

## Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad

Cristóbal Francisco FÁBREGA RUIZ

*Fiscal. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Jaén. Secretario General de la Sección Española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME)*

Diario La Ley, Nº 7443, Sección Doctrina, 12 Jul. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

LA LEY 3800/2010

La utilización de los mecanismos de la mediación en la resolución de los conflictos que se presentan en relación con los menores, sobre todo en los casos de crisis matrimoniales, es uno de los pilares básicos de un Derecho de Familia imbricado en el Siglo XXI. Este artículo pretende realizar un estudio jurídico de los aspectos básicos de estos problemas con una especial referencia a las soluciones que pueden derivar del uso de la mediación como mecanismo idóneo para la resolución de conflictos.

Normativa comentada

*Las leyes nunca mejorarían si no hubiese personas de sentimientos morales más altas que las leyes mismas.*

*John Stuart Mill (La esclavitud de la mujer)*

### I. INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Con la mediación se busca lograr acuerdos satisfactorios para ambas partes que marquen las reglas de actuación de lo que quieren que sea su vida futura. Para el logro de este acuerdo es imprescindible que las partes en conflicto tengan buena predisposición, de forma que entiendan que la obtención del acuerdo de mediación es algo que les beneficia a todos.

Por consiguiente, cada uno de los actores en conflicto —que debe asistir personalmente a las reuniones sin que su asistencia pueda ser suplida por representantes o intermediarios— viene obligado a mantener una conducta conforme con la otra, de acuerdo con los principios de la buena fe, lealtad y corrección en el trato, de lo que se derivan diversas obligaciones, como la de exponer la verdad de los hechos sin ocultamientos ni fingimientos, la aportación de los documentos necesarios para la obtención de los acuerdos, el compromiso de no ejercer acciones judiciales paralelas a la mediación y a no solicitar en ningún caso el testimonio de los mediadores en los procesos legales.

La doctrina se encuentra dividida sobre la conveniencia de la participación de los hijos en los procesos de mediación que les afectan. Así, un grupo de autores se basa en el derecho de los menores a ser oídos en los temas que les afectan (art. 9 (LA LEY 1694/1985) LOPJ) para defender su participación en el proceso de mediación; y otro grupo de autores se opone a esta intervención en el caso de mediación para la resolución de crisis matrimoniales puesto que la ruptura es responsabilidad de la pareja y son ellos los encargados de resolver el

conflicto. Digamos que, en el caso de la resolución de conflictos relativos al ejercicio de la patria potestad, esta intervención adquiere una mayor dimensión, y no digamos nada en los casos de resolución de conflicto intergeneracional en que el menor es parte esencial del mismo.

La legislación no suele hacer referencia sobre la determinación de la capacidad a efectos de mediación, sin duda por remitirse para ello a la regulación general. Nosotros creemos que sería conveniente una referencia legal a la capacidad para someterse a mediación, ya que otra cosa podría dificultar la aplicación de la misma en los casos de conflicto intergeneracional cada vez más frecuentes.

En cuanto a la edad, podríamos afirmar, en principio, que la capacidad para otorgar el contrato de mediación es la general para contratar. Es decir, la mayoría de edad o tener más de dieciséis años y estar emancipado, sin padecer ninguna enfermedad física o psíquica que le impida valerse por sí mismo a estos efectos. Ahora bien, la doctrina hace una salvedad con relación a las personas que forman un matrimonio, exigiéndose únicamente la capacidad para contraerlo, debiéndose recordarse que el art. 48 (LA LEY 1/1889) CC admite el matrimonio a partir de los catorce años previa dispensa del impedimento de edad. No entendemos qué diferencia de capacidad real puede haber entre un menor de catorce años que ha contraído matrimonio y otro que no lo ha hecho que afecte a su capacidad natural de entender y querer lo acordado en la mediación. Máxime cuando dicha edad también otorga capacidad para testar (art. 663 (LA LEY 1/1889) CC), optar por la vecindad civil o la nacionalidad española (arts. 14.3.º y 191.º CC), ser hábil para declarar en juicio (art. 361 LEC) o ser condenado por la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, en la que se contempla la posibilidad de la conciliación y la reparación de gran similitud con la mediación (arts. 1.1.º y 19 de la Ley). Tengamos en cuenta, además, que en el campo de los derechos personales, los menores de esta edad poseen una gran autonomía que puede permitirles la intervención en la mediación. Limitar la mediación a los mayores de edad y emancipados impediría la aplicación de la misma en un sector en el que cada vez es más necesaria, como es el supuesto de los conflictos intergeneracionales de los adolescentes con sus padres.

En cuanto a las personas con falta de autogobierno y necesidad de apoyos creemos que debe estarse a lo establecido en la sentencia judicial o a la necesidad natural de apoyos en otro caso. Así, el discapaz podrá intervenir en la mediación que afecte a aquellos aspectos en que la sentencia no haya considerado de necesidad el apoyo para el ejercicio de su capacidad de obrar. En el caso de curatela, podría hacerlo si bien con el asentimiento del curador en los casos en que deba intervenir éste. Por último, en los procedimientos matrimoniales la intervención del Fiscal en el trámite de aprobación del Convenio daría una garantía extra cuando el discapaz sea uno de los miembros de la pareja. No obstante, este aspecto debe aclararse para evitar la inseguridad jurídica y la posible existencia de usos abusivos o nulidades.

Es necesario ahora hacer referencia a los diferentes aspectos que pueden dar lugar a la mediación y que pueden darse a varios niveles:

1. Determinación en las crisis matrimoniales de los datos atinentes a los menores.
2. Problemas derivados del ejercicio ordinario de la patria potestad por discrepancia entre los progenitores. Relaciones paterno-filiales.
3. Conflictos de los hijos con los padres. Mediación intergeneracional.
4. Alimentos.
5. Problemas derivados del ejercicio de la tutela, acogimiento y adopción.

## II. DETERMINACIÓN EN LAS CRISIS DE PAREJA DE LAS MEDIDAS ATINENTES A LOS MENORES

Las crisis matrimoniales provocan la necesidad de adoptar medidas que afectan tanto a los propios cónyuges como a los hijos y que tratan de resolver cuestiones de carácter personal y patrimonial. Esto se debe al cambio que indefectiblemente se produce en la situación vivida hasta el momento de la crisis por los miembros de la familia, cuyas consecuencias jurídicas pretenden determinarse precisamente con la adopción de las referidas medidas.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa elaboró la Recomendación N° R (98) 1 sobre mediación familiar, aprobada el día 21 de enero de 1998 en Consejo de Ministros, en la que insta a los gobiernos de los Estados miembros a promover la mediación familiar o reforzar la ya existente y a adoptar las medidas necesarias para la aplicación de los principios por los que debe regirse. La Recomendación destaca la necesidad existente, dado el incremento de la conflictividad familiar —singularmente en la separación y el divorcio—, de reducirla en interés de todos los miembros de la familia, particularmente en el interés superior del menor, cuya protección y bienestar se consagra en tratados internacionales. Se reconoce, además, que esta clase de conflictos tiene características propias por afectar a personas que mantendrán en el tiempo relaciones interdependientes, por la dificultad derivada del contexto emocional en que surgen, y por el impacto que la separación y el divorcio tienen sobre todos los miembros de la familia, especialmente sobre los menores.

La mediación familiar se presenta como un recurso idóneo para resolver conflictos surgidos entre los miembros de una familia con la asistencia de una tercera persona, cuya función consiste en ayudar a que se alcancen acuerdos satisfactorios que resuelvan las cuestiones objeto de disputa. Como procedimiento que favorece la obtención de soluciones pacíficas, la mediación familiar mejora la comunicación entre los miembros de la familia, reduce los conflictos entre las partes en litigio, asegura la continuidad de las relaciones personales entre padres e hijos, y permite que los costes económicos para los implicados y para el Estado sean menores, así como el tiempo en solucionar los conflictos.

La expresión «conflicto familiar» engloba no solo controversias derivadas de la crisis del matrimonio, sino también de la crisis de convivencia entre personas que formen una unión estable de pareja. Las leyes de mediación también pueden suavizar los conflictos surgidos entre personas adoptadas y su familia biológica cuando quieran relacionarse entre sí, una vez aceptado el encuentro entre las partes. La legislación catalana legitima para instar la mediación familiar a cualquier persona que tenga un conflicto por razón de alimentos entre parientes o de instituciones tutelares.

Las legislaciones canaria y gallega van mas allá y establecen el carácter preferencial para la mediación de los conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, y relación de padres con menores y de éstos entre sí, así como en general aquellos otros que se deriven o sean consecuencia de relaciones paterno filiales.

En cuanto a la ley andaluza de mediación familiar 1/2009 de 27 de febrero en su art. 1.2 incluye como conflictos que pueden ser objeto de mediación entre otros:

- «c) Las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras.*
- d) El ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.*
- e) Los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas.*
- f) Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, el hijo o hija adoptado y la familia biológica en la búsqueda de orígenes de la persona adoptada.*
- g) Los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica.»*

En las crisis de pareja, es el campo donde la mediación tiene una mayor labor. En los casos de divorcios y

separaciones, así como en los casos de determinación de las medidas atinentes a los menores en los casos de parejas no matrimoniales, es preciso determinar los aspectos que van a regular la nueva relación de los menores con sus progenitores. Estos aspectos son:

- Determinación de la custodia de los menores.
- Establecimiento del régimen de visitas y comunicaciones con el progenitor que no va a vivir con ellos y de otros parientes y allegados.
- Pensión alimenticia y otras obligaciones para los menores.
- Otros aspectos. El compromiso de no utilización del menor como arma del conflicto.

### 1. Determinación de la guarda y custodia

En España, toda decisión judicial sobre separación o divorcio, y siempre que exista un menor, debe tener en cuenta el superior interés de éste como criterio para adoptar las soluciones y medidas que se consideren más apropiadas. Este principio se configura como un principio fundamental de nuestro ordenamiento que hoy se encuentra suficientemente positivizado. Así el art. 2 (LA LEY 1694/1985) LOPJ del Menor 1/1996 establece, de forma taxativa, que *«el interés del menor prevalecerá sobre cualquier otro interés legítimo»*. La declaración es contundente y, a mi entender, el interés del menor prevalece sobre el interés de las partes a obtener la custodia.

No vamos a hacer referencia a los aspectos psicológicos y jurídicos que influyen en el tema de la custodia de los menores. Sí queremos decir que el correcto desarrollo de los menores de edad exige el mantenimiento del vínculo con ambos progenitores y con sus familias, así como la abstención de usar a los mismos como arma arrojadiza u objeto de cambio en el conflicto que la crisis matrimonial supone. Por ello, es conveniente buscar vías de acuerdo, teniendo aquí la mediación un papel fundamental.

Los aspectos relativos al lugar de residencia de los hijos y al sistema de comunicación con ellos es uno de los aspectos fundamentales en los que puede intervenir la mediación.

Para determinarlos varias son las necesidades que deben atenderse del menor, en concreto:

1. Necesidades de carácter físico-biológico, que abarcan las siguientes: alimentación, temperatura, higiene, sueño, actividad física (ejercicio y juego), integridad física y protección de riesgos reales.
2. Necesidades cognitivas, que incluyen: estimulación sensorial, exploración y comprensión de la realidad física y social, adquisición de un sistema de valores y normas.
3. Necesidades emocionales y sociales, que comprenden las siguientes: necesidades sociales y relaciones con el entorno físico (seguridad emocional, identidad personal y autoestima, red de relaciones sociales, actividades lúdicas, establecimiento de unos límites de comportamiento a la vez que se facilita la participación y autonomía progresiva), necesidades sexuales (educación e información sexual, contacto sexual).

En el caso de progenitores separados con atribución individual de custodia, la patria potestad sigue siendo compartida y es preciso distinguir entre lo que entendemos que incluye la custodia y lo que incluye la patria potestad. El asunto no deja de tener su complejidad técnica, aunque podemos decir que mientras la custodia contiene las decisiones ordinarias del día a día, la patria potestad recoge las decisiones de cierta importancia relativas a la residencia, educación, salud, etc., siempre que el otro cónyuge no haya sido privado de la patria potestad, ni se encuentre ausente, incapacitado o imposibilitado de participar, y deba tomarse la decisión, en cuyo

caso, podrá hacerlo el progenitor custodio (156.4.º CC). El art. 156 (LA LEY 1/1889) CC es claro al respecto. En principio, las cuestiones inherentes a la patria potestad podrá acordarse por uno solo de los progenitores con el consentimiento, expreso o tácito, del otro, los que se realicen conforme a los usos sociales (se supone que sin la oposición expresa del otro progenitor) o en situaciones de urgente necesidad (ap. 1.º).

El apartado último del art. 156 (LA LEY 1/1889) CC recoge el caso de separación de los progenitores para establecer, como principio general, el que la patria potestad se ejerce por aquel con quien el hijo conviva. Se permite al otro progenitor solicitar al Juez fundadamente, en interés del menor, el participar conjuntamente con el otro en el ejercicio de la patria potestad o que distribuya entre ambos progenitores las funciones inherentes a su ejercicio. Pero es que todos conocemos que las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social en que debe ser aplicadas (art. 3.1.º (LA LEY 1/1889) CC) y la participación de ambos progenitores en el cuidado y educación de los hijos ha cambiado sustancialmente hacia un modelo de corresponsabilidad parental que incluso ha tenido su reconocimiento legal (art. 68 CC tras la reforma operada por L 15/2005 de 8 de julio (LA LEY 1125/2005)). Resulta paradójico que los mismos sectores que defienden de forma contundente la participación de ambos miembros de la pareja en las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, adopten la misma radicalidad en post de la exclusión del varón de las mismas en el caso de crisis matrimonial independientemente de la actitud que el varón haya tenido constante matrimonio.

En esta línea se encuentra también el avance (por otra parte lógico y propio de una sociedad moderna) de la custodia compartida.

Dicho lo anterior debemos determinar qué derechos y deberes conlleva para su titular el llamado derecho de guarda y custodia del menor y qué aspectos forman parte del contenido propio de la patria potestad. Los ordenamientos hispanoamericanos lo llaman *tenencia* lo que refleja de forma muy gráfica la realidad de su contenido.

Los Jueces de Familia, en sus reuniones y en muchas de sus resoluciones, consideran que la guarda y custodia se configura como una de las funciones que se integran en la patria potestad sin que nos encontremos ante un status privilegiado del progenitor a quien se le otorga frente al otro. Asimismo afirman que la responsabilidad de los progenitores para con la descendencia es conjunta (corresponsabilidad parental) y cada uno de ellos asume la posición de garante del menor cuando el hijo se halla en su compañía.

Para ellos, la separación o el divorcio lo único que implica es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos.

De esta forma, las facultades y deberes que comprende la institución de la guarda y custodia son, lógicamente, todas las referentes al desarrollo, educación, alimentación, protección y representación del menor. Pero, salvo que haya privación de patria potestad, la misma corresponde de manera conjunta a ambos progenitores y habrá decisiones que hayan de tomar ambos cónyuges conjuntamente, en lo relativo a la salud, educación y administración de los bienes del menor, por ejemplo.

Además, el cónyuge no custodio tiene pleno derecho a relacionarse con su hijo, a través del llamado derecho de visita, y tiene la obligación de contribuir económicamente con el cónyuge al que se le ha atribuido la guarda al levantamiento de todos los gastos que el cuidado, educación y, en definitiva, el desarrollo integral que el hijo de ambos conlleve.

Actualmente los profesionales que nos dedicamos al Derecho de Familia estamos tratando de superar la terminología referida al régimen de guarda y custodia y régimen de visitas, ya que ésta se ha identificado con una situación de vencedor —vencido, custodio— no custodio, que lo único que logra es enturbiar la situación

provocando verdaderos efectos nefastos en los menores. Ejemplo de ello es el polémico Síndrome de Alienación Parental o como algunos prefieren denominarlo, para evitar que se identifique con el cuestionado Gardner, ILAF (Interferencias Lesivas del Afecto Filial) o con la tradicional terminología de secuestro emocional.

En relación con lo que estamos comentando son de interés las Conclusiones de la 1.<sup>a</sup> Mesa Redonda del III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia sobre la problemática del ejercicio de la patria potestad y de la custodia compartida que exponen:

1.º— Se concluye que el término CUSTODIA hace referencia a convivencia, no implicando más derechos, y, consecuentemente, no supone un status privilegiado de un progenitor frente al otro.

2.º— Explicar en las resoluciones judiciales el contenido de la Patria Potestad, que podría ser el siguiente:

*«Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 154 (LA LEY 1/1889) y 156 (LA LEY 1/1889) CC. Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo 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 señala la comunicación se hará... (debe concretarse el que mejor se acomode al caso concreto) y el otro progenitor deberá contestar... no contesta podrá entenderse 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 vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone 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. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quien corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar los gastos.*

*Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo 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 del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.*

*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 los 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.»*

De esta manera se consideran como funciones de la patria potestad las que se enumeran en el art. 154 (LA LEY 1/1889) CC, es decir, velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral y, por otro lado, representarlos y administrar sus bienes. La función de guarda y custodia solo abarca el «tenerlos en su compañía» y, por consiguiente, no afecta al resto de las funciones.

Por el contrario, la guarda y custodia contiene, en principio, el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores, o a ambos. Hay que tener muy presente que, si bien la guarda y custodia se le atribuye a uno de los progenitores, la patria potestad corresponde de manera conjunta a ambos y

habrá decisiones que hayan de tomar ambos cónyuges conjuntamente, en lo relativo a la salud, educación y administración de los bienes del menor, por ejemplo.

Así, para ciertos actos se precisa ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos cónyuges: emancipación, consentimiento para que el menor sea adoptado, así como las decisiones importantes para la formación y desarrollo integral del menor.

Planteado lo anterior, podemos diferenciar dos tipos generales de custodia: en solitario y compartida. Éstas, a su vez, se pueden subdividir en guarda y custodia exclusiva o simple, partida, repartida y conjunta, respectivamente. Cada una de ellas presenta ventajas e inconvenientes y se adaptan con mayor o menor acierto a las circunstancias concretas de cada familia.

La **custodia en solitario** es aquella en la que uno de los progenitores se hace cargo de los menores, asumiendo en mayor medida la responsabilidad sobre ellos. Éste va a ser el elemento fundamental de la diferenciación entre los dos tipos de custodia en solitario.

— Custodia exclusiva o simple: la más utilizada en nuestro sistema jurídico, consiste en que uno de los progenitores, mayoritariamente la madre, va a ser el que conviva con el menor, recayendo en él las decisiones cotidianas, y compartiendo con el otro padre las determinaciones importantes que inmiscuyan a los hijos. Además, ambos padres mantienen la patria potestad, pero sólo la ejerce aquel que convive con el hijo. El padre no custodio tiene derecho de visita, generalmente cada 15 días, todo el fin de semana, así como la mitad de las vacaciones.

— Custodia partida: se fundamenta en que un padre sustente la custodia de unos hijos y el otro la de los restantes. Este tipo de custodia no es habitual en nuestro contexto, ya que la ley desaconseja separar a los hermanos. Solo en casos excepcionales, por ejemplo cuando uno de los progenitores no tiene capacidad para quedarse con todos, por ser numerosos o porque algunos de los menores requiere atenciones especiales. También la existencia de una diferencia de edad notable puede motivar la custodia partida. En lo relativo a las visitas, se considera con prioridad el hecho de facilitar el contacto entre los hermanos y, por tanto, se realiza exclusivamente en función de este criterio.

La **custodia compartida** parte de que los dos progenitores van a responsabilizarse de igual modo de sus hijos, asumiendo implícita o explícitamente que los dos son importantes para ellos. Pueden verse diversas modalidades:

— Custodia conjunta: ambos padres independientemente de la convivencia, tienen derecho a ejercer la patria potestad. Los dos deben consensuar cualquier tipo de decisión que implique a sus hijos. Probablemente esta modalidad sea la mejor, o la menos mala para los niños y los padres, ya que obliga a ambos progenitores a comprometerse de manera activa y colaboradora en el desarrollo del menor. Es la que mejor se adapta a la llamada corresponsabilidad parental como forma de llevar a cabo una participación igualitaria de ambos progenitores en la educación del menor y la que facilita mejor el desarrollo y acceso de una vida laboral razonable de la mujer —generalmente designada progenitor custodio—, al mismo tiempo que permite al niño la relación fluida con ambos, lo que redundará en su beneficio de forma evidente.

Se han señalado algunas condiciones para conseguir una custodia conjunta exitosa:

- a) Se deben cumplir las obligaciones económicas.

- b) Los progenitores se deben percibir el uno al otro como personas importantes y necesarias para sus hijos.
- c) Percibir como la competencia y habilidad suficiente para educarlos.
- d) Que no haya una excesiva judicialización de la separación (cooperación y comunicación y no medie conflicto).
- e) Que exista un vínculo afectivo de los niños con ambos.
- f) Que los niños acepten la custodia.
- g) Entre los dos hogares no debe existir gran distancia geográfica.
- h) Que los excónyuges tengan asumida la separación (si uno de ellos espera reunificar la familiar utilizará este tipo de custodia para lograr tal fin).

— La custodia repartida: consiste en que los dos progenitores ejerzan de padres custodios en períodos sucesivos, que los dos progenitores ostenten la guarda y custodia del hijo, pero únicamente toman decisiones sobre ellos cuando éstos conviven respectivamente con cada uno. Ésta es la que habitualmente suele plantearse y, para nosotros, no es verdadera custodia compartida, sino la aplicación de una relación amplia pero sin adopción conjunta de decisiones, lo que hace que no estemos ante una verdadera custodia compartida, ni ante una verdadera corresponsabilidad parental.

Para llevar a cabo la determinación de estos aspectos es preciso respetar las siguientes líneas generales:

1. En el ordenamiento jurídico se encuentra ya superada la idea de que los hijos tienen que estar siempre con la madre y que solo si ésta está incapacitada para ello se le otorgará la custodia al padre. Debe evitarse que la madre viva como una acusación de ser una mala madre la concesión al padre de la custodia de los menores. De igual manera debe desecharse la idea de que los menores deben quedarse con el cónyuge *no culpable* de la separación a modo de compensación de éste y castigo del *culpable* ya que esta concepción culpabilística de la separación ha desaparecido, afortunadamente, de nuestro ordenamiento.

2. Es preciso distinguir claramente entre patria potestad y guarda y custodia. Como ya hemos visto, en los supuestos de ruptura o disolución del vínculo matrimonial, la patria potestad de los progenitores sigue siendo compartida en cuanto a su titularidad pero puede, y es lo más frecuente, que sea el cónyuge con el que conviven los hijos el que ejerza de forma efectiva la patria potestad, lo que llamamos guarda y custodia. En la praxis judicial se considera que forman parte de la patria potestad determinadas decisiones sobre educación (elección de centro, religiosa o laica, formación en el extranjero o complementaria, etc.), prácticas religiosas (bautismo, primera comunión, o ritos similares de otras confesiones), administración de los bienes del menor, actividades especiales de ocio (viajes, salidas al extranjero...), o determinadas atenciones médicas (tratamientos extraordinarios, intervenciones médicas no urgentes...). Siendo necesario en estos casos la adopción conjunta o por el Juzgado en caso de discrepancia.

En este sentido, la sentencia de la AP Córdoba, Sección 3, de 31 de marzo de 2006, precisa que tanto los términos guarda y custodia y régimen de visitas y estancias, no son sino dos conceptos temporales de la función de *tenerlos en su compañía*. De ello se desprende que:



a) La convivencia de los hijos con los padres es siempre compartida, aunque no necesariamente al 50%;

b) En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, la separación o el divorcio lo único que implican es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos;

c) El reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una sanción o castigo para uno de los padres; las causas que provocaron la ruptura no deben mezclarse con el reparto del tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema separación-remedio.

Por todo lo dicho debe restarse importancia a la guarda y custodia, presentándola como un aspecto puntual de la patria potestad.

3. Por último, hay que transmitir la conveniencia de seguir, en lo posible, con el mismo esquema de vida que se venía realizando durante el matrimonio con los hijos, para que se produzcan los menos cambios posibles y, si éstos son necesarios, la adaptación a los mismos sea lo más rápida y menos traumática posible.

Por ello, lo que habrá que buscar será el establecer cómo ambos padres pueden ocuparse de sus hijos, más que hablar en términos de *custodia* o de *derecho de visitas*. Se trata de establecer las responsabilidades futuras de los padres, equiparando los roles paternos y evitando que existan ganadores y perdedores.

## 2. Establecimiento del régimen de visitas y comunicaciones

El art. 94 (LA LEY 1/1889) CC español señala «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 y reiteradamente los deberes impuestos por resolución judicial».

Es evidente que el establecimiento del régimen de visitas es otro punto central dentro de las recomendaciones que el experto ha de llevar a cabo en un proceso de separación o divorcio.

Siguiendo el mejor interés del menor, se puede partir de que la situación idílica es aquella en la que el menor se relacione frecuentemente e intensamente con los dos progenitores, estableciendo un vínculo de apego con ambos. Esta circunstancia tendrá lugar en una custodia compartida. Pero esto hemos visto que no siempre es factible, por ejemplo, cuando media una distancia importante en los lugares de residencia o si la relación es conflictiva.

Por eso debemos reflejar las distintas modalidades del régimen de visitas. Así, tradicionalmente se opta por un patrón de visitas de 11/3: tomando como base catorce días, el niño permanece once con el padre custodio y tres con el no custodio. Generalmente estos tres días son de viernes por la tarde al domingo por la tarde, en fines de semana alternos. Éste es el patrón de visitas habitual que solemos encontrarnos en nuestro sistema. No obstante, aunque de manera excepcional en nuestro país, se pueden encontrar otros patrones. Los más habituales en este caso en EE.UU. son el tipo 10/4, 9/5, 8/6 y 7/7. 9/5 ofrece al padre no custodio una noche durante la semana,

todas las semanas, y un fin de semana de cuatro días, en semanas alternas. El fin de semana de cuatro días es normalmente desde el jueves por la noche hasta el domingo por la mañana, o desde el viernes por la noche hasta el martes por la mañana. Esto permite al padre no custodio una mayor implicación en los cuidados del niño. Este plan no es sino una ampliación del plan tradicional con la ventaja de que al mantener fines de semana de cuatro días supone que afiance su relación el niño y se inmiscuya en mayor medida en sus actividades (llevarle al colegio, actividades extraescolares, deberes, etc.).

### 3. Pensión alimenticia y otras obligaciones para los menores

Hace referencia a la determinación de la pensión alimenticia que debe pasar cada uno de los progenitores o el no custodio a los menores. En la determinación de estas pensiones y en la búsqueda de puntos de acuerdo es importante la utilización de tablas objetivas de concesión de las mismas.

Y ello porque la práctica nos enseña que, en la gran mayoría de los procedimientos matrimoniales contenciosos, la cuestión que están discutiendo los cónyuges no es otra que la determinación de la pensión alimenticia de los hijos menores de edad o de los mayores que, por carecer de independencia económica, continúan conviviendo en el domicilio familiar.

¿Cómo se calcula dicha pensión? Por lo general, el progenitor con el que conviven los hijos solicita una cuantía elevada que rápidamente contrarresta el demandado en la comparecencia de medidas o en su escrito de contestación alegando la escasez de los ingresos o las innumerables deudas que pesan sobre el patrimonio familiar. A la vista de las peticiones de ambas partes y de dos factores fundamentales —número de hijos e ingresos de los cónyuges— el Juez establece en la resolución judicial la cuantía de la pensión alimenticia. Si contra la sentencia se interpone un recurso de apelación, será la sección correspondiente de la AP la que determine la cuantía de dicha pensión, bien confirmando la establecida por el Juez de instancia o bien aumentándola o reduciéndola.

El Juez suele establecer dichas pensiones de acuerdo con su propia intuición, lo que no deja de crear cierta inseguridad jurídica puesto que son muchas las situaciones que pueden plantearse. Por ello se ha buscado la configuración de tablas o baremos objetivos que faciliten los acuerdos de las partes. Una de estas tablas es la realizada por Pérez Martín y recogidas en la obra *Derecho de Familia*, de la Editorial El Derecho. Éstas se construyen en base al análisis de las sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales siendo unas tablas estadísticas de las pensiones fijadas por estos órganos judiciales. En ellas se determinó que la pensión que debería abonar un progenitor que tiene un solo hijo sería la equivalente al 22,7 % de sus ingresos netos, multiplicado por 1,45 en el caso de dos hijos, en 1,6 si existen tres y en 1,93 si hay cuatro hijos. Esto en el caso de que solo él obtuviera ingresos.

En el caso de que ambos obtengan ingresos se reduce de los ingresos netos del progenitor no custodio el 10% de los ingresos netos del progenitor custodio, y a éstos se aplican los porcentajes y multiplicaciones pertinentes.

Adolecen estas tablas, a pesar de su evidente utilidad, de que parten de una determinación intuitiva de las pensiones comparadas y que hay muchos parámetros que influyen en las necesidades vitales y que no se tienen en cuenta (carestía de la vida de la localidad en que viven los menores, necesidades especiales adquiridas durante el matrimonio a través de actividades complementarias, especiales gastos médicos, etc.). Por ello, el Consejo General del Poder Judicial encargó un estudio estadístico que completara los factores a tener en cuenta sin que sepamos si el mismo ha llegado a buen puerto.

Pero es que, aún teniendo estas tablas es preciso llevar al convencimiento de la pareja la idea de la necesidad del abono de los diferentes gastos. Esto puede hacerse siguiendo un procedimiento lo más objetivo posible de

determinación de las necesidades de los menores. El sistema en sede de mediación podría ser:

- Establecer cuáles son los gastos ordinarios de los hijos. Para ello se pide a los progenitores que hagan cada uno de ellos un desglose de los mismos en el que deben incluir gastos de la casa, comida y limpieza, enseñanza, ropa, transporte, clases complementarias, etc.
- Comparar las diferencias por los distintos conceptos y tratar de disminuirlas de manera que las necesidades de los hijos sean aceptadas por ambos padres.
- Deberá determinarse la regla por la que se va a elegir la aportación de cada uno: en función de sus ingresos, de manera equitativa, etc. Si eligen aportar una cantidad para los hijos, en función de sus ingresos, se les pide que ambos los determinen para establecer la proporción en la que participarán en los gastos de los hijos. Los ingresos netos de la pareja se suman para establecer qué porcentaje representa el sueldo de cada uno respecto a los gastos mensuales de los hijos, distribuyéndose en función de dicho porcentaje.
- Junto a los gastos ordinarios deberán incluirse los extraordinarios, es decir, aquellos que surgen de forma esporádica (ortodoncia, oftalmología y otros gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, viajes, celebraciones extraordinarias como la primera comunión, y gastos educacionales no habituales como los profesores de apoyo, etc.) e indicar cómo cubrirlos cuando se produzcan. Así, determinar en qué porcentaje (en general al 50%) y que debe acordarse la realización del mismo por ambos progenitores y no de forma unilateral. Debe dejarse muy claro qué gastos son los que se consideran ordinarios, siendo los demás extraordinarios.

#### 4. Otros aspectos. El compromiso de no utilización del menor como arma del conflicto

Otros aspectos que pueden tenerse en cuenta es la búsqueda de una resolución civilizada del conflicto que no cause daño psicológico a los menores.

Elemento fundamental es la búsqueda de acuerdos que sean aceptables por ambos cónyuges. Si queremos indicar que el mediador, en estas cuestiones, debe aportar a las partes las ventajas de llegar un acuerdo, valorar con ellas los pros y los contras de las distintas posibilidades de resolución y, por último y fundamental, aportar soluciones intermedias entre las posturas de las partes. Es fundamental ser capaz de presentar las propuestas en positivo, es decir, haciéndolas ver como una mejor solución y no como una cesión.

En el caso de crisis matrimoniales es preciso que la pareja se comprometa a no usar al menor en su conflicto, lo que causa grave daños a éstos.

### III. PROBLEMAS DERIVADOS DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

El ejercicio de la patria potestad puede reflejar diferentes problemas dado el juego de intereses existente y los diferentes sujetos que intervienen en la configuración del mismo. Estos problemas pueden plantearse en tres niveles:

- a) Dado que la patria potestad, en principio, es ejercida de forma conjunta por padre y madre, pudiera ocurrir que éstos no estuvieran de acuerdo y no llegaran a un compromiso entre ellos, debiendo preguntarnos qué opinión debería seguirse. En este caso podríamos encontrarnos en dos situaciones diferentes: la de matrimonio constante y de la crisis matrimonial.
- b) Pudiera ocurrir que existiera acuerdo de los padres, o que solo uno ejerciera la patria potestad, teniendo distinta opinión el hijo con suficiente juicio de acuerdo con su edad y madurez.

c) En tercer lugar, pudiera existir acuerdo de padres e hijo, pero encontrarnos ante una decisión inaceptable por el ordenamiento jurídico, por afectar directamente contra un derecho fundamental del ser humano (1) . En este caso no sería viable la mediación.

El desacuerdo entre ambos progenitores es más habitual en los casos de no convivencia o de crisis matrimonial, donde es posible aplicar todo lo establecido en el punto anterior.

Cuando exista desacuerdo entre ambos, el procedimiento para solucionar el conflicto se establece en el art. 156 (LA LEY 1/1889) CC, enmarcado dentro de la jurisdicción voluntaria, distinguiéndose entre:

— Desacuerdo simple, en un único asunto: el Juez, oyendo a los padres y al hijo, si tuviera suficiente juicio o fuera mayor de doce años, otorga la facultad de decidir al padre o a la madre. En este procedimiento de jurisdicción voluntaria el Juez solo decide quién debe decidir, sin tomar él la decisión de fondo.

— Desacuerdo reiterado, cuando se produce de forma reiterada y constante sobre varios asuntos: en este caso el Juez, tras el procedimiento anterior, toma por un plazo estable, que no debe superior a dos años, una de las siguientes soluciones:

1. Atribuir el ejercicio de la patria potestad a uno solo de los padres.
2. Hacer la anterior atribución solo para determinados asuntos en los que se produce el desacuerdo.
3. Distribuir entre ellos las funciones.

En estas cuestiones la mediación puede evitar la concesión unilateral de la facultad de decisión a un solo progenitor, por lo que la solución será más aceptable para todos de llegar a un acuerdo que de no hacerlo y verse uno de ellos excluido de la toma de decisiones. Por ello es un procedimiento tremendamente adecuado, buscando acercar las posturas de las partes y evitar acudir a que sea un tercero el que resuelva el conflicto.

Pensemos, por ejemplo, en un conflicto sobre la educación, laica o religiosa, que deba darse a un menor. Unos de los progenitores puede querer una educación religiosa y otro laica, sin que lleguen a un acuerdo. A través de la mediación se pueden hallar soluciones intermedias. Así, llevar al menor a un colegio laico y permitir la participación del mismo en catequesis y actividades parroquiales; o llevar al menor a un centro religioso de determinada tendencia y no de otra, etc.

#### IV. PROBLEMAS DE LOS HIJOS CON LOS PADRES

El art. 167 (LA LEY 1/1889) CC establece el marco de solución de los conflictos de carácter económico-administrativo que puedan existir entre los titulares de la patria potestad y el hijo. Así cuando el hijo entienda que se da una mala administración que ponga en peligro su patrimonio podrá acudir al Juez para que éste adopte las correspondientes medidas de protección.

Igualmente, cuando exista conflicto de intereses entre padre e hijo, el art. 163 (LA LEY 1/1889) CC indica que si éste se da con uno solo de los padres representará el otro *ipso iure* al hijo, y si es con ambos deberá nombrarse al hijo un defensor judicial por el Juez para representar sus intereses en el conflicto judicial. La búsqueda de soluciones por la mediación podrá lograr soluciones más estables y aceptadas por las partes.

Los conflictos intergeneracionales son algo intrínseco al propio proceso de crecimiento y aprendizaje por los que

necesariamente ha de pasar el adolescente. No existe crecimiento y adolescencia sin conflictos intergeneracionales. Éstos pueden ser resueltos en el seno de la familia de forma positiva siempre que se aborden mediante el diálogo, y de hecho muchas familias lo consiguen. Sin embargo, esta clase de conflictos conlleva un componente de incompreensión que dificulta su abordaje y hace que su tratamiento deba, en muchas ocasiones, diferir del que se da a otro tipo de conflictos.

La adolescencia es una época de la vida que conlleva un proceso de cambios del joven a nivel tanto físico — crecimiento, fuerza, sexualidad— del que él mismo es el primer sorprendido. Estos cambios, así como los psicológicos, de relación y sociales, suponen para el adolescente el inicio de un camino, que en muchas ocasiones ni él controla, ni sus padres comprenden.

Comparto con Ripol-Millet, (*Familias, trabajo social y mediación*), la idea de que:

*«El adolescente necesita crearse una identidad porque atraviesa una etapa en que es difícil descubrir su propia peculiaridad o ubicarse socialmente de forma significativa, en gran parte porque no tiene asignada ninguna función social relevante.»*

Del adolescente como tal solo se espera que deje de serlo cuanto antes y dando lugar a los menos conflictos posibles. Socialmente la adolescencia se vive como si se tratara de una enfermedad inevitable que se tiene que pasar. Con la adolescencia aparecen en el seno de las familias nuevas problemáticas desconocidas hasta entonces. El adolescente desea iniciar un camino no tutelado hacia el mundo que le rodea, empieza a pensar por sí mismo, desechando la influencia de los padres (aunque influido de forma muy fuerte por las nuevas fuerzas que aparecen en su vida, líderes, ídolos, el grupo o banda adolescente).

La mediación es un proceso adecuado para gestionar estos conflictos entre los adolescentes y sus padres. A menudo tratamos en mediación conflictos entre hijos y padres adultos en los que se evidencian causas que tienen su origen en conductas, actitudes, problemas de comunicación, etc., no resueltos en la etapa adolescente, un sustrato que alimenta y justifica algunos conflictos familiares.

*Al contrario que en los casos de crisis de pareja, en la mediación de los conflictos entre padres y adolescentes no se trata de llegar a acuerdos satisfactorios que faciliten la separación física: si no que se trata de llegar a acuerdos que permitan mejorar o, incluso, reanudar la convivencia.* El hijo adolescente va a tener, en la mayoría de los casos, que seguir viviendo con sus padres y, dadas las circunstancias sociales actuales, cada vez más años.

Puede darse que el adolescente conviva con sus dos padres, con uno solo de ellos o con uno y la nueva pareja tras la separación o el divorcio. ¿Quién debe asistir a la mediación? Hay autores que consideran que siempre deben asistir el padre y la madre aunque no convivan, atendiendo al concepto de copaternidad. En este sentido discrepamos. Evidentemente habrá que estar a la necesidad del caso concreto de que se trate, pero en ciertos casos, el que asistan los padres que no conviven con el adolescente puede provocar un resultado muy contraproducente, puesto que se pueden incrementar aún más las distancias, los perjuicios, la confrontación y la culpa.

Además, dependiendo del tipo de conflicto, puede ser interesante intervenir con uno de los progenitores solamente o con ambos. Incluso puede ser preciso que intervenga el nuevo conviviente con el custodio si es que existe.

En la resolución de estos conflictos una buena labor mediadora es la base de una solución permanente a los problemas que se plantean.

## V. REFLEXIÓN FINAL: MEDIACIÓN FAMILIAR Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR O DOMESTICA

Para terminar queremos hacer referencia a la controversia relativa a la aplicación de la mediación en los casos de violencia doméstica y de género por entender que se da una situación de desigualdad que impide la aplicación de la mediación y la convierte en un peligro dados los condicionamientos que poseen las personas maltratadas. Nosotros creemos que la prohibición en estos casos que prevé el art. 44.5 (LA LEY 1692/2004) LO 1/2004 es un error.

Precisamente, el ámbito doméstico es un medio indicado para la aplicación de la mediación como ya hemos visto. Por tanto, esta norma prohibitiva debe ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre ambos miembros de la pareja y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador para fortalecer la posición de la parte más débil. La mediadora inglesa Lisa Parkinson divide el maltrato doméstico en treinta y cinco grados y solo en los cinco últimos grados considera desaconsejada la mediación. Nuestra regulación del maltrato doméstico incluye dentro del mismo situaciones muy graves y otras de carácter nimio que forman parte de la dinámica habitual de una situación de conflicto. No podemos dar, por lo tanto, el mismo tratamiento a todos ellos ya que, en estos últimos, la mediación posee una gran potencialidad para la resolución del conflicto a la que no se debería renunciar. Ésta es la postura que mantiene la mayor parte de la doctrina y la que, sin duda, nos parece más acertada.

- (1) Recordemos el episodio bíblico de Abraham sacrificando su hijo a Dios con su consentimiento, o de forma más actual el convencimiento de una niña del África subsahariana para ser sometida a una ablación del clítoris con el consentimiento de sus padres, o los supuestos derivados del sometimiento a transfusiones de sangre y los Testigos Cristianos de Jehová.

[Ver Texto](#)