

Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias

Isabel MEDINA-SUÁREZ

Abogada y Mediadora Familiar, Sevilla (España)

Resumen

La custodia compartida de los hijos e hijas, que nace del entendimiento y acuerdo de las partes tras la separación o divorcio, supone una corresponsabilidad en los cuidados de los menores y un reparto equitativo de los tiempos de convivencia que redundan en beneficio de los mismos al permitirles mantener un contacto continuo con ambos progenitores. Por ello se hace imprescindible una Ley Estatal de Custodia Compartida que potencie la mediación familiar como el mejor de los escenarios para pactar custodias compartidas satisfactorias.

Abstract

Joint custody of children, which stems from an understanding and agreement between both parties in a separation or divorce, involves shared childcare responsibilities and an equal distribution of living time which is in the children's benefit since it allows them to maintain continuous contact with both parents. To this end a State Law on Joint Custody is indispensable since it potentiates family mediation as the best stage for arranging satisfactory joint custody.

Desde que se aprobó la Ley del divorcio en 1981, más de dos millones de personas han puesto fin a su relación matrimonial. A este número de personas hay que añadir todas aquellas que, sin estar casadas, han roto su relación de convivencia pero que al tener hijos e hijas han necesitado regular el régimen de guarda y custodia de los mismos.

Es importante destacar que se han venido produciendo cambios sociales importantes que han transformado el concepto tradicional de familia. La creciente incorporación de la mujer al mundo laboral así como una mayor consecución de cuotas de igualdad entre progenitores, que han conllevado una creciente participación de los hombres en el cuidado de la casa y de los hijos e hijas, dieron paso a una importante reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2005. Dicha reforma se bautizó con el nombre de "Ley del divorcio exprés", ya que agilizó los trámites para obtener el divorcio al deslindarlo de la separación previa y al eliminar las causas que con anterioridad a dicha ley había que alegar. Con ello se otorgó más libertad a los cónyuges, superando el antiguo modelo de separación- sanción con el que se intentaba poner trabas al que decidía poner fin al

matrimonio, en parte por la inexcusable influencia que sobre el derecho civil de familia ha tenido la legislación canónica.

La reforma también fue importante porque por primera vez se mencionó el concepto de "custodia compartida", superando el modelo de custodia exclusiva para uno de los progenitores –con mayor frecuencia la madre– vigente hasta el 2005. Este cambio legislativo intentó adaptarse a un cambio en la realidad social. El modelo de familia tradicional, donde las mujeres ocupaban el papel de "amas de casa" porque se dedicaban a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos e hijas y donde el padre ocupaba el rol de sustentador económico, estaba obsoleto y dejaba de ser un patrón a seguir a la hora de establecer una regulación del divorcio o separación. Que las custodias fueran otorgadas de forma mayoritaria a las madres otorgándoles a los padres un régimen de visitas de fines de semanas alternos tenía sentido cuando el patrón de familia tradicional imperaba en la realidad social (padres que trabajaban y que veían y se ocupaban poco de los hijos e hijas) pero empezaba a carecer de lógica una vez que se transforma la organización de los cuidados, así como el origen del sustento económico de

la unidad familiar. Por estos motivos en la citada reforma legislativa del año 2005 se mencionó por primera vez el término “custodia compartida” al establecer que “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 ese acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas suficientes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”. Por su parte, para los casos en los que no exista acuerdo, el apartado 8 del mencionado artículo establece 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”.

Nos encontramos, por tanto, con una respuesta que el legislador da ante los cambios sociológicos que de forma más marcada abrían el siglo XXI, con la finalidad de hacer de nuestro derecho de familia un derecho más equitativo e igualitario.

Custodia compartida y mediación familiar

La custodia compartida debe entenderse como un acuerdo alcanzando entre los progenitores por el que se comparte de forma equitativa los tiempos de estancia con los hijos a hijas, así como un proyecto educativo común que vela por la integridad física y psíquica de los menores tras la separación o divorcio. La forma en la que organizan esos tiempos puede ser muy diversa (semanal, quincenal, con vistas durante el tiempo que está con uno de los progenitores, etcétera) y el proyecto educativo encierra cuestiones relativas al tipo de educación que quieren los progenitores para sus hijos e hijas (e.g. colegios, religión o salud). La custodia compartida no puede entenderse como algo estático, fijo, como una serie de preceptos inmóviles, sino que necesita del entendimiento continuo entre los progenitores para poder adaptarse a los cambios que presenten las necesidades de los hijos e hijas a medida que pasa el tiempo.

La mediación familiar puede definirse como un proceso no adversarial y extrajudicial de resolución de conflictos, donde las partes alcanzan un acuerdo satisfactorio a través de la ayuda de una persona mediadora que será la encargada de conducir el proceso de comunicación entre las partes.

Como procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, la mediación familiar se menciona brevemente en nuestro ordenamiento en la exposición de motivos de la citada reforma del 2005.

La mediación es un proceso flexible, estructurado en diversas fases durante las cuales la persona mediadora utiliza una serie de técnicas y herramientas de mediación

encaminadas a la identificación de intereses y consecución de acuerdos.

Entre las características principales de la mediación caben destacar las siguientes:

- *Voluntariedad*. La mediación es un proceso voluntario, son las partes las que deben decidir libremente acudir a él. Cuando existe esta predisposición, el marco predominante es el del diálogo y el de la posibilidad de consecución de acuerdos.
- *Persona mediadora*. La persona mediadora interviene en el proceso de mediación de la misma manera que una matrona en un parto (Medina-Suárez, 2005), son los progenitores los que deben aunar los esfuerzos por que el acuerdo nazca, debiendo la persona mediadora velar por que el escenario reúna las mejores condiciones para que así sea.
- *Confidencialidad*. Para que las personas implicadas en el conflicto se sientan en un ambiente confiable deben tener la seguridad de que lo expuesto durante las sesiones de mediación no podrá ser utilizado fuera del proceso sin consentimiento de todas las partes.
- *Comunicación positiva*. La persona mediadora guiará el proceso de comunicación entre las partes. Una vez identificado los problemas, el mediador o mediadora ayudará a enfocarlos desde un pensamiento lateral y no vertical (De Bono, 2006) con la finalidad de poder generar alternativas a la resolución de los mismos.
- *Acuerdo*. Supone la última de las fases del proceso de mediación, todo proceso debe ir encaminado a la consecución de acuerdos. En los casos de acuerdos sobre custodia compartida, para que los mismos puedan tener fuerza ejecutoria necesitarán de una posterior ratificación judicial.

Riesgos en la custodia compartida

La complementación de la figura de la custodia compartida no ha sido por novedosa menos controvertida y hasta la fecha cuenta con un gran número de defensores y detractores.

El principal problema de la implementación de la custodia compartida es el escenario en el que la misma se lleva a cabo. El escenario en el que se desarrolla es crucial para trabajar con los intereses reales que hay detrás de la petición de la custodia compartida.

Hablar de intereses es fundamental para evitar que el uso de la custodia compartida pueda utilizarse como arma arrojadiza hacia alguno de los progenitores. El interés debe diferenciarse claramente de los posicionamientos, lo importante no es que se quiera conseguir la custodia compartida de los hijos e hijas a modo de trofeo, sino el por qué o para qué se quiere conseguir y en la respuesta a esos porqués debe prevalecer siempre el bienestar de los menores y no

otro tipos de intereses, como vender la vivienda familiar o prescindir del pago de pensiones cuando dichas medidas supongan un grave desequilibrio económico de un progenitor con respecto al otro.

No podemos obviar el hecho de que nuestra sociedad es, desde un punto de vista laboral y familiar, todavía bastante desigual. Según los datos del informe emitido por la Secretaría de Igualdad de UGT en el 2016, España encabeza uno de los países más desiguales de la Unión Europea en materia laboral, la mitad de la mujeres que trabajan lo hacen en trabajos no cualificados, pese a tener una mayor formación que los hombres. El paro desde que comenzó la crisis ha azotado con mayor dureza a las mujeres habiéndose incrementado 5.42 puntos respecto al 3.13 de los hombres desde el año 2009. A estos datos hay que sumar otros, como que las mujeres duplican con respecto a los hombres el tiempo que diariamente dedican al cuidado de la casa y de la familia o que la mayoría de excedencias por cuidado familiar sean solicitadas por mujeres (UGT, 2016).

Cuando los progenitores, tras la separación, se encuentran en situaciones económicas desequilibradas, el reparto equitativo de los tiempos de cuidados de los menores no puede conllevar que se agudice aún más la vulnerabilidad económica de alguna de las partes.

El reparto de los tiempos de cuidados de los menores, de bienes o el establecimiento de pensiones son cuestiones de difícil resolución cuando en el escenario (procedimiento contencioso) no se trabaja de forma pormenorizada con cada una de las familias mediante la identificación de los mencionados intereses. Por eso, en la práctica, la imposición de custodias compartidas, a veces, lejos de solucionar el conflicto entre las partes lo agrava. Cuando las soluciones no son satisfactorias para todas las partes en conflicto la eficacia de las resoluciones es mermada.

Regulación estatal de la custodia compartida

La custodia compartida, para que cumpla con el fin mismo que encierra, que no es otro que compartir la crianza y la educación de los hijos, necesita de acuerdo entre las partes.

Para que estos acuerdos nazcan, es fundamental que los mismos se gesten en procesos de mediación familiar. Cuando dos personas deciden romper su relación de pareja, se encuentran inmersos en una situación conflictiva, surgen dudas con respecto a la organización del futuro inmediato, entendiendo esa organización en sentido amplio (custodia, reparto de bienes, pensiones). Solo a través de la mediación familiar se puede trabajar con cada una de las familias de forma pormenorizada, dando a dichos conflictos una respuesta positiva, analizando necesidades e intereses, para conseguir acuerdos satisfactorios y adaptables a cada una de las familias.

La custodia compartida no puede entenderse como una solución única y prioritaria a imponer en los Juzgados, y no

puede llevar en ningún caso aparejada de forma automática la extinción de las pensiones de alimentos o la temporalidad del uso y disfrute de la vivienda familiar porque, si se hiciera así, solo contribuiría a agudizar aun más la situación de debilidad en la que encuentra el cónyuge al que el divorcio afecta de forma considerable desde un punto de vista económico.

Por ello, se hace imprescindible una Ley Estatal de Mediación Familiar y Custodia Compartida que propicie acuerdos extrajudiciales e intrajudiciales de custodia compartida, potenciando el uso de servicios de mediación extrajudiciales y regulando para el supuesto de procedimientos contenciosos, que versen sobre la custodia compartida de los hijos, sesiones informativas sobre mediación familiar, instando a los jueces de familia para que en el ejercicio de sus competencias puedan derivar a las partes en disputa a dicha sesión informativa. Tras obtener los progenitores toda la información sobre las ventajas de la mediación familiar, el inicio del proceso de mediación quedará siempre a elección de los mismos. La mediación debe ser siempre un proceso voluntario, pero para que dicha voluntariedad nazca es necesario el conocimiento de que existe la alternativa de la mediación, de ahí la importancia de estas sesiones.

Por otro lado, es necesario dotar a los juzgados de familia de servicios intrajudiciales de mediación familiar para la gestión de controversias familiares. En estos servicios las partes podrán alcanzar acuerdos que pongan fin a la contienda judicial. Ello supondría, además de la consecución de acuerdos sobre custodia de menores, reparto de bienes o establecimiento de pensiones, una importante descongestión de los juzgados de familia, lo que redundaría en una mayor agilidad y calidad de la justicia.

Custodia compartida pactada en mediación

La custodia compartida que nace como consecuencia del entendimiento y acuerdo entre los progenitores ofrece grandes ventajas que deben ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos y por los progenitores que deciden poner fin a su convivencia de pareja, entre las mismas caben destacar las siguientes:

- *Buena relación entre los progenitores.* La custodia compartida permite reorganizar la familia tras la ruptura y esta reorganización nace del fruto de la cordial relación entre progenitores. El divorcio o la separación no rompe ni extingue la familia, la misma solo se transforma en un nuevo modelo, de ahí la importancia de hablar de “familias” en plural (Pinillos y Fenández, 2010) y no solo de la familia como concepto nuclear formada por padre, madre e hijos e hijas que conviven en un mismo hogar. Hoy nadie discute que el término es muy amplio y que abarca categorías diversas.

- *Corresponsabilidad.* La custodia compartida permite una mayor corresponsabilidad en los cuidados de los menores. No es solo una distribución equitativa de los tiempos de estancia con los hijos e hijas, supone compartir un estilo educativo común, preocuparse por el desarrollo integral, tanto físico como psicológico de los menores.
- *Evita el sentimiento de pérdida.* Para los hijos e hijas supone seguir manteniendo contacto con ambos progenitores, tal como ocurría durante la convivencia de sus padres, esto les permite no tener que desarrollar ningún sentimiento de pérdida, al tiempo que les ahorra desarrollar conflictos de lealtades presentes en los supuestos en los que existe mala relación entre los progenitores durante y tras la separación (Pinillos y Fernández, 2010).
- *Mayor bienestar psicológico para los progenitores.* Toda separación es una situación conflictiva. Los conflictos no solo son inevitables, sino que además son una fuente de oportunidad para que puedan resolverse las posibles desavenencias; ahora bien, ese avance va a depender en buena medida de la respuesta que le demos a los mismos. Si la respuesta a un conflicto por querer pasar más tiempo con los hijos tras la ruptura es la judicialización de la disputa, el conflicto, lejos de resolverse, se agravará. Si la respuesta es el diálogo, el entendimiento y el acuerdo, la resolución de ese conflicto permitirá un mayor crecimiento personal que redundará de forma clara en el bienestar emocional de los progenitores (Páez, Bilbao y Javaloy, 2008). Toda familia cuenta con propios recursos para afrontar sus propios problemas, sin que sea necesario que un tercero intervenga imponiendo cómo resolverlos. Cuando se es parte del problema lo mejor es poder ser parte de la solución.
- *Evita percibir el divorcio como algo negativo.* La custodia compartida además de avanzar en la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres permite ir desterrando la idea de que la separación es algo en sí negativo que solo puede producir efectos negativos.
- *Facilita la conciliación laboral, familiar y laboral de los progenitores tras el divorcio.* Cuando la custodia es otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores, produciéndose este hecho, según datos del INE del 2015, en un 69.9 % en las mujeres, afecta considerablemente al empleo. Según un estudio realizado por Morgado, González y Jiménez (2001), dos tercios del total de las madres separadas acceden a trabajos poco cualificados o precarios en parte por la dificultad que conlleva ajustar la jornada laboral al horario escolar de los hijos e hijas. Ello supone que muchas de estas madres tengan que acceder a trabajos en el ámbito doméstico, sin contrato y sin protección social alguna. La custodia compartida, al suponer un reparto en los

tiempos y cuidados de los menores, aminorarían las dificultades que tienen las mujeres tras el divorcio para conciliar la vida laboral y familiar.

Conclusiones

La custodia compartida supone un avance en la igualdad entre hombres y mujeres, favorece que se compartan las tareas en el cuidado y la educación de los hijos tras la separación o divorcio, algo que es en sí mismo positivo. Sin embargo, para propiciar la custodia compartida urge una regulación legal estatal de la misma que potencie el uso de la mediación familiar. Solo desde la mediación se puede trabajar de forma individualizada con cada una de las familias, velando de esta forma por la protección del bienestar de los menores. Entender la custodia compartida únicamente como criterio prioritario a tener en cuenta por los jueces en los procedimientos contenciosos nos conduciría a vaciarla de su propia esencia. Hablar de custodia compartida es hablar de entendimiento, empatía, de acercamiento de posturas y acuerdo. En ningún caso debiera utilizarse la custodia compartida con fines perversos como violentar económicamente al progenitor que necesite, tras la separación, de mayor protección. Soluciones únicas a realidades familiares diversas nos llevaría a agudizar aún más la desigualdad de género y a una desprotección de los derechos de la infancia.

Referencias

- De Bono, E. (2006). *El pensamiento lateral: manual de creatividad*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Medina Suárez, I. (2005). La mediación familiar como instrumento de protección a las familias al amparo de la nueva Ley del Divorcio. Comunicación presentada al *VI Conferencia Iberoamericana sobre Familia*. La Habana (Cuba), 12-16 septiembre.
- Morgado, B., González, M.M. y Jiménez, I. (2001). Empleo y monoparentalidad tras divorcio en la provincia de Sevilla. Comunicación presentada al *VII Congreso Español de Sociología*. Salamanca, 20-22 de septiembre.
- Páez, D., Bilbao, M.A. y Javaloy, F. (2008). Del trauma a la felicidad. Los hechos negativos extremos pueden generar creencias positivas y crecimiento personal. En M. Martina Casullo (Ed.), *Prácticas en Psicología Positiva* (pp. 159-202). Buenos Aires: Lugar Editorial.
- Pinillos Dolader, C. y Fernández Vergara, S. (2010) La instrumentalización del menor en los conflictos de pareja. *X Congreso Estatal de Infancia Maltratada*. Sevilla, 4-6 de noviembre.
- Unión General de Trabajadores (2016). *En pie de igualdad. Informe sobre igualdad laboral*. Madrid: Secretaría de Igualdad de UGT [http://www.ugt.es/Publicaciones/Informe_UGT_8_marzo_2016_Mujer.pdf].