

“Divorcio contencioso con hijos menores. Repercusión del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación en el ámbito familiar.”

PACHO JIMÉNEZ, Miriam

Resumen: La reciente aprobación del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación supone un importante paso de futuro en la aplicación de este mecanismo de resolución de conflictos dentro del ámbito familiar alternativa a la jurisdicción. Pese a las enormes ventajas que la mediación otorga a las partes en conflicto, a quienes ofrece la posibilidad de obtener una solución a sus problemas más adaptada a sus necesidades e intereses, a día de hoy este mecanismo no ha conseguido desplegar todo su potencial. El objetivo del presente trabajo es delimitar la repercusión de la mediación en los procedimientos de divorcio contencioso con hijos menores bajo la perspectiva propuesta por el citado Anteproyecto de Ley, partiendo de las carencias jurídicas existentes en la actualidad que impiden ofrecer al ciudadano una óptima salvaguarda de sus intereses y de los hijos menores afectados.

Palabras clave: mediación familiar, divorcio contencioso, protección del menor, prevención

1.- Introducción.

La mediación es un mecanismo de resolución de conflictos alternativa a la jurisdicción, que proporciona a los ciudadanos la posibilidad de obtener una solución a sus problemas más adaptada a sus necesidades e intereses que la que podría derivarse de una previsión legal¹ de carácter impositivo. La particularidad de este medio de solución de controversias radica, de un lado, en su carácter voluntario y, de otro, en la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutral que, si bien carece de poder autorizado de decisión, ayuda a las partes en disputa a alcanzar su propio arreglo mutuamente aceptable².

Como pone de manifiesto Soletto Muñoz, “se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar”³.

Lamentablemente, y pese a las enormes ventajas que este método alternativo otorga a los contendientes, no se ha conseguido desarrollar en plenitud todo su potencial (debido, quizá, a la falta de cultura de la mediación en nuestra sociedad⁴), motivo por el cual el Gobierno ha aprobado recientemente un Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación.

En lo que aquí respecta, el objetivo del presente trabajo es tratar de delimitar la repercusión de la mediación en el ámbito familiar (y más concretamente, en los procedimientos de divorcio contencioso con hijos menores), bajo la perspectiva propuesta por el citado Anteproyecto de Ley, partiendo de las carencias jurídicas existentes en la actualidad que impiden ofrecer al ciudadano una óptima salvaguarda de sus intereses y de los hijos menores afectados.

¹ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Preámbulo, I.

² MOORE, C.W.

³ SOLETO MUÑOZ, H. “La mediación vinculada a los tribunales”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., Mediación y solución de conflictos..., op. cit., pág. 245

⁴ ORTE Y BALLESTER, 2007: “...buena parte de las actitudes que impregnan nuestra cultura de la resolución de conflictos tienen que ver con el todo o nada, con la fuerza y la debilidad y con el ganar o perder”

2.- Crisis familiar: los procedimientos de divorcio contencioso con hijos menores.

“Llegó un punto en el que le cogí un asco increíble a mi madre. Me creía todo lo que mi padre y su familia me contaban sobre ella y se lo echaba en cara. La machacaba”. Así de estremecedor es el relato⁵ de una joven de tal sólo 18 años que ha tenido que madurar a pasos agigantados forzada por la conflictiva separación de sus padres durante su infancia y adolescencia. Y como ella, miles de niños víctimas de la separación contenciosa de sus progenitores, que se ven inmersos en multitud de ocasiones en el llamado “síndrome de alienación parental”⁶.

Según los datos obrantes a la fecha, durante el año 2016 en España se registraron un total de 22.542 divorcios contenciosos⁷, de los cuales 7.336 fueron derivados a mediación intrajudicial, y tan sólo 838 terminaron el proceso con avenencia⁸. Una cifra que continúa siendo muy baja con respecto a los potenciales beneficios que se esperan de la figura de la mediación en una sociedad moderna y en constante evolución.

Mi experiencia personal como Letrada de familia me permite señalar que existe una mayor posibilidad de alcanzar un acuerdo exitoso en aquellos casos en que se deriva de forma temprana, ya que las confrontaciones entre progenitores suelen ser recientes y generalmente no ha dado tiempo a que los conflictos que surgen en el desarrollo de las medidas derivadas del divorcio se enraícen.

Así las cosas, y siendo conscientes de los anteriores datos estadísticos, el citado Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación impone a las partes contendientes la obligación de acudir a un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas, entre ellas las de divorcio. Ciertamente, y basándonos en la voluntariedad de este método alternativo de resolución de conflictos como nota definitoria del mismo⁹, resulta cuanto menos sorprendente la imposición que establece el nuevo marco legal, si bien y a efectos de salvar la contradicción planteada el propio Anteproyecto, reconociendo el carácter voluntario de la mediación, fija como obligatorio el intento con carácter previo. O, lo que es lo mismo, conjuga un inteligente juego de palabras al que denomina “obligatoriedad mitigada”, diferenciando el proceso en sí mismo de la mediación, que reconoce voluntario, de la obligación de acudir a una sesión previa de mediación, que pretende obligatorio.

Sea como fuere y en lo que aquí respecta, retomando la importancia de la figura de la mediación en los procedimientos de divorcio contencioso, no podemos obviar que la utilización de este método previa a la vía judicial, hoy en día, favorece el acuerdo en hasta un 80% de los casos, mientras que las derivaciones que se efectúan en los Juzgados una vez iniciado el proceso desciende hasta el 48%¹⁰.

Tomando como base los anteriores datos debemos trabajar en la idea de que el objetivo se basa en alcanzar una solución óptima para las necesidades propias de cada unidad familiar y, particularmente, en salvaguardar los intereses y derechos de los hijos menores, partiendo de los problemas que nos encontramos en la práctica a los que nuestro actual Ordenamiento Jurídico no puede dar respuesta rápida y eficaz, e intentando definir qué repercusión tendría sobre ellos la mediación.

⁵ GUEDE, A.

⁶ “El síndrome de la alienación parental (SAP) es un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una gramación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo”. ESCUDERO, A. *et al.*

⁷ <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=20534>

⁸ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Datos de Justicia. *Boletín Información Estadística*. Nº 49. Marzo 2017, pág. 14

⁹ CARRETERO MORALES, E.

¹⁰ MARTÍN GONZÁLEZ, E. *et al*

3. El papel de la mediación.

El primer conflicto que surge tras la crisis familiar radica en fijar las medidas reguladoras de las nuevas relaciones entre progenitores y de éstos con sus hijos menores. Cuando se ha descartado la posibilidad de entendimiento entre las partes, generalmente a causa de la tensión existente tras una ruptura traumática, lo único que cabe es acudir a la vía judicial a fin de que un tercero, el Juez, imponga una solución en virtud de la información de la que dispone y que, en la mayoría de las ocasiones, únicamente se circunscribe a la aportada al procedimiento por las partes intervinientes. El propio procedimiento convierte a los cónyuges en adversarios, en el que uno gana y otro pierde (o, bajo mi punto de vista, ambos pierden), lo que genera aún más tensión y hostilidad de la ya existente hasta el momento, rompiendo todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes. A mayor abundamiento, los menores pueden llegar a participar activamente en el citado proceso de lucha activa entre sus padres (siendo obligados en muchas ocasiones a posicionarse con uno u otro), habida cuenta de la previsión de audiencia del hijo¹¹. Sumado a lo anterior, el hecho de que la solución venga impuesta por un tercero que, lamentablemente y en la mayoría de casos, se limita a aplicar las disposiciones legales vigentes en virtud de la prueba obrante, genera soluciones poco creativas de elevado coste económico, emocional y afectivo que lleva aparejada, de manera casi inherente, una alta probabilidad de incumplimiento¹².

Considerar la Sentencia de divorcio¹³ como el fin de la situación de crisis familiar sin llegar a comprender que éste tan sólo es el punto de partida del verdadero conflicto que arrastrará consigo a todos y cada uno de los miembros de la unidad familiar es el primer objetivo de la aplicación de la mediación familiar. La disposición del Anteproyecto obliga a los progenitores a partir desde el propio control del proceso en el que ambos se sitúan como verdaderos protagonistas y únicos capaces de buscar soluciones reales y no utópicas a sus problemas, con la ayuda de un tercero ajeno e imparcial que, si bien no propone soluciones, acerca posturas generando empatía con ambas partes. La esfera se amplía dejando de lado el puro conflicto legal para ver más allá, llegando a abarcar ampliamente conflictos personales y sentimentales, esto es, posibilitando solucionar la raíz generadora del conflicto, y mirando hacia el futuro sin anclarse en el pasado. Suares (1999) habla del “deuteroaprendizaje” de nuevas formas de resolución de conflictos, lo que permitirá que los problemas que puedan aparecer en un futuro puedan resolverse a través de las estrategias ya utilizadas en el proceso de mediación, sin necesidad de judicializar el conflicto.

El segundo problema que habitualmente se plantea entre los progenitores que han sufrido un procedimiento contencioso de divorcio es la conflictividad en el cumplimiento de las medidas reguladoras del mismo. Implica desde el incumplimiento de las medidas puramente económicas hasta las relacionadas con los regímenes de visitas, que traen causa de la imposición de las mismas por un tercero a la que anteriormente hacíamos referencia. No podemos pretender que en un ambiente hostil en que se ha impuesto a las partes una solución carente de diálogo bajo el punto de vista adversarial exista un compromiso con el resultado. La disconformidad con las medidas adoptadas implica una dificultad inherente para el cumplimiento, y desencadena conflictos de manera reiterada en el tiempo. El principal problema es el desgaste que todo ello produce, la frustración para las partes inmersas en una guerra sin fin anclada en el pasado y la repercusión absolutamente negativa en el normal desarrollo de los hijos menores. Pese a que la Administración de Justicia ha intentado dar respuesta adecuada con ciertos recursos (tales como los puntos de encuentro familiar¹⁴, los procedimientos ejecutivos, etc), no parecen suficientes ya que nuevamente pretendemos solucionar conflictos emocionales con mecanismos puramente jurídicos. Por ello, conseguir desde el inicio una desescalada del conflicto y otorgar a las partes la facultad para que sean ellos los verdaderos protagonistas y los únicos legitimados para buscar soluciones creativas y verdaderamente eficaces en interés de sus hijos y de la unidad familiar en su conjunto es el objetivo de futuro que debemos perseguir.

¹¹ Como señala ZAERA NAVARRETE, J.I., “a pesar de que se configure como un derecho del menor, hoy reconocido universalmente, es un trámite legal obligatorio cuando el menor ha alcanzado los doce años de edad, según establece el art. 770.4 LEC.”

¹² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Guía práctica de la mediación intrajudicial*. Pág. 64

¹³ “Como suele decirse, tras la sentencia comienza el auténtico pleito”. MARTÍN GONZÁLEZ, E. *et al*

¹⁴ Como señala BLANCO CARRASCO, M., “fue necesaria la creación de los PEF ante la constatación, por parte de los profesionales que desarrollan su labor en el ámbito de la familia, de que existían determinadas situaciones en el ejercicio de este derecho a las que ni la justicia ni la Administración pública podían dar una respuesta adecuada con los recursos existentes hasta el momento”.

Mención especial por su importancia la relativa a la desprotección de los hijos menores a consecuencia de las rupturas contenciosas de sus progenitores. Numerosos estudios¹⁵ vinculan las conductas delictivas en la infancia y adolescencia a las rupturas del hogar y de la armonía familiar, sin olvidar los efectos personales, socioeconómicos, psicoemocionales y académicos que sufren los niños en su desarrollo.

Con respecto a la relación existente entre conducta delictiva y hogares rotos¹⁶, McCord (1979) concluyó que el factor más importante es la calidad de la relación conyugal. En el mismo sentido, Goldwin&Helms (2002) incluyeron como factor de riesgo la desestructuración y conflictividad familiar en la aparición y desarrollo del comportamiento violento, señalando que el acceso a las figuras parentales es un factor de protección que, entre otros, influiría en la corrección o reducción de la potencial carrera criminal. En la misma opinión Lösel&Farrington (2012)¹⁷, categorizando el contexto familiar (relación padres-hijos y comportamiento de los progenitores) como factor de protección o prevención frente a la delincuencia juvenil.

En relación con los efectos psicoemocionales, Lucía del Prado, Presidenta de la Fundación Filia de amparo al menor, señala que “los hijos utilizados como arma arrojadiza en las rupturas corren el riesgo de ser adultos con graves trastornos”¹⁸. En el mismo sentido, el psiquiatra forense José Miguel Gaona explica que los niños sufren muchísimo, ya que quieren estar con los dos pero ven que es imposible porque, si lo hacen, se les hace notar que están traicionando a uno de ellos, lo que provoca una serie de conflictos psicológicos tremendos. Tienden a ser introvertidos, antisociales, chantajistas, ellos mismos se convierten en manipuladores y algunos se autolesionan. Es el caso de Natalia, abocada a un cuadro ansioso-depresivo a consecuencia de la complicada separación de sus padres cuando tan sólo tenía seis años. A través de su testimonio¹⁹, explica cómo llegó a intentar suicidarse²⁰ dos veces en un fin de semana ya que “el dolor físico se hizo más fácil de soportar que el dolor psicológico”. Resulta habitual que se manifiesten en los niños sentimientos de abandono, sentimientos de impotencia, de rechazo, que dan lugar a conductas inapropiadas de carácter regresivo (el niño adopta hábitos ya superados, como chuparse el dedo) o a una maduración impropia para su edad²¹.

Resulta incuestionable, por ende, que estos problemas que se generan en el normal desarrollo de los menores son consecuencia del modo de gestión del conflicto en la ruptura familiar. Si optamos por un método como la mediación que busque minimizar al máximo los posibles problemas que se pudieran derivar de la situación de crisis desde un inicio, lograremos tratar la matriz de la cuestión y evitaremos que el conflicto crezca a medida que transcurra el tiempo, protegiendo en consecuencia los intereses de los menores.

Sería muy útil que nuestro Ordenamiento Jurídico impulsara ciertas medidas dirigidas no sólo a tratar de resolver de manera alternativa a la judicial los conflictos surgidos en el ámbito familiar tras el divorcio, sino también a evaluar el seguimiento de los eventuales acuerdos de los progenitores para tratar de evidenciar la efectividad de la mediación, así como para poder modularlos de conformidad a las necesidades que vayan apareciendo en el desarrollo de la nueva estructura familiar. Una de estas herramientas potencialmente en auge es la del “coordinador parental”, cuyo objetivo es velar por el interés del menor en sede judicial y que se está comenzando a utilizar en determinadas comunidades y cuyos resultados, por el momento, están siendo satisfactorios. Sin embargo, mi propuesta va dirigida a la creación de una figura ajena al órgano judicial pero que trabaje en cooperación con éste, encargada de realizar un seguimiento constante y eficaz pero no intromisivo o impositivo en la aplicación de las medidas acordadas por los cónyuges y de la efectividad de éstas. Una verdadera comisión de evaluación y seguimiento capaz de elaborar informes, valorar la idoneidad de los acuerdos, explorar los diferentes ámbitos de la integración familiar o proponer medidas alternativas que supongan una mejoría en la evolución del nuevo modelo familiar y trabajen en conjunto en la protección de los niños.

¹⁵ WEEKS y SMITH (1939), SHAW y McKAY (1942), MERRILL (1947), GLUEK y GLUEK (1950), NYE (1958), y KOLLER (1971), entre muchos otros

¹⁶ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E.

¹⁷ LÖSEL and FARRINGTON

¹⁸ PRADO, L.

¹⁹ GUEDE, A.

²⁰ Se ha detectado que la separación de los progenitores es la causa más común de suicidio o tentativa de suicidio en jóvenes menores de edad. LESTER&ABE (1993), McCALL and LAND (1994) y WODERSKY and HARRIS (1987).

²¹ SEIJO MARTÍNEZ, D. *et al*

4. Conclusiones.

·La necesidad de proteger los intereses de los menores ante las situaciones de crisis familiar y de dar respuesta a los problemas a los que nuestro actual Ordenamiento Jurídico no ofrece una solución eficaz suponen un importante reto para aunar esfuerzos a fin de erradicar la desprotección de los niños.

·Pese a que se trata de un método en pleno crecimiento y desarrollo, la mediación ofrece al ciudadano una vía óptima de resolución de todo tipo de problemas, máxime en el ámbito familiar, en que los sentimientos marcan las pautas de la evolución del conflicto.

·Necesitamos vías alternativas a las judiciales que nos ayuden a ser los verdaderos protagonistas de nuestros problemas, a resolver no solo los conflictos legales sino también los personales, y a conservar la relación previniendo de conflictos futuros entre individuos con hijos menores en común.

·Frente al procedimiento judicial, la mediación permite reanudar el diálogo entre los progenitores, construir decisiones creativas para que ambos ganen, con un bajo coste emocional y una mirada puesta hacia el futuro.

·En este sentido, constituye un pilar fundamental el papel desempeñado por la abogacía, que debe reeducarse para evolucionar desde el rechazo explícito que ha venido mostrando hacia una clara apuesta por la mediación. El abogado debe dejar de percibir la negociación como un signo de debilidad.

·Debemos impulsar herramientas alternativas a la vía judicial partiendo de la necesidad de un abordaje multidisciplinar en la protección del menor frente a las rupturas parentales. Programas de intervención escolar, comisiones de evaluación y seguimiento o la nueva figura del coordinador parental son instrumentos en los que trabajar para la búsqueda de soluciones a la desprotección de los niños.

5. Bibliografía.

BLANCO CARRASCO, M. *Cuadernos de Trabajo Social*. Vol. 21 (2008) 29

CARRETERO MORALES, E. *La mediación civil y mercantil en el sistema de Justicia*. Tesis doctoral (2013) 190

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Datos de Justicia. *Boletín Información Estadística*. N° 49 (2017) 14

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Guía práctica de la mediación intrajudicial*. 64

GUEDE, A. *Abogados a odiar a uno de sus padres*. *20 Minutos* (08/01/2019) 12

ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. *La delincuencia juvenil: factores predictivos*. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. 35-49

ESCUADERO, A. et al. *La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): terapia de la amenaza*. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*. Vol. 28, N° 102 (2008)

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Preámbulo I.

LÖSEL and FARRINGTON. *Direct protective and buffering protective factors in the development of youth violence*. *American Journal of Preventing Medicine*. Vol. 43, N° 2 (2012) 5 y ss

MARTÍN GONZÁLEZ, E. et al. *Mediación familiar intrajudicial: reflexiones y propuestas desde la práctica*. *Revista de Mediación*. Año 2, N° 3 (2009) 10-11

MOORE, C.W. *El proceso de mediación*. Ed. Granica, Buenos Aires (2006) 44

PRADO, L. *Abogados a odiar a uno de sus padres*. *20 Minutos* (08/01/2019) 12

SEIJO MARTÍNEZ, D. et al. *Repercusiones del proceso de separación y divorcio*. *Publicaciones*. N° 32 (2002) 200 y ss

SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. *La mediación vinculada a los tribunales*. *Mediación y*

solución de conflictos. 245

ZAERA NAVARRETE, J.I. *Comentario a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre (rec. 1229/2013).*
Actualidad Jurídica Iberoamericana. Nº 3 (2015) 800

Páginas web:

<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=20534> (último acceso: 03/03/2019)