quienes roten.

Aún así existen otras diversas posibilidades, según las características que presente cada supuesto particular. Habrá casos en que la dedicación, la contribución al sostenimiento, etc. podría no ser (por causa de uno u otro progenitor) al 50%-50% y deba acordarse al 60%-40% o como resulte más oportuno.

En cuanto a las *ventajas* que supone la Custodia compartida de los hijos tras la ruptura de una pareja, creemos que son numerosísimas.

Es un derecho fundamental de los hijos, para el necesario equilibrio de éstos tras la ruptura de sus padres, poder contar con ambos de forma paritaria. Necesitan la presencia real de los dos (pero no vale que a uno casi siempre y al otro casi nunca).

Por muy bien que unos hijos pudieran superar la -siempre dolorosa- separación de sus progenitores (resuelta en nuestro país en la mayoría de casos con la Custodia exclusiva para la mujer), el desarrollo evolutivo de esos hijos sería sustancialmente más favorable y armónico en caso de que hubiesen podido disfrutar tras la ruptura de una paritaria relación con ambos padres.

Nadie tiene derecho a secuestrar a uno de ellos -habitualmente al varón- y hacer que desaparezca casi por completo de sus vidas a partir de un determinado momento. Y tampoco podemos caer, sin causa que lo justifique, en la tentación maniquea de culpabilizar a uno de los progenitores y victimizar al otro; en pensar y transmitir que uno es el bueno y otro el malo.

Pero además, -idóneamente dentro de un proceso de Mediación familiar-, si somos capaces de comprender que la ruptura debe realizarse positivamente, sin ver en el otro al enemigo, superando resentimientos, sin ánimo de causar daño o ejecutar una venganza (incluso utilizando a los hijos); si somos capaces de romper con el otro como pareja pero siendo conscientes de que siempre estaremos vinculados por los hijos: la Custodia común de la prole nos ayudará no sólo a compartir -y hacer más llevadera- esa dedicación que para ambos progenitores es un derecho y un deber; además de beneficiar a los hijos con este planteamiento, los propios padres resultarán beneficiados personal y emocionalmente, tanto a corto como a largo plazo.

6. Reflexiones.

- No podemos dejarnos, hoy día, llevar por estereotipos tradicionales vinculados a uno u otro sexo: p. ej. un padre puede ser tierno, una madre puede poner límites, etc.

- Existe la sensación, especialmente entre la población masculina, de que el progenitor varón, por ser hombre se verá -la mayor parte de las veces, sin resultado- en la necesidad de tener que demostrar que es capaz de ser un buen padre.

- Salvo parir y amamantar a los hijos -por imperativo biológico-, todo lo demás podemos hacerlo tanto mujeres como hombres, y afortunadamente los cambios personales/sociales permiten que cada vez vaya siendo mayor el número de hombres que así lo entienden y realizan en su vida diaria.

- El que un varón no se haya dedicado en mayor proporción a tareas de cuidado de los hijos durante su relación de pareja, no es motivo para su descalificación; tras la ruptura necesitará la máxima unión con sus hijos -como la madre- para juntos superar la situación, y tendrá ocasión de 'ponerse las pilas' y avanzar en el camino de mayor y mejor dedicación a sus vástagos.

- No podemos caer en la contradicción de pedir a los hombres que se impliquen y compartan tareas de hogar y crianza de los hijos cuando va a formarse la pareja, e impedirselo a partir del momento en que ésta se rompe.

- La custodia de los hijos tras una ruptura de pareja debe estar ligada a los verdaderos intereses y derechos de los hijos, de conservar el trato y la atención de ambos progenitores; y no a aspectos materiales de quien consigue una prestación económica o el uso de una vivienda.

- Lo habitual en hijos de padres separados será que tenga dos casas. Se trata de que ambas sean su casa, y no que sólo una lo sea y la otra sea simplemente una posada cada 15 días, con un posadero -su padre-.

- Nos preocupamos más por los costos económicos de una separación que de los costos emocionales, que pueden ser elevadísimos, afectar a todas las partes implicadas, y tener que estar pagándolos de por vida.

- De la misma manera que en nuestra sociedad se han producido cambios respecto a determinados temas, (las madres solteras, los matrimonios homosexuales, etc.), algunos de los cuales han comportado cambios legislativos; también el de la Custodia compartida de los hijos, tras la ruptura de la pareja, está en condiciones de seguir el mismo camino.

- Nos encontramos ante una situación -cuanto menos- de ceguera política, en la cual los gobernantes de la nación han quedado claramente atrás de la realidad y de ciertos cambios sociales, como condicionados por ciertos planteamientos de un feminismo radical y trasnochado que a nuestro juicio, erróneamente, profundizan en una guerra de sexos que no es necesaria ni conveniente como tal; tomando a veces como referente tiempos que por fortuna van quedando atrás; y que acaban curiosamente en posturas clásicamente machistas, (reasignando de nuevo tras la ruptura a la mujer el papel de cuidadora casi exclusiva de los hijos, y al hombre el de suministrador del dinero -como siempre-).

- Las desigualdades que ha sufrido tradicionalmente la mujer, algunas de las cuales todavía persisten, y contra las que -mujeres y hombres- debemos seguir luchando; no pueden justificar nunca una desigualdad hacia el hombre como es la de su exclusión casi sistemática de la guarda y custodia de sus propios hijos cuando se produce la ruptura de la pareja.

- El sistema judicial en España favorece la confrontación entre los progenitores cuando se produce la ruptura. Y aunque la mayoría

de los expertos afirman que la Custodia compartida es la mejor solución, los jueces siguen decidiendo en contra de ello, condenando a miles y miles de hijos a tener que habituarse a la ausencia de uno de sus progenitores -el varón, habitualmente-.

- Convendría un cambio de mentalidad en algunos colectivos profesionales implicados en estas cuestiones, como los abogados, que les permitiera valorar la utilidad social de procedimientos como la Mediación familiar, más allá de la mera consideración de que supone una especie de competencia o amenaza para ellos.

7. Propuestas.

-Se requiere un cambio legislativo a nivel nacional que contemple por fin la Custodia compartida como opción general preferente en caso de ruptura, (camino ya iniciado por alguna de las Comunidades Autónomas -como Cataluña-); de este modo se dará un paso de gigante en la minimización o incluso eliminación de daños en hijos y progenitores tras las rupturas de pareja.

-El estamento judicial, no sólo el político, está también ante un reto al que no puede volver la espalda. La realidad social que llega a sus juzgados debería llevarles a una reflexión, y a promover un cambio en sus actuaciones y procedimientos acorde con nuestro tiempo, evitando que se conculque el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, como ocurre todos los días en todo el territorio nacional. El poder judicial tiene el reto de demostrar que se encuentra en consonancia con dicha realidad, y que está por ese cambio tan necesario en nuestro país. (Y además, como nuestros juzgados tienen tanta carga de trabajo y escasez de medios, es más cómodo dar 'café para todos' -siempre lo mismo- que dar a cada caso la respuesta adecuada tras un detenido estudio del mismo).

-Se precisan políticas e iniciativas de prevención de los conflictos, así como educacionales y formativas (en centros educativos, dirigidas a quienes soliciten la formalización de su pareja -bien como unión de hecho o bien como matrimonio-, etc.).

-Necesitamos muchísimos más recursos/equipos interdisciplinares, públicos o concertados, que atiendan a las familias, (especialmente a aquellas en situación de exclusión social, de crisis o de ruptura). Los existentes son absolutamente escasos o están saturados.

-Se requieren campañas de difusión, las cuales hagan llegar a la población mensajes relativos a cómo prevenir los conflictos graves dentro de la pareja, o a cómo intentar resolverlos de forma positiva, informando asimismo de los recursos de que se disponen para todo ello.

-También se requerirían campañas de sensibilización, tanto sobre la Mediación familiar como sobre la Custodia compartida, dirigidas a colectivos profesionales implicados en estos temas.

-Y por último -y muy importante- consideramos que corresponde al Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, el impulso de las actuaciones que puedan ser necesarias para que, también en materia de custodia de los hijos tras separación o divorcio, el Principio de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres sea por fin un hecho en nuestro país.

LA MEDIACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL LETRADO.

Regina Vallés Bezares
Abogada especializada en Derecho de Familia

La primera aproximación seria y continuada al tema de la mediación, que hemos tenido la mayor parte de los abogados que trabajan en las Illes Balears, y a excepción de un grupo de compañeros de Ibiza, data del año 2.000, momento en que por el ICAIB se creó la comisión de mediación hoy denominada Comisión de familia y mediación debido a la fusión, por razones obvias, con la Comisión de Familia.

141

El primer trabajo que se hizo desde el ICAIB fue la redacción de una propuesta de Ley de Mediación, en la que participé, desde la más absoluta ignorancia respecto a qué era la mediación, pero con una fuerte dosis de optimismo y aplicando el conocido recurso del *copiar y pegar* a partir de las Leyes de Mediación que por aquel entonces estaban ya en vigor.

Obviaré la narración de las peripecias (unas divertidas otras penosas) que jalonaron el camino de la Ley hasta su publicación pero hoy ya podemos decir que desde el mes de noviembre de 2006 existe en nuestra CCAA una Ley que regula la materia, complementada con un Reglamento de desarrollo y que está iniciando su implantación en las Islas.

La relación entre la mediación y los abogados no ha sido hasta hoy un matrimonio especialmente bien avenido y haciendo un

ejercicio de autocrítica diría que gran parte de la responsabilidad de las desavenencias debe imputarse prioritariamente a los Letrados, y a mi entender por varias razones:

- La primera de ellas, sencillamente porque "se teme aquello que se desconoce" y tal desconocimiento nos hace pretender que un letrado no necesita en absoluto un mediador, porque los letrados ya "median" en su trabajo, en una clara confusión entre lo que es negociar y lo que es mediar.

- La segunda razón, relacionada con la anterior, nace de la desconfianza del letrado, al entender que deja en manos de una persona que puede no ser jurista la "dirección" de la mediación y por tanto que los acuerdos a los que se lleguen no sean factibles en el mundo jurídico.

- La última razón es la percepción de que el mediador quitará una cuota importante de trabajo al abogado y por tanto supondrá un descenso en sus honorarios.

Dicho esto, quiero romper una lanza a favor de aquellos letrados cuyo trabajo de forma prioritaria, si no exclusiva, es el derecho de familia, y es así por cuanto, y ahora hablo ya a título personal, la mediación en el derecho de familia nos será de especial utilidad, y a título meramente enunciativo os diré:

- Nos permitirá recuperar nuestra función estrictamente de juristas, de técnicos que aplican el derecho.

En tanto en cuanto las parejas en crisis que acudan a nuestros despachos hayan asumido las riendas de su futuro, dejaremos de tomar decisiones sobre las vidas ajenas, y dejaremos de escuchar frases tales como *¿Tú que harías?, itiene que aconsejarme! ilo que tú digas estará bien!!!..., iyo me fío de tí, eres mi abogado y tienes que*

aconsejarme!!!, dejaremos de hacer ejercicios de futurología, ¿cuánto tendré que pagar si vamos a juicio? ¿desde qué edad el niño dormirá con su padre?, dejaremos de hacer una función de mero correveidile itienes que preguntar a qué hora me traerán al niño!, idile que le de la medicación!

En modo alguno –y repito que esta es una opinión personal-, nuestros honorarios tendrán que rebajarse por la existencia de un acuerdo de mediación, porque rara vez cobramos al cliente *las doscientas llamadas telefónicas que recibimos mientras dura el procedimiento para consultar, desde los horarios de entrega de los niños a qué hacer cuando vienen con piojos...*, en general minutamos nuestros honorarios en razón de la complejidad jurídica del asunto, la dificultad de la prueba, los intereses económicos en litigio etc. y, a mayor abundamiento, entiendo que el letrado debe colaborar con los clientes en su proceso de mediación, ya sea acudiendo a las sesiones de mediación cuando sea requerido por el mediador, bien porque el cliente vaya consultando los acuerdos de mediación a medida que vayan tomando forma.

Y lo más importante es que los abogados de familia, somos conscientes de que en muchísimos casos los problemas que plantean los clientes en el decurso de su proceso de crisis familiar, no tienen una solución exclusivamente judicial, de la que nosotros, los abogados, somos en ocasiones un mero vehículo de transmisión hasta llegar al día de la vista, en la que un Juez que el cliente cree omnisciente, decide en escaso tiempo y a la vista de documentos e informes más o menos numerosos, sobre la vida presente y futura de una familia que no conoce.

Muchos asuntos no se solucionarán nunca exclusivamente con un convenio regulador o con una sentencia en un proceso

contencioso, de hecho, ese es en muchos casos el inicio de un nuevo capítulo de la crisis matrimonial.

Los abogados de familia debemos ser conscientes de que una pareja en crisis no tiene única y exclusivamente un problema jurídico, de hecho en muchas ocasiones su problema es cualquier cosa menos jurídico, y nosotros con la estricta formación en derecho no tenemos los instrumentos necesarios para solucionar el problema, y prueba palpable de ello es sin lugar a dudas el ingente número de procedimientos de ejecución y de procedimientos de modificación de medidas instados incluso, a escasos meses de dictarse la Sentencia.

Al hilo de esta cuestión, un grupo de abogadas, francamente no muy numeroso, pero sí entusiasta, utilizamos la mediación especialmente en aquellos supuestos en que la cronificación del problema, la especial singularidad de las partes, el propio asunto en sí mismo etc. nos lo permite. Procesalmente la fórmula es tan sencilla y obvia como solicitar la suspensión del procedimiento "*por estar las partes en vías de llegar a un acuerdo*", incluso el mismo día de la vista.

La ventaja, y diré más, el requisito ineludible, es que ese grupo de compañeras confiamos en la profesional que la llevará a cabo, porque viene a ser algo así como nuestra psicóloga de cabecera.

Reconozco que es un proceso muy atípico, pero hay ocasiones en que es necesario recurrir a medidas "desesperadas", y digo atípico porque ha habido ocasiones, por ejemplo, en que la psicóloga inicialmente participa en el proceso como perito de parte y al llegar al acuerdo de someterse a mediación, renuncia a tal condición, con el riesgo que supone para una parte perder la pericial en caso de que la mediación no sea fructífera y para la otra parte la necesidad de superar la desconfianza que supone que el perito adverso sea el

mediador, en otras ocasiones y a partir de un régimen mínimo de visitas, se acuerda dejar en manos de la mediadora acordar el ritmo de dichas ampliaciones.

Soy consciente de que en algunos casos nos quedamos fuera de lo que es la mediación como tal, sin embargo debéis tener en cuenta que sencillamente os estoy explicando una forma de resolución pacífica de conflictos que en ocasiones funciona pero que no es extrapolable a otras ciudades, porque parte de la buena relación entre el mediador y las abogadas y porque hasta hace escasos meses no existía en Baleares ni la más mínima cobertura legal, ni un mínimo conocimiento de lo que es la mediación, y por tanto hemos denominado mediación a cualquier sistema no judicial de resolución de conflictos. Sin embargo ha funcionado y ha permitido a muchas parejas evitar conflictos sangrantes. Solo por eso merece mi apoyo.

Finalmente, quiero hacer referencia a que en Palma y a través de un Convenio de colaboración entre el ICAIB, y el Decano de los Jueces de Primera Instancia y con la colaboración entusiasta e imprescindible del titular del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma Don Joaquín Andrés Joven, iniciamos el pasado mes de junio un programa de mediación, que más que a imagen y semejanza, está directamente copiado del sistema que sigue la Magistrado Margarita Pérez-Salazar en su Juzgado de Pamplona, hasta el punto de que nos desplazamos hasta allí para asistir en directo a varias sesiones informativas en el propio Juzgado.

El sistema, para aquellos que no lo conozcan, consiste en que varias mediadoras (ahora son 5) acuden cada viernes al juzgado, y realizan una sesión informativa sobre lo que es la mediación, a una determinada pareja en litigio. Si acceden a intentarlo, ya en sus propios despachos o bien en la sede del ICAIB, llevan a cabo la mediación.

El Magistrado previamente ha escogido los asuntos susceptibles de mediación, y normalmente el momento procesal en que se derivan es el lapso de tiempo que va desde la contestación a la demanda o a la reconvencción y la fecha fijada para la vista oral. En la propia resolución que fija la fecha de la vista se les cita para la sesión informativa, de este modo los clientes saben que no van a perder un solo día pues su vista está señalada, y tienen la sensación de que pueden aprovechar el tiempo.

La participación de los abogados es libre, pueden o no acudir, sin embargo la idea es que o bien acudan ambos letrados o ninguno a efecto de que no haya un desequilibrio entre las partes y francamente, según opinión de las mediadoras, mejor que no acudan dado que aún en ese momento siguen con la idea de que cualquier paso debe ser aceptado y avalado por el letrado que las asiste.

Los resultados son los siguientes:

- ⇒ Fecha inicio 13 de junio de 2008.
- ⇒ Asuntos remitidos a mediación: 16.
- ⇒ Parejas que han aceptado: 8
- ⇒ Asuntos resueltos: (a fecha 9 de diciembre):
 - 3 totalmente solucionados.
 - 2 que han decidido suspender la vista y seguir en mediación.
 - 1 en mediación pero aún no ha llegado la fecha de la vista.
- ⇒ Asuntos que han ido a contencioso: 2

LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO, A DEBATE.

Raquel Castillejo Manzanares
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Santiago de Compostela

1. Marco actual de la mediación en España.

El proceso judicial hoy resulta insuficiente para resolver los conflictos que se presentan. El que las sociedades modernas hayan creído necesario acudir al mecanismo de la judicialización para la solución de todos los conflictos, cualquiera que sea el marco en el que se desarrollen, el tipo de bien jurídico lesionado, las personas intervinientes en el conflicto..., hace que el aumento progresivo del conflicto social, impida al proceso servir como mecanismo apto para la solución de conflictos.

De tal modo que se han convertido en inoperantes los cauces jurisdiccionales de solución de conflictos, pero no sólo por el aumento progresivo de los asuntos que de ellos requieren y que pretenden una solución rápida y eficaz a su problema, esto es, por el incremento notable de conflictos que hace incapaces a los órganos jurisdiccionales del Estado para abordarlos, asumirlos y resolverlos, sino también por la variable calidad en las resoluciones, debido a la diversa complejidad de las causas.

En efecto, los litigios ante los tribunales se han multiplicado, los procedimientos se alargan y con ello crecen los gastos inherentes a los mismos, así como la cantidad, la complejidad y el carácter técnico

de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia, sin olvidar el coste emocional que supone para las partes implicadas, el cual varía en función de si se trata de un asunto de carácter psicológico o de otra índole, así como de la duración del proceso, tiempo que incide en la inquietud de no ver solucionado su conflicto.

Así las cosas, si bien son muchas las razones que provocan esa crisis de la Administración de Justicia, la búsqueda de soluciones por parte de los operadores jurídicos es dispar, y sobre todo tendente a, por un lado, aumentar los medios materiales y personales de la Administración de Justicia, y por otro, hacer más prolija la legislativa procesal.

Pero resulta obvio que se hacen insuficientes estas vías de solución, por lo que es necesario ofrecer alternativas al proceso judicial, no ya para mejorar la respuesta de los tribunales en razón de una disminución del número de asuntos, sino esencialmente, porque muchas veces esos otros métodos permiten resolver los conflictos jurídicos de una manera más duradera y más satisfactoria para las partes. En efecto, cuando se habla de métodos alternativos de resolución de conflictos no se quiere indicar que vaya a despojarse a la solución tradicional de los conflictos jurídicos, en manos de los tribunales de justicia, de una parte sustancial de su trabajo, o que con los llamados ADR's (*Alternative Dispute Resolution*) se vaya a competir con la Justicia; ninguna de estas vías representan, al menos por el momento, amenaza alguna para el aparato de la Administración de Justicia, y en ningún caso puede considerarse que con su implantación y fomento vaya a disminuir significativamente la carga de trabajo de ésta.

La puesta en funcionamiento de las alternativas al proceso judicial pretende más modestamente proporcionar a los litigantes una

respuesta más eficaz en términos de tiempo de respuesta pero, sobre todo, una respuesta más satisfactoria superando el tradicional sistema confrontativo y autoritario en que se concreta el proceso ante los tribunales, en donde se parte de la presencia ante el juez de dos sujetos enfrentados con iguales armas y de un órgano investido de la autoridad del Estado que impone su propia decisión de la controversia que han de acatar los litigantes. Frente a este método de imposición de la solución por un tercero (heterocomposición) se han ido configurando otros mecanismos para resolver los conflictos por acuerdo de las propias partes (autocomposición), entre los que destaca por su mayor calidad la mediación.

En este marco, en los últimos tiempos, dentro del ámbito europeo continental, se ha manifestado con gran fuerza una tendencia en alza a favor de soluciones extrajudiciales a los conflictos jurídicos, como ya se ha venido ensayando con éxito desde hace bastantes años en los sistemas anglosajones, especialmente en EEUU.

Se trata de utilizar en ciertos casos mecanismos como la mediación o la conciliación como verdaderos sustitutivos de la vía judicial, esto es, acudiendo a ellos previamente a presentar el conflicto a los tribunales, bien con carácter de medios alternativos o complementarios a la jurisdicción.

La proliferación de estos medios en las distintas poblaciones ha dependido de su propia idiosincrasia, de la actitud de sus habitantes en la resolución de sus disputas, y es lo cierto que la cultura litigiosa y autoritaria ha estado muy presente en los sistemas del *civil law*, considerando que la intervención judicial era la mejor y más eficaz forma de solucionar las controversias.

A los mecanismos de solución de conflictos distintos al proceso judicial se les ha venido denominando, como antes se ha dicho, ADR, englobando a distintas vías o técnicas que, especialmente en la sociedad norteamericana desde el último cuarto del siglo XX, han venido siendo habitualmente utilizadas para resolver cuestiones que no eran presentadas ante los tribunales de justicia. Sin embargo, en estos últimos tiempos, la denominación ha cambiado sin modificar las siglas y se habla ahora con más propiedad de métodos de *Adequate Dispute Resolutions*, sustituyendo el término "alternativas", que introducía un cierto elemento de competencia con la jurisdicción, por "adecuadas" o "complementarias", en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado.

Estos mecanismos no sirven tan sólo como métodos alternativos frente a los procesos, sino complementarios o adecuados respecto de la actividad jurisdiccional, pues en la mayoría de los casos los métodos aplicados en las ADR se adaptan mejor al conflicto concreto que se las somete.

Es cierto que existen algunos conflictos sociales que, dada su extrema complejidad especialmente referida a las relaciones personales o sociales que subyacen, no resultan aptos para ser resueltos adecuada y eficazmente a través del clásico instrumento de resolución de conflictos, como es el proceso. Para ellos se requiere una específica metodología basada en el trabajo conjunto de diversas disciplinas, pues el tratamiento legal básicamente incide en una parte del problema, pero no en su totalidad.

Precisamente con el fin de dispensar un tratamiento integral del conflicto surge la mediación en el campo del Derecho, y se presenta como auxiliar de la justicia para intentar dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios en los que las partes implicadas

requieren mantener una relación posterior a la resolución del conflicto concreto, utilizando para ello una metodología de diálogo y entendimiento de la postura de la parte contraria.

Son enormemente importantes tanto desde el punto de vista individual como social los campos en que la mediación debe aplicarse. Tal vez uno de los ejemplos más señalados, y en donde se aprovecha la mediación es en los conflictos matrimoniales, pues evidentemente el proceso no es ni de lejos una solución apta, y resulta mucho más adecuado el uso de mecanismos que logren una solución pactada como salida del conflicto. Por eso la mediación en este tipo de crisis supone, por un lado, que los problemas familiares, en los que está presente la parte más íntima de la persona, se mantengan bajo el amparo de una estricta confidencialidad, pues en la mediación tanto la persona mediadora como las partes tienen el deber de mantener la confidencialidad sobre la información que en el curso de la mediación se hubiera vertido. De este modo, las partes podrán expresarse con libertad, favoreciendo así los pactos y, en definitiva, la solución al conflicto por acuerdo de las partes. Además, si las partes llegan a exteriorizar sus sentimientos, la fase previa de recogida de datos que todo mediador ha de efectuar, ayuda a las propias partes a clarificar cuestiones concernidas por la situación objetiva de crisis familiar.

Pero, por las mismas razones, se hace conveniente la implementación de la mediación en el campo del Derecho penal, no obviemos que el tratamiento del problema en el proceso judicial se centra, en el hecho enjuiciado obviando las circunstancias de los sujetos encausados, dejando, por tanto, de lado cuestiones tales como:

- La solución del conflicto entre las partes implicadas (víctima y victimario), para que la víctima logre asumir lo que le ha ocurrido, entenderlo, perder si no total sí al menos parte del miedo que se le

ha generado, y conseguir “curarse” (en casos penales), así como el victimario comprobar el daño causado con su conducta, asumir su responsabilidad, asimilar que necesita realizar un cambio de comportamiento, y quizás ayuda de profesionales para lograrlo.

- Cómo se siente la víctima, tanto antes, durante y después del suceso. Puesto que siendo la gran perjudicada del proceso, es la gran olvidada, siendo entonces lógico que guarde dentro de sí miedo, dudas, preguntas sin contestar, insatisfacción e ira, mucha ira.

A la persecución de ese fin, el tratamiento integral del conflicto, surge la mediación, como instrumento auxiliar de la justicia con una metodología adaptada a dar una mejor y más apta respuesta a determinados litigios en los que las partes implicadas requieren mantener una relación posterior a la resolución del conflicto entre ellas surgido.

152

Por lo tanto, sin obviar la vía jurisdiccional, que está clara y suficientemente garantizada y desarrollada en la Constitución, han de incorporarse a nuestra cultura y a nuestro sistema jurídico vías complementarias (previas, coetáneas o posteriores) o alternativas al proceso que ofrezcan a las partes otras posibilidades, evitando que, en todo caso, la única solución posible sea la Jurisdicción, la solución de los conflictos que resulta impuesta por los órganos jurisdiccionales.

2. Exigencias de la Unión Europea.

En España, en los últimos tiempos, se viene reconociendo a la mediación como una vía apta para la solución de conflictos, por la intervención normativa de varias Comunidades Autónomas para regular la mediación, eso sí, constreñida a la estricta esfera de las relaciones familiares.

Las leyes de las diferentes Comunidades Autónomas, tratando de dar cumplimiento a la Recomendación nº R(98) 1, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que postulaba este instrumento para facilitar la solución pacífica de las controversias familiares, han ido apareciendo en el panorama normativo español, imponiéndose con una enorme pujanza y vigor.

Con este objetivo nace la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña; la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar; la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; la Ley 4/2005, de 16 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar en Castilla-La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de Baleares; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar; y la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco.

Asimismo en varios países europeos la mediación se halla arraigada y extendida en diversos ámbitos para resolver conflictos netamente jurídicos, como sucede en Francia, Alemania, Portugal, Austria o Bélgica y, desde luego, en Inglaterra, País de Gales y Escocia.

En los países anglosajones la negociación y la resolución por acuerdo entre las partes forman parte de su cultura jurídica, y tal vez por eso existen más formas de resolución alternativa que en los países del Continente; así, además del conocido trío tradicional, compuesto por el arbitraje, la mediación y la conciliación, funcionan otras formas de resolución como la evaluación imparcial, la encuesta

neutra, la determinación por un experto y la mediación-arbitraje (Med-arb), para los casos en los que se prevea que, ante el fracaso de la mediación, las partes pueden someterse a arbitraje.

A la vista de la experiencia de estos países, cabe plantearnos la necesidad de una ley de mediación estatal de ámbito de actuación más extenso que el previsto por las Comunidades Autónomas. A este respecto son varios los factores que inciden en la necesidad de que el Estado Español lleve a cabo la redacción de una nueva Ley de Mediación de ámbito más amplio al actualmente existente en las Comunidades Autónomas en las que, en la actualidad, existe restringido al marco familiar. Así bien, cabe destacar que:

- Los países de nuestro entorno llevan años desarrollando normativas específicas en búsqueda de soluciones a la actual crisis de los sistemas judiciales(e-justice, ADR, ODR)

154

- La aceptación creciente en algunas Comunidades, como Cataluña o Madrid, por parte de los ciudadanos de nuevos servicios públicos y privados de gestión y resolución de conflictos.

- La demanda social creciente de vías alternativas en determinados sectores profesionales, mercantiles e Instituciones.

- La opción europea por la implementación de medios alternativos a la controversia judicial, en la línea de los países con tradición del Common Law:

- La reciente Directiva Europea sobre ADR en el ámbito civil y comercial, Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

- La Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, sobre la implantación de la mediación en la vía penal.

- Las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa a los Estados Miembros en los ámbitos del Derecho de familia (R1/1998) y del Derecho penal (R19/1999)

Es fundamental en lo que respecta a la necesidad de legislar sobre la mediación, las exigencias actuales de la Unión Europea. En efecto, desde hace algunos años se asiste en los Estados miembros de la Unión Europea al desarrollo de las modalidades llamadas alternativas de solución o de resolución de conflictos. Las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales suscitaron un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro. A escala comunitaria, se han desplegado esfuerzos considerables para acompañar su desarrollo, especialmente en el ámbito de la sociedad de la información, con miras a incrementar la confianza del consumidor y de la pequeña y mediana empresa en el comercio electrónico.

En este contexto, la Unión Europea incluye entre sus intereses fomentar el acceso a los métodos alternativos de resolución de conflictos, lo cual es patente en su normativa concreta sobre mediación y conciliación. La política que impulsa el acceso a los medios alternativos de resolución de conflictos se inscribe en el marco de facilitar a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia, y más concretamente, el derecho de acceso a la justicia, promoviendo la resolución satisfactoria de los conflictos, por una parte, y por otra, estableciendo unas vías de resolución que impidan el colapso de la jurisdicción, garantizando el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, aunque también, ya en materia penal, y desde el punto de vista de la protección a las víctimas, se impulsa la

mediación como medio de reparación de los daños producidos. En este sentido el compromiso de los Estados miembros en el Consejo de Tampere de octubre de 1999 a establecer procedimientos de sustitución extrajudicial no se limita al ámbito civil, si bien a nivel internacional, los derechos de las víctimas ya fueron objeto de una Declaración de la ONU, el 29 de noviembre de 1985, así como de numerosas recomendaciones del Consejo de Europa [R (85), R (87) 21, R (99)19].

El fortalecimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos supone para el ciudadano una oportunidad de defender sus derechos, de evitar una larga espera para la resolución de los conflictos y, en la mayoría de los casos, una disminución de los gastos asociados al conflicto y su resolución. En esta línea facilitadora del acceso a la justicia, en la propia Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios se estableció en el artículo 10 que *“El beneficio de justicia gratuita también cubrirá los procedimientos extrajudiciales, con arreglo a las condiciones estipuladas en la presente Directiva, cuando la ley los imponga a las partes, o cuando el juez remita a las partes en el litigio a dichos procedimientos”*.

Asimismo la Directiva europea sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 23 de abril de 2008, prevé que sea aplicable la mediación a los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No aplicándose, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana.

Esta Directiva, ya ha sido objeto de transposición en España, a través del Proyecto de Ley de mediación en el ámbito de Derecho Privado de la Comunidad Catalana (BOPC 16 de junio de 2008), en el que se prevé que el ámbito de la mediación en el derecho privado sea a:

- Conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones

- Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de la propiedad horizontal y de las urbanizaciones, es decir, conflictos entre vecinos de una misma comunidad de propietarios o vecinos de una urbanización

- Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, por evitar litigios ante los juzgados

- En conflictos derivados de una interpretación diferente de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña.

- También se incorporan nuevos campos de actuación de la mediación familiar:

- Los relativos a la comunicación y a la relación entre progenitores y descendientes, abuelos y nietos y otras personas próximas al ámbito familiar

- Situaciones de conflicto que puedan surgir entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptadores

- Conflictos familiares entre personas de nacionalidades diferentes o de la misma nacionalidad, pero diferentes de la española y residentes al Estado español

- Las cuestiones derivadas de la sucesión de una persona, incluidos los conflictos entre los posibles herederos
- Los aspectos estrictamente convivenciales en los acogimientos de las personas mayores y las posibles controversias que pueda generar la elección de su tutor o el régimen de visitas de personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas de la tutela
- Los conflictos de relación entre personas surgidos en el seno de la empresa familiar

3. Asunción por las Comunidades Autónomas de la labor legislativa en mediación.

3.1. Competencia de las Comunidades Autónomas en legislación civil.

Mientras el legislador Español no asuma que la mediación es un campo que ha de ser objeto de una normativa específica y amplia, las distintas Comunidades Autónomas pueden hacerlo, a modo de cómo lo está haciendo Cataluña, ampliando el marco estricto de la mediación familiar.

De hecho, aunque bajo el régimen político anterior a la Constitución de 1978 prácticamente la única manifestación de los Derechos forales tradicionales eran las Compilaciones las cuales eran, además, leyes estatales pues las regiones carecían de cualquier posibilidad de crear normas legales propias. El reconocimiento constitucional de la competencia legislativa a las Comunidades Autónomas dentro del marco competencial reconocido por la Constitución y por los Estatutos ha dado un giro radical a aquel punto de partida. Hoy en día, cada una de estas Comunidades Autónomas es el centro de imputación y de creación de un ordenamiento jurídico propio que "*allí donde exista*", tiene también su parcela civil derivada

del ejercicio de sus competencias reconocidas a esta Comunidad por el artículo 149.1.8ª CE.

Así bien, la Constitución Española de 1978 ha conformado al español como un Estado plurilegislativo que también se proyecta en el ámbito del Derecho civil. Aunque ello es consecuencia directa del reconocimiento del principio de autonomía de las nacionalidades y regiones.

Al reconocer dicho derecho la CE conforma un Estado plural en el que el poder político es compartido por el Estado y las Comunidades Autónomas. Con ello se hace referencia a la potestad de dotarse a sí mismas de un ordenamiento jurídico propio, es decir, se vuelve al Estado plurilegislativo de la Constitución republicana que, dejaba abierta la posibilidad de un reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas lo que, al menos para algunas, tenía importantes repercusiones en la materia civil.

A este respecto se pronuncia el Tribunal Constitucional en varias sentencias, como la 236/2000, de 16 de octubre, que reafirma la garantía constitucional de diversidad legislativa en materia civil entre los diferentes territorios con competencias en la materia; la 47/2004, de 29 de marzo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de Galicia 11/1993, de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil gallego y que tiene importancia en materia de fuentes; y la 157/2004, de 23 de septiembre, sobre el alcance de la supletoriedad del derecho estatal. Y ya con posterioridad al proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía, en espera de la decisión referente al Estatuto de Cataluña, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón frente al art. 20 del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, califica nuestro ordenamiento como de estructura

compuesta y recuerda que nunca ha sido uniforme en el ámbito del derecho privado, y ahora resueltamente no lo es en ningún ámbito.

Pues bien, en el ámbito de la legislación civil en sentido estricto, el marco constitucional en que se desenvuelve la actividad legislativa de las CCAA es, en efecto, el constituido por el artículo 149.1.8ª CE, que declara la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, pero a la vez reconoce que aquélla se ejercerá "... *sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*", añadiéndose a continuación que corresponderán al Estado "*en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respecto en este último caso a las normas de derecho foral o especial*", declaraciones que, según demuestra el curso de los acontecimientos, no sólo significan el reconocimiento constitucional de la pluralidad legislativa en el ámbito civil, sino también la definitiva puesta en cuestión del carácter de Derecho Común del Código y del resto de la legislación estatal en materia civil, en el sentido de ser aplicables a todo el territorio del Estado.

3.2. La mediación como mecanismo de solución de conflictos civiles.

En este marco, no cabe que el instituto de la mediación en la Comunidad Autónoma abarque las materias, que al margen de su calificación o no como materias propias del Derecho civil, quedarían fuera del título competencial "*legislación civil*" por haber sido reservadas al Estado con arreglo a otros títulos competenciales más

específicos, así la nacionalidad –art. 149.1.2ª CE-, la legislación mercantil –art. 149.1.6ª CE, la legislación laboral –art. 149.1.7ª CE, la propiedad intelectual –art. 149.1.9ª CE, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas –art. 149.1.18ª CE-, la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos –art. 149.1.22ª CE-, la legislación básica sobre protección de medio ambiente y legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuniarias –art. 149.1.23ª CE-

Sí cabría prever la institución de la mediación para la pacífica solución de conflictos de las materias que, conforme a los artículos 148 y 149 CE, pueden ser propias de la competencia de las Comunidades Autónomas, tales como “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda –art. 148.1.3ª CE, agricultura y ganadería –art. 148.1.7ª CE-, caza y pesca –art. 148.1.11ª CE, etc., .

161

El segundo mandato que se infiere de la Constitución es el que reserva al Estado “*en todo caso*” la competencia exclusiva para legislar sobre la lista de materias que mencionan en el último inciso del artículo 149.1.8ª CE “*las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*”.

La voluntad inequívoca del constituyente ha sido limitar, en las materias que expresamente se reservan a la competencia estatal, la competencia legislativa que las Comunidades Autónomas pueden asumir en el ámbito de su Derecho civil propio con arreglo al primer

inciso del art. 149.1.8ª CE. Es decir, que lo que se ha querido establecer es que ninguna Comunidad Autónoma con competencias legislativas para la "conservación, modificación y desarrollo" de su Derecho Civil propio, al ejercer dichas competencias, pueda establecer regulaciones que afecten o modifiquen las normas que, sobre las materias enumeradas en el inciso segundo del art. 149.1.8ª CE, haya dictado el Estado. Se trata, en suma, de un elenco de materias inaccesible para las Comunidades Autónomas con las que se procura asegurar una regulación unitaria y uniforme en todo el territorio del Estado.

4. La asistencia social: un campo de la mediación.

Que la Comunidad Autónoma tenga competencias en materia de legislación civil, que permitan a aquélla regular la mediación fuera del estricto ámbito de la familia, haciéndose así extensiva a conflictos que se produzcan en el marco de lo regulado en el ordenamiento civil, no obvia a que la mediación en sí es una institución que sirve a la Comunidad para llevar a cabo una competencia que le está atribuida de manera exclusiva: la "*asistencia social*". Pues bien, la elaboración de una norma sobre mediación, ley que elabora al amparo del título competencial que tienen todas y cada una de las Comunidades Autónomas sobre asistencia social, permite al legislador incluir en la ley normas que incida en la regulación de materias o instituciones estrictamente civiles sin afectar, con ello, el ámbito de la legislación civil como título competencial exclusivo del Estado. Recordemos como el Tribunal Constitucional en sentencia de 37/1987 de 26 de marzo, afirmó que la regulación de la propiedad privada se contiene en normas que exceden de lo que tradicionalmente han sido consideradas leyes civiles, habiendo tenido esta doctrina su continuidad en las sentencias del mismo órgano constitucional que

resuelven los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la ley de aguas /1985, la ley de Constas/1988. De acuerdo con esta doctrina, el hecho de que estatutariamente el legislador gallego haya asumido competencias legislativas exclusivas en materia de carreteras no incorporadas a la red del Estado y cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la CA, le habilitaría competencialmente para promulgar preceptos como los contenidos en los artículos 29 a 42 de la ley 4/1994, Parlamento de Galicia, 14 de septiembre, de Carreteras de Galicia, en los que bajo la significativa rúbrica de limitaciones de la propiedad, se prevén límites efectivos a la propiedad privada establecidos en interés público

Por otro lado, es el mismo legislador estatal quien asume la mediación en consumo como competencia de las Comunidades Autónomas, así en la Exposición de Motivos del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo se dice que “Con este objetivo, se resuelven en este real decreto cuestiones que, ante la falta de regulación expresa, habían sido objeto de controversias en las Juntas Arbitrales de Consejo, llevando a pronunciamientos dispares y a la disgregación del sistema. Se aclaran, en consecuencia, cuestiones tales como las materias que pueden ser objeto de arbitraje de consumo, la regulación aplicable a la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo y a los órganos a los que se encomienda la resolución del conflicto, la admisibilidad de la reconvencción en el arbitraje de consumo y el papel de la mediación en el procedimiento arbitral, *absteniéndose de regular este instituto de resolución de conflictos por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia*”.

El legislador estatal en el citado Real Decreto se refiere a la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, y como tal entiende que la competencia es de las Comunidades Autónomas, y

ello porque el único mecanismo de resolución de conflictos que es competencia exclusiva del Estado es el proceso, debiendo las normas procesales emanar de forma exclusiva del Estado. Por tanto, si no se prevé de forma expresa en el texto constitucional que consumo sea una de las materias de competencia de las Comunidades, y no es ésta, ni la regulación de los mecanismos de resolución de conflictos extraprocesales competencia exclusiva del Estado, no cabe sino concluir en la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre la mediación en el ámbito del derecho privado.

Así bien, no queda sino hacer extensiva la afirmación del legislador español a la mediación en otros ámbitos que son, junto a consumo, los más propicios para el desarrollo de estas vías alternativas. Recordemos a este respecto que el Libro Verde de la Comisión sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002, trata de la mediación en el ámbito del derecho civil y mercantil, incluidos el derecho laboral y el relacionado con el consumidor, que son según el mismo *“los ámbitos más propicios para el desarrollo de estas vías alternativas”*.

5. A modo de conclusión.

Hasta ahora en el Estado Español únicamente a través del proceso judicial se han podido resolver los conflictos, y aquél es de competencia exclusiva del Estado, siendo del Ministerio de Justicia de donde emanan las normas procesales. Pero en la actualidad, dicho proceso se revela insuficiente para la resolución de conflictos que se presentan, y se hace necesario acudir a otros mecanismos alternativos al proceso que sirvan para la solución de los conflictos jurídicos.

En efecto, el aún mayoritario monopolio de la Jurisdicción y el Poder Judicial para el enjuiciamiento y fallo de los conflictos deviene del paso de la sociedad primitiva, en la que predominaba la autodefensa del interés o la autocomposición del conflicto, a la sociedad configurada como Estado, en la que este último asume la resolución del litigio como potestad exclusiva (art. 117.3 CE).

Tradicionalmente, el ordenamiento se sirve para obtener su realización de una "tutela jurídica" y de una "tutela jurisdiccional". La tutela jurídica tiene referido su ámbito al Derecho, como conjunto de deberes, poderes, derechos subjetivos e intereses, mientras que el ámbito de la "tutela jurisdiccional" es menos extenso, puesto que con ella se hace esencialmente referencia a la potestad y función del Estado dirigida a actuar de modo imperativo y coactivo el mandato jurídico de la norma, cuando concurren determinados presupuestos y condiciones y a través del instrumento que para ello el ordenamiento establece: el proceso. De lo dicho se desprende que las normas jurídicas existen y despliegan su eficacia dentro del proceso, pero también más allá del mismo, con lo cual debemos afirmar que la tutela jurisdiccional es un modo de actuar la tutela jurídica.

Pero sólo es un modo, hay otros que sirven también para actuar la tutela jurídica, pues junto a los modelos en los que existe una posición protagonista de los órganos del Estado en la resolución de los conflictos, tiene perfecta cabida en el Estado de Derecho un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado. Esto no deslegitima en absoluto la función del Estado, y en concreto del Poder Judicial, para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano. En este sistema se encuadra la mediación.

Pues bien, así las cosas, es precisamente el orden jurisdiccional civil en el que mayores posibilidades existen de alcanzar la tutela efectiva a través de otros mecanismos distintos del Poder Judicial, como es la mediación, y ello por cuanto la aplicación del derecho privado en el proceso civil va a implicar que en la base del mismo se halle el principio de autonomía de la voluntad y, con él, la disponibilidad del objeto del proceso, que, de alguna manera, genera esa posibilidad de decidir si se prefiere acudir a la vía judicial reclamando de los órganos jurisdiccionales del Estado el ejercicio de la función jurisdiccional o, por el contrario, si se prefiere, obtener la tutela efectiva por cualquiera de los otros medios que permite el derecho.

LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS TRANSFRONTERIZOS DE SUSTRACCIÓN DE MENORES.

Mercedes Caso Señal
*Magistrada y profesora de la Escuela Judicial del Consejo
General del Poder Judicial*

1. La sustracción internacional de menores. La indispensable prevención de su aparición.

La lucha contra cualquier situación que produzca un perjuicio en la sociedad pasa necesariamente por establecer mecanismos que prevengan su aparición desde una doble respectiva; la institucional y que comprende las acciones que deben tomar los diferentes Estados, y la particular que incide en medidas concretas que pueden adoptar las personas que se encuentran ante una posible sustracción internacional de menores.

167

1.1. La Prevención Institucional: el marco legal.

La lucha contra la sustracción internacional de menores, en la medida que introduce criterios transfronterizos, exige una acción de cooperación y colaboración entre Estados. Un problema de esta naturaleza debe abordarse desde una perspectiva global tratando de abarcar el mayor espacio posible. No estamos ante un fenómeno estrictamente continental sino ante un fenómeno mundial.

Por ello, la primera medida preventiva es la promoción, firma, ratificación, aprobación, aceptación y adhesión, según el caso, de los convenios internacionales en esta materia.

El Convenio nº XVIII de la Conferencia de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 25 de Octubre de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores adoptada en Montevideo, Uruguay, el 15 de Julio de 1989 y adoptada por la cuarta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado con entrada en vigor el 4 de Noviembre de 1994 constituyen instrumentos clave.

En la medida que los países se comprometen a cumplir estos instrumentos internacionales dan a los ciudadanos un mensaje claro: los Estados adoptan un papel activo en la lucha contra la sustracción internacional de menores y se comprometen a cumplir tales convenios favoreciendo la rápida restitución del menor al país de residencia anterior a la sustracción. Los convenios por tanto no sólo tienen una finalidad reguladora de la crisis o reparadora de las consecuencias sino también cumplen un objetivo claramente disuasorio para aquellos que valoran, en un momento dado, la retención o el traslado ilícito del menor.

1.2. Las medidas concretas de mejora más allá de los convenios.

Una vez ratificado el convenio en cuestión o asumida la normativa como directamente aplicable –Reglamento de Bruselas II bis-, el segundo paso imprescindible es implementar toda la estructura necesaria para dar cumplimiento a las previsiones del marco legal, mejorando la respuesta práctica a cada situación concreta.

Hemos visto que el entramado normativo es, incluso para los operadores jurídicos, complejo de comprender y difícil de aplicar.

Es especialmente destacable en esta labor de prevención el papel que está jugando el Programa Interamericano de Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de los padres elaborado por el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y los Adolescentes, organismo especializado de la OEA. En sus diferentes resoluciones destacan como medidas indispensables a tomar para lograr la efectiva prevención:

1- Designar autoridades centrales; las autoridades centrales son un elemento clave de los sistemas que se diseñen al objeto de garantizar la restitución de los menores sustraídos o ilícitamente retenidos, siempre que tengan funciones claramente definidas y recursos suficientes para su desempeño, especialmente, personal técnico idóneo.

2- Impulsar que las legislaciones nacionales integren aspectos prácticos y operativos de las convenciones. A tal efecto, se estima de gran importancia poder llegar a una ley modelo que puede tener en cuenta tanto la ley orgánica 1/96 de España como el auto acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya relativo a los efectos civiles del secuestro internacional de menores de Chile publicado en el Diario oficial de 3 de Noviembre de 1998.

3- Revisar las legislaciones internas en materia de expedición de pasaportes: Así, por ejemplo en España, uno de los dos progenitores, sin la intervención del otro puede obtener el pasaporte independiente del menor. Propugnar la concurrencia del consentimiento de ambos en todos los casos puede dar lugar a situaciones de inmovilización del menor- así por ejemplo, cuando uno

de los progenitores no ejerce de hecho su potestad y se encuentra en paradero desconocido- Sin embargo las autoridades competentes en la expedición de pasaportes deben poder contar con los mecanismos técnicos suficientes para garantizar que, de existir una resolución que impone el doble consentimiento, se cumpla efectivamente.

4- Reforzar el control fronterizo respecto de la salida de menores de edad. En el espacio europeo, Shengen, garantiza la libertad de movimientos pero también el control fuera del mismo.

5- Mejorar los sistemas de localización de menores por medio de sistemas policiales, alertas migratorias, divulgación en medios de comunicación...

6- Promover, dentro de la órbita judicial, la especialización de la jurisdicción de familia radicando allí los supuestos de sustracción de menores. En España, sólo en las más importantes ciudades, existen Juzgados de Familia. Pero en poblaciones de menor densidad, la competencia para los temas de familia, reside en el Juez de Primera Instancia, o en el Juez que aborda tanto asuntos civiles como penales. Si seguimos como norma competencial para conocer de los supuestos de restitución de menores, el lugar de residencia del menor, nos encontramos ante una desconcentración absoluta. La complejidad del tema hace adecuado potenciar normas competenciales que sitúen el conocimiento de estos asuntos en los órganos especializados. Y aún podemos dar un paso más; dentro de los órganos de familia, residenciar los supuestos de sustracción de menores en órganos concretos. De esta forma podría garantizarse una formación específica y menor diversidad de criterios. De igual forma, esta necesidad de concentrar la competencia en órganos concretos y especializados debería aplicarse también a la segunda instancia. En España, es la Audiencia Provincial la competente para conocer de los recursos de apelación contra las resoluciones del Juez

de Primera Instancia, pero aunque en la mayoría de provincias se concentra la materia de familia a una concreta sección, en el caso que conozcan varias secciones los asuntos de familia, no existe norma de competencia que atribuya el conocimiento a una concreta.

7- Fomentar la formación especializada a todas las autoridades intervinientes: jueces, fiscales, letrados, autoridades centrales, funcionarios...

8- Fomentar la máxima concreción en las resoluciones judiciales en los supuestos de diferencias conceptuales. Aunque los convenios internacionales diseñan un marco común, la concreción de los efectos exige acudir a normas de derecho interno. En ocasiones, algunas instituciones tienen diferente significado en las distintas legislaciones internas. Así, por ejemplo, el Reglamento de Bruselas 2210/2003 emplea el término "responsabilidad parental" que es más amplio que el tradicional de "patria potestad" que sigue apareciendo en la legislación española. Es más amplio porque abarca situaciones no solamente de custodia y visitas sino incluso de guarda o protección de menores por una familia de acogida o institución legal siendo posible que la detenten tanto personas físicas como jurídicas. En este sentido el artº 2 del Reglamento indica que por "responsabilidad parental" se entienden todos los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos en relación con la persona o los bienes de un menor. Otra diferencia esencial es que en el Reglamento, los derechos de custodia definidos en el artº 9 comprenden tanto los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona del menor como el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. En el panorama español, aún tras la reforma operada por la ley 15/2005 de 8 de Julio, el derecho de custodia no tiene el mismo contenido que el definido en el Reglamento. En España, la decisión de

traslado del menor a un país distinto debe ser tomada por los titulares de la patria potestad y no puede recaer exclusivamente en el titular de la custodia. En caso de plantearse esta posibilidad y no hallarse conforme, los progenitores deben instar un procedimiento sencillo denominado "expediente/controversia en el ejercicio de la patria potestad" que se decide en instancia única. Teniendo en consideración que las resoluciones españolas son susceptibles de ser ejecutadas fuera de nuestro territorio, resulta imprescindible hacer constar específicamente en la resolución judicial si esta facultad corresponde a uno o ambos titulares de la patria potestad.

9- Reforzar el carácter inmediatamente ejecutivo de las resoluciones de restitución. El Reglamento 2201/03 no lo especifica aunque sí concreta que todo el procedimiento ha de durar 6 semanas. Conseguir cumplir este breve plazo exige adoptar alguna de las siguientes medidas por la distintas legislaciones nacionales:

172

a) que se excluya la posibilidad de recurrir contra la resolución que implique la restitución del menor

b) que se permita el recurso pero estipulando que una resolución de restitución tiene fuerza ejecutiva en tanto se sustancia el recurso

c) que se permita el recurso con suspensión de la ejecución de la resolución de restitución pero con aplicación efectiva y estricta del plazo de seis semanas

10- Reforzar la primacía de los Tratados Internacionales sobre la legislación interna al objeto de anular la posible tentación a las medidas de protección previstas en la normativa estatal

11- En el caso de dictarse medidas cautelares por parte de un órgano de un Estado en relación a un conflicto familiar – artº 20 del Reglamento- que está siendo conocido por otro órgano de otro

Estado, debería remitírsele por el medio más rápido a éste último copia de la resolución y fijando un plazo de vigencia de las medidas cautelares muy breves. El recurso a medidas cautelares tipo artº 158 CC debe estar estrictamente dirigido a garantizar el cumplimiento del procedimiento que permita dictar o no una orden de restitución y no a solventar la cuestión de fondo.

12- Fomentar el contacto directo y a través de autoridades centrales entre los órganos jurisdiccionales implicados en la decisión de restitución o no del menor. En este sentido son esenciales:

a) Las redes de cooperación internacional y las redes de información. En el ámbito de la sustracción internacional de menores el artº 55 del Reglamento europeo hace específica referencia a su necesidad. Estas redes, por supuesto, no pueden ser estáticas, sino que deben ser objeto de revisión de forma continua.

b) Potenciar la figura de *los jueces de enlace* cuyas funciones serían:

-asesorar a sus colegas sobre el convenio en general y su aplicación

-contestar a jueces extranjeros y autoridades centrales respecto de cuestiones generales sobre la legislación y procedimiento en materia de sustracción

-representar a su jurisdicción en conferencias internacionales

-recibir y canalizar todas las comunicaciones judiciales internacionales entrantes e iniciar o facilitar las correspondientes comunicaciones judiciales salientes y en definitiva promover en términos generales la colaboración en el ámbito del derecho de familia

13- Desarrollar instituciones profesionalizadas en estos temas a todos los niveles. Por ejemplo la Fundación Rachel en EEUU destinada a la reintegración familiar en USA que elabora programas de reintegración familiar y soporte de alojamiento para padres y menores cuyos lazos familiares han sido dañados o rotos en casos de sustracción internacional de menores o de síndrome de alienación parental (SAP). Cuentan con programas tanto de intervención como de prevención.

14- Implementar programas educacionales que conciencien a las personas de las consecuencias de la Sustracción Internacional de Menores y del Síndrome de Alienación Parental. Es importante brindar a los niños y padres que han sido víctimas de la sustracción internacional programas para la restauración de su vínculo y la recuperación de su propia identidad.

15- Crear una conciencia pública en la ciudadanía de las consecuencias de la sustracción internacional de menores por uno de sus padres y ello tanto a través de páginas web oficiales que brinden información sobre el tema, como dando cursos, seminarios, charlas como también la difusión gráfica mediante folletos informativos, trípticos....

16- Garantizar la neutralidad informativa al producirse uno de estos supuestos. En el ámbito de la justicia en España, la presencia de los gabinetes de prensa de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia han ayudado a afrontar la presión mediática en este tipo de supuestos.

1.3. La prevención particular.

En ocasiones también los ciudadanos pueden tomar medidas concretas y sencillas que pueden evitar las peores consecuencias de una sustracción internacional de menores.

En mi experiencia profesional recuerdo perfectamente un caso: María era una profesora de Barcelona que conoció a Osman, un estudiante de medicina de origen sirio. Iniciaron una relación que fue consolidándose hasta que decidieron contraer matrimonio. Ella viajó a Damasco para conocer a la familia de Osman donde fue acogida con naturalidad. Fijaron su residencia en Barcelona y al poco tiempo, tuvieron a su primer hijo. Dos años después nació el segundo. Osman abandonó sus estudios pero regentaba un pequeño negocio. Los problemas empezaron a surgir cuando él perdió su empleo. Como en tantas otras parejas, la situación devino insostenible hasta que decidieron poner fin a su matrimonio. El procedimiento fue sencillo; una abogada amiga de María redactó un convenio sin ninguna complicación; la guarda de los dos menores quedaba para la madre estableciéndose un régimen de visitas de fines de semana alternos para el padre quien debía pasar una pensión modesta en concepto de alimentos. El juzgado dictó sentencia homologando el convenio.

Sin embargo, en la medida que la situación económica del padre empeoró, los menores, al regresar de las estancias con su padre durante los fines de semana, empezaron a traer el relato de que el padre estaba planteándose volver a Damasco. Como Osman llevaba mucho tiempo viviendo en España y siempre había sostenido que la vida de su familia en Damasco era muy precaria, María pensó que era una mera fantasía que les contaba a los menores. Los pagos de la pensión eran cada vez más esporádicos y la situación de María iba también empeorando. La primera vez que María se asustó fue cuando, al reclamarle las deudas un domingo por la tarde al retornar a los menores; Osman se enfureció y le espetó "que un día se llevaría a los niños y no les vería más". Esa misma semana pidió hablar con la abogada quien le aconsejó plantear la adopción de medidas cautelares en el Juzgado prohibiendo la salida de los menores al

extranjero y ordenando la retención de sus pasaportes o la prohibición de expedición de los mismos. Convencida que esta medida enfurecería aún más al padre de los menores, María pensó que debía esperar y no mal interpretar una manifestación fruto del nerviosismo. Sin embargo, se equivocó completamente en su interpretación. En el período vacacional de Pascua, el padre se llevó a los menores. Previamente había acudido con los niños a una Comisaría con sus certificados de nacimiento y había obtenido- como progenitor- dos pasaportes individuales. Esa misma tarde salía por la frontera terrestre hacia Francia y desde el país vecino a Israel para saltar a Damasco.

Al no regresar los menores del periodo vacacional, todas las alarmas se dispararon. Aunque María y la abogada acudieron veloces a la Comisaría ya no se pudo hacer nada. No existía ninguna orden judicial de prohibición de salida, ni de atribución exclusiva de guarda. Los menores salieron del espacio Shengen sin problemas.

Estos hechos ocurrieron hace 12 años y María no ha podido reencontrarse con sus hijos. Es evidente que si Siria fuera firmante de los convenios internacionales o de algún convenio bilateral la situación sería distinta. Pero debe tenerse en cuenta que este marco no siempre se produce, y menos con países del área musulmana. En tales supuestos, un exceso de celo y la rapidez en la reacción tanto por los implicados como por sus defensas técnicas y por las autoridades judiciales, son determinantes para evitar la sustracción.

Una organización como REUNITE en el Reino Unido da pautas muy claras ante la sospecha o posibilidad de sufrir una sustracción internacional de menores. Así, aconseja elaborar una completa descripción por cada menor que esté en situación de ser víctima de sustracción en la forma que se presenta en la tabla 1.

Asimismo deben tenerse dos fotografías actualizadas de cada menor en tamaño pasaporte con el nombre y fecha de nacimiento suscritos detrás así como la fecha en la que las fotografías fueron tomadas.

También es preciso obtener:

- una copia del certificado de nacimiento de cada menor
- una copia de la resolución judicial que incida sobre el menor (sentencia de divorcio, resolución de ejecución, orden de protección....)
- muestras de cabello del menor, colocándolas en una bolsa de plástico cerrada añadiendo una etiqueta con el nombre del menor, su fecha de nacimiento, sus características étnicas y la fecha en la que ha sido extraída la muestra. La realización de un análisis de ADN completa plenamente las medidas de garantía.

Tabla 1. Datos de los menores.

Nombre	
Apellidos	
Género	
Fecha de nacimiento	
Lugar de Nacimiento	
Nacionalidad	
Dirección	
Código Postal	
Teléfono	
Apariencia étnica	
Peso	
Altura	
Color ojos/Usa gafas	
Color pelo	
Marcas, señales, tatuajes	
Grupo sanguíneo	
Medicamentos que puede precisar	
Nº de pasaporte	
Lugar y fecha de expedición	
Cualquier otro detalle	

Sin embargo es importante elaborar una lista como la antes señalada respecto del progenitor posiblemente implicado en el secuestro añadiendo cuantos datos se posean sobre los países posibles de traslado: parientes, amigos, trabajos, posesiones, vehículos....

Los primeros momentos son esenciales para conseguir localizar al menor. Aun en países firmantes de convenios internacionales, uno de los principales problemas reside precisamente en la localización del menor.

Una situación jurídica clara también permite actuar rápidamente. Por ello, ante supuestos de ruptura o de inminencia de ruptura entre los progenitores, es siempre aconsejable interesar una resolución judicial que pueda preveer una situación de esta naturaleza.

En España, la LO 9/2002 adicionó un párrafo nuevo en la medida 1ª del artº 103 del CC con la siguiente redacción:

"Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor"

Introdujo también en el art. 158 del CC el párrafo 3 – pasando a ser 4º el anterior 3º- que tiene el mismo tenor al decir: *"Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores*

por alguno de los progenitores o por terceras personas, y en particular, las siguientes: a) prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa b) prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido, y c) sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor”

Es importante destacar que el Juez de Instrucción y/o el Juez de Violencia sobre la Mujer puede también dictar estas medidas en cualquier momento, pero especialmente tanto en la orden de protección – artº 544 ter Lecrim.- como al dictarse un auto de alejamiento *in audita* parte al no poderse llevar a cabo la comparecencia de la orden de protección- artº 544 bis Lecrim.

En todos estos casos el problema es el de la ponderación. Todas estas medidas constituyen claramente una limitación en el derecho de los menores, no sólo en su derecho a la libertad deambulatoria –que la CE garantiza tanto a los españoles como a los extranjeros en su artº 13,12- sino también en el derecho a mantener relaciones con su familia extensa. Aunque el artº 103 sujeta la adopción a la existencia de un riesgo, lo cierto es que el artº 158 lo justifica sobre el mero fundamento de “evitarle un perjuicio o apartarle de un peligro”. El caso se plantea cuando esta petición aparece de forma automática o sin justificar. En muchas ocasiones la existencia de riesgo se funda exclusivamente en la existencia de este elemento de extranjería y en la mención a alusiones durante el proceso de ruptura al retorno al país de origen con el menor. No cabe dar respuestas generales pero lo cierto es que en la práctica habitual de los juzgados, de no existir otros elementos probatorios, suelen adoptarse las prohibiciones, cuando el país con el que las partes mantienen un vínculo que determina el elemento de extranjería, no es firmante del Convenio de la Haya de 1980.

Estas medidas hemos de recordar que no están sujetas a la previa petición de parte y puede ser interesadas por el MF o adoptadas de oficio por el juez en cualquier momento del procedimiento civil o penal.

El éxito de estas medidas radica precisamente en el carácter expeditivo con el que se tomen y que exigirá, en muchas ocasiones, que se adoptan sin audiencia a una de las partes, y por ello y en el ámbito civil se ha admitido que puedan acordarse en el auto de medias previas *in audita* parte del artº 771.2 párrafo de la Lec. Tampoco existiría ningún problema para que se adopten a través del cauce de la jurisdicción voluntaria de forma autónoma si aún no se han interesado medidas civiles.

Debe recordarse que, si el juez opta por esta prohibición no puede limitarse a acordarlo en el auto sino que debe comunicarlo a las autoridades competentes vía FAX, así a la Dirección General de Seguridad del Estado al objeto de introducir tales datos en sus archivos centrales con expresa comunicación a las restantes Fuerzas de Seguridad de todo el territorio Shengen.

En este sentido, podemos recordar el caso Tapias, tristemente famoso porque comportó la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por parte de la Audiencia Nacional sala contencioso Administrativo Sección 1ª de 28 de Abril de 2004. En aquel supuesto el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Soria acordó por auto de 5 de Agosto de 1998 la separación provisional de los cónyuges, atribuyó la custodia de los dos hijos- Silvio y Mª Antonieta- a la madre y señaló a favor del padre, nacional de Siria, un régimen de visitas de fines de semana alternos con prohibición expresa de sacar a sus hijos del territorio peninsular. El Juez acordó expresamente cursar las órdenes oportunas. En las actuaciones quedó probado que la Dirección General "dió las

instrucciones oportunas para el cumplimiento de la orden” y que la requisitoria judicial fue grabada por el Servicio de informática policial el 10 de Agosto. Pese a ello, los menores viajaron con su padre el 30 de Agosto de 1998 a Damasco con escala técnica en Chipre. La Sala Contencioso de la Audiencia Nacional condenó a la Administración al pago de una indemnización en atención a los daños emergentes concretados en los gastos que había ocasionado las gestiones tendentes a la localización y recuperación de sus hijos más otra cantidad en relación a los futuros gastos que la recuperación iba a ocasionar y por último una indemnización por daño moral.

Mª Antonieta jamás fue recuperada y sigue apareciendo en las webs de niños desaparecidos habiéndose especulado incluso sobre una posible adopción irregular así como con su residencia en Marruecos o en Noruega.

2. La mediación como alternativa.

La sustracción internacional de menores no parece, a simple vista, la materia más adecuada para ser sometida a mediación.

El altísimo nivel de conflicto, las diferencias culturales, la distancia geográfica, la concurrencia de varios sistemas legales e incluso las diferencias idiomáticas entre las partes y los operadores jurídicos implicados ofrecen un entorno de una gran complejidad.

Sin embargo, especialmente en los casos típicos o más frecuentes de secuestro internacional que son los llevados a cabo por el progenitor primario -aquel que ostenta el principal cuidado del menor- existen importantes incentivos para ambos padres implicados dirigidos a tratar de alcanzar un acuerdo.

Nos encontramos con supuestos en los que concurren factores estresantes importantísimos: la ruptura de la relación personal, el

temor a la pérdida de los lazos afectivos, las preocupaciones económicas, la necesidad de tomar decisiones trascendentales en el orden personal y en el orden familiar ...

El Secuestro Internacional de Menores típico no puede ser analizado de forma simplista; no deriva de la maldad de un sujeto y de su afán exclusivo de dañar al otro; en muchas ocasiones, la salida ilícita se produce fruto de la desesperación. El problema es que las consecuencias perjudiciales sobre los menores pueden llegar a ser irreparables, pues:

- A mayor tiempo de interrupción en la relación, más dificultades aparecen para restaurar esa relación

- A menor edad del menor, más difícil es mantener el lazo afectivo e incluso el idioma de relación con el progenitor alejado.

- A mayor distancia entre los progenitores, más difícil es el ejercicio de la coparentalidad sobre todo en aquellos supuestos en los que los menores no pueden viajar solos.

182

En estas situaciones, las partes llegan a sentir que han perdido el control sobre sus vidas.

Por otra parte, los progenitores que han protagonizado el traslado temen que no van a recibir un adecuado trato legal en el país de la sustracción y ello es especialmente evidente cuando no son nacionales del país de salida y sí lo es el progenitor apartado.

Para el progenitor que reclama el retorno, su afán incide en la posibilidad de garantizar un sistema de relación y visitas que asegure la relación parental y el ejercicio de sus derechos obligaciones. Para el progenitor que ha trasladado al menor, llegar a contar con el respaldo de una resolución de fondo que ampare su situación y pueda resolver los motivos que han ocasionado la salida.

Pero sobre todo, la mediación en estos casos ofrece la posibilidad de limitar el daño que se provoca en el menor manteniendo un conflicto abierto en el que el niño o niña puede convertirse en un balón entre dos Estados.

La posibilidad de ofrecer mediación en esos casos no es una propuesta aislada pues ya en el ámbito internacional son de gran importancia las Conclusiones y Recomendaciones de la 5ª reunión de la Comisión especial para revisar el funcionamiento del Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la SIM y la implementación práctica del Convenio de La Haya de 19 de Octubre de 1996, en especial con referencia al Apéndice del documento de Noviembre de 2006 donde se sugiere la modificación de los procesos nacionales con diversos propósitos. La primera medida a destacar fue:

“Intentar a través de la mediación o conciliación la restitución voluntaria del menor o la solución amigable de los litigios , en forma que no se retrase la restitución del menor”

183

Asimismo en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de Octubre de 2004 en el artº III.269 referido a la cooperación civil reconoce la necesidad de *“desarrollar métodos alternativos de resolución de litigios”*

La ayuda situada en un momento estratégico es mucho más efectiva que la más costosa ayuda ofrecida en un momento de menor acceso emocional.

Tal como decía Lord de Justicia Thorpe: *“No hay ningún caso de familia que no esté potencialmente abierto a tener éxito en un proceso de mediación incluso si la mediación no hubiere sido intentada o incluso hubiere fracasado durante el juicio”*

2.1. Concepto de Mediación.

Tal como se definió en Ginebra en Octubre de 2005 en el ámbito del Servicio Internacional de Entrenamiento para Mediadores en Supuestos de Sustracción Internacional, la mediación es aquel proceso en el que un tercero cualificado e imparcial – el mediador-ayuda a las partes a negociar, directa o indirectamente sobre las cuestiones que necesitan ser resueltas y a alcanzar decisiones que consideren recíprocamente aceptables y que alienten la cooperación.

2.2. Una experiencia concreta.

El supuesto que a continuación examinaremos aparece publicado en el *American Journal of Family Law* 2008 (vol. 22 nº 1) y ha sido elaborado por Chritoph C. Paul – abogado y mediador alemán y portavoz de la BAFM (German Association of Family Mediation) y por la Dra. Jamie Walker, americana y residente en Alemania, mediadora y formadora de mediadores.

184

Lo hemos seleccionado porque nos ha parecido que reunía todos los elementos de un conflicto clásico: diferentes estados, existencia de convenio internacional, diferencias en las legislaciones internas, diferentes idiomas, distancia geográfica y corta edad del menor.

Situación inicial.

En el año 2003, un matrimonio alemán se traslada por cuestiones laborales a los EEUU. La pareja sufre una crisis y la esposa – Sabine- se enamora de un ciudadano americano- Daniel- con el que inicia una relación de convivencia. Sabine queda embarazada pero, antes del nacimiento del bebé, rompen su relación. Sabine sale del domicilio de Daniel para instalarse en su propio hogar. En Abril de 2004 nace su hijo, Phil. Daniel, con el

consentimiento de Sabine, le inscribe como hijo propio y así se hace constar en el certificado de nacimiento.

Durante el año 2004, el marido alemán de Sabine regresa a Alemania, Mientras tanto, Daniel mantiene una relación muy ocasional con Phil. En Septiembre de 2004, Sabine decide regresar a Alemania y reanuda la relación de convivencia con su esposo, quien según la legislación alemana es el padre legal del menor Phil.

Daniel se opone al traslado del menor e inicia ante las jurisdicciones competentes la aplicación del Convenio de La Haya de 1980. Estos procedimientos judiciales se caracterizan por las amargas y recíprocas acusaciones. Aunque, en primera instancia, los tribunales alemanes rechazan la solicitud de restitución, dos años después de la salida de Sabine de los EEUU, la Corte Superior Regional (*Oberlandesgericht*) ordena la restitución del menor para el enjuiciamiento del fondo del asunto en los EEUU. Sin embargo, al mismo tiempo, la Corte insta a los padres a tratar de alcanzar una solución a través de la mediación.

Gracias a la intervención del grupo "Child" dependiente del Ministerio de Justicia de Berlín, los padres aceptan el sometimiento a mediación. La intervención del Ministerio resulta esencial para convencer a los abogados americanos de que, en el supuesto de fracaso de la mediación, ello no tendría ninguna repercusión sobre los procedimientos judiciales. Según la legislación alemana - y la legislación española establece el mismo principio- los procedimientos judiciales suspendidos por el sometimiento de las partes a mediación pueden reanudarse en cualquier momento sin ninguna consecuencia sobre ellos. Los abogados, tanto de Sabine como de Daniel, prestan finalmente su conformidad a someterse a un procedimiento de mediación. En ese momento empieza la búsqueda de los mediadores adecuados para intervenir en dicho supuesto.

Este tipo de mediación exige una preparación logística muy detallada. Las cuestiones que se pactan antes de iniciar propiamente las sesiones de mediación fueron las siguientes:

a) el lugar de reunión: las reuniones debían desarrollarse en el país de residencia del menor en aquel momento y, en concreto, en una población en la que ninguno de los intervinientes tuviera su domicilio al objeto de tratar de preservar al máximo la neutralidad

b) disponibilidad: tanto los padres como los mediadores debían garantizar una disponibilidad total durante unos cuantos días; en concreto se pactaron 4 días seguidos y un total de 23 horas de efectiva mediación. Ello conllevó que Daniel debía organizar sus vuelos y que Sabine debía organizar el cuidado del menor durante esos días.

c) primer encuentro con el menor; se pactó una primera visita entre el menor y su padre asistida por un trabajador social.

d) el contenido de la mediación y los costes económicos se pactaron con intervención de los respectivos abogados.

e) el idioma de las sesiones de mediación: se pactó utilizar el inglés sin perjuicio de algunas discusiones puntuales sobre el menor en alemán con la madre.

f) el número de mediadores: dos

El proceso de mediación pasó por diferentes fases:

1- Fase de Calentamiento: las primeras reuniones estuvieron revestidas de una gran tensión y en ellas se entremezclaron tanto cuestiones profundas como cuestiones triviales. Se realizaron sesiones individuales de cada mediador con cada uno de los progenitores. Estas sesiones permitieron a los padres sentirse individualmente escuchados y aportaron a los mediadores un

conocimiento mucho más detallado de la situación y las emociones que la rodeaban. Sirvieron además para clarificar temores, ansiedades, esperanzas y alternativas para el supuesto de no alcanzar un acuerdo en mediación. Asimismo, los mediadores llevaron a cabo los llamados “reality checks” – confrontaciones con las consecuencias de determinadas decisiones o comportamientos.

2- Fase “reflecting team”: los mediadores cambiaron sus puntos de vista en presencia de las partes; mostraron los aspectos y las dinámicas más agresivas para ir introduciendo su propio punto de vista. El uso moderado del sentido del humor constituyó un factor desestresante imprescindible.

Al segundo día de intensa mediación, se alcanzó un primer acuerdo que incidió en las visitas del padre y el menor tras la marcha del padre. Se acordó tomar un día de descanso que sirvió para rebajar la tensión y facilitar el diálogo entre los progenitores.

Durante el mismo se desarrolló el siguiente encuentro entre el padre y el menor, organizado por la propia madre y en el que ya no resultó necesaria la presencia del trabajador social. Phil sólo tenía dos años y medio y no hablaba inglés. La madre potenció el contacto y ello tuvo un efecto importantísimo en todo el proceso. Daniel tomó consciencia de las dificultades que conllevó la atención y cuidado constante de un menor de tan corta edad y la labor que había tenido que hacer Sabine.

3- Fase de acuerdos: en el tercer día se alcanzaron ya acuerdos que se pasaron a los respectivos abogados quienes formularon sus recomendaciones que se integraron en el mismo.

El acuerdo que se alcanzó en este caso concreto fue el siguiente:

- Suspender el retorno del menor a EEUU por un año

- Concretar el viaje del menor a EEUU con su madre para estar una semana con su padre

- Regular visitas ordinarias del padre en Alemania

- Garantizar el estudio de inglés del menor

- Garantizar la contribución económica del padre

- Continuar con la mediación el siguiente verano

Como elementos que habían operado de forma esencial cabe destacar los siguientes:

- La actitud y profesionalidad de los mediadores. Resulta imprescindible que los mediadores cuenten con un entrenamiento específico y que mantengan siempre una mentalidad abierta sin dejarse llevar por la primera impresión.

188

- El papel de los propios abogados que situaron bien el marco legal (sobre todo teniendo en cuenta las diferencias legales entre los dos países) y que estuvieron en contacto con sus clientes constantemente

- La predisposición de los tribunales –en este caso de los tribunales alemanes- a propiciar y aceptar un acuerdo que afectara a la decisión judicial.

Al finalizar el proceso todos los implicados reconocieron que los procedimientos judiciales habían exacerbado el conflicto y que la mediación se había convertido en el único camino posible de solventar el problema de fondo.

2.3. Características que debe tener la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores.

1ª Es exigible la presencia obligatoria de las partes en las sesiones de mediación que se pacten

2ª El lugar de reunión es preferible que sea el país en el que el menor se encuentra en ese momento, algo que genera menores tensiones sobre todo al niño o niña que no vuelve a ver alterado su entorno

3ª Debe proveerse de ayudas financieras por parte de los Estados en los respectivos países para afrontar procesos tan caros y costosos como la mediación internacional, so pena de dejar esta solución para familias muy acomodadas

4ª Posibilitar la intervención del menor en el proceso en caso que se considere conveniente

5ª Posibilitar la solución de problemas conexos a la sustracción tales como los alimentos del menor, la educación del menor y las futuras visitas con el pariente no custodio

6ª Posibilitar la mediación en cualquier momento, incluso cuando ya se ha iniciado un proceso judicial de restitución. En tal supuesto, es más sencillo homologar judicialmente el acuerdo alcanzado, pero por el contrario el grado de tensión entre las partes está más agudizado

7ª Admitir y favorecer la comediación. Incluso los estudios realizados recomiendan que intervenga un mediador por cada país afectado. Se añade también que es aconsejable un mediador de cada sexo y se aconseja que dominen el campo legal y psicológico y social. En cuanto a los idiomas, a nivel internacional es clave que el mediador domine varios idiomas o sea bilingüe pues ello es un dato esencial que da confianza a las partes y fluidez al diálogo. Es

aconsejable que los mediadores hablen el idioma de las dos partes o que al menos un de ellos hable ambos idiomas. Asimismo deberían tener conocimiento de las legislaciones implicadas

8ª Especialización de los mediadores: sólo los mediadores específicamente entrenados para este tipo de conflictos pueden asumir tales casos. Resulta imprescindible concretar un Código de Conducta y elaborar una Guía de Buenas Prácticas. Han de reconocer la diversidad cultural. Han de tener flexibilidad para adaptar el modelo de mediación a las necesidades del caso

9ª Las sesiones de mediación deberían realizarse concentrada e intensivamente, por ejemplo, en los tres días de un fin de semana lo que facilita desplazamientos y permisos de trabajo a cada una de las partes y acelera el proceso dotándolo de la celeridad imprescindible. La mediación no puede retrasar el procedimiento judicial y por tanto debe ajustarse al plazo total de seis semanas establecido por el convenio. Sólo justificadamente y con el consenso de todos los integrantes, puede prorrogarse este plazo.

10ª En todo momento debe actuarse en perfecta simbiosis con el Convenio de la Haya o el instrumento internacional aplicable al caso. En ningún momento puede darse a entender que se va a "sortear" el convenio. En las primeras entrevistas debe dejarse bien claro al progenitor que ha activado el convenio que en absoluto está renunciando a su derecho a obtener una resolución judicial de retorno. En la mayoría de los supuestos de sustracción por el progenitor primario, el otro progenitor no pretende ostentar la custodia definitiva; quiere que se preserve su derecho a relacionarse con su hijo, a participar en su vida y en las decisiones que le afecten. Debe dejarse absolutamente claro que, en cualquier momento, las partes pueden volver a los tribunales a resolver todas las cuestiones.

11ª El importante papel de los abogados; debe subrayarse que su intervención es básica tanto para establecer el marco legal teniendo en cuenta las diferentes legislaciones en juego como para asesorar a las partes durante el proceso de mediación. En tal sentido es importante que no mantengan una posición dirigida a boicotear el proceso; que entiendan los intereses reales de sus clientes y la necesidad de encontrar soluciones que abran un camino de cooperación. El retorno del menor, la reinstauración de las visitas son soluciones pero que no abordan la totalidad del conflicto. Asimismo su papel es esencial en la redacción del acuerdo partiendo del memorándum de acuerdos suscritos en el proceso de mediación y que podrán ser homologados judicialmente. En el derecho español, desde el momento en el que la autoridad judicial homologa dicho convenio, goza de toda la fuerza ejecutiva de una resolución judicial.

12ª Las sesiones de mediación deberían caracterizarse por su:

* rapidez

*voluntariedad

*información continua de y sobre el proceso de mediación y los mediadores

*confidencialidad

2.5. Momentos para introducir la mediación.

La mediación es admisible tanto antes de producirse la salida del menor como tras ella y dentro de estos momentos, tanto antes como después de iniciarse un proceso judicial de restitución del menor.

Sin embargo, la mediación puede jugar un papel importante también para:

- cumplir la orden de restitución judicial y ayudar a facilitar la coparentalidad y la comunicación después del conflicto. Asimismo para cumplir tales órdenes de la forma más rápida, adecuada y voluntaria posible. Y también para encauzar la cuestión de fondo ante el tribunal que corresponda. A través de la mediación puede lograrse alcanzar un acuerdo de restitución voluntaria

- en los supuestos en los que se aplica el artº 13 del Convenio, para evitar la prolongación y enquistación del conflicto

2.6. Problemas de la mediación en este ámbito.

La mediación se enfrenta a importantes obstáculos. De entre ellos destacaríamos:

- Falta de información, desconocimiento no sólo de la población sino de operadores jurídicos – jueces, fiscales, abogados...

- La concurrencia de factores de violencia de género o la aparición del cuestionado SAP definido por Gardner en 1985 como trastorno que surge principalmente en el contexto de disputas por la guarda y custodia de los niños. Y cuya primera manifestación es una campaña de desprestigio y difamación contra uno de los padres que asume el niño aunque carece de justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña), síndrome SAID -"sexual allegations in divorce"- definido por Blush y Ross en 1987 basado en sus experiencias profesionales como peritos en tribunales de justicia en el que perfilaban tipologías de progenitores que llevaban a cabo acusaciones falsas de delitos sexuales, y síndrome de la madre maliciosa asociado al divorcio definido por Turkat en 1994 consistente en un intento, normalmente por la

progenitora de castigar a su exmarido, sin justificación interfiriendo en el régimen de visitas y acceso del padre a los niños, con un patrón estable de actos maliciosos contra éste sin que encuentre justificación en otro trastorno mental. También deben destacarse las llamadas interferencias parentales graves definidas como aquellas posturas, no sistemáticas, que adopta el progenitor custodio mediante la cual se niega a la práctica de visitas, de modo directo o mediante estrategias pasivas, motivadas por un enfado con el otro progenitor debido a una cuestión puntual (como por ejemplo, el impago de la manutención).

En relación a la violencia de género debe recordarse que en España la LO1/2004 de 28 de Diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género en su artº 44 determina “ *en todos estos casos, está vedada la mediación familiar*” sin olvidar el artº 55 del Reglamento 2201/2003. Sin embargo vetar de entrada la mediación en todos los supuestos no es adecuado. Los mediadores deben estar específicamente entrenados para poder valorar la inadecuación del procedimiento de mediación en cada caso concreto.

-El Convenio de La Haya 1980 no menciona expresamente el término mediación, situación que conduce a interpretaciones estrictas y literales que impiden la mediación en este ámbito.

-Falta de regulación internacional de numerosos detalles del proceso mediador

-La necesaria rapidez que precisa la resolución del caso; el riesgo de demoras en el procedimiento y que comporte un incremento de costes. Los estudios realizados por REUNITE evidencian que la mediación es generalmente más barata, más rápida y menos dolorosa emocionalmente que los procedimientos judiciales. Concretamente los estudios comparativos en el Reino Unido evidenciaron que los casos sometidos a mediación duraban un

promedio de 100 días y un coste de unos 1000 euros frente a los 435 días y los 2400 euros de un procedimiento judicial.

-La falta de mediadores específicamente entrenados y preparados para resolver conflictos transfronterizos. Se plantea la necesidad de un registro internacional de mediadores con esta especial cualificación. Sin mediadores expertos, el riesgo de aparecer como partidista o alineado con una parte es mucho más notable. Si el mediador no es imparcial o no es percibido como imparcial, la mediación no puede trabajar.

-La necesidad de adoptar los modelos de mediación a las especiales circunstancias de una mediación para solventar conflictos transfronterizos.

-Las dificultades de homologación de los acuerdos en países diversos

2.7. Organizaciones y asociaciones vinculadas a la mediación en supuestos de sustracción internacional de menores.

REUNITE: es una organización sin ánimo de lucro que nació en el Reino Unido, especializada en la sustracción internacional de menores cuyos objetivos esenciales son:

- Proporcionar consejo, información y apoyo a padres y familiares cuyos hijos o menores relacionados con ellos pueden sufrir, o han sufrido un secuestro internacional

- Proporcionar información legal de distintos países, siendo especialmente importante su labor de investigación y cooperación en países del área musulmana

- Ofrecer mediación en casos de sustracción internacional de menores, tanto para colaborar a la resolución del supuesto ya

planteado como para prevenir su aparición. También ofrece mediación para lograr acuerdos que garanticen el régimen de visitas con un elemento transfronterizo

- Ofrece un servicio de atención telefónica de 24 horas diarias que facilita consejo, información y ayuda a padres, familiares y parientes de menores que han sido secuestrados o pueden serlo. También ofrecen igual apoyo a quienes pueden ser secuestradores de sus propios hijos. Tel. +44 (0) 116 2555 345, Fax. +44 (0) 116 2556 370

- Trabajar por generar una conciencia ciudadana sobre las consecuencias perjudiciales del secuestro internacional y sobre cómo prevenir su aparición

- Ofrecer una página web con información de todo tipo sobre la sustracción internacional y sobre sus servicios www.reunite.org

Debe destacarse especialmente el proyecto llevado a cabo por Reunite Internacional Child Abduction Centre, bajo el título *Mediation in International Parental Child Abduction. The Reunite Mediation Pilot Echeme* (Octubre, 2006). El objetivo del proyecto de investigación era demostrar que la mediación puede trabajar de forma correcta y en conformidad con los principios del Convenio de La Haya de 1980 desarrollando una estructura de mediación que encajara en el procedimiento legal sin olvidar el plazo de seis semanas. Este estudio está disponible en la web y sus conclusiones son claras: aunque la mediación puede no ser adecuada en todos los casos de sustracción internacional de menores, sí puede ser ofrecida en todos ellos. Cuando la mediación fue aceptada, un 75% de los progenitores pudieron firmar un memorándum de acuerdo centralizado en el mejor interés del menor y dirigido a garantizar que el menor continuaba

teniendo una positiva relación con los dos progenitores y las familias extensas, evitando futuras confrontaciones judiciales.

Incluso en los casos en los que no se alcanzó un memorándum de mediación, los padres encuestados manifestaron que asistir a las sesiones de mediación les había permitido reducir el nivel de conflicto y había permitido incrementar la comunicación. En algunos de estos casos, los padres, ya sin intervención de los mediadores habían logrado alcanzar acuerdos por sí solos.

De la investigación resultaba la necesidad de mediadores expertos en secuestro internacional de menores y en las convenciones aplicables. Asimismo, la propia presión por la necesidad de ajustarse a los plazos del convenio exigía una comediación.

El modelo de mediación debía integrarse en el procedimiento previsto en la Convención de La Haya y no dilatar el plazo de seis semanas. Sólo en supuestos justificados y con el acuerdo de las partes- padres y abogados- podía ampliarse este plazo. En cualquier caso debía tenerse claro que la ampliación del plazo no podía retrasar sustancialmente el proceso previsto en el Convenio.

El modelo que resultaba operativo era un modelo de unos 2 días de concentración con sesiones de unas tres horas seguidas; modelo que no se estimaría adecuado en un sistema clásico de mediación familiar.

Los memorándums de acuerdos alcanzados deberían convertirse en convenios con fuerza ejecutiva en los dos países implicados.

MAMIF es una asociación que también ofrece servicios de mediación y que trabaja específicamente a partir de conflictos en los que interviene Francia y que tiene más de seis años de experiencia.

Su papel en las relaciones con países musulmanes es también muy considerable.

-Modelo binacional de mediación germano-estadunidense para las controversias internacionales que involucran padre e hijos. Su primera reunión de expertos en Berlín en Febrero de 2006

GEMME es una asociación europea y europeísta que tiene por finalidad la de promover, desde el ámbito de los propios Tribunales de Justicia, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y, especialmente, de la mediación.

Creada en Francia en el año 2004, su impulsor y primer presidente fue el Presidente de la Court de Cassation francesa, Guy Ganivet. Hoy existen secciones en España, Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suiza. Existen miembros asociados en Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Polonia y Lituania, Rumania y Bulgaria.

197

Es una asociación que tiene estatutos de observadora en el Consejo de Europa y que está vinculada recientemente a la Red Europea de Cooperación Judicial.

Su carácter es no gubernamental, de adscripción absolutamente voluntaria que respeta en su seno el pluralismo ideológico de sus miembros y que pretende ser un punto de encuentro entre profesionales de diversas procedencias y roles en la administración de justicia.

Pueden ser socios los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales y Jueces de Paz. Asimismo los estatutos prevén que puedan ser admitidos como socios un 30% de profesionales de la abogacía, de la mediación o de la enseñanza que tengan reconocido prestigio por su trabajo en pro de la resolución alternativa de conflictos y trabajen en el ámbito de los tribunales de justicia.

Trabaja activamente por la difusión y la implantación de la mediación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de los ciudadanos.

Gemme ha influido notablemente en la publicación de la Directiva comunitaria sobre mediación en el ámbito civil.

La razón principal para una regulación común en el ámbito de la Unión Europea radica en la existencia de lo que se denomina espacio común europeo de seguridad y justicia. La desaparición de las fronteras interiores entre los estados miembros supone que los ciudadanos pueden establecerse libremente en cualquier lugar de la Unión, que den lugar a conflictos que precisen ser resueltos extendiendo su eficacia a todo el territorio.

En su propia exposición de motivos la directiva destaca su pretensión de mejorar el acceso a la justicia de los ciudadanos, entendiendo como tal la asequibilidad de una "resolución justa" en un tiempo razonable mediante la inserción de la mediación en el sistema de resolución de conflictos.

La Directiva es una ley marco de mínimos que pretende respetar al máximo el marco competencial de los Estados Miembros pero que concreta los aspectos más relevantes de la mediación a los que deberá ajustar la legislación de cada Estado. En concreto:

La definición de mediación de una forma abierta como "todo proceso, cualquiera que sea su nombre, en el que dos o más partes en un litigio voluntariamente deciden alcanzar un acuerdo para su resolución con la asistencia de un mediador, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho nacional de un estado miembro".

La definición de “mediador” así como la titulación de la persona que pueda ejercer mediación deberá concretarse por cada Estado Miembro. No obstante esta amplitud de función en la Directiva se refiere a la calidad exigible a los servicios de mediación por lo que será necesario que el mediador disponga de una determinada formación y preparación para la realización de estas funciones. En la Directiva se realiza una remisión a los principios establecidos como normas deontológicas para la mediación de consumo en la Recomendación de la Comisión de 4 de Abril de 2001 en la que se mencionan los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad.

La voluntariedad de la mediación destacando la Directiva que los tribunales pueden invitar a las partes a recibir una sesión informativa pero sin impedir que las legislaciones internas puedan introducir sistemas de derivación a la mediación con un cierto carácter coactivo. En ningún caso la mediación puede impedir ni directa ni indirectamente el acceso a la justicia ni ser un sistema sustitutivo de la misma.

La confidencialidad de la mediación que exige que el mediador no podrá ser llamado ante los tribunales en calidad de testigo o perito ni utilizados los documentos ni las informaciones obtenidas en el ámbito de la mediación.

La suspensión de los plazos de caducidad y prescripción durante el proceso de mediación, quedando pendiente la determinación del día en que puede considerarse iniciada la mediación y a partir de qué momento puede entenderse que ha terminado.

La necesidad de que los Estados Miembros asuman la necesidad de publicitar por todo medio el acceso a la mediación.

La ejecutividad de los acuerdos alcanzados en mediación en todo Estado Miembro cuyo contenido haya sido declarado ejecutable por el Tribunal o por otra autoridad competente o por un instrumento adecuado según la ley del Estado miembro que realiza el requerimiento. En el ámbito del reconocimiento y ejecución, al primera dificultad que surge es la inteligibilidad de los acuerdos, en orden a que no presenten graves problemas interpretativos, lo que refuerza el papel de los abogados, al objeto que de pueda garantizarse de forma clara y precisa y se asegure el respeto a los principios jurídicos elementales. Cuando sean objeto de los acuerdos, decisiones que tengan trascendencia jurídica es necesario que tales acuerdos se ajusten a los requisitos legales exigibles y que se tenga en cuenta la trascendencia fiscal de determinados negocios jurídicos. La intervención de un abogado autorizará el acto con su firma y asumirá su correspondiente cuota de responsabilidad, con lo cual se reforzará la calidad del convenio cuando se trate de dotarle de eficacia en el extranjero, sin perjuicio de aquellos acuerdos, que por pertenecer al ámbito del orden público, necesiten de la homologación judicial.

Como conclusión podría decirse que las experiencias de la implantación de la mediación intrajudicial que se han llevado a cabo en diversos juzgados de España han puesto de relieve la adecuación y validez de la metodología para la resolución de un porcentaje importante de procesos judiciales. Desde el ámbito penal la mediación evidencia un modo de operar en la justicia más humano ya que permite atender de manera prioritaria a las necesidades de la víctima y apoyar la posibilidad de reinserción de los infractores.

En el aspecto ideológico, y tal como se ha experimentado desde hace muchos años en el mundo anglosajón y que se está extendiendo rápidamente en toda Europa y América Latina, la mediación supone

un importante instrumento para dar solución efectiva a determinados litigios que, con los instrumentos clásicos, se ven agravados y agudizados. La metodología que se propugna se inserta en la cultura de la pacificación y la racionalización de los problemas de los ciudadanos.

El liderazgo de los Magistrados, Jueces, fiscales, la competencia profesional de los mediadores y la colaboración de los Abogados determinará en gran medida la extensión de la mediación en nuestro entorno.

COMPETENCIAS PARENTALES EN FAMILIAS CON DINÁMICAS VIOLENTAS.

*Mercè Cartié Julià.
SATAF Barcelona.*

Con la promulgación de la Ley Orgánica 1/04 de 28 de Diciembre, reguladora de las Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la creación y puesta en marcha, el 29 de Junio de 2005, de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, nuestros equipos han visto incrementadas las demandas judiciales en relación al estudio de las circunstancias familiares con contenidos violentos y conflictivos, en lo referente a las medidas civiles a implementar. Considerando esta circunstancia, elaboramos un primer estudio en el año 2007 (Ballonga, Cánovas, Cartié, Casany, De Caso, Gimeno, Guillamat, Julià, Mercadal, Ortí, Sala y Vallbona, 2007) con el objetivo de valorar las solicitudes recibidas y conocer aquellos aspectos relacionados con la intervención y los dictámenes técnicos. Una de las conclusiones del mencionado estudio destacaba que, desde el ámbito jurisdiccional civil, las medidas penales que afectan a la relación de los adultos no emergen como un factor decisivo cuanto a establecer propuestas de comunicación y estancia entre los progenitores y sus hijos, si bien es cierto que éstas pueden condicionarlas, por lo que las propuestas técnicas se acomodan a ellas.

La familia es la institución básica en la que histórica y socialmente recaen las responsabilidades de educación, protección y crianza de los hijos. Los progenitores, en función de sus capacidades parentales, establecen sistemas de relación y modelos educativos,

según como regulen el control y la autoridad, con las expresiones de los afectos y las emociones. La supresión de la relación entre los hijos y alguno de sus progenitores no debe ser una medida de carácter indiscriminado y de aplicación automática, sino reservada a aquellos casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconseje. Es de suma importancia poner en segundo plano la naturaleza concreta de las agresiones, para estudiar de forma primaria la relación interpersonal que se ha establecido a nivel familiar.

La forma de ser padres ha ido cambiando a lo largo del tiempo, como una función de ajuste social, económico y tecnológico. Pero, entre la diversidad de estructuras familiares, sobresale la parentalidad. Este enfoque es relativamente nuevo. Se refiere a las actividades desarrolladas, tanto por el padre como por la madre, en el proceso del cuidado, la socialización, la atención y la educación de los hijos. La parentalidad surge como un neologismo derivado del adjetivo parental, quizás para traducir los términos anglosajones *parenthood* (Maccoby y Mnookin, 1992) o *parenting* (Benedekt, 1959), que designan la condición de padre y las prácticas de los padres, respectivamente. La noción de parentalidad se fundamenta en la competencia (Martin, 2003).

Así pues, la competencia remite a una aptitud de hecho, en tanto que el parentesco remite a un lugar jurídico (Bruel, Faget, Jacques, Joecker, Neyrinck y Poussin, 2001; Cadoret, 2001).

La figura del padre ha sido en sí misma poco representada en los estudios sobre parentalidad, más en los casos en que este padre es también un adulto agresor de su pareja. La figura de la madre ha sido más estudiada, pero menos se conoce sobre cómo sus capacidades parentales quedan afectadas cuando esta madre ha sido también mujer sometida a una dinámica familiar de violencia. Por otra parte, los menores sometidos a situaciones de violencia en su

familia no forman un conglomerado homogéneo, a pesar de que todos siguen necesitando figuras vinculares para garantizar su desarrollo, y son amparados por la ley en ese sentido. Conocemos que entre el 30 y el 60% de las familias que experimentan violencia doméstica experimentan también abuso infantil. Existe, sin embargo, otro 40%, que no debe obviarse.

A pesar de todo, no se dispone en la actualidad de estudios nacionales que analicen las competencias parentales de los adultos que ejercen violencia doméstica contra sus parejas o que la reciben. A falta de estos datos, se parte de concepciones e ideologías. Sin embargo, en otros países, se ha trascendido ya al terreno conyugal, para adentrarse en el parental.

La investigación suele aglutinarse en las consecuencias sobre las mujeres de la experiencia de victimización por parte de sus parejas. El interés acerca de su parentalidad es escasa y proveniente, mayoritariamente, de otros contextos culturales. Se ha destacado una falta de conciencia en estas madres de la afectación de su función parental como consecuencia de la violencia sufrida en el hogar.

Se ha indicado, incluso, que algunas de estas madres, consideran que su competencia parental mejora, fruto de la violencia vivida, como resultado de un aumento de su empatía y sensibilidad (Levendosky, Shannon, Lynch y Graham-Bermann, 2000). Contrariamente a esta percepción autoinformada, otros estudios destacan que estas madres educan menos a sus hijos en la libertad de expresión y son menos sensitivas (Margolin, Gordis, Medina y Oliver, 2003). Por otra parte, aquellas mujeres con capacidad para darse cuenta de la repercusión de la violencia sobre su capacidad parental, admitían mayor agresividad verbal hacia sus hijos. En este mismo sentido, Walker (1999) y otros autores han venido indicando

que, las madres maltratadas, son hasta ocho veces más proclives a dañar a sus hijos cuando están siendo agredidas, que cuando se hallan en situación segura.

Se ha señalado también que las mujeres maltratadas sufren cambios en su personalidad, que las dejan vulnerables. La violencia en el hogar impacta en las conductas parentales maternas a nivel de calidez/afecto, control, focalización en el hijo y efectividad (Levendosky y otros, 2000). Además, se insiste en que, aunque la madre esté en condiciones de mantener una adecuada parentalidad, los cambios en sus afectos y humor pueden tener efectos negativos en el bienestar de sus hijos.

Un estudio realizado en el contexto de la sociedad israelí (Buchbinder y Eisikovits, 2004) ha venido a añadir que, el rol materno de las mujeres sometidas a dinámicas de violencia doméstica, resulta incoherente, a causa de que su capacidad protectora es débil y frecuentemente pasiva. Esto parece responder a una acción materna basada en la creencia de que han procurado una exposición mínima de los hijos a la violencia.

En este sentido, no se puede proteger de aquello que no se considera un daño potencial. Así pues, este estudio concluye que, aquellos menores que viven en hogares en los que se producen dinámicas violentas, quedan desprotegidos, ya sea a consecuencia de la violencia ejercida por el perpetrador, ya sea por la imposibilidad materna de ser conscientes de la necesidad de proteger a los hijos. Resultados similares son replicados por otras investigaciones, realizadas en otros contextos culturales (Baker, Perrilla y Norris, 2001; Chemtob y Carlson, 2004).

En el informe del Centro Nacional de Información sobre la Violencia en la familia de Canadá (1995), se destaca la observancia,

en algunos menores, de daños por negligencia, a consecuencia de la transferencia del malestar de sus madres violentadas. La proyección materna del malestar y temor al hijo, también puede llevar a la madre a desarrollar comportamientos de hiperprotección hacia éste, contrarios al desarrollo (Díaz y Blánquez, 2004).

Cuando se explora la situación de la madre maltratada, con la finalidad de valorar sus capacidades parentales, en aras a decidir sobre la posibilidad de ésta para sostener una custodia, es básico evaluar si existe empobrecimiento de la vida social (reducción del grupo de amigos, limitaciones con relación a poder disfrutar de recursos sociales, abandono de los contactos personales o ambientes sociales de referencia...) y limitaciones en su libertad para deambular libremente. Asimismo, es necesario establecer si existe una pérdida completa de recursos económicos.

Aunque es importante legitimar a la víctima por la situación vivida, es necesaria una valoración rigurosa de su capacidad parental, para calibrar si puede abastecer y cubrir de forma integral las necesidades de los hijos, ya que éste es el interés que debe prevalecer en el derecho de familia. Los niños no pueden postergar sus necesidades, ni pueden esperar a que sus progenitores estén disponibles.

En cuanto a los padres, la escasa información de la que se dispone sobre la parentalidad de los perpetradores revela que estos tienen tendencias diferentes de ejercer su parentalidad, comparativamente con otros padres. El primer libro que se publica, focalizando exclusivamente en las conductas parentales de los maltratadores (Bancroft y Silverman, 2002), define que estos padres son más controladores y autoritarios, y menos consistentes.

Otros autores (Holden y Ritchie, citados en Center for families, children and courts, 2003) han apuntado que estos padres suelen estar menos implicados con sus hijos en tareas positivas de crianza, teniendo tendencia a ejercer prácticas negativas. Asimismo, se ha señalado que el comportamiento de los maltratadores hacia sus hijos suele ser más duro e inconsistente, en lo que se refiere a la disciplina. Estos padres son descritos como más irritables; menos afectivos a nivel físico; menos propensos a utilizar el razonamiento frente a la mala conducta de los hijos y más predispuestos a utilizar el castigo físico; a presentar mayores niveles de afecto negativo y a desarrollar respuestas agresivas, especialmente con los hijos varones. A esto se ha añadido la posibilidad de un aumento del riesgo de ejercer una parentalidad coercitiva (Margolin et al., 2003).

Con relación a la intervención técnica, es importante tratar de establecer la peligrosidad actual del agresor, así como la posibilidad de que sus agresiones puedan incluir a otras personas de la familia. Es necesario valorar sus capacidades parentales, descartando riesgos para los menores, mediante la articulación de factores protectores respecto de los aspectos más disfuncionales del agresor, y de promoción de aquellas habilidades más nutritivas para los hijos. Es de gran relevancia determinar que, la solicitud de mantener contacto con los hijos, no tenga una finalidad instrumentalista, tanto porque esto puede derivar en un grave perjuicio para éstos, como porque puede suponer un nuevo intento de control y agresión hacia la víctima.

Considerando las dificultades mencionadas en relación a las competencias parentales de los padres y las madres que han estado inmersos en dinámicas de violencia, se han empezado a implantar, especialmente en el contexto de los EEUU, programas de mejora de la parentalidad. Estos programas parecen obedecer al interés

creciente de restablecer las funciones parentales de estos progenitores, considerando las repercusiones presentes en sus hijos, como consecuencia de la violencia (Informe del Center for families, children and the courts, 2003).

Desde el SATAF se investiga, en estos momentos, sobre la parentalidad de estos padres y madres, comparándola con la de familias también atendidas por el servicio, pero que no presentan contenidos violentos en sus dinámicas.

Cabe destacar que, en algunas casas de acogida para mujeres maltratadas se trabajan, en muchas ocasiones, algunas de las habilidades parentales deterioradas de estas madres, desde la premisa que éstas necesitan de asistencia para reconstruir su parentalidad.

En cuanto a los padres, un aspecto desafortunado de muchos de los programas para maltratados es que muchos de ellos no incluyen contenidos sobre parentalidad. Sin embargo, empiezan a surgir programas que abordan estos contenidos, aunque éstos son relativamente nuevos y pilotos. Es por ese motivo que, aún no se dispone de estudios empíricos que evalúen la eficacia de estos programas. No obstante, teniendo en cuenta que muchos de estos padres seguirán involucrados en la vida de sus hijos una vez se produce la ruptura conyugal, ni que sea en contextos supervisados, es necesario desarrollar programas exitosos de mejora de la calidad de sus estrategias parentales y de sus interacciones con los hijos.

Por otra parte, cabe considerar la importancia de no olvidar que, partiendo del grado de sufrimiento de estas familias, deben articularse intervenciones mínimas, que eviten la revictimización y las actuaciones yatrogénicas.

El riesgo de no conseguir estos objetivos es bien conocido: el maltrato doméstico puede funcionar como una conducta agresiva que se aprende de forma vicaria por los hijos y que se transmite intergeneracionalmente.

Referencias bibliográficas

- Baker, C., Perrilla, J., y Norris, F. (2001). Parenting Stress and Parenting Competence Among Latino Men. *Journal of Interpersonal Violence, 16*, 1139.
- Ballonga, J, Cánovas, C., Cartié, M., Casany, R., De Caso, C., Gimeno, J., Guillamat, A., Julià, M., Mercadal, C., Ortí, M., Sala, M., y Vallbona, E. (2007). Estudio descriptivo de familias con dinámicas de violencia doméstica en un contexto judicial de orden civil. *Anuario de Psicología Jurídica, 17*, 9-41.
- Bancroft, L., y Silverman, J. (2002). *The batterer as parent*. Sage Publications Inc.
- Benedekt, T. (1959). Parenthood as a Developmental Phase. *Journal of American Psychology Association, 7*.
- Bruel, A., Faget, J., Jacques, L., Joecker, M., Neyrinck, C., y Poussin, G. (2001). *De la parenté à la parentalité*. Érès, Ramonville-Saint Agne.
- Buchbinder, E., y Eisikovits, Z. (2004). *Reporting bad results: The ethical responsibility of presenting abused women's parenting practices in a negative light*. *Child and Family Social Work, 9*, 359-367.
- Cadoret, A. (2001). *Placement d'enfants et appartenance familiale: Una pluriparentalité nécessaire*. PUF: Paris.

Center for families, children and the courts (2003). *Parenting in the context of domestic violence*. Judicial Council of California.

Centro Nacional de Información sobre la violencia en la familia (1995). *Violence within the couple and it's consequences upon the infant*. Canadá.

Chemtob, C., y Carlson, J. (2004). Psychological effects of domestic violence on children and their mothers. *Internacional Journal of Stress Management*, 11 (3), 209-226.

Díaz, J., y Blánquez, M. P. (2004): El vínculo y la psicopatología en la infancia: evaluación y tratamiento. *Revista de psiquiatría y psicología del niño y del adolescente*, 4 (1), 82-90.

Levendosky, A., Shannon, M., Lynch, A., y Graham-Bermann. (2000). Mother's perceptions of the impact of woman abuse on their parenting. *Violence against women*, 6, 247.

Levendosky, A., y Graham-Bermann, S. (2001). Parenting in battered women: the effects of domestic violence on women and their children. *Journal of family violence*, 16, 2.

Maccoby, E., y Mnookin, R.H. (1992). *Dividing the child: The social and legal dilemmas of custody*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Margolin, G., Gordis, E., Medina, A., y Oliver, P. (2003). The co-occurrence of husband-to-wife aggression, family-of-origin aggression and child abuse potential in a community

simple. Implications for parenting. *Journal of interpersonal violence*, 18, 4, 413-440.

Martin, C. (2003). *La parentalité en questions. Perspectives sociologiques. Rapport pour le Haut Conseil de la population et de la famille, site de La Documentation Française*. Cambridge University Press: Cambridge.

Walker, L. (1999). Terapia para supervivientes con mujeres golpeadas. *Revista Argentina de Clínica Psicológica*.

INTERFERENCIAS EN LAS HABILIDADES PARENTALES QUE PUEDEN COMPROMETER EL DESARROLLO INFANTIL. ANÁLISIS DE UN CASO.

*Catalina Mercadal
SATAF Barcelona*

1. Motivo de la Intervención del Servicio.

Responder a la demanda judicial en la cual se solicita que se emita un informe sobre la valoración sociofamiliar de los menores.

2. Metodología.

La metodología utilizada para llevar a término la intervención fue:

- Consulta del expediente judicial
- Entrevista individual con la Sra. Rosa
- Entrevista individual con el Sr. Pedro
- Entrevista conjunta con el Sr. Pedro y la Sra. Milagros, actual pareja
- Exploración conjunta a los menores, José y Begoña
- Entrevista devolutiva al Sr. Pedro
- Entrevista devolutiva a la Sra. Rosa
- Las coordinaciones realizadas externas al servicio fueron:
- Con la tutora de la escuela del menor, José

- Con la tutora de la escuela de la menor, Begoña
- Con el Psicólogo del Centro de Salud Mental Infanto Juvenil donde acude el menor.

2. Antecedentes del caso.

El Sr. Pedro y la Sra. Rosa, en enero de 1995, se casaron y, fruto de esta relación, nacieron José, que actualmente tiene 10 años y Begoña, que tiene 6 años. Después de una serie de acontecimientos, en diciembre 2003, se separan. Según la Sentencia de Separación de noviembre 2004, se otorga la guarda y custodia a la madre y un régimen de visitas paternofiliales, de fines de semana alternos y un día entre semana con pernocta. Después de la demanda de divorcio del Sr. Pedro y la contra demanda de la Sra. Rosa, se solicita la intervención del Servicio.

3. Entrevista individual con la Sra. Rosa.

Narrativa individual: Durante la intervención, la Sra. Rosa se muestra colaboradora con el Servicio. Referente a su familia, es la pequeña de una fratría de tres; sus padres viven en la Península, fuera de Cataluña; mientras que sus hermanos residen por diferentes poblaciones cercanas a Barcelona; valora la relación con sus familiares como buena, pero se visitan con poca frecuencia. A nivel laboral, trabaja como auxiliar de clínica en horario fijo de 9 a 17 h. Actualmente, vive en Barcelona con los dos menores. Narra la rutina para el cuidado de los hijos, observándose que se desarrolla dentro de una funcionalidad, disponiendo, algún día, de la ayuda de una canguro.

Valora que la relación parental entre ella y Sr. Pedro, ya desde el principio de la separación, fue difícil, aunque ahora (sobre todo desde el inicio del procedimiento judicial de divorcio) se ha potenciado. En este sentido, siempre la ha infravalorado; descalificándola y desconfirmándola como madre delante de los hijos, sobre todo de José; opinando que la pareja del padre influye en esta dinámica. Por otro lado, este último nunca ha pagado los gastos extraordinarios de los menores y, algunas temporadas, tampoco la pensión alimenticia. En consecuencia, interpuso una denuncia y, a partir de la Sentencia Judicial, el Sr. Pedro, abona la pensión.

Respecto del régimen de visitas paterno filial se ha cumplido correctamente y los menores van y regresan satisfechos del mismo. No obstante, José, algunos días, sobre todo últimamente, llega a casa con una actitud de enfrentamiento hacia ella. En este sentido, cuando el menor se enfada con ella, reacciona cuestionándola como madre, no respetando los límites que le pone y amenazándola que llamará al padre. En este mismo sentido, comenta que el menor también, ha tenido enfrentamientos con su tutora, con quien el Sr. Pedro tuvo una discusión.

Soluciones intentadas por ella: Aunque se siente dolida, para buscar soluciones a estas dificultades, ha intentado tener una buena relación parental con el Sr. Pedro, no obstante, su vivencia es obstaculizadora por parte de éste que tiene un discurso de constantes críticas negativas hacia ella, amenazándola, en varias ocasiones en solicitar la guarda y custodia de los hijos.

Ante esta situación, manifiesta no saber cómo actuar ni con el Sr. Pedro, ni con José, cuando se revela hacia ella, motivo por el cual solicitó ayuda profesional de un Psicólogo.

Reflexión, narrativa diferente a la que expone: Se la legitima por el sufrimiento que expresa y, a la vez se la connota positivamente por la iniciativa de haber buscado ayuda profesional y no colocarse como víctima ante los problemas existentes.

Aunque su discurso es de crítica hacia el padre, reconoce que éste quiere a los hijos y éstos a él; aceptando que esto es común tanto en ella como en el padre.

4. Entrevista individual con el Sr. Pedro.

Narrativa individual: Se muestra colaborador con el Servicio, no obstante, en algún momento, adopta una actitud de arrogancia y cuestionamiento del Servicio. Referente a su familia, es el mayor de dos hermanos, pero su relación con éstos y sus padres es distante. A nivel laboral, trabaja de forma autónoma en la compra y venta de viviendas, en horario de mañana y tarde, flexible.

216

Personalmente, al poco tiempo de separarse de la Sra. Rosa, inició una convivencia con su actual pareja, la Sra. Milagros, no tienen descendencia debido a dificultades por concebir de ésta; viven en una población, situada a unos 45 minutos de Barcelona.

Referente a la pensión alimenticia, indica que siempre la ha abonado; respecto a los gastos extraordinarios, a veces, los paga y otros no, comentando que paga un Seguro médico a los niños y, a veces, les compra ropa.

El régimen de visitas paterno filial valora que ha funcionado correctamente y que los menores disfrutan. Indica que la relación de éstos tanto con él como con la Sra. Milagros es muy buena, destacando la cercanía y entendimiento que ésta última tiene con ellos. Por el contrario, cuestiona el bienestar de los hijos con su madre, manifestando que desean estar con él.

Articula un discurso cuestionando las habilidades maternas de la Sra. Rosa, con quien los menores no se sienten bien cuidados, sobre todo, José, a quien la madre impone las normas de forma agresiva, sin escucharlo. Por otro lado, delega en ésta la responsabilidad de las dificultades escolares del menor.

Según su punto de vista, lo mejor para los hijos, es que se le otorgue la guarda y custodia a él y se establezca un régimen de visitas maternofilial, opinando que el malestar de los niños, sobre todo de José, es debido a la actitud inadecuada de la madre, cuestionando su salud mental.

Soluciones intentadas por él: A la hora de especificar lo que ha hecho él para intentar solucionar los problemas que presenta José, refiere que habla con el hijo y lo asesora. Sin embargo, al concretar estas conversaciones, se observa, que sus mensajes son descalificaciones de la madre, incluso explicaciones sobre el conflicto existente entre ellos y todo el procedimiento judicial.

217

Por otro lado, ante la posibilidad de poder buscar una solución conjunta con la Sra. Rosa, al principio de la intervención, se niega a tener relación con la madre, opinando que no es necesario.

Reflexión, narrativa diferente a la que expone: Se lo legitima ante las dificultades que por la separación, expresa presentan los hijos, sobre todo José, comprendiendo que, a uno no le enseñan como separarse para que los hijos no sufran.

Aunque su discurso, durante la intervención es de crítica negativa hacia la figura materna, progresivamente, adquiere una actitud de escucha ante la necesidad, por el bienestar de menor, de paralizar esta dinámica y narrativa de cuestionamiento constante de la progenitora, ya que dificulta un desarrollo saludable del hijo. Por

otro lado reconoce que la madre quiere a los hijos y éstos a ella; aceptando que esto es común tanto en él como en la madre.

5. Entrevista conjunta entre el Sr. José y la Sra. Milagros.

Esta intervención se realiza debido a la queja realizada por la Sra. Rosa hacia la Sra. Milagros y al protagonismo que el Sr. José otorga a su pareja en la dinámica con los menores.

Narrativa de la Sra. Milagros: Se muestra colaboradora con el Servicio. Al principio de la intervención, se observa un posicionamiento demasiado protagonista de ésta hacia las decisiones de los menores, del mismo modo que su narrativa es la misma que la del padre de cuestionar constantemente la figura materna, opinando que la madre sólo pide dinero.

Actitud que ha tenido ella para colaborar en la solución de dificultades: A la hora de puntualizar sobre lo que hace ella para ayudar a disminuir las dificultades de los menores, comenta que suele hablar y tranquilizar a José, quien le tiene mucha confianza; sin embargo, se constata que, en muchas ocasiones, los mensajes que transmite al niño son de poner en duda, de una forma sutil, la actitud de la madre, haciendo pequeñas comparaciones con su buena actitud hacia él y su hermana.

Reflexión, narrativa diferente a la que expone: Se la legitima reconociendo que no siempre es fácil ocupar el sitio de nueva pareja con un padre y dos hijos. Por otro lado, se la connota positivamente reconociendo que cuando los niños están en casa con ellos se sienten bien atendidos por ella.

No obstante, aunque al principio se muestra resistente, cuestionando incluso, la intervención técnica, progresivamente, adopta una actitud de escucha, ante la necesidad, para el bienestar

de los menores (que son hijos del Sr. José y la Sra. Rosa), de colocarse en un rol secundario y ser únicamente una figura de soporte para el Sr. Pedro, respetando la figura materna y potenciando una buena relación parental entre el Sr. Pedro y la Sra. Rosa.

6. Exploración de los menores José y Begoña.

Ambos tienen una actitud colaboradora con el servicio, sin embargo, se hace evidente cierto nerviosismo. Se observa una relación fraternal asimétrica donde José desarrolla el rol de hermano mayor, manteniendo una actitud de superioridad respecto a su hermana, mientras ésta va confirmando lo que él dice.

José, sin que se le haga ninguna pregunta, dice que él y su hermana quieren vivir con el padre y tener un régimen de visitas con su madre. Sin embargo, se les clarifica que el objetivo de la intervención es conocer como están, a parte del conflicto existente entre los progenitores. Se les clarifica que éste es un problema de mayores, que ellos no han creado ni son responsables, por tanto, son los adultos que tienen que solucionarlo y no los niños; por este motivo, tienen que mantenerse al margen, sin implicarse, teniendo en cuenta que ambos progenitores los quieren. Progresivamente, los menores se van relajando, sobre todo José y la intervención se lleva a cabo sin ninguna dificultad.

Relatan la rutina cuando están con la madre, observándose que se desarrolla dentro de una funcionalidad. José, los lunes y los jueves, después de salir del colegio, entrena a fútbol, los martes va a clases de repaso, el miércoles con su padre y el viernes, sale un rato con los amigos. Begoña, los lunes y los jueves, por la tarde (en el mismo horario que José practica fútbol) va a clases de ballet, el

miércoles va con el padre y, el resto de días está en casa con la madre. Los fines de semana, comentan que suelen salir con la madre; José, durante unas horas de la tarde (tanto del sábado como del domingo), sale con los amigos. José manifiesta que está bien con la madre y que se divierte con los amigos. No obstante, comenta que antes se peleaba mucho con la madre; sin embargo, a la hora de concretar estos desacuerdos, su discurso es confuso, manifestando finalmente, que le obligaba a hacer los deberes, sin que se observe sufrimiento, ni rechazo hacia la figura materna.

Begoña manifiesta que está bien con la madre. Ante este comentario, José se queja diciendo que, cuando esta tiene algún problema con su madre, el padre dice que tiene que protegerla y, en consecuencia, él la defiende, de está forma ella, sin hacer nada, lo tiene todo solucionado y nunca tiene problemas. Evidenciando ciertos celos hacía su hermana.

220

Igualmente, comentan la rutina cuando están con el padre, observando que también se desarrolla dentro de una funcionalidad, explicando que los miércoles suelen hacer los deberes con el padre o con la Sra. Milagros, quien les suele hacer un pastel y, los fines de semana, suelen salir con ellos. Manifiesta buena relación tanto con el padre como con la Sra. Milagros.

Ambos expresan estar bien con la organización actual; José manifiesta que desconoce lo que tiene que pasar para estar mejor. Referente al rendimiento escolar, comenta que últimamente le va mejor, pero no sabe el motivo.

Durante la exploración se observa una relación fraterna no mala, pero, sin embargo, se detectan celos de José hacia su hermana, el cual, en algún momento, reacciona enfrentándose a ella. Igualmente, se evidencia un malestar del menor por la situación

familiar en la que se encuentra, estando en un conflicto de lealtades entre sus progenitores, sin observarse una contención y soporte de los progenitores que le aporte seguridad.

Respecto a Begoña, su hermano mayor le sirve de escudo ante el conflicto familiar, quedando ésta mucho más protegida que el primero.

En contacto telefónico con la escuela de José: nos remiten directamente con el Equipo de Atención Psicopedagógica (es un equipo de soporte para los alumnos con problemas). El Psicólogo informa que el equipo empezó a intervenir en noviembre '07, José había bajado considerablemente el rendimiento escolar y estaba ansioso, verbalizando el procedimiento judicial entre los progenitores que el padre le había explicado. Por otro lado, presentaba dificultades para aceptar los límites que se le ponían en el aula y no hacía los deberes escolares. En consecuencia, hubo una incidencia del Sr. Pedro con la tutora a quien cuestionaba como profesional. La madre tiene una actitud colaboradora con el servicio. En estos momentos, están intentando realizar un trabajo coordinado con el Centro de Salud Mental Infanto Juvenil, donde acude el menor. En el momento que se realiza la coordinación, se ha observado una mejoría en el menor, quien está más tranquilo en el aula y más concentrado en los estudios.

En contacto telefónico con la tutora de la escuela de Begoña, informa que la menor llega puntual y arreglada. Su rendimiento académico es correcto. Su comportamiento en la clase es bueno y su relación con los iguales también. No obstante, algunos días, tiene una actitud algo ausente. No han detectado ningún cambio en el estado de ánimo de la niña ni antes ni después de haber estado con el padre. La persona adulta de referencia con el colegio es la madre quien tiene una actitud responsable.

En contacto telefónico con el Psicólogo del Centro de Salud Mental, informa que sólo ha realizado dos intervenciones con José, éste presentaba sentimientos de angustia y rasgos depresivos debido al conflicto existente entre sus padres. El menor explicaba con un lenguaje adulto, el juicio del divorcio, siendo su discurso favorable al padre. La madre es colaboradora con el Servicio y han trabajado pautas educativas sobre la relación maternofilial. Al padre no lo han citado, ni se ha puesto en contacto con el Servicio. Valora importante poder trabajar con el progenitor. Del mismo modo, manifiesta que se está trabajando coordinadamente con el equipo escolar que ya interviene y expresa su acuerdo en colaborar con los equipos que puedan intervenir (pudiendo derivar, si lo considera necesario, a la familia a Terapia Familiar, previo a una Mediación).

7. Entrevista devolutiva.

Nota: Desde la primera intervención a la entrevista devolutiva, solo pasó un mes y una semana, no obstante, el cambio en la dinámica familiar fue significativo.

8. Posicionar las partes de forma positiva y responsabilizarlos como padres.

Sra. Rosa: Llega al Servicio contenta, manifestando que José, durante este último mes, ha estado más tranquilo y se ha enfrentado mucho menos a ella. En consecuencia, debido que la relación materno filial ha mejorado su autoestima como madre es más alta. Ante la posibilidad de hacer una entrevista conjunta con el Sr. Pedro, se niega, manifestando sentirse dolida por éste. No obstante, se observa capacidad para poder diferenciar sus necesidades de las del menor, la cual reconoce la importancia de tener una buena relación

parental con el Sr. José, reconociendo que ante las resistencias de éste desconoce cómo actuar, expresando su acuerdo en colaborar con los profesionales necesarios.

Sr. Pedro: Se felicita al Sr. Pedro por los cambios observados en el menor, en este punto, reconoce que ha ido disminuyendo sus comentarios de desprecio hacia la madre a los menores, sobre todo a José; al mismo tiempo, se observa una voluntad de intentar poner límites a la Sra. Milagros, y ayudarla a colocarse en un lugar secundario en toda esta dinámica. Mantiene una actitud de escucha ante la intervención técnica, comprendiendo que la figura materna es igual de importante que la paterna para el desarrollo de los menores; en este sentido mediatizar al niño en contra de la madre, cuestionar las pautas educativas de ésta, así como explicarle temas judiciales, lo coloca en un conflicto de lealtades, del cual él no sabe salir. En consecuencia, José presenta dificultades para integrar la norma, ya que la norma materna es cuestionada y la escolar también, dificultándoles un desarrollo tranquilo y saludable. Al mismo tiempo la diferente dinámica construida entre los hermanos, está provocando una rivalidad fraternal. En este sentido, reconoce la necesidad de tener un soporte y expresa su disposición a colaborar con los profesionales.

9. Conclusión.

Al principio de la intervención, se observaron varias interferencias en las habilidades parentales de esta familia, que de mantenerse, podrían comprometer el desarrollo de los hijos, tanto individual como en la relación fraternal. El hecho de haber dado herramientas a los progenitores, responsabilizarlos como padres, ayudarles a descentrarse del conflicto y focalizar su atención en su

labor parental, para desarrollar su objetivo común que es que sus hijos tengan un buen desarrollo ya que ambos los quieren, les ha ayudado a intentar construir una relación parental funcional futura.

CUSTODIA COMPARTIDA..., SÍ PERO NO.

Isaac Tena Piazuelo
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

1. Introducción.

La guarda es un fenómeno que, durante su reciente reforma legal, pasó un tanto confundido, oscurecido, en el torbellino provocado por reformas sonadísimas: ni más ni menos que las del matrimonio homosexual, y el nuevo divorcio, que inicialmente reclamaron la mayor atención social. Sin embargo son muchas las esperanzas que se han depositado en la guarda conjunta. Pues se atribuye al modelo la virtud de hacer más llevadera para los hijos la ruptura de los padres. Incluso se dice que puede aliviar los términos de la disputa entre los padres, reduciendo también –finalmente- el número de divorcios. No es poco lo que se espera de la custodia compartida. Aunque tiende a olvidarse que la guarda alterna no puede estudiarse con abstracción del fenómeno más amplio en que se desarrolla. Es decir, el marco general en que debe estudiarse la guarda compartida es la crisis de pareja, matrimonial o no. Dicho de otro modo, la guarda compartida debería formar parte integrante de los nuevos procedimientos de gestión de las crisis de pareja, mediante una previsión bien madurada, ajena a toda suspicacia de matiz político, más orgánica u organizada.

Solamente el tiempo, todavía corto desde la instauración de la custodia compartida, dirá si se ha tratado o no de un acierto, en

virtud de lo que se pueda constatar a partir de la reducción o del incremento de los litigios sobre custodia, su mayor o menor acritud, y, por encima de todo, a partir del estudio de la situación de los menores que hayan sido objeto de tal medida. Una valoración crítica de la custodia en términos taxativos, no resulta fácil, pues ofrece aspectos positivos y otros que cuando menos se prestan a la duda.

Yo mismo abrigo alguna reserva sobre si era preciso tanto *aparato*, tanto ruido como está acompañando la implantación de la alternancia de guarda. Cuando la guarda se fundamenta en un correcto entendimiento de los progenitores (que, si lo hay, no surge solamente por virtud de una ley) probablemente hubiera bastado con reconocerla de manera explícita, dejando que los tribunales siguieran contando con la posibilidad de concederla o denegarla en función de cómo resultase mejor protegido el interés del menor. En vez de enfatizar los derechos de los padres que, las más de las veces, es lo que realmente parece que se reivindica en las movilizaciones – últimamente tan frecuentes- de los colectivos en que se organizan.

Considero igualmente que el legislador, en vez de ahorrar la guarda en situaciones de crisis familiar, debería haber buscado la raíz de los problemas que en esos casos se originan, recurriendo de una manera más decidida a mecanismos como la mediación (que está llamada, sin duda, a tener un papel muy relevante en los modernos procedimientos de gestión de las crisis familiares). El impulso legal de la mediación familiar debería haber discurrido en paralelo con el de la custodia alternada; y sin embargo no ha sido así, al menos a nivel estatal: ahí está todavía, estéril de desarrollo, la Disposición final tercera de la Ley 15/2005 *"El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación..."*.

Esas dudas o vacilaciones son las que he procurado reflejar en el título de una comunicación a este Congreso: "Custodia

compartida..., sí, pero no". No se trata de un mero juego de palabras. Creo que el desarrollo normativo de la custodia compartida fue -en la reforma legal de 2005- meramente coyuntural o de ocasión, y en el fondo poco realista. Y lo malo es que la realidad impone su propia evidencia, y deja al descubierto algunas contradicciones que simplemente trataré de enumerar ahora.

- La primera, ¿por qué, apenas estrenada la reforma legal, se vienen sucediendo hasta ahora mismo las manifestaciones de los colectivos de padres -principalmente varones- exigiendo una nueva reforma del instituto? Las asociaciones surgidas al calor de ese espíritu reivindicativo son variopintas: también hay colectivos de abuelos, o de hijos ya adultos de padres separados o divorciados, que abogan por la custodia compartida. Incluso alguna de esas asociaciones ha anunciado su voluntad de constituirse en partido político para concurrir a las próximas elecciones europeas, y como propuesta tiene la de lograr que la custodia compartida sea obligatoria en nuestro país.

- ¿Por qué las decisiones de los tribunales han conseguido alterar tan poco la realidad preexistente? El cambio resulta imperceptible -y no estoy diciendo que tal cambio fuera necesario-. Todavía se mantiene el tópico de que en un 90% de los casos son las madres las que obtienen la custodia de los hijos, tanto por mutuo acuerdo entre los progenitores, como porque tal vez se sigue considerando que ésa es en todo caso la medida más conveniente al *favor filii*. Como señala algún estudioso del fenómeno, la custodia femenina es prácticamente automática, y si se otorga al varón es por demérito de la mujer.

- ¿Por qué las estadísticas arrojan que la custodia de los hijos solamente se comparte en un 10,8% de las rupturas? ¿A qué se debe, a los propios padres, a los jueces, al interés real de los hijos?

¿Se ha frustrado la previsión del legislador? ¿No ha podido con la realidad social? O ¿acaso tal reforma no era tan necesaria?

- Y en los casos en que judicialmente se adoptan medidas de custodia compartida ¿por qué tanta diversidad de soluciones, que parecen quedar a la imaginación individual de cada juez? Hace poco descubríamos con algunas sentencias de gran repercusión mediática, que la convivencia que propicia la custodia compartida puede imponerse en la casa de los hijos, en vez de en la respectiva vivienda de cada progenitor, o que la custodia compartida no implica necesariamente una proporción por mitades, y que por ello mismo todavía es posible obligar a los progenitores a cubrir económicamente las diferencias que resulten de la atribución de períodos desiguales de tiempo de convivencia.

- ¿Por qué, en todo el Estado, estamos tan pendientes de la reformas que se tratan de introducir en la CA catalán en el borrador del Libro II del Código civil de Cataluña, la terminología que se utiliza (“responsabilidad parental con carácter compartido”), la obligatoriedad de la custodia compartida como regla general...?

- ¿Por qué tenemos tan pocas certezas todavía sobre la trascendencia de unas u otras medidas de guarda sobre los propios menores? La anécdota puede ser la propia discusión sobre si existe o no el Síndrome de Alienación Parental.

- ¿Qué ha supuesto realmente la reforma, por la que se introdujo en el Código la –mal llamada- custodia compartida, es decir una previsión de custodia alterna o alternada? Más bien parece que el nuevo régimen puede resultar, incluso, más restrictivo que el silencio del Código, luego explicaré por qué.

Demasiados interrogantes... pocas certezas..., que tal vez justifiquen el título escogido para esta modesta comunicación al Congreso.

2. La guarda compartida. Precedentes legales y terminología.

La guarda compartida fue una novedad muy específica entre las contenidas en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio; aunque en realidad su trascendencia ha resultado un tanto oscurecida por las otras novedades que aquella Ley contiene. A ese respecto hay que tener en cuenta el renovado artículo 92 del Código, como luego veremos. La guarda compartida parece suponer la posibilidad de que, no obstante una ruptura de la comunidad de vida o la convivencia entre los padres (porque su matrimonio entra en crisis jurídica, o simplemente se pone fin a una unión no matrimonial), ambos ejercen la guarda conjuntamente. Al menos ésto es lo que, *prima facie*, puede desprenderse del propio término con que se designa el fenómeno. En otras palabras, se trata de la ficción consistente en procurar el mantenimiento de una normalidad familiar que realmente se ha perdido: todo queda más o menos igual en cuanto a la relación que tienen los hijos con sus progenitores, con la salvedad de que éstos ya no viven juntos.

Tal vez no deba caer en saco roto el juicio crítico con el que significados juristas han valorado la custodia compartida; en tal sentido, Seisdedos Muiño, A. (2005). Las medidas relativas a los hijos en los procesos de divorcio y separación matrimonial: primera aproximación al nuevo texto del Código Civil (ley 15/2005), *Aranzadi civil*, nº 22 (abril de 2005), 2393-2410. Así Carrasco Perera, observa

-con toda razón- que el presupuesto en que se basa, por no resultar fácil que concurra, resta utilidad a la medida: para que exista una custodia compartida, las partes tendrían que ser capaces de reproducir después de la ruptura una situación colaboradora similar a la existente antes de aquélla; mas con ello se desconocen el hecho mismo de la ruptura y las causas que llevan a ella, y se recrea la necesidad de mantener incólumes los canales de comunicación de la pareja; la custodia compartida necesita casi reproducir la situación familiar prerruptura, haciendo peligroso el incremento de intensidad de la vieja relación, que los "ex" querrían (se supone) dejar atrás, y dificulta la expectativa de construir una nueva vida sin la presencia del otro; Por lo demás, si entre los padres existe este nivel de comprensión, empatía y solidaridad necesarios para construir una custodia compartida, ya se cuidarán de hacerlo, al margen de las previsiones legales (Carrasco Perera, A. (2005). Tribuna sobre guarda compartida. [Documento WWW]. URL <http://www.separadasydivorciadas.org/custodiacompartida.pdf>).

La guarda compartida, al parecer, si nos atenemos a la razón de la ley, podría ser una modalidad de guarda apreciada socialmente, en cuanto resulta conveniente tanto los esposos o progenitores en crisis como también para los menores que fueran objeto de tal medida. Entre otras consecuencias podría comportar la disminución del número de hogares monoparentales, que suele percibirse como signo de una cierta desestructuración social. En particular, han sido los colectivos de padres (varones) separados y divorciados, los que vienen reivindicando esta nueva modalidad de guarda. Por el contrario resulta curioso constatar que la guarda compartida no ha sido excesivamente bien recibida, en general, ni por la doctrina ni por los tribunales europeos, en cuanto se suele considerar que resulta poco conveniente para el hijo. En este sentido ha sido paradigmática

la resistencia de los tribunales franceses (al menos así sucedía hasta la importante reforma del Derecho francés en esta materia, en el año 2002). A lo sumo se admitían formas de *guarda alternada*, en que los padres se repartían por períodos más o menos amplios la compañía del hijo y el ejercicio de su guarda.

En sí misma la guarda compartida puede resultar un sistema satisfactorio para los padres, mas en cuanto a los hijos tal vez comporta una mayor dificultad (sobre todo en los de temprana edad) en orden a su estabilidad, ya que tienen que adaptarse sucesivamente a ambientes y modos de vida diferentes. Son muchas las esperanzas que, los partidarios de la reforma, han depositado en la custodia compartida, sobre todo si se la contrasta con la custodia exclusiva. En este sentido resulta muy interesante el "Informe Reencuentro" (Madrid, 2002) elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE). Aquí se destacan, entre otras consecuencias ventajosas de la guarda compartida, efectos favorables tanto para los hijos, como para sus padres. En cuanto a los primeros: se dice que mejora su adaptación al propio entorno, e incluso su rendimiento escolar, proporciona mayor satisfacción en la distribución de los tiempos de convivencia, incrementa la autoestima del menor, mejora su relación con ambos progenitores, le evita problemas psíquicos y reduce el estrés psicossomático, produce menos interferencias de nuevas parejas de los progenitores, e incluso disminuye las probabilidades de maltrato físico. En cuanto a la utilidad para los padres (según la misma fuente): origina menos conflictividad (que la custodia exclusiva) y más cooperación, más satisfacción en la relación con los hijos, recurren menos a los castigos físicos, a la presión psicológica y a la culpabilización del otro progenitor, y facilita el cumplimiento de las obligaciones económicas.

También se afirma que los regímenes de coparentalidad favorecen un aumento del nivel de vida de los niños, pues al ser cada uno de los progenitores quien satisface inmediatamente las necesidades del menor cuando convive con él se les anima a mejorar su situación económica y la de sus hijos; al contrario –se dice- de lo que sucede con la custodia exclusiva, pues el progenitor no custodio, que paga las pensiones alimenticias, se ve desincentivado económica y profesionalmente, tanto como el progenitor custodio que se hace dependiente de dichas asignaciones económicas que el otro satisface.

Por si este halagüeño panorama no fuese suficientemente estimulante para la adopción de la custodia compartida, también se ha dicho que tiene la virtud de reducir las tasas de divorcio. El argumento de esta conclusión parece basarse en que la mecánica de la custodia exclusiva favorece desmesuradamente los intereses de una de las partes, de tal modo que resulta tentador conseguirla a través del divorcio; y, correlativamente, si el sistema de guarda fuese distinto (es decir, si se reemplazase por la guarda conjunta), podría pensarse que pierde interés el divorcio, en cuanto no puede lograrse tanto como se conseguía con la custodia exclusiva. De tomarse por cierto este planteamiento, ¿cabría formular el corolario de que es la custodia exclusiva la que, hasta la aparición de la nueva modalidad de guarda, ha incentivado los índices de divorcio?

Sin desconocer las ventajas y los inconvenientes que puede reportar la guarda compartida, pienso que habrá que esperar algún tiempo para valorar la trascendencia de su introducción en nuestro Derecho: el necesario para poder tener una opinión fundada en la nueva litigiosidad de las relaciones familiares en cuanto a la guarda, y sus consecuencias en la maduración, el desarrollo de la personalidad y el bienestar de los hijos. Aunque no es menos cierto que, tal vez por la novedad de la institución, resulta un tanto difícil

entender que se puedan crear (mejor dicho, que resulte conveniente en todos los sentidos) dos distintos modelos de convivencia, a modo de compartimentos estancos, del hijo con sus respectivos progenitores. Frente a esa objeción se ha dicho que la guarda conjunta es *necesaria*, pues lo que está en juego es, ni más ni menos, una cuestión de derechos humanos: los del niño a seguir manteniendo vínculos estrechos con ambos padres, tras su divorcio, y también el de éstos a seguir siendo padres plenamente.

Por otra parte conviene matizar el alcance de la novedad que ha supuesto el reconocimiento positivo de la guarda conjunta. En realidad no es tan novedosa, pues aunque el Código no se refería expresamente a ella, antes de la reforma, tampoco la prohibía, la doctrina científica reconocía su posibilidad, y algunos Tribunales – aunque fuera de modo excepcional- la venían aplicando (*vgr.* STC de 15 de enero de 2001; que vino a confirmar la sentencia de la AP de Valencia de 1 de septiembre de 1997, que concedió a un padre el régimen de guarda compartida). En la doctrina científica no faltaban autores (García Pastor, M., (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana) que consideraban que cabría, de hecho, la guarda conjunta mediante la adopción de un derecho de visita amplio (o con amplios períodos de convivencia).

3. Regulación actual de la custodia compartida.

¿Cómo se perfila la guarda en el sistema vigente? El renovado art. 92 CC ha configurado un sistema ciertamente complejo de atribución de la guarda, mediante una superposición de reglas, en que tan pronto se da preferencia al acuerdo de los padres, como al poder discrecional del juez. Aunque éste deba contar con el informe

del Ministerio Fiscal, y deba dar al menor la oportunidad de ser oído, además de los dictámenes a que se refiere de manera imprecisa (pues no se determina la especialidad) el número 9 del art. 92 CC. Creo que lo primero, atender al acuerdo de los progenitores, debe tener carácter de regla, mientras que la otra posibilidad constituye la excepción. Por otra parte, tanto la voluntad de los progenitores como la del Juez pueden ir ya en el sentido de encomendar una guarda exclusiva (total o parcial) o bien la compartida. Igualmente, en este aspecto, considero que la guarda exclusiva constituye regla general, pese a la novedad de la guarda compartida que resulta verdaderamente lo llamativo, y que en sí misma no deja de resultar excepcional. Así puede deducirse del número 4 del art. 92 CC que confiere cierto automatismo al sistema tradicional de guarda, cuando lo pidan los padres o lo acuerde el Juez (Seisdedos Muiño). Mientras que, cuando se trata de la guarda compartida, aunque la elección del sistema resulte de un *acuerdo de coparentalidad* entre los padres, el número 5 del artículo 92 CC impone la adopción de ciertas cautelas. Precisamente es en este aspecto de la concesión de la guarda compartida donde se provocan las mayores tensiones: la imposibilidad de llegar los progenitores a un acuerdo hace que la custodia compartida tenga carácter excepcional, ya que el Juez eventualmente podrá otorgarla (*cf.* el apartado octavo del art. 92) a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Han sido las asociaciones de padres (varones) separados y divorciados las que han convocado diversas manifestaciones, reivindicando que el nuevo art. 92 se vuelve a modificar para establecer que la regla general en la atribución de la guarda sea su carácter compartido, sin necesidad de un acuerdo previo de coparentalidad. La propuesta no resulta en absoluto descabellada, no en vano el anteproyecto de Código de

Familia de la Comunidad Autónoma de Cataluña establece que los jueces habrán de otorgar de manera preferente la custodia compartida de los hijos cuando sus padres se separen o divorcien y no haya acuerdo. En el modelo francés la regla general es que dicha forma de guarda se solicita por ambos padres; en los demás casos, a falta de acuerdo entre ellos, en las tres cuartas partes de los casos la residencia habitual del menor se establece con uno de sus progenitores, en la mayoría de las ocasiones con la madre. En el sistema francés (como también ha sucedido con nuestra custodia compartida) se hace recaer sobre los jueces buena parte de la responsabilidad para determinar el régimen de ejercicio de la autoridad parental; ello no obstante el arbitrio judicial está auxiliado, además del papel que corresponde al fiscal, por la posibilidad que tienen aquéllos de recabar un informe elaborado por un especialista (un *informe social*), y por el específico recurso a los mecanismos de mediación familiar.

El *favor filii*, es un criterio que vincula al juez a la hora de resolver lo procedente en la atribución de la guarda. Al tratarse aquél de un principio general, no tiene mayor relevancia la falta de referencias al mismo en determinados aspectos. Si se observa el tenor literal del art. 92 solamente en dos apartados, el cuarto y el octavo, se alude al beneficio del hijo. Aunque resulta obvio que esa misma ha de ser la regla de actuación en los apartados quinto, sexto y séptimo.

Además el número 7 excluye la guarda conjunta en las situaciones extremas que enumera. No parece que la relación de causas que impiden atribuir a uno de los progenitores la guarda constituya un catálogo taxativo o cerrado (por más que, si llega a darse alguna de ellas, el tenor imperativo –“*No procederá la guarda conjunta...*”- de la norma deba excluir toda posibilidad de que el Juez

resuelva de otro modo). Pues además de que pudiera alargarse esa relación de circunstancias, el buen juicio hará que se subsuman en el principio del beneficio del hijo que debe apreciar el Juez en todo caso.

Al parecer la reforma ha optado con preferir la voluntad del juez en la atribución de la guarda, teniendo en cuenta lo que dispone el número 8 del art. 92 a modo de cláusula de cierre, aún con las precisiones que luego haré.

4. Actuación práctica de la guarda compartida.

Sin duda, de todos los intereses en juego, el que realmente debe justificar en su caso tal medida es el interés del menor, el *favor filii*. Debe asegurarse un equilibrio entre el interés del menor y los derechos de los progenitores, teniendo en cuenta que la guarda no es solamente un derecho de los padres, sino una función, un combinado de derechos y de obligaciones. Llevando a la práctica tal principio, bien podría suceder que la propia regla de igualdad de los progenitores debiera ceder en *pro* de un tratamiento desigual de los mismos, siempre que eso fuese lo que mejor conviniera al interés del hijo.

Una de las cuestiones más llamativas que se plantearon en el debate parlamentario (y correlativamente en los medios de comunicación) de la guarda compartida fue si puede tratarse de una medida no querida por los padres, sino impuesta judicialmente. Dicho de otro modo, ¿para que proceda la modalidad compartida, resulta preciso que la interese alguno de los progenitores, o ambos de consuno? La respuesta es que siempre resultará necesario que -al menos- uno de los padres solicite la guarda compartida. Lo cual, a su vez, debe explicarse relacionando lo que es una regla general con su correspondiente excepción. La regla general es la contenida en el

apartado quinto del art. 92 CC: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento”*. Mientras que el apartado octavo de aquel precepto dispone que: *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. En suma para que, sin acuerdo de ambos progenitores, el Juez pueda acordar la guarda compartida se precisan tres requisitos: la solicitud por parte de uno de ellos, la conformidad del Fiscal, y además que pueda invocarse como fundamento de la decisión judicial la efectiva protección del interés del menor. De tal modo que creo que no basta por sí solo el interés de uno de los padres, para que de manera automática deba adoptarse la guarda compartida ya que, con independencia de las consecuencias que pudieran originarse por un informe del Ministerio Fiscal contrario a aquella medida, habrá que recordar el carácter prevalente del principio de protección del menor. Y, por la misma razón, tampoco el Juez estará vinculado por la solicitud de ambos progenitores que estuvieren de acuerdo en la guarda compartida, si no es eso lo que conviene al interés del menor.

Otra cuestión interesante a efectos prácticos es la de cómo se reparten los períodos de convivencia. Una vez más, a falta de unas pautas expresas que el Derecho no ofrece, será el arbitrio judicial el que tenga que resolver esta cuestión atendido lo que mejor interese al menor, en función de un conjunto amplio de las circunstancias que afectan tanto a ambos padres (lugar de residencia, condiciones de vivienda, obligaciones laborales...) como a los hijos (centros

educativos, atención sanitaria, lugares de ocio, proximidad de otros parientes y de las amistades del menor...). Desde las asociaciones de padres se sugiere que la alternancia semanal (precisamente ésta es la regla general de alternancia en la coparentalidad francesa) resulta la fórmula más conveniente cuando los domicilios de los padres están próximos geográficamente; al mismo tiempo se recomienda que el ritmo de alternancia de hogares sea más frecuente cuanto menor sea la edad del niño.

CONCLUSIONES AL I CONGRESO MULTIDISCIPLINAR SOBRE INTERFERENCIAS PARENTALES TRAS LA RUPTURA DE PAREJA. "POR UNA COPARENTALIDAD RESPONSABLE". Celebrado en Santiago del Compostela, del 11 al 13 de diciembre de 2008.

Este Congreso ha recibido un amplio apoyo institucional, acudiendo a la clausura del mismo la tercera autoridad del Estado, el Presidente del Congreso de los Diputados, Excmo. Sr. D. José Bono Martínez.

Igualmente, a la inauguración han asistido las siguientes autoridades:

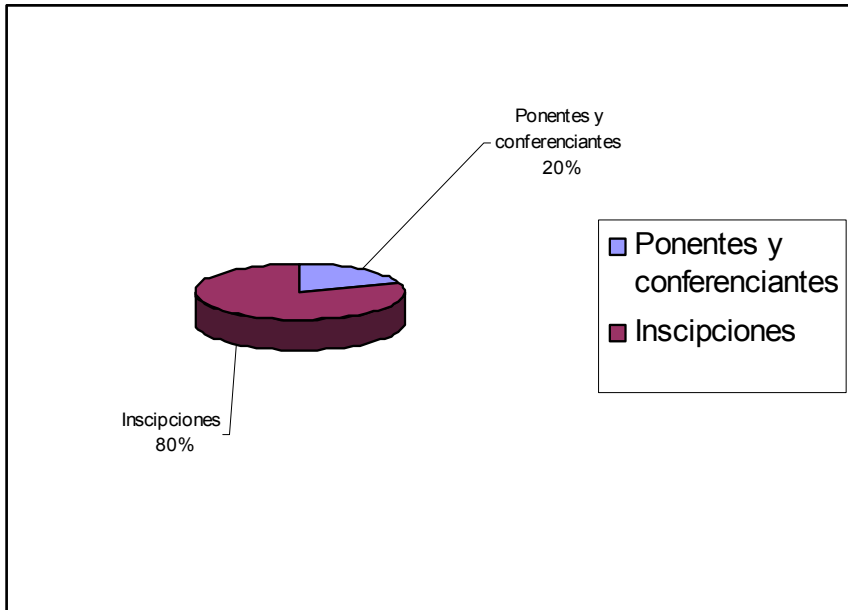
- Excmo. Sr. D. Carlos Varela García. Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- Excmo. Sr. D. José Manuel Mayán Santos. Vicerrector de Comunidade Universitaria e Compromiso Social de la Universidad de Santiago de Compostela.
- Ilma. Sra. D^a Mar Martín García. Concejala de Bienestar Social del Concello de Santiago de Compostela.
- Ilmo. Sr. D. José Julio Fernández Rodríguez. Vicevaledor Primero do Pobo de Galicia, encargado de los temas de Infancia.
- Ilmo. Sr. D. Evaristo Nogueira Pol. Decano del Colegio de Abogados de Santiago de Compostela.

Asimismo, las autoridades e instituciones asistentes a la clausura del Congreso han sido las siguientes:

- Excmo. Sr. D. José Bono Martínez. Presidente del Congreso de los Diputados.
- Excmo. Sr. D. Xosé Antonio Sánchez Bugallo. Alcalde de Santiago de Compostela.
- Excma. Sra. D^a Micaela Navarro Garzón. Consejera de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.
- Excma. Sra. D^a Begoña Santos Fernández. Directora Xeral de Xustiza de la Xunta de Galicia.
- D. Manuel Sáñez Macho. Presidente de UNICEF Galicia.

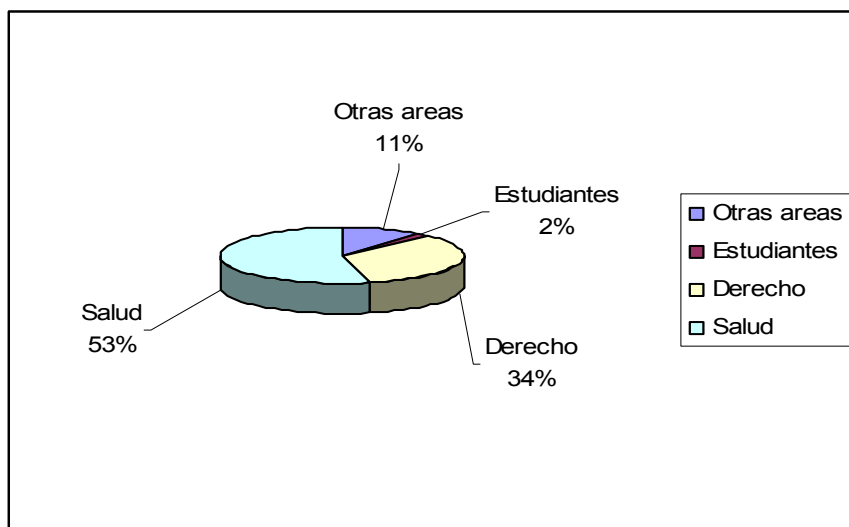
El interés por este evento científico se puede apreciar, de igual modo, en el amplio número de participantes en el mismo, que podemos precisar en 189. De ellos, 151 (80%) han sido inscripciones y 38 (20%) ponentes y conferenciantes (Gráfico 1).

Gráfico 1. Participantes en el Congreso



Por áreas (ver Gráfico 2), los asistentes provienen fundamentalmente del ámbito de las Ciencias de la Salud (53%) y del Derecho (34%). Aunque también se pueden apreciar participantes de otras áreas (11%) tales como psicopedagogía, pedagogía, magisterio, trabajo social o educación social. Mientras, como cabía esperar, el porcentaje de estudiantes que han participado ha sido muy bajo (2%).

Gráfico 2. Áreas de adscripción de los asistentes



Las aportaciones de los participantes, como hemos visto, mayoritariamente profesionales, ha permitido generar un debate altamente enriquecedor. De esta manera, se ha constatado que, en numerosos casos de ruptura de pareja, los menores se encuentran sometidos a nocivas interferencias parentales. Partiendo de esta realidad, evidenciada por los profesionales del Derecho (abogados, fiscales, jueces y magistrados), los profesionales del ámbito de la Salud (psiquiatras infantiles, médicos y psicólogos), los psicólogos forenses, los técnicos de los Puntos de Encuentro Familiar, así como aquellos de los equipos psicosociales de los Juzgados, se han podido señalar las siguientes conclusiones:

1. La celebración de este tipo de jornadas científicas resulta altamente positiva, dado que contribuyen, de forma notable, a la investigación y conocimiento de una realidad compleja, al intercambio de información y experiencias profesionales y a la

búsqueda de soluciones que pueden ser utilizadas para la mejora de las diferentes actuaciones multidisciplinares en materia de ruptura de pareja y mantenimiento de las relaciones entre los progenitores, sus hijos y resto de sus familias.

2. Las rupturas de pareja conllevan que los hijos presenten un incremento de riesgo de padecer problemas de carácter físico y psicológico, cuya intensidad se encuentra relacionada con el nivel de conflictividad del proceso de separación o divorcio, así como con su persistencia temporal. La magnitud de este fenómeno social y la gravedad de sus repercusiones exigen que estos procesos sean abordados como problemas de Salud Pública.
3. Las interferencias parentales, es decir, la obstaculización de la relaciones de los hijos con alguno de sus dos progenitores sin que exista causa que lo justifique, entre las que destaca, por su gravedad, la alienación parental, es el principal problema derivado de las rupturas de pareja. Se hace necesario profundizar en su investigación y conocimiento científico, a fin de que estos cuadros puedan caracterizarse, prevenirse y atenderse con el menor daño posible a los derechos e intereses de los menores. En todo caso, su diagnóstico y detección se hace imprescindible a fin de diferenciarlo de otras causas que provocan la situación de interferencia y que pueden ser imputables al propio progenitor rechazado.
4. Se considera necesaria la formación y la especialización de los profesionales que trabajan en este ámbito.
5. Desde el campo del Derecho, se considera fundamental la creación de una jurisdicción específica en Derecho de Familia, con procedimientos especialmente adaptados a las materias que lo integran, con extensión de los órganos jurisdiccionales apropiados y, por tanto, con especialización de los jueces,

magistrados, fiscales y secretarios judiciales en los asuntos de Familia.

6. Magistrados, jueces, fiscales y abogados han de registrarse por los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y, por ende, velar por la protección del interés superior del menor por encima de cualquier otro.
7. Los abogados de familia han de asumir el rol de defensor de los intereses de los menores y así hacérselo entender a sus clientes.
8. La justicia de familia debe estar dotada de instrumentos legislativos específicos basados en los principios propios de la materia. Principalmente, celeridad, oficiosidad y economía procesal.
9. Los profesionales que integran los equipos multidisciplinares y el personal al servicio del juzgado deben estar capacitados, cualificados y sensibilizados específicamente en Derecho de Familia. Así, los psicólogos que desempeñen su labor en este ámbito han de poseer una formación en Psicología Jurídica y Forense, enmarcada en la enseñanza universitaria de posgrado.
10. Se considera que la mediación es un mecanismo idóneo para la resolución eficaz de la mayor parte de los conflictos familiares. Por ello, se considera necesaria su extensión, así como el establecimiento de mecanismos que aseguren una adecuada formación de los profesionales que vayan a actuar como mediadores o conciliadores, enmarcada en la enseñanza de tipo universitario.
11. El establecimiento de la custodia compartida sobre los hijos, en sus variadas modalidades, es la fórmula que mejor defiende los intereses de los menores implicados, ya que proporciona las bases para el ejercicio de la coparentalidad tras la ruptura de pareja, si bien, cada caso debe ser estudiado y analizado individualizadamente.

12. Es importante continuar investigando y trabajando en este ámbito, de forma multidisciplinar, para incrementar el conocimiento sobre estos temas y poder llevar a cabo abordajes ajustados a las necesidades de cada menor y las posibilidades de sus familias. En este sentido, se ha aprobado la celebración de un II Congreso Multidisciplinar sobre Interferencias Parentales tras la Ruptura de Pareja, que tendrá lugar en Barcelona, durante el año 2010, auspiciado por ASEMIP, tal y como ha acordado esta Asociación.

En Santiago de Compostela, a 13 de diciembre de 2008.

El Comité Organizador