



*Derecho de  
Familia*



**EMAKUNDE**  
EMAKUMEAREN EUSKAL ERAKUNDEA  
INSTITUTO VASCO DE LA MUJER

Erakunde Autonomiaduna

Organismo Autónomo del

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

---

*Derecho de  
Familia*

EMAKUNDE/  
INSTITUTO VASCO DE LA MUJER

Vitoria-Gasteiz 1996

---

**TÍTULO:** "Derecho de familia"  
**EDITA:** Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer. C/ Manuel Iradier, 36. 01005 Vitoria-Gasteiz  
**COORDINA:** Ana Rincón  
**FECHA:** Noviembre, 1996  
**Nº DE PÁGINAS:** 342  
**Nº DE EJEMPLARES:** 1.000  
**DESCRIPTORES:** Derecho de familia, separación, divorcio, custodias, asociacionismo, simposios  
**DISEÑO GRÁFICO:** Ana Badiola e Isabel Madinabeitia  
**ILUSTRACIÓN:** M<sup>º</sup> José Gamboa  
**FOTOCOMPOSICIÓN:** Rali, S.A. C/ Particular de Costa, 8-10. Bilbao  
**IMPRESIÓN:** Gráficas Santamaría. C/ Bekolarra, 4. Vitoria-Gasteiz  
**ISBN:** 84-87595-49-9  
**DEPÓSITO LEGAL:** VI-548-96

---

## **PROGRAMA DE LA JORNADA "DERECHO DE FAMILIA"**

**Vitoria-Gasteiz, 25 y 26 de Mayo de 1995**

### **25 de Mayo**

9.30 h. APERTURA

Excmo. Sr. D. Jose Antonio Ardanza Garro

Lehendakari del Gobierno Vasco.

Ilma. Dña. Txaro Arteaga Ansa

Directora de Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

Coordinación: Ilma. Sra. Dña. M<sup>º</sup> Jesús Conde Zabala

Directora de Derechos Humanos del Dpto de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social

10.00 h. INICIATIVAS PARA LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA V LEGISLATURA

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis Ibarra Robles

Director General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

10.45 h. EFECTOS DE LAS RUPTURAS DE PAREJAS RELATIVOS A LOS HIJOS E HIJAS. LAS CUSTODIAS COMPARTIDAS

Ponente: Dña. M<sup>º</sup> José Varela Portela

Abogada. Barcelona.

11.30 h. PAUSA

12.00 h. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES DURANTE EL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

Ponente: Dña. Esperanza Ezquerecocha del Solar

Abogada. San Sebastián.

12.45 h. COLOQUIO

14.00 h. COMIDA

15.00 h. INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS ADOPTADAS POR RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Ponente: D. Luis Zarraluqui Sánchez de Eznarriaga

Presidente de la Asociación de Abogados de Familia.

15.45 h. COLOQUIO

---

16.15 h. GRUPOS DE TRABAJO

18.00 h. CONCLUSIONES Y FIN DE LA SESIÓN

## **26 de Mayo**

MEDIACIÓN FAMILIAR. EXPERIENCIAS

Coordinación: Ilma. Sra. Dña. Itziar Fernandez Mendizabal  
Secretaria General de Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

10.00 h. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO ALTERNATIVA EXTRAJUDICIAL

Ponente: Dña. Trinidad Bernal Samper

Doctora en Psicología. Directora del primer Programa Público de Mediación Familiar y  
Fundadora del Centro de Psicología APSIDE. Madrid

10.30 h. LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA

Ponente: Dña. Asunción Salcedo Burgos

Mediadora. Presidenta de "Ados Jarri". Bilbao

11.00 h. EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN FAMILIAR FRANCESA, EN TOULOUSE

Ponente: Dña. Pierrette Bonnoure Aufiere

Abogada Mediadora. Presidenta del Instituto de Mediación Familiar. Toulouse, Francia.

13.30 h. COLOQUIO

12.15 h. PAUSA

12.45 h. COMUNICACIONES

- Asociación de Mujeres Separadas de Guipuzcoa/  
Gipuzkoako Emakume Bananduen Elkartea.

- Asociación Vasca de Padres Separados/ Banatutako Aiten Euskal Elkartea.

13.15 h. GRUPOS DE TRABAJO

14.15 h. CONCLUSIONES

14.30 h. CLAUSURA DE LA JORNADA

Excmo. Sr. D. Ramón Jauregui Atondo

Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social.

---

## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	9
---------------------------	---

<b>INICIATIVAS PARA LA REFORMA DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA V LEGISLATURA</b> .....	11
---	----

Juan Luis Ibarra Robles

<b>EFFECTOS DE LAS RUPTURAS DE PAREJAS RELATIVOS A LOS HIJOS E HIJAS. LAS CUSTODIAS COMPARTIDAS</b> .....	33
---	----

M<sup>ª</sup> José Varela Portela

<b>ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES DURANTE EL PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL</b> .....	43
--	----

Esperanza Ezquerecocha del Solar

<b>INCUMPLIMIENTO DE MEDIDAS ADOPTADAS POR RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO</b> .....	63
--	----

Luis Zarraluqui Sánchez de Eznarriaga

<b>LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO ALTERNATIVA EXTRAJUDICIAL</b> .....	85
---	----

Trinidad Bernal Samper

<b>LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA</b> .....	103
---	-----

Asunción Salcedo Burgos

<b>EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN FAMILIAR FRANCESA, EN TOULOUSE</b> .....	117
--	-----

Pierrette Bonnoure Aulfere

- 
- ANEXO 1: CARTA EUROPEA DE LA FORMACIÓN DE  
MEDIADORES/AS FAMILIARES QUE EJERCEN EN  
SITUACIONES DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN .....129
  - ANEXO 2: LEYES .....145

**ASOCIACIÓN DE MUJERES SEPARADAS DE GUIPUZCOA/  
GIPUZKOAKO EMAKUME BANANDUEN ELKARTEA .....149**

María Iriarte Bueno

**ASOCIACIÓN VASCA DE PADRES SEPARADOS/  
BANATUTAKO AITEN EUSKAL ELKARTEA .....163**

Francisco Arco Ruiz

## Presentación

Diversas reformas en la legislación civil han ido atribuyendo, poco a poco, a las mujeres el mismo estatus jurídico que a los hombres en las relaciones conyugales y respecto de las hijas e hijos. Pero a pesar de esta equiparación a nivel legal, en la sociedad sigue latiendo, de modo más o menos consciente la idea de la superioridad de los hombres respecto de las mujeres incluso en el ámbito familiar, lo que dificulta una aplicación no discriminatoria de la aplicación de las normas jurídicas.

Las modificaciones normativas mencionadas y las transformaciones sociales experimentadas en nuestra sociedad en los últimos años han producido cambios en la posición de las mujeres en la familia y en la sociedad. Estos cambios se refieren principalmente a la implantación de nuevas formas de familia: uniones de hecho, familias monoparentales, así como al incremento de las situaciones de separación y divorcio que generan, en muchos casos, una merma en la calidad de vida de las personas afectadas e intensifican la feminización de la pobreza.


El Derecho de Familia trata situaciones que afectan de manera especial a las personas y requiere por ello una especial sensibilización a la hora de regular y enjuiciar estos conflictos. Sin embargo, deficiencias y lagunas en la normativa que lo regula, la ausencia de un procedimiento adecuado y el factor emocional agudo, que se encuentra presente por la naturaleza de las cuestiones debatidas al inscribirse éstas dentro del ámbito de la intimidad, dificulta la adopción y ejecución de las resoluciones judiciales de las sentencias de separación y divorcio. Es aquí donde existen mayores incumplimientos tanto por la resistencia de las partes a aceptar estos pronunciamientos como por la dificultad de los órganos jurisdiccionales para imponer sus mandatos. Y las consecuencias afectan a las hijas e hijos –la patria potestad, régimen de visitas, guarda y custodia–, al domicilio familiar y a los aspectos que guardan relación con la economía, como el impago de pensiones, que provoca una disminución del poder adquisitivo e incluso deja en situación de pobreza a muchas mujeres y a sus hijas e hijos por depender, principalmente, de los recursos económicos aportados por los hombres.

Es por ello que la separación o disolución de la pareja y las consecuencias emocionales y económicas para ésta y sus hijas e hijos requiere un marco jurídico que se aplique de forma igualitaria, evitando todo tipo de discriminación por razón de sexo en la interpretación de las normas y donde la protección a los y las menores quede garantizada.

Un modelo complementario al judicial se encuentra en la mediación familiar como forma de aproximación socio-jurídica al conflicto.

La mediación familiar pretende resolver el conflicto de forma pacífica por medio de la intervención profesional de una o varias personas neutrales que ayudan a las partes proporcionándoles una visión global de la problemática tratada, a través de una interrelación de aspectos legales, sociales, psicológicos, económicos, etc., y el estudio del contexto en el que estos casos ocurren, para conseguir acuerdos consensuados en todo aquello que sirva para regular su vida futura y la de sus hijas e hijos. El hecho de que las personas interesadas analicen la situación y adopten sus propios acuerdos parece que favorece el cumplimiento de los mismos.

Emakunde, en consideración a lo expuesto y como instrumento de reflexión conjunta entre profesionales del derecho sobre la incidencia del género en la aplicación de la normativa existente, organizó las Jornadas sobre Derecho de Familia cuyo contenido se recoge en esta publicación que esperamos contribuya a un mejor conocimiento de la problemática existente y al avance en la mejora de la normativa y en su aplicación desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

  
Txaro Arteaga Ansa  
Directora de EMAKUNDE/  
Instituto Vasco de la Mujer

---

**JUAN LUIS IBARRA ROBLES**

**Director General de  
Codificación y Cooperación  
Jurídica Internacional del  
Ministerio de Justicia**

*Iniciativas  
para la reforma  
del Derecho de  
Familia en la  
V Legislatura*

## *El programa de promoción legislativa*

La adecuada comprensión de las iniciativas que, en el ámbito del Derecho de Familia, ha impulsado el Ministerio de Justicia e Interior durante la V legislatura requiere entender previamente cuál es el marco en el que dichas iniciativas se encuadran, el escenario de conjunto del que dichas iniciativas forman parte. Y éste no es otro que el denominado programa de promoción legislativa elaborado por este Departamento ministerial, el cual ha sido diseñado con unos objetivos tan amplios como ambiciosos, objetivos que en definitiva pueden concretarse en una idea esencial, como es el deseo de lograr un ordenamiento jurídico eficaz que, al mismo tiempo, permita una agilidad en la capacidad de respuesta de nuestro sistema de justicia.

Son estas dos ideas básicas, eficacia y agilidad, las que inspiran la actividad de promoción legislativa del Ministerio. La Administración de Justicia no es sino un servicio público que, como tal, debe ir dirigido a la satisfacción de las demandas y las necesidades de los ciudadanos y ciudadanas. Pues bien, para que el funcionamiento de este servicio público cumpla los fines que se esperan y se demandan de él, ¿qué criterios deben inspirar su funcionamiento y su desarrollo? Por enunciarlo en pocas palabras, digamos que debe ser una Justicia que, como servicio público, sea capaz de resolver los conflictos y regular las relaciones jurídicas de los ciudadanos y ciudadanas de manera que, en un tiempo razonable, sea capaz de dar respuestas eficaces, basadas en criterios de equidad, justicia y legalidad. Para ello, el programa de promoción legislativa del Ministerio de Justicia e Interior sigue tres direcciones fundamentales:

- En primer lugar, se ha iniciado un proceso de transferencias cuyo fin último es residenciar en el Consejo General del Poder Judicial y en las Comunidades Autónomas parte de las competencias y medios materiales y humanos propios del Ministerio. Ello obedece al decidido propósito del Gobierno, por un lado, de dotar al Consejo General del Poder Judicial de los instrumentos necesarios para el más exquisito cumplimiento de su función constitucional y, por otro lado, de efectuar la distribución competencial que exige la racionalización administrativa y la escrupulosa realización del Estado de las Autonomías.
- En segundo lugar, se está llevando a cabo una nueva lectura de las funciones del Ministerio, que han de centrarse en un mayor sentido de la coordinación, no ya sólo autonómica, sino dentro del mismo Estado Central, unificando el proceso general de crea-

---

ción normativa y coordinando de manera efectiva su actividad ante los Tribunales. En esta línea, la promoción e iniciativa legislativa del Ministerio debe ser impulsada para armonizar el desarrollo legislativo competencial del Gobierno y evitar una proliferación normativa con riesgo de puntos de conflicto, especialmente a la vista de la incidencia que la protección de los derechos fundamentales tiene sobre el conjunto normativo.

- Y, por último, y en tercer lugar, como tercera gran línea directriz que se identificaría con el objetivo esencial al que he hecho referencia, es necesario lograr que el servicio público de Administración de Justicia sea, por así decirlo, “rentable”, esto es, se debe diseñar una Administración de Justicia caracterizada por las notas de calidad, agilidad, rapidez, eficacia y comprensibilidad, de suerte que el/la ciudadano/a perciba de manera directa y positiva el funcionamiento de la misma.

Fijadas así las líneas orientadoras del programa de promoción legislativa, la comprensión del mismo se completa con la delimitación, en primer lugar, de las fuentes de las cuales se nutre su contenido y, en segundo lugar, de los criterios de prioridad que permiten estructurar dicho contenido.

Por lo que respecta a lo que se pueden denominar como fuentes de la promoción legislativa, entendiendo por tales los fundamentos y el origen de los mandatos y compromisos que integran el programa, son éstas de muy diversa naturaleza. Pero, en todo caso, podemos agruparlas en tres grandes categorías:

- Las fuentes de carácter parlamentario: dentro de esta categoría podemos incluir los compromisos adquiridos en intervenciones y comparecencias tanto del Presidente del Gobierno como del Ministro de Justicia e Interior en el Congreso y en el Senado y las resoluciones adoptadas por sus respectivos Plenos y por la Comisión de Justicia e Interior (así, por ejemplo, los compromisos derivados del debate de investidura del candidato a la Presidencia del Gobierno los días 8 y 9 de abril de 1993 o el debate sobre el Estado de la Nación de 19 y 20 de abril de 1994); las Propositiones de Ley a que se refieren los artículos 124 del Reglamento del Congreso y 108 y 109 del Reglamento del Senado, que afectan a materias relacionadas con las competencias del Ministerio; otras iniciativas parlamentarias como pueden ser las Propositiones no de ley y las Mociones Parlamentarias; así como los proyectos legislativos anunciados por el Ministro de Justicia e Interior en su reunión con los/as diputados/as y senadores/as del Grupo Parlamentario Socialista de 20 de julio de 1994.

- 
- Podemos hablar también de las fuentes derivadas del Derecho comunitario, categoría en la que se incluyen las disposiciones de transposición de directivas comunitarias al ordenamiento interno español. En este ámbito, la labor del Ministerio de Justicia e Interior puede ser ya en el papel de Departamento responsable (esto es, director y coordinador de los trabajos prelegislativos) o solamente como Departamento competente (es decir, colaborador responsable).
  - Y habría una tercera categoría de fuentes varias, dentro de las cuales se engloba el desarrollo constitucional, los Tratados y acuerdos internacionales, la Comisión General de Codificación, las iniciativas de los Centros Directivos o de los Grupos de Trabajo del Departamento, las iniciativas de otros Ministerios en las que es coproponente el Ministerio de Justicia e Interior, etc.

Digamos, pues, que todas estas fuentes son las que determinan y dan contenido al programa de promoción legislativa. Pero, al mismo tiempo, como decía, ante una gama tan amplia de posibles iniciativas, es necesario establecer unos criterios de prioridad a fin de dar carácter más o menos urgente a los trabajos legislativos. En este sentido, el programa contempla tres grados de prioridad (prioridad absoluta, tramitación preferente y tramitación ordinaria) que vienen fijados a partir de la ponderación de parámetros como los siguientes: la fecha de cumplimiento fijada por el Parlamento, la urgencia declarada por éste, los plazos de cumplimiento fijados por Directivas comunitarias, la urgencia asumida en las comparencias públicas por el/la Titular del Departamento o por sus Órganos superiores, la necesidad contrastada de la norma, el grado de aceptación social previsto, la gravedad de la ausencia de regulación específica, la necesidad de modificar normativas inoperantes u obsoletas, etc.

La adecuación, por tanto, a las directrices señaladas, el impulso llevado a cabo por la fuente en que se origina el compromiso y la valoración de los criterios de prioridad han sido los elementos que definen las iniciativas legislativas que conforman el programa de promoción legislativa. Sin olvidar, no obstante, otros elementos de especial protagonismo en esta V legislatura, como puede ser la necesidad de consenso que impera a la hora de adoptar decisiones e impulsar proyectos derivada de las circunstancias concretas en que esta legislatura se mueve o la adecuación de toda iniciativa a los principios inspiradores de lo que se ha dado en llamar el programa de "impulso democrático".

Tales han sido en consecuencia los elementos que han decidido la actividad normativa del Ministerio de Justicia durante la V legislatura y tales elementos han sido los tomados en con-

---

sideración a la hora de impulsar, concretamente, las iniciativas adoptadas en el ámbito del Derecho de Familia a las que voy a hacer referencia.

Pero, antes de ello, y dentro aún de este escenario general que trato de perfilar, hay otra cuestión a la que me gustaría hacer específica referencia y es a la problemática que afecta a la propia actividad normativa o de promoción legislativa, en definitiva, a lo que, desde el siglo XIX, se conoce con el término de codificación.

En efecto, la actividad codificadora, en su sentido más clásico, es decir, en el sentido resultante de la Revolución Francesa y aplicado durante el Estado liberal, puede considerarse actualmente como un concepto en crisis, hasta el punto de que cabe plantearse si puede defenderse hoy día la vigencia de ese concepto clásico de codificación.

En el Estado liberal, la actividad de creación de normas se asentaba en dos ideas fundamentales: la existencia de un núcleo único de creación, de un Poder Legislativo único, centralizado y competente sobre todos/as los/as ciudadanos/as y en todas las materias y, en segundo lugar, la defensa prioritaria de dos principios básicos: la libertad y la propiedad. Ambas ideas – Poder legislativo único y principios de libertad y propiedad como ejes del sistema jurídico y de justicia – entran en crisis con la aparición del Estado social y democrático de Derecho, por una parte, y con el desmembramiento de la potestad normativa en diferentes instancias o niveles, por otra. Vamos a centrarnos en ambos aspectos para tratar de comprender mejor en qué radica esa crisis del concepto de codificación.

En primer lugar, la evolución del concepto de Estado desde el Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho supone una alteración de los principios que deben inspirar al sistema de justicia. Ya no se trata sólo de garantizar la libertad del/de la ciudadano/a sino que la norma, la Justicia, debe ofrecer a éste también garantías suficientes respecto a otros principios. Así, los principios democráticos exigen una garantía de igualdad para todos/as los/as ciudadanos/as, una igualdad tanto jurídica como política o social. Del mismo modo, el Estado social ha de garantizar al/a la ciudadano/a lo que Folsthoff denominaba la “procura existencial”, es decir, un mínimo digno de prestaciones sociales en ámbitos como la sanidad, la cultura, la educación y, en general, la calidad de vida del/de la ciudadano/a. Y, por último, el Estado de Derecho debe dar a todo ello una garantía de legalidad, de seguridad jurídica, a través de unas normas tan ágiles como eficaces.

En definitiva, por tanto, la democracia social demanda un cambio de la sociedad, de las relaciones sociales, a través de la Justicia, obligación ésta que condiciona la promoción legislativa y hace cambiar el concepto de codificación. En un sistema en el que se trata no ya sólo de fijar unos parámetros de libertad e igualdad sino también de proteger, de cuidar de la persona, entrando si es necesario en su esfera más privada o particular, las normas pasan de crear lo que podríamos denominar como un Estatuto general del/de la ciudadano/a

---

a crear Estatutos personales y diferenciados para aquellos grupos sociales más necesitados de protección. De este modo, grupos sociales como la familia, los/as menores o la mujer pasan a convertirse en centros polarizados de la codificación.

Pero además, en segundo lugar, no se dan solamente diferentes niveles de destinatarios/as de las normas sino también diferentes niveles de creación de las normas. Así, en el caso de nuestro país, el Poder Legislativo aparece desmembrado en tres ámbitos: por un lado, el Estado central, titular aún del núcleo competencial que configura la esencia del sistema jurídico; las Comunidades Autónomas, cuya aparición supone la ruptura de la distinción en la creación legislativa conforme a ramas del Derecho para estructurarla conforme a la naturaleza compartida, concurrida o propia de las competencias sobre las distintas materias; y la Unión Europea, como nivel o unidad supranacional que asume competencias normativas en función a aquellos aspectos de soberanía cedidos por el Estado. Surge así, con todo ello, una plurisubjetividad de poderes normativos en la cual no puede encajar ya un concepto liberal de codificación.

Ambos aspectos, por tanto, como decía, nos llevan a hablar de una “crisis” de la codificación. Crisis motivada, por un lado, por el hecho de que concentrar las reformas legales de manera prioritaria sobre determinados grupos sociales puede llevar a efectos traumáticos y, por otro, porque la aparición de esos distintos niveles de creación normativa puede conducir a un cierto caos, a una cierta incoherencia interna del sistema jurídico si no van acompañados de unos cuidados y meditados criterios de interrelación, de “engarce”, entre las distintas normas que aporten y garanticen el sentido de unidad, de lógica interna y de seguridad que todo sistema jurídico requiere para ser eficaz.

Querría centrarme sobre todo en el primero de los problemas que he planteado, esa aparición de un Derecho “personalizado” u orientado a grupos sociales concretos y en el papel que, a mi juicio, debe desempeñar la Justicia frente a los mismos. Frente a esa demanda de protección legal específica por parte de determinados sectores sociales, la crisis de la codificación viene motivada por la constatación de que la ley, por sí sola, no puede cumplir una función transformadora de la sociedad: no basta actuar sobre la normatividad legal para que se produzca un cambio en la sociedad. La ley, por sí sola, no ha logrado hacer efectivos los valores de la social-democracia, concretados en el principio de justicia social, a través de las normas. Y esta constatación nos obliga a plantearnos una serie de cuestiones a mi juicio fundamentales: ¿No puede decirse que la crisis de la codificación viene motivada por la desconexión entre la realidad política o social y la realidad jurídica? ¿No habrá de

---

admitirse, en la dirección del post-modernismo jurídico, que esta desconexión es la inevitable consecuencia del fracaso de la estrategia reguladora intentada desde el Estado social? Y, sobre todo, ¿qué dirección debe tomar la actividad normativa creadora para superar esa desconexión y alcanzar el objetivo último de justicia social que demanda el Estado moderno?

Es difícil ofrecer una respuesta a estas cuestiones. La tentación evidente ante tal situación es huir de la norma como motor social y buscar más la regulación por la vía de la creación jurídica, ya sea a través de los órganos judiciales o de los propios subsistemas sociales, reduciendo el Derecho a un mero conjunto de normas facilitativas de procedimiento –no proscriptivas ni prescriptivas– u otorgando al Derecho el tratamiento de un “recurso escaso”, como decía Reich, requerido de utilización prudente. Cabe también la posibilidad de volver a apostar por el Derecho en toda su extensión, es decir, de retornar a un concepto clásico de la codificación en la que ésta busque tan sólo preservar la eficacia y la seguridad de la norma, asentadas en el principio de legalidad, referida al Estatuto del/de la ciudadano/a en su acepción más amplia y generalizada, sin pretender entrar a regir las relaciones sociales concretas de grupos determinados. El camino a seguir está aún por determinar, pero creo, al menos, que resulta de sumo interés el apuntar las cuestiones citadas, los retos planteados, especialmente como preámbulo a una exposición de iniciativas legislativas adoptadas en el ámbito del Derecho de Familia, dentro del cual se engloban muchos de los grupos sociales que han condicionado la actividad normativa en los últimos tiempos y en los que de manera más patente se pone de manifiesto la necesidad de redefinir el papel que, respecto a los ciudadanos y ciudadanas, ha de desempeñar la promoción legislativa.

### *Iniciativas legislativas en el ordenamiento jurídico nacional*

En todo caso, voy a centrarme a continuación en lo que, en el ámbito del Derecho de Familia, han sido las más significativas iniciativas adoptadas durante la V legislatura dentro del programa de promoción legislativa del Ministerio de Justicia e Interior y en las que el Centro Directivo del que soy responsable, la Dirección General de Codificación y Cooperación Jurídica Internacional, ha jugado un papel más relevante. Para ello, y dada esa plurisubjetividad a la que antes aludía, voy a ocuparme en primer lugar de lo que son iniciativas en el ámbito estrictamente nacional para hacer luego referencia a aquéllas adoptadas en el seno de los diferentes foros internacionales.

Durante esta V legislatura se ha llevado a cabo un intenso trabajo normativo de modificación del Derecho de Familia, trabajo concretado en textos que se hallan en diferentes fases dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones normativas y que suponen una tarea de profunda actualización de la materia.

Un significativo ejemplo del programa de promoción legislativa en materia de Derecho de Familia lo constituye el proyecto de Ley de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil. El principal objetivo que se ha perseguido con dicha ley ha sido el de establecer un marco legal que asiente las líneas básicas del sistema de protección jurídica del menor adaptándolo a la realidad actual, a las demandas sociales sobre la cuestión y también a los principios de garantías de los derechos del menor que recoge la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 que España ratificó en 1990.

Supone además esta ley el último paso dado en el proceso de crear un auténtico Estatuto jurídico del menor actualizado a la realidad social de nuestros días, proceso que se iniciara ya con la Ley de 13 de mayo de 1981 sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y que continuó con textos como la Ley de 24 de octubre de 1983 sobre la tutela, la Ley de 11 de noviembre de 1987 sobre adopción, la Ley Orgánica 5/1988 de 9 de Junio sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los/as menores o la Ley Orgánica de 5 de junio de 1992 sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.

---

Esta Ley del Menor pretende, fundamentalmente, incrementar el nivel de protección de los/as menores en situaciones de riesgo y desamparo a través de una doble vía: la imposición de una serie de obligaciones tanto a los/as ciudadanos/as como a los poderes públicos (ya sean las Entidades competentes o el resto de las Autoridades y Servicios) y la modificación de determinados preceptos del Código Civil que regulan las instituciones de la tutela por ministerio de la Ley, acogimiento y guarda de menores y de la adopción.

La Ley ha pretendido también ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. En este sentido, se dejan a salvo en la misma las posibles competencias autonómicas que puedan existir sobre la materia, declarándose el carácter subsidiario de la Ley respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquéllas. En igual sentido, cuando se hace referencia a competencias de carácter administrativo se especifica que las mismas corresponden a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto constitucional de competencias y con las que éstas hayan asumido en sus respectivos Estatutos.

Dado su afán de constituir un auténtico marco jurídico de protección del menor, en la Ley, aun cuando su núcleo central lo constituya lógicamente la modificación de los preceptos correspondientes del Código Civil, se trasciende el mero objetivo de reforma del Código para lograr una vinculación a ese marco jurídico de todos los poderes públicos, las instituciones específicamente relacionadas con los/as menores, los/as padres/madres y familiares y los/as ciudadanos/as en general.

En este sentido, se han regulado los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo la obligación de la Entidad Pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los Servicios Sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la Ley. De igual modo, se ha establecido la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un/a menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o a sus agentes más próximos. Se prevé también, en la misma línea, el deber de los ciudadanos y ciudadanas de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar.

Sin extenderme en un análisis pormenorizado de su articulado, y subrayando tan sólo ese afán generalista de la Ley por ofrecer a los/as menores el más amplio campo posible de protección jurídica, destacan como principales innovaciones del texto, incorporándolas al actual régimen del Código Civil, las siguientes:

- 
- La distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la Entidad Pública. Así, mientras que en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el/la menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquélla se concreta en la asunción por la Entidad Pública de la tutela familiar y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.
  - El acogimiento familiar se ha visto también modificado en el sentido de que el mismo deberá documentarse por escrito y podrá revestir cualquiera de las tres modalidades diferenciadas que establece la ley: acogimiento familiar simple, acogimiento familiar permanente y acogimiento familiar preadoptivo.
  - En materia de adopción, se ha añadido una nueva condición, como es la declaración de idoneidad del adoptante o adoptantes por la Entidad Pública, condición ésta exigible también en las adopciones constituidas en el extranjero. Además, se ven aumentadas las atribuciones de las Entidades Públicas en el ámbito de la adopción internacional. Así, además de la citada declaración de idoneidad y la recepción y tramitación de las solicitudes, controlarán, inspeccionarán y elaborarán las directrices de actuación de las entidades que, en su ámbito territorial, realicen funciones de mediación en dichas adopciones internacionales.
  - Dentro de esta línea de garantía en las adopciones, y con el evidente fin de evitar adopciones fraudulentas y el tráfico ilegal de menores, se exige que las entidades mediadoras carezcan de ánimo de lucro, que estén acreditadas ante la Entidad Pública competente, que se inscriban en el correspondiente registro y que cuenten con medios materiales y personales adecuados para el ejercicio de su función.

Junto al marco jurídico del/de la menor, la pareja, ya sea pareja matrimonial o no, constituye también un eje esencial de las iniciativas del programa de promoción legislativa del Ministerio de Justicia e Interior. La disolución del matrimonio, las formas de celebración del mismo, las parejas de hecho y sus consecuencias de todo orden, todo aquello que en definitiva afecta a la esfera jurídica del individuo en cuanto parte de una unión afectiva en la que además pueden verse afectadas terceras personas, ya sean hijos/as, herederos/as, etcétera, son cuestiones de especial sensibilidad para la sociedad y que demandan no sólo

---

un marco jurídico muy preciso sino, de manera muy especial, un marco jurídico permanentemente actualizado respecto a la realidad social, en el que las notas de eficacia y agilidad que apuntaba al principio como elementos definidores de la promoción legislativa adquieren una especial relevancia y protagonismo.

A todos estos aspectos quisiera referirme con cierto detalle.

En primer lugar, y por lo que respecta al matrimonio, el Grupo Parlamentario Socialista presentó en Julio del año pasado una Proposición de Ley sobre divorcio y separación que pretende dar un giro actualizador a la regulación sobre la materia que la Ley de 7 de julio de 1981 incorporó a nuestro Código Civil.

Dicha ley, que reintrodujo en nuestro ordenamiento jurídico la figura del divorcio, ha demostrado en su aplicación que la prudencia del/de la legislador/a en una cuestión que en aquellos momentos aparecía como controvertida se ha acabado convirtiendo en la práctica en un serio obstáculo para la resolución pacífica de las crisis matrimoniales. Los/as autores/as jurídicos/as, las diferentes asociaciones profesionales de la Magistratura e incluso los/as propios/as ciudadanos/as afectados/as han venido en los últimos años formulando importantes críticas a esta regulación. Cuestiones como el doble procedimiento que se exige para acceder al divorcio, con los consiguientes costes añadidos y duplicación procesal, la excesiva litigiosidad derivada de las disposiciones referentes a la adopción de medidas previas provisionales o definitivas en las causas de separación y divorcio o la pervivencia en nuestro procedimiento de la idea de culpabilidad a la hora de acceder a la separación y el divorcio son asignaturas pendientes en el logro de una adecuada regulación sobre la materia que cumpla los reiterados objetivos de eficacia y agilidad.

Ya en la anterior legislatura se planteó el debate sobre la reforma de la regulación de la separación y el divorcio, poniéndose de manifiesto el consenso de todas las fuerzas políticas para llevar a cabo las correcciones oportunas en la legislación vigente, que es lo que pretende llevar a cabo la presente Proposición de Ley.

Esta iniciativa parlamentaria aborda en profundidad una regulación, una reordenación y una simplificación de las causas de divorcio y separación. La principal novedad que introduce es la del acceso directo al divorcio, desapareciendo por tanto el doble procedimiento. Asimismo desaparece entre las causas legales de divorcio –que pasan a identificarse con las causas de separación sin distinciones –cualquier vestigio de culpabilidad, introduciéndose como causa de divorcio la quiebra de la convivencia familiar, causa que por otro lado ha venido siendo introducida, como genérica, por los Juzgados de Familia.

---

Se introducen, además, importantes mejoras técnicas, llenando lagunas o solventando dudas y cuestiones puestas de manifiesto por la doctrina, en aspectos tales como el cese de la convivencia, el convenio regulador, los alimentos para hijos/as mayores de edad, el concepto de convivencia o la introducción de la temporalidad en la percepción de la pensión. Como digo, por tanto, es no sólo una actualización sino también una profunda reforma del régimen de separación y divorcio, una reforma de progreso, de desarrollo y de modernización de una institución esencial en el ámbito del Derecho de Familia.

Íntimamente ligada a esta cuestión, es interesante también señalar la incidencia que el Proyecto de Código Penal de 1994 tiene en el ámbito del matrimonio y su disolución. Me refiero, concretamente, al nuevo artículo 219 contenido en dicho Proyecto y que viene a tipificar como figura delictiva el impago de cualquier tipo de prestación económica en favor del cónyuge o los/as hijos/as.

Concretamente, castiga el referido artículo a aquél que “dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de hijos no matrimoniales”.

Supone este artículo una especificación para todo el ámbito del Derecho de Familia del actual artículo 487 bis del Código Penal.

El precepto ha sufrido variaciones respecto a su redacción inicial, fundamentalmente en cuanto a las penas que se imponen a dicho delito. Así, en el texto originario del Proyecto de Código Penal, la pena a imponer tenía naturaleza pecuniaria y no de privación de libertad, a diferencia del actual artículo 487 bis, donde la falta de pago de este tipo de pensiones se castiga con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Esta tesis ha variado en el trámite de enmiendas. El propio Grupo Parlamentario Socialista consideró, en su propuesta de cambio, que no parecía ser acorde con la lógica del precepto imponer una multa pecuniaria, puesto que, al tratarse de impago de pensiones, hacer recaer una nueva carga económica sobre el culpable haría aún más difícil el logro del objetivo último, esto es, el pago de la pensión debida al cónyuge o hijos/as.

Conforme a esta lógica, en el debate de Ponencia se han introducido dos modificaciones en este artículo 219. Por un lado, la pena prevista en el mismo es la de arresto de ocho a veinte fines de semana, modalidad esta de castigo novedosa en el Proyecto de Código Penal.

---

De este modo, se suprime la sanción pecuniaria por una pena de privación de libertad de carácter más atenuado que las penas clásicas de esta naturaleza.

En segundo lugar, se ha introducido un tercer apartado en el precepto que dice literalmente: "la responsabilidad del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas". Supone este tercer apartado una concordancia con lo que, con carácter general, establece el artículo 110 del Proyecto, es decir, que la responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas ha de comprender la reparación del daño causado. Y supone, por tanto, también, que dicha responsabilidad, que el pago de las pensiones debidas e impagadas, puede hacerse efectivo por la vía penal sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento civil para el logro de este fin.

Una última cuestión a la que me gustaría hacer una breve referencia por lo que al matrimonio se refiere y como iniciativa, en este caso, plasmada ya en un texto legal vigente y en pleno funcionamiento, es a la modificación llevada a cabo en esta legislatura respecto a la forma de celebración del matrimonio. Me refiero a la Ley de 23 de diciembre de 1994 relativa a la autorización del matrimonio civil por los alcaldes, posibilidad ésta no sólo vigente ya sino también enormemente popular en algunos municipios.

El fundamento de esta iniciativa radicaba en que no había obstáculo alguno que impidiese que, dado que los alcaldes de poblaciones menores podían celebrar matrimonios por el hecho de no residir en ellas el/la juez/a encargado/a del Registro Civil, lo pudiesen hacer también los alcaldes de municipios mayores en los que existe el/la mencionado/a juez/a encargado del Registro Civil. A ello se sumaba, según se resaltaba en su día en la proposición de ley, lo que esta iniciativa supone de reforzamiento del principio democrático y de atenuación de los inconvenientes que se producían bien por masificación de las oficinas registrales bien por estar vacante la correspondiente plaza judicial.

Una vez más, por tanto, nos encontramos con una iniciativa legislativa que desarrolla de manera directa ese fin último que no debemos perder de vista y que es el logro de una Justicia ágil y eficaz. La Ley no debe poner obstáculos allá donde no haya una base lógica para que tales obstáculos existan. La eficacia de una ley puede medirse, entre otros, por un baremo tan sencillo como es su capacidad para facilitar, para agilizar, la vida de los/as ciudadanos/as, siempre dentro de los límites de la lógica jurídica y de la seguridad del tráfico. Valga pues esta Ley a la que me refiero como ejemplo y realización práctica de dicha premisa.

---

Tras estas referencias a iniciativas legislativas que afectan de manera directa a la institución del matrimonio, me gustaría a continuación detenerme en una cuestión que me parece de especial interés y respecto a la cual no existen aún respuestas definitivas en nuestro ordenamiento jurídico. Me estoy refiriendo a la problemática de las parejas de hecho, figura ésta de trascendencia fundamental en muy diferentes aspectos del Derecho de Familia y cuya regulación constituye un reto tan atractivo como interesante dentro del programa de promoción legislativa del Ministerio de Justicia e Interior.

La regulación positiva de las parejas de hecho plantea múltiples dificultades no sólo por su caracterización y delimitación como institución jurídica sino también por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica frente a las múltiples cuestiones colaterales y consecuencias en todos los órdenes que se derivan de la misma. Así, para llevar a cabo una somera aproximación a la materia, querría apuntar algunos elementos esenciales que han de integrar su futura regulación y los problemas derivados de los mismos en tres aspectos fundamentales: el concepto y ámbito subjetivo de la pareja de hecho, el momento de reconocimiento jurídico de su constitución y su disolución y los efectos jurídicos que se derivan de la misma tanto en las relaciones interpersonales como frente a terceros.

En primer lugar, por tanto, en el ámbito estricto del Derecho, ¿qué debe entenderse por "pareja de hecho"? Digamos que su concepto vendría definido por las siguientes notas:

- Se trata de la unión de dos personas.
- Dichas personas podrán ser de igual o distinta orientación sexual o, para evitar confusión, quizás sea mejor hablar de personas de igual o distinto sexo.
- Deberá darse en su convivencia el denominado "more uxorio". Esto es, una situación de convivencia y afectividad semejante al matrimonio.
- Habrán de ser mayores de edad (o bien deberán tenerse en cuenta las edades establecidas por el Código Civil para el matrimonio) y no estar unidas por vínculos de parentesco en los mismos grados fijados por la legislación civil para el matrimonio.
- Y no podrán estar unidos ninguno de los dos por un vínculo matrimonial con una tercera persona ni mantener una unión de hecho reconocida con terceros.

A partir de esta delimitación del concepto, para que se reconozcan los beneficios jurídicos derivados de un reconocimiento de la pareja de hecho sería necesario fijar un momento concreto a partir del cual se entendería que la pareja como tal existe. Cabrían al respecto dos posibilidades: su reconocimiento jurídico a través del mero transcurso de un plazo determinado de convivencia o su reconocimiento a través de una concreta manifestación de

---

voluntad. La seguridad jurídica resulta más garantizada a través de esta segunda opción. En consecuencia, a mi juicio, la forma más eficaz de reconocimiento, especialmente frente a terceros, sería llevar a cabo una manifestación registral a partir de la cual la pareja de hecho se entendería constituida. En consonancia con ello, para entender disuelta la pareja de hecho desde el punto de vista jurídico bastaría con solicitar la cancelación de la nota registral por uno de los miembros de la pareja, sin que fuese necesario, a diferencia del matrimonio, ni el mutuo acuerdo, ni el consentimiento de la otra parte ni una decisión judicial. Pero al plantearnos cualquier iniciativa legislativa relativa a las parejas de hecho sin duda el aspecto más importante es el de la regulación de los efectos tanto interpersonales como frente a terceros que la misma produce. Cuestiones como las siguientes han de ser contempladas por toda iniciativa sobre la materia:

- El régimen económico-patrimonial de la pareja, para lo cual considero que lo más acertado sería que, a falta de pacto expreso de las partes, se aplicase como régimen legal supletorio el régimen de participación que se contempla en los artículos 1411 y siguientes del Código Civil.
- El régimen para el caso de ausencia legal de una de las partes.
- Los criterios para el supuesto de incapacitación de uno de los miembros de la pareja
- La capacidad para promover la declaración de prodigalidad de la otra parte.
- El posible derecho a recibir una pensión de la otra parte en caso de ruptura conforme a los mismos criterios fijados para el caso de disolución del matrimonio.
- El régimen jurídico aplicable a la vivienda habitual en caso de existencia de hijos/as de la pareja tras la ruptura.
- Los derechos sucesorios de cada una de las partes en la herencia de la otra tanto en el ámbito de la sucesión testada como en el de la sucesión intestada y un largo etcétera...

No cabe duda, como puede deducirse de las cuestiones que me he limitado a esbozar, que los trabajos preparatorios que sobre esta materia se están llevando a cabo en el Ministerio de Justicia e Interior exigen un estudio y una elaboración especialmente detallados, por cuanto, a la vez que se trata de una cuestión en la que existe hoy día una palpable demanda social, es desde el punto de vista jurídico un campo tan novedoso como necesitado de una regulación precisa, cerrada y sin lagunas que impidan la plena eficacia de las iniciativas que al respecto pretendemos adoptar.

## *Iniciativas legislativas de ámbito internacional*

Decía antes que uno de los elementos que han originado la crisis del concepto de codificación era la aparición de una plurisubjetividad de poderes normativos. El Estado central no está ya solo a la hora de dar contenido al ordenamiento jurídico. Instancias locales, autonómicas o supranacionales juegan también su papel en esta tarea. Y es a estas últimas, a las instancias supranacionales, a las que quiero referirme en esta última parte de mi intervención.

El Derecho de Familia no es ya sólo una materia propia de los ordenamientos nacionales si no que adquiere, cada vez más, una dimensión internacional. La progresiva desaparición de las fronteras no sólo políticas sino también culturales, lingüísticas o laborales ha traído consigo como consecuencia inevitable un considerable aumento de las migraciones y, con ello, de los matrimonios entre ciudadanos/as de diferentes Estados, de las separaciones y divorcios de estos matrimonios mixtos, de los/as niños/as nacidos/as de padres/madres de diferente nacionalidad, de situaciones, en definitiva, que entran dentro del ámbito del Derecho de Familia en sentido estricto pero también dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. Al tratarse, además, como ya decíamos antes, de situaciones, de conflictos, que afectan de manera muy especial a las personas, que inciden de manera muy directa en su esfera más personal e íntima adquieren una especial repercusión y a la vez requieren una especial sensibilidad a la hora de ser reguladas por el Derecho y enjuiciadas por los órganos judiciales. Si a ello añadimos las dificultades que a menudo se derivan de las profundas diferencias existentes en los diversos ordenamientos jurídicos internos, no puede haber duda de que nos encontramos ante una materia tan compleja como necesitada de regulación en la esfera del Derecho Internacional.

Siendo muchas las iniciativas que en materia de Derecho de Familia se están produciendo durante esta legislatura en los diferentes foros internacionales, voy a limitarme aquí a hacer referencia a dos de ellas de especial trascendencia y relevancia, la una aún en fase de negociación y la otra consolidada ya en un Convenio de reciente aprobación.

La primera de estas iniciativas es la denominada "extensión del Convenio de Bruselas". El 20 de Junio de 1994 el Consejo de la Unión Europea decidió iniciar los trabajos para elaborar un Convenio Internacional relativo a determinados ámbitos que afectan al Derecho de Familia. Concretamente, se trataba de regular cuestiones relativas al divorcio, la separación

---

legal y la anulación del matrimonio, así como las consecuencias que se derivan de estas situaciones, en especial las referidas a guardia y custodia de los/as hijos/as y regímenes matrimoniales.

Para lograr este fin, se ha tomado como punto de partida el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, para que, a partir de las disposiciones de dicho Convenio, pueda crearse un nuevo Convenio en cuyo ámbito de aplicación estén comprendidas las referidas cuestiones de Derecho de Familia. La influencia e inspiración del referido Convenio de 1968 es tal que se ha dado en denominar al actual como "Convenio de Bruselas II".

Por decirlo de una manera precisa, puede afirmarse que el futuro Convenio persigue, como objetivos fundamentales, los siguientes:

- Extender el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 al Derecho de Familia y, dentro de éste, a aspectos relativos al matrimonio como el divorcio, la separación, la nulidad y las cuestiones de régimen matrimonial.
- Especialmente, englobar dentro del ámbito de aplicación los aspectos relativos a la guardia y custodia de los/as hijos/as.
- Adoptar en el marco del Convenio reglas de competencia directa, lo que supondría un avance respecto a la situación actual ante la perspectiva de un espacio judicial único en la Unión Europea, dando por tanto al Convenio un carácter mixto que incrementaría su eficacia.
- Y, por último, suprimir el sistema de competencias exorbitantes en las materias objeto del Convenio, de tal modo que la instauración de un régimen más liberal de reglas de competencia alternativas permitiría a los ciudadanos y ciudadanas europeos/as acceder más fácilmente a la justicia.

Dicho de una manera sencilla, la importancia del Convenio radica en su carácter de instrumento válido para facilitar la vida del/de la ciudadano/a de la Unión Europea. El reconocer en un/a solo/a juez/a competencia para conocer tanto de la ruptura del matrimonio (ya sea por divorcio, separación o anulación del mismo) y de la situación de los cónyuges en relación con los hijos e hijas sin que se produzca una dispersión de procedimientos es, sin duda, un avance considerable en el logro de un régimen internacional más eficaz en la resolución de los litigios internacionales sobre la materia. Se trata, por tanto, de una nego-

---

ciación cuyos frutos reforzarían en el/la ciudadano/a de la Unión Europea el sentimiento de que ésta realmente supone mejoras muy sensibles en su vida personal.

En un momento en el que España va a asumir a partir del primero de julio la Presidencia del Consejo de la Unión, la importancia de este Convenio para el Centro Directivo del que soy responsable adquiere una especial relevancia. Nuestro propósito es impulsar lo más posible una negociación que puedo asegurarles que está siendo difícil, por tratarse de una materia tan sensible y tan diversamente contemplada por los ordenamientos de los diferentes Estados. De hecho, ese impulso vamos a llevarlo a cabo no sólo a través de los trabajos en Bruselas sino también por medio de actividades concretas y excepcionales, como la celebración en breves fechas en Madrid de un Seminario internacional sobre el tema que esperamos que sirva para clarificar y aunar posturas entre los Estados miembros de la Unión.

Por lo que se refiere ya a esa segunda iniciativa plasmada ya en un texto concreto a la que quería referirme, se trata del "Convenio de 29 de Mayo relativo a la protección de niños/as y a la cooperación en materia de adopción internacional de la Conferencia de La Haya". El Convenio, no ratificado aún por nuestro país, está llamado a constituir un instrumento esencial en el campo de la adopción internacional, tan importante como necesario, necesidad que se ha puesto de manifiesto en los últimos años por muy diversas razones.

Necesario, en primer lugar, por el espectacular aumento de las adopciones internacionales que se ha producido en muchos estados desde finales de los años sesenta, hasta el punto de que la adopción internacional ha pasado a ser un fenómeno mundial caracterizado por la migración de niños/as a través de grandes distancias geográficas y de una sociedad y cultura a un entorno social y cultural muy distinto.

Necesario, también, por la existencia de problemas humanos serios y complejos, algunos ya conocidos pero agravados a resultas de estos nuevos fenómenos y otros nuevos que plantean, entre otras, numerosas y delicadas cuestiones jurídicas.

Y necesario, por último, por la insuficiencia de los instrumentos legales internos e internacionales existentes y la perentoriedad de una aproximación multilateral a la cuestión.

No voy a entrar en un estudio detallado del Convenio sino tan sólo voy a enumerar alguno de los fines que con el mismo se han tratado de cumplir. Estos serían, básicamente, los siguientes:

- Por supuesto, el establecimiento de normas jurídicas de carácter vinculante que deberán observarse en las adopciones internacionales en cuestiones tales como las circunstancias

---

que aconsejan una adopción de este tipo, la ley aplicable a los consentimientos y consultas del procedimiento, etc.

- La creación de un sistema de supervisión para asegurar el cumplimiento de tales normas, sistema que ha de impedir situaciones como adopciones contrarias al interés del/de la niño/a o adopciones fraudulentas u obtenidas mediante compensaciones económicas.
- El establecimiento de vías de comunicación entre las autoridades de los países de origen de los niños y niñas y las de los países en los que los niños y niñas van a vivir después de la adopción.
- Y, por último y en general, la cooperación entre los países de origen y de destino del/de la niño/a, cooperación que ha de basarse en el respeto mutuo y en la observancia de niveles profesionales y éticos del mismo.

Si bien son muchas otras las iniciativas que, en diferentes fases de elaboración, existen actualmente tanto en la Unión Europea como en el Consejo de Europa o en la Conferencia de La Haya, sirvan estos dos Convenios como muestras significativas de la dimensión internacional ineludible y significativa que tiene también el programa de promoción legislativa del Ministerio de Justicia e Interior.

---

## 5.

## *Conclusión*

Hablaba al principio de una crisis de la idea de codificación pero, como pueden ver, no puede hablarse en cambio de una crisis de la promoción legislativa. En el ámbito del Derecho de Familia, que es el que nos ocupa, nos hallamos inmersos en un intenso proceso de renovación, una renovación que sigue ansiando el logro de esa meta difícil y necesaria que es la adecuación del ordenamiento jurídico a la realidad social. Se trata, como vengo reiterando, de lograr la prestación más ágil y eficaz posible al/a la ciudadano/a –entendido éste en su concepto genérico al margen de los grupos sociales diversos que integran este concepto– de un servicio público: el de la Justicia. Del logro de este objetivo depende, en gran medida, la realización de la idea de Estado y de Sociedad en la que hemos depositado nuestra fe y a la que dedicamos nuestro trabajo.

---

**M<sup>ra</sup> JOSÉ VARELA PORTELA**  
Abogada. Barcelona

*Efectos de las  
rupturas de  
parejas relativos  
a los hijos e  
hijas. Las  
custodias  
compartidas*

---

## *Introducción*

1.

Los art.154, 92 del Código Civil establecen un mandato a los/as jueces/zas que indica con claridad que todas aquellas resoluciones que impliquen a menores " el interés " de estos/as es el que debe prevalecer.

El art.3 de la Convención de Derechos del Niño dice:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán primordialmente al interés superior del niño".

Estos preceptos al igual que los art.159, del Código Civil y el 5,b de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas de 18-12-79, utilizan el mismo concepto como prioritario "el interés del menor".

La prevalencia que se establece parece lógica y alejada de toda controversia, pero la cuestión se complica cuando se quiera determinar cómo se concreta.

La Ley deja al arbitrio Judicial la materialización del mandato, sin pautas, sin limitaciones, será por tanto cada órgano jurisdiccional quien estime las situaciones según su buen saber y entender.

¿ Una formulación tan amplia, sin pautas, es suficiente garantía para el/la justiciable ?

Preocupadas por los problemas que se suscitan en las rupturas matrimoniales o de pareja en relación a los hijos e hijas, quisieramos hoy desgranar, reflexionar y debatir sobre una serie de puntos que creemos centrales en esta cuestión.

## *La responsabilidad de la decisión*

La primera cuestión que se suscita es que estando la guarda y custodia de un/a menor implícita en las decisiones inherentes a la patria potestad, la decisión relativa a su atribución es una responsabilidad de los progenitores que deberían ser capaces de consensuar al ser ambos quienes mejor conocen su concreta situación, las peculiaridades que concurren y las posibles y variables formulas de abordarla.

Es obvio que una decisión serena en este campo, aunque persistiera el desacuerdo en otros aspectos supondría una clara demostración de madurez y protección a los/as menores.

En una perspectiva de acuerdo, las partes pueden regular con toda precisión no sólo la custodia sino también el ejercicio de la potestad sobre los/as hijos/as, la permanencia con cada uno/a de ellos/as, etc.

Si el entendimiento es muy profundo nada obsta a que se establezca una forma compartida de ejercicio de custodia, siempre y cuando el dialogo, y respeto entre los progenitores permitan ir haciendo un seguimiento cotidiano del consenso, ahora bien cuando las personas adultas no dialogan, no se respetan, no comparten criterios educacionales ¿es obrar en interés del/de la menor abogar por una custodia compartida?

¿Beneficia al/a la niño/a llevar a su vivencia diaria la dualidad de dos sistemas de valores antagónicos, enfrentados y contradictorios?

Cuando se solicita custodia compartida en un pleito contencioso que destila rencor, rabia y enfrentamiento visceral, ¿se está pensando en el/la menor y su bienestar?

Es obvio que si las partes no son capaces de regular cuestión tan esencial de la familia que formaron, deberá ser el/la juez/a quien dirima la controversia, con lo que de alguna manera se produce una inhibición de la responsabilidad que comporte la decisión de traer hijos/as al mundo.

### 3.

## *El bebé y el/la niño/a pequeño/a*

Antes de la reforma del Código Civil de 1990 el art.159 decía:

“ Si los padres viven separados y no decidieran de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyera de otro modo “.

La norma coexistía con los arts.154 y 92 que sostenía como el actual art.159 el criterio del interés del menor “.

Se discutía si por su colocación sistemática el precepto era de aplicación sólo a la filiación no matrimonial, al regular el art.92 la cuestión en relación a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio.

No obstante el 17 de Mayo de 1989 el Juzgado de Primera Instancia, nº18 de Barcelona planteó cuestión de inconstitucionalidad en relación a él.

El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el que mantenía la constitucionalidad del citado precepto, argumentando el amparo Constitucional que el art. 39.2 y 3 de la Carta Magna establece a las madres y los/as hijos/as y que esta especial protección está reafirmada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en tratados y Convenios internacionales ratificados por España: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Declaración de los Derechos del niño aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959 y expresando incluso que ésta es la razón última por la que la Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria facilita que las internas tengan en su compañía a los/as hijos/as que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria.

Al entrar en vigor la Ley 11/90, el Tribunal Constitucional entendió que no cabía ya pronunciarse sobre la cuestión suscitada al haberse modificado el texto objeto de la misma.

La Ley 11/90 se denominó de aplicación del principio de no discriminación, por tanto no era una reforma que viniera desde la perspectiva de la protección del menor, ante ello quisieramos plantear dos cuestiones:

- a) ¿ Era discriminatorio el texto anterior ?
- b) ¿ Era o no protecto para el/la menor ?

---

a) La doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indican con toda claridad que no toda desigualdad vulnera la Constitución, ya que el/la legislador/a puede contemplar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso.

Lo que la Carta Magna prohíbe es una diferencia de trato no razonable.

La diferencia sexual entre dos personas es irrelevante para la mayor parte de las cuestiones (votar, trabajar, gestionar la sociedad conyugal, detentar el poder, etc.).

No obstante en la reproducción supone una implicación y protagonismo absolutamente diferentes.

El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 11-04-85, contestando a una cuestión suscitada en el recurso presentado por el Partido entonces Alianza Popular, referente a que una mujer no podía interrumpir el embarazo sin el consentimiento de quien lo hubiera fecundado, expresó descartando tal argumento que la maternidad es un proceso que implica una peculiar relación entre la embarazada y el nasciturus de forma absolutamente primordial al hombre.

También el Ministerio Fiscal al informar en la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en torno al art.159 aducía que no toda situación diferente o desigual infringe la prohibición de discriminación del art.14 y que la especial protección a la maternidad y a la infancia, justifica, sobradamente, un tratamiento normativo desigual.

Ante todo ello la pregunta que surge es: ¿existiendo una desigualdad de base entre los sexos, en el proceso reproductivo humano, ello no debe ser tenido en cuenta por el/la legislador/a a fin de evitar que se discrimine tratanto igual a los/as desiguales?

b) La 14ª Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de Noviembre de 1959 votó una resolución proclamando los Derechos del Niño, lo cual fue aprobado por 78 votos sin oposición, su principio sexto dice:

“El niño, para el pleno armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión... salvo circunstancias excepcionales no debe separarse al niño de corta edad de su madre.”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 anunciaba en su preámbulo como antecedentes en los que se basaba, la declaración adoptada 30 años antes, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros, lo que nos asegura su plena vigencia.

Obviamente tal declaración de principios parte del conocimiento a través de las opiniones de personas expertas consultadas, de que para el bebé y el/la niño/a pequeño/a

---

es fundamental la permanencia con su madre, por lo que salvo circunstancias excepcionales debe ser garantizada frente a todo ello la cuestión que surge es: ¿es la actual redacción del art.159 más respetuosa con los derechos del/de la niño/a o menos que la anterior?

#### 4.

## *El/la adolescente*

Los artículos 154, 159 y 92 del Código Civil indican que las medidas judiciales que se adopten relativas a menores se harán tras "oírles", siempre a los mayores de 12 años.

El atender al criterio del/de la niño/a como cuestión previa parece una medida adecuada ya que aporta al órgano jurisdiccional datos sobre la forma como un conflicto es vivido y el grado de implicación.

El problema ha surgido cuando la exploración se convierte en la elección del progenitor o progenitora.

Si se aplica mecánicamente la preferencia explicitada, el/la menor asume la responsabilidad de la resolución de un conflicto que los progenitores no han sido capaces de resolver.

Este traspaso, siempre inadecuado, puede tener consecuencias graves si se realiza en la etapa adolescente.

Los sentimientos de culpa de un/a joven que tiene que decidir entre dos personas a las que quiere, son un mal que el procedimiento separatorio debería obviar expresamente.

La posibilidad de manipulación en esta etapa ya sea victimismo, ya sea por una excesiva permisividad, está llevando a numerosos litigios de modificación de efectos.

Jóvenes a quienes se ofrecen mejores posibilidades económicas, más permisividad en las salidas nocturnas y hábitos sociales, la posibilidad de dejar los estudios, etc... optan sin dificultad.

El que un/a adolescente se plantee que él/ella, con su mera manifestación de intenciones, puede determinar el cauce que seguirá la ruptura de sus padres/madres, es un grave riesgo para su correcta educación y puede con ello no sólo arbitrar el contencioso separatorio, sino lo que es peor marcar definitivamente su futuro.

¿Por qué el oír al menor no es un elemento más a analizar, pero no el único ni siquiera el primordial?

¿Por qué cuando se advierte la manipulación en un/a joven no se adoptan medidas drásticas para protegerle/la frente al progenitor o progenitora que le/la utiliza infringiendo el más importante deber inherente a la patriapotestad?

## 5.

# *Soluciones matizadas*

En la mayor parte de las resoluciones judiciales se observa una regulación casi idéntica de los efectos relativos a la prole.

Si se otorga la custodia a un/a progenitor/a y un régimen de visitas de dos fines de semana al mes y mitad de vacaciones.

¿Una solución estandarizada resulta justa a la múltiple casuística?

Parece claro que el/la progenitor/a que no tiene en su compañía a los/as hijos/as y que ha ejercido con interés diario la función parental/marental, se verá privado/a durante veintiseis días al mes de ellos/as y los/as niños/as de él/ella, también parece que aquel/la que no se ocupó va a tener un exceso que generalmente incumplirá.

Por todo ello preguntamos ¿qué impide la existencia de resoluciones matizadas que se correspondan a cada caso?

También preocupan en los casos en que uno de los progenitores sea nacional de un país con ley islámica la salvaguarda de los derechos que se contemplan.

La posibilidad de llevarse a niños/as a Marruecos, Argelia o Siria en períodos vacacionales, sin medidas de seguridad eficaces hace entrar en graves riesgos a las madres de pérdidas definitivas de sus hijos/as.

¿Por qué no se adoptan medidas cautelares que eviten tales riesgos y que en definitiva redundan en interés del/de la menor?

Por último quisieramos plantear esa especie de inmovilidad que rodea a la patriapotestad. Frente a abandonos afectivos y económicos de los/as niños/as, frente a presiones que implican enormes daños psíquicos a los/as menores, frente a su utilización como arma arrojada entre litigantes, los Tribunales mantienen la patriapotestad.

¿No redundaría en beneficio del/de la menor suspenderla cuando la actuación de un/a progenitor/a hubiera implicado tales conductas?

---

**ESPERANZA EZQUERECOA  
DEL SOLAR**

**Abogada. San Sebastián**

*Administración  
de los bienes  
comunes  
durante el  
procedimiento  
matrimonial*

La problemática de la administración de los bienes comunes durante el procedimiento matrimonial, es un tema complejo y con múltiples repercusiones en las distintas ramas del Derecho, por lo que en el presente trabajo sólo se pretende realizar una exposición somera de aquéllos aspectos que con mayor frecuencia plantean problemas a los miembros de la pareja, durante su procedimiento de separación, nulidad o divorcio. Debo señalar igualmente que estos problemas, en la mayoría de las ocasiones tienen difícil o nula solución, debido principalmente a la falta de adecuación de las distintas ramas del Derecho que inciden en esta temática, con la legislación aplicable a los bienes comunes durante el matrimonio y, sobre todo, durante el procedimiento de separación, divorcio o nulidad contenciosos.

Como sistemática para el estudio de este tema analizaremos dos situaciones distintas:

En primer lugar la situación de la administración de los bienes hasta producirse sentencia hasta que, ya sea de común acuerdo o por medio de resolución judicial, se produzca la liquidación de la sociedad de gananciales o de la comunidad de bienes.

## 2.

# *Administración de los bienes comunes hasta la sentencia de separación, nulidad o divorcio*

Analizaremos las dos posibles situaciones en cuanto a la regulación de la administración de los bienes comunes desde la interposición de demanda hasta que se produzca la sentencia de separación, nulidad o divorcio.

### 2.1

#### **CON ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVIAS O COETÁNEAS**

Respecto a este apartado expondremos únicamente un esquema, para pasar a desarrollar con mayor extensión, el apartado siguiente.

Evidentemente, habrá que estar al contenido del auto de Medidas Previas.

Lamentablemente, dichas Medidas con demasiada frecuencia, son incompletas o no existen, ya sea por no haberlas solicitado el/la letrado/a defensor/a de la parte o porque los Juzgados son reacios a concederlas.

Además de las Medidas previstas en los artículos 103-4º y 104 del Código Civil, es evidente que podrán ser solicitadas también las previstas en el segundo párrafo de los artículos 1.377 y 1.389 también del Código Civil, Medidas estas últimas relativas a los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales. En realidad los Juzgados de Familia y los de Primera Instancia que entienden de Derecho de Familia suelen ser reacios a adoptar este tipo de Medidas como nos lo indica la práctica de la Abogacía. Quizá por este motivo también, los/as abogados/as no suelen solicitar con frecuencia las mencionadas Medidas, pese a que es bastante habitual que, como consecuencia de la separación, se produzcan impagos de las cuotas de los créditos hipotecarios que ponen en peligro el patrimonio ganancial y que haría recomendable la adopción de las mencionadas Medidas.

Debemos señalar que el régimen económico del matrimonio continúa vigente durante todo el procedimiento de separación, nulidad o divorcio hasta que se produzca la sentencia correspondiente, tal como viene recogido en el artículo 95.1 del Código Civil, lo que puede

---

tener graves consecuencias si el procedimiento se dilata (como es lo habitual) y la administración de los bienes no es la adecuada. Esta situación tiene algunas limitaciones contenidas en el art. 102 del Código Civil e igualmente las que establezca el auto de medidas Previas o Coetáneas.

## **2.2**

### **SIN ADOPCIÓN DE MEDIDAS**

Como queda expuesto en el apartado anterior aun cuando las partes no soliciten la adopción de Medidas Previas o Coetáneas, el artículo 102 del Código Civil establece unas consecuencias automáticas de la interposición de Demanda de nulidad, separación o divorcio, en cuanto a los bienes. Estas son: la revocación de los consentimientos y poderes y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge, en el ejercicio de la potestad doméstica.

Sin embargo, la producción automática de estos efectos de la interposición de la demanda viene limitada por el último párrafo del artículo 102 cuando establece: "A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil".

Esta posibilidad, que ampara a las partes, es en realidad un requisito para que estos efectos, que entre las partes se producen automáticamente, tengan valor frente a terceros. Efectivamente, el tercero de buena fe, está protegido por la realidad registral y en la medida en la que los cónyuges no hayan solicitado, o el Juzgado no haya acordado la inscripción en los Registros de la Propiedad y/o Mercantil, el cese de la posibilidad de vincular bienes privativos y la revocación de los poderes no inscrita no tiene por qué ser conocida por este tercero de buena fe y salvo prueba en contrario no le obligará.

### **2.2.1**

#### **PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE DIVERSOS DERECHOS Y OBLIGACIONES Y BIENES EN ESTA SITUACIÓN**

Como ya queda dicho, la problemática de la administración del patrimonio de los cónyuges durante el procedimiento matrimonial es muy extensa y plantea problemas relacionados con

---

diversas ramas del Derecho. Intentaremos esbozar a qué parte de esta problemática y en concreto, aquellos aspectos que, más frecuentemente, pueden plantearse en los procedimientos matrimoniales:

### **ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES**

Previamente a entrar en la administración de los bienes inmuebles y en el análisis de la capacidad necesaria para arrendar, haremos un breve análisis de un tema que no es propiamente objeto de este estudio pero que dada su importancia, la reciente modificación de la legislación respecto al mismo y la relación que tiene con el tema que a continuación trataremos, nos parece interesante exponer brevemente. Es el de los efectos del desistimiento de los/as arrendatarios/as.

Con anterioridad a la Ley de Arrendamientos Urbanos núm. 29 de 1994, la doctrina ha mantenido diversas posturas ante el problema y el mismo ha sido también objeto de consideración por el también Tribunal Constitucional.

La doctrina ha mantenido que la mutación de titularidad arrendaticia entre cónyuges en los casos de nulidad, separación o divorcio debía solventarse mediante la remisión al instituto de la cesión, ya intervivos ya mortis causa o bien, mediante la consideración puramente procesal del problema articulando un litisconsorcio pasivo necesario en el caso de que el/la arrendador/a dirigiera su acción contra el/la cónyuge titular, o también mediante la consideración de que en los casos de unidades familiares ocupantes de viviendas en régimen de arrendamiento existía una posesión compartida por ambos cónyuges que se individualizaría, cuando incidiera la crisis matrimonial, en la persona del cónyuge que continuara en el uso de la vivienda arrendada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en dos ocasiones como consecuencia de la formulación de sendos recursos de amparo. Se trata de las Sentencias 135/1986, de 31 de Octubre y 126/1989, de 12 de Julio. De ellas se deduce que el Tribunal otorga calidad de interesado/a y parte en el proceso de desahucio al/a la cónyuge no titular del contrato de arrendamiento pero que sí era usuario/a de la vivienda por habersele atribuido dicho uso en Sentencia dictada en juicio de separación. La nueva L.A.U. viene a solucionar el problema y lo hace en la siguiente forma:

---

Establece que es titular del contrato de arrendamiento la persona que lo suscribe, con independencia de su estado civil, sin que exista problema alguno para que lo suscriban ambos cónyuges.

Sin embargo la Ley establece medios para evitar la pérdida del derecho al arrendamiento del cónyuge o persona conviviente con la persona titular del arrendamiento, en los casos de desistimiento de la persona arrendataria.

El otorgamiento del uso del domicilio conyugal al no titular del arrendamiento por resolución judicial, produce la desvinculación del/de la cónyuge titular exigiéndose una comunicación por parte del cónyuge que desee continuar en el uso de la vivienda, para lo que contará con un plazo de dos meses desde el momento en que se notificó la resolución judicial.

Por otro lado la nueva L.A.U.- en su artículo 12 establece las consecuencias del desistimiento del cónyuge titular del arrendamiento respecto de la vivienda habitual.

Aun cuando la Ley no establece claramente cuál es la consecuencia de la omisión de la notificación del artículo 15, parece lógico pensar que por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 12, apartado 3º, en relación con la previsión contenida en el artículo 27-1º, esta omisión podrá determinar la extinción del arrendamiento al no llegar a perfeccionarse la subrogación prevista en el citado artículo.

Otro tema es el de los efectos del desistimiento de la persona titular del arrendamiento respecto al derecho a continuar en el mismo, del/de la cónyuge o conviviente; este aspecto viene regulado en el artículo 12 de la Ley que prevé dos situaciones:

Que exista manifestación de voluntad de la persona titular del arrendamiento de desistir del contrato. En este caso la persona arrendadora deberá requerir al/a la cónyuge de la persona arrendataria para que manifieste si desea continuar como titular del contrato, para lo cual el/la cónyuge de la persona arrendataria dispone de un plazo de quince días.

Si manifiesta su voluntad en forma fehaciente de ocupar la posición de la persona arrendataria en el contrato, el contrato continúa produciendo los efectos que le son propios y los derechos y obligaciones que del contrato se derivaban para la persona titular original, pasan a ser derechos y obligaciones del/de la cónyuge.

Si el/la cónyuge no manifiesta su voluntad de querer continuar en el arrendamiento en el plazo concedido al efecto, tiene que abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, por lo que es necesario contestar al requerimiento, sobre todo si no se desea con-

---

tinuar con el contrato de arrendamiento, porque sólo contestando negativamente se evita la obligación de pago de las rentas correspondientes hasta la extinción del contrato.

En caso de que la persona arrendataria no manifieste su voluntad de desistir del contrato, abandonando la vivienda sin desistimiento expreso, el/la cónyuge dispone de un mes a partir de ese momento para notificar su voluntad de permanecer en el arrendamiento, si así lo hace pasará a ostentar la condición de arrendatario/a por el tiempo que restare.

La ausencia de comunicación o la comunicación efectuada fuera de plazo permiten a la persona arrendadora dar por terminado el contrato y en ese caso ella cónyuge está obligado al pago de la renta del contrato correspondiente a dicho mes.

Lo cierto es que esta regulación que pretende evidentemente proteger al/a la cónyuge y en definitiva a la familia de las decisiones unilaterales de la persona arrendataria titular del contrato, pueden producir por desconocimiento de la Ley consecuencias muy graves para la persona a la que se pretendía proteger.

Queda claro, y así lo hemos expuesto, que la enajenación de bienes inmuebles no es posible sin el consentimiento del/de la cónyuge copropietario/a o incluso del/de la cónyuge a quien haya sido atribuido el uso de la vivienda, de no mediar autorización judicial que lo supla en caso de negativa a darlo. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los arrendamientos.

Tal como establece el art. 1.456 del Código Civil y ha desarrollado la jurisprudencia, la capacidad para arrendar bienes inmuebles es muy amplia, pudiendo contratar como arrendador/a, persona distinta al/a la propietario/a, es decir el/la administrador/a del bien inmueble. En este sentido, realiza un interesante estudio del tema Fuentes Lojo en "Suma de arrendamientos Urbanos" tomo II, página 2.179, edición de 1.984.

Dado que el arrendamiento no constituye un acto de disposición sino de simple administración, basta para realizarlo la capacidad mínima, la general para contratar, y no es necesario ser dueño ni tener la facultad de disposición. Dicho esto, el propio Fuentes Lojo al analizar el artículo 1.320 del Código Civil, redactado según la reforma de la Ley 11/1981, en el tomo III, página 220, llega a varias conclusiones. La primera de éstas es que, aunque la vivienda sea privativa, no se puede disponer de los derechos sobre ella, sin consentimiento del cónyuge. Normalmente, al hablar de disposición de los bienes inmuebles se está pensando en la enajenación o pignoración de la vivienda, sin embargo, íntimamente relacionados con este tema, están los derechos referentes al arrendamiento, ya sea el que tiene la persona arrendataria o ya sea el derecho a arrendar. El citado artículo 1.320 recoge una

---

limitación a disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, en consecuencia, existen varias exclusiones a la protección que supone el art. 1.320:

1º.- Todas aquellas viviendas que no sean la habitual, incluso aquella en la que se haya establecido el despacho profesional de uno de los cónyuges o aquella que se utiliza para fines recreativos.

2º.- La desaparición de la limitación frente a tercero adquirente de buena fe, ya que éste está protegido y si se contrata con él podrá existir una reclamación entre cónyuges pero el derecho del tercero se consolidará, precisamente en base a su buena fe.

Respecto a esta última excepción es necesario establecer quién es el tercero adquirente de buena fe, quedando, por ejemplo excluido de este concepto la persona que contrata un arrendamiento sobre una vivienda que esté ocupada por la familia, aun cuando, evidentemente si en el momento en que toma posesión de la vivienda la familia, por cualquier causa, no se encuentre ocupándola, se mantendría la presunción de buena fe. En resumen como todos/as sabemos, la destrucción de la presunción de buena fe es un tema harto difícil y en consecuencia queda una vía abierta para disponer de derechos del otro cónyuge o de la sociedad de gananciales sobre la vivienda propiedad de ésta.

Evidentemente, queda la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad del art. 1.322 del Código Civil, limitación que se extiende a todo el régimen económico matrimonial. Por otro lado, aun cuando no se menciona en el estudio realizado por Fuentes Lojo, hay que tener en cuenta también la existencia de los efectos del art. 102 del Código Civil, en cuanto a la revocación de consentimientos y poderes y de la posibilidad de vincular los bienes privativos en el ejercicio de la potestad doméstica; sin embargo, volvemos a decir lo ya dicho, respecto al tercero adquirente de buena fe y a la jurisprudencia, en cuanto a la capacidad para arrendar. Si no se ha tenido la precaución de anotar la interposición de la demanda en el Registro de la Propiedad, los problemas pueden ser graves. No hace falta mucha imaginación para pensar en el/la cónyuge que alquila un inmueble propiedad de la sociedad de gananciales o, incluso, uno privativo del otro cónyuge, actuando como administrador, a tercera persona aparentemente de buena fe pero que en realidad está de acuerdo con la persona arrendadora para, mediante el establecimiento de un contrato de arrendamiento a precio bajo o a largo plazo, producir un perjuicio económico al otro cónyuge y, en definitiva, a la familia.

Otro aspecto que presenta problemas en cuanto a la administración de los bienes comunes, durante el procedimiento matrimonial, es la colisión entre el derecho civil y el derecho fiscal. A este respecto hay que tener en cuenta varios conceptos: en primer lugar el de unidad familiar, que establece el art. 87 tanto de la Ley 18/91 de 16 de Junio, como en cuanto a la Comunidad Vasca la Norma Foral, ambas reguladoras del I.R.P.F. Las dos establecen definiciones de unidad familiar:

1º.- La formada por los cónyuges no separados legalmente, con los/as hijos/as menores que convivan con ellos.

2º.- La formada por el padre o la madre con los/as hijos/as menores con los/as que convivan.

En el primero de los dos conceptos hay que resaltar la expresión "no separados legalmente". No estar legalmente separado puede querer decir que no exista sentencia de separación firme, pero también puede significar que no exista auto de Medidas Previas o Coetáneas. En cuanto a la Hacienda Foral de Gipuzkoa, existen consultas vinculantes a este respecto, contestadas en el sentido de que, para Hacienda, es la sentencia firme, únicamente, la que se toma en cuenta a efectos de entender que los cónyuges se encuentran separados legalmente.

Si esto es así, desde el momento en que se dicta el auto de Medidas Previas, hasta aquél en que adquiere firmeza la sentencia de separación, existirá un periodo de tiempo, en muchos casos muy dilatado, durante el cual Hacienda aplicará las normas que, para el matrimonio casado en sociedad de gananciales, existen en derecho tributario, respecto a la responsabilidad. Así, si las declaraciones se han formulado conjuntamente por los miembros de la unidad familiar, la responsabilidad es absolutamente solidaria entre todos éstos; pero es que, aun cuando no se hayan formulado declaraciones conjuntas, el art. 85, tanto de la Ley del I.R.P.F. como de la Norma Foral, establece que las deudas contraídas por uno de los cónyuges, sin perjuicio de lo previsto en el apartado cuatro del art. 89 de la Norma Foral para el caso de la tributación conjunta, que ya hemos visto que establece la responsabilidad solidaria.

Partiendo de esta base, si analizamos por ejemplo dos tipos de rendimiento que pueden ofrecer especiales problemas y que son los que más habitualmente se producen; los rendimientos de capital y los de actividades empresariales, veremos que la legislación fiscal puede conducir a situaciones claramente injustas para uno de los cónyuges.

---

El derecho tributario no recoge el sistema del Código Civil en cuanto a los frutos de los bienes privativos porque considera que dichos frutos imputan al/a la dueño/a del bien privativo, aun cuando éste se encuentre dentro de un régimen de gananciales. En consecuencia, también son imputables a este/a titular los gastos derivados de la administración del bien privativo, abone dichos gastos quien los abone e incluso aun cuando haya sido el otro cónyuge, salvo la excepción que constituyen los intereses de depósitos bancarios acumulables y que se reparten entre los cónyuges proporcionalmente. En cuanto a la titularidad de los bienes, entiende Hacienda que es la misma que en el impuesto de patrimonio y estos supone la aplicación a dichos bienes de las normas del régimen económico, pero aquellos bienes y derechos comunes se atribuyen por mitad, salvo prueba en contra, a cada uno de los cónyuges. En caso de que no exista prueba suficiente se entiende que los bienes son del titular inscrito en cualquier registro público, por ejemplo en el Impuesto de Actividades Económicas. También entiende Hacienda que las mejoras efectuadas en cualquier bien privativo son imputables al titular del bien, sin tomar en cuenta la entidad de dichas mejoras y el hecho de que éstas puedan haber sido realizadas con cargo a la sociedad de gananciales. Como todos sabemos, en Derecho Civil, si las mejoras han sido de una entidad superior al valor del bien, éste pasaría a tener carácter ganancial.

La regulación que acabamos de exponer puede plantear diversos problemas:

Por ejemplo nos podemos encontrar con que se haya otorgado a uno de los cónyuges la administración de un bien privativo del otro (el domicilio conyugal), procediendo el/la cónyuge que disfruta de la administración al arrendamiento parcial del inmueble, en el que tiene establecida la vivienda familiar, para uso de un despacho profesional. Ponemos este ejemplo porque sería un caso en el cual se produciría un devengo del Impuesto del Valor añadido, además de otro de Impuesto de Renta de las Personas Físicas; si el/la cónyuge administrador/a incumpliese las obligaciones fiscales correspondientes, Hacienda no perseguiría a la persona arrendadora, pese a haber cobrado ésta los rendimientos del arrendamiento, sino a la persona titular del bien, ya que entendería que los frutos son de esta último y no de la primera. Desde luego, queda la posibilidad al/a la cónyuge perjudicado/a por esta mala administración de repetir contra el/la otro cónyuge, pero está claro que esto no será siempre viable y, en consecuencia, no es una solución válida. Una situación similar se dará si un bien, que por haber sido mejorado con dinero ganancial pasa a tener este carácter en mayor o menor proporción, es objeto de ejecución de una deuda tributaria por parte de Hacienda, quien, como ya hemos dicho, considerará siempre que tiene carácter

---

privativo y exigirá la tributación correspondiente a dicho bien a su titular. En resumen, la colisión entre el Derecho Fiscal y el Derecho Civil deja desprotegida a una de las partes y plantea problemas que no pueden ser evitados mediante la adopción de Medidas Cautelares.

Otro tanto puede ocurrir cuando de rendimientos de actividades empresariales se trate. En este sentido, el artículo 9-1º C de la Ley 20/89, establece que los rendimientos se imputan a quien desarrolla la actividad, es decir al titular de la misma. Pero, ¿quién es el/la titular? Para Hacienda es aquél/la que realiza una serie de hechos tales como la contratación de los/as trabajadores/as, la compra de las mercaderías y la dirección del negocio, no se tiene en cuenta quién ha realizado la inversión, quién es el/la propietario/a del negocio, estableciéndose una presunción de titularidad a favor de aquél/la que aparezca dado/a de alta en el Impuesto de Actividades Económicas. Por otra parte, Hacienda imputará a este/a titular del I.A.E. las deducciones por inversión, planteándose un nuevo problema: puede ocurrir que la inversión la haya realizado el otro cónyuge y, sin embargo, la deducción por inversión, es decir, el pago de menos impuestos, se los adjudique el titular del I.A.E. aun cuando lo justo y lo lógico sería lo contrario.

### **ADMINISTRACIÓN DE LOS VEHÍCULOS PROPIEDAD DE LOS CÓNYUGES**

Es, por desgracia, muy frecuente que los Juzgados de Familia se nieguen a pronunciarse acerca de la administración de los vehículos propiedad de los cónyuges, en el auto de Medidas Previas o en el de Coetáneas, remitiéndose a la Liquidación de Gananciales a practicar a la finalización del procedimiento. Como consecuencia, en la práctica, los vehículos suelen ser utilizados por aquél de los cónyuges que consiga apropiarse del mismo, pudiendo suceder que el que utiliza el vehículo no sea su propietario. Si el/la usuario/a del vehículo incurre en un delito o falta contra la seguridad del tráfico del que se derive una responsabilidad civil no cubierta por la póliza de seguro, habrá que plantearse quién es responsable civil en este caso y remitiéndonos al art. 1.903 del Código Civil vemos que la responsabilidad es solidaria, pero en cualquier caso siendo responsable civil el/la propietario/a del vehículo aun cuando no utilice éste y no sea responsable penal, en virtud de la responsabilidad in vigilando.

---

En consecuencia, nos encontramos ante un nuevo caso de posible riesgo económico para el patrimonio común de los cónyuges que se encuentren en trámites de separación, difícilmente salvable. No hace falta señalar que la responsabilidad civil puede llegar en ocasiones, en casos de fallecimiento o invalidez grave, a cantidades muy elevadas.

Por otro lado el rápido deterioro de los vehículos hace que su utilización por uno de los cónyuges, durante el procedimiento, deje al otro en situación de clara desventaja al liquidar la sociedad de gananciales para cobrar el valor de aquél.

### **BREVE REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN DE LAS ACCIONES, PARTICIPACIONES SOCIALES Y COMUNIDAD DE BIENES**

Este apartado podría dar lugar a un estudio evidentemente muy extenso, por lo que únicamente me limitaré a enunciar algunos de los problemas derivados de la administración de este tipo de bienes durante el procedimiento de separación.

En cuanto a las sociedades, la nueva problemática planteada por la última reforma de esta materia, con la publicación de la nueva Ley de sociedades anónimas, respecto de la responsabilidad de las personas administradoras puede ser otra vía por la que los bienes gananciales se vean en peligro. Así el artículo 1.365 del Código Civil vincula dichos bienes, en su apartado 2º en la administración ordinaria de los bienes propios, regulación de la que podría derivarse que los bienes gananciales responderán de la mala gestión de las personas administradoras de una sociedad. Si se entiende así, el control sobre la actividad como administrador/a de una sociedad anónima del otro cónyuge es nulo, máxime si existe entre ambos un procedimiento de separación o divorcio y nos volvemos a encontrar con una situación en la que, los bienes gananciales se verán puestos en peligro por uno de los cónyuges, sin que el otro pueda evitarlo o remediarlo.

Otro problema planteado por la administración de las participaciones sociales y acciones es el acceso a la información de la marcha de las sociedades. Con la nueva legislación este tema puede estar salvado mediante la posibilidad de solicitar auditorías y también por la posibilidad de asistir a las juntas generales de las sociedades. Sin embargo, cuando las participaciones sociales son gananciales se nos plantea el problema de cuál de los cónyuges tendrá derecho a representación y voto en las juntas generales de socios.

---

Finalmente, respecto a este apartado, nos queda por decir que, en las empresas unipersonales y en las comunidades de bienes, se reproducen los problemas que acabamos de enunciar respecto a las sociedades, pero aumentados por la dificultad de control en la gestión de dichas empresas.

Hay que tener en cuenta que en nuestro país existen un gran número de pequeñas empresas familiares, en las que trabajan ambos cónyuges, en muchas ocasiones el esposo llevando a cabo la labor manual y la esposa ocupándose de la administración. Por ejemplo, infinidad de pequeños talleres relacionados con la construcción, pintura, albañilería, fontanería, ebanistería, carpintería, etc. En este tipo de negocios, a la hora de iniciarse el procedimiento de separación, es evidente que los cónyuges no podrán continuar trabajando juntos, tampoco se podrá otorgar la administración de estos pequeños negocios a la persona que llevaba las tareas administrativas, puesto que sin aquel que realice el trabajo manual, dichas tareas serían totalmente superfluas. Pero es también evidente, que estos negocios, si se les priva de la persona que lleva el control administrativo de los mismos, pueden desembocar en un auténtico desastre o por lo menos, pueden dar lugar a situaciones de fácil ocultación de beneficios e incluso de desaparición de patrimonio. Sin embargo este último es un problema de difícil solución.

3.

*Administración de los bienes comunes desde la sentencia de separación, nulidad o divorcio hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o de la comunidad de bienes existente después de disuelto el régimen económico matrimonial*

3.1

**EXISTENCIA DE UNA COMUNIDAD  
POSTMATRIMONIAL DESDE LA  
SENTENCIA HASTA LA LIQUIDACIÓN**

Desde que se produce la firmeza de la sentencia de nulidad, divorcio o separación, hasta que, ya sea por acuerdo de los cónyuges o mediante el procedimiento correspondiente, el Juzgado acuerda la liquidación de la sociedad de gananciales, existe una masa de bienes y obligaciones, pendientes de liquidación cuyo régimen jurídico vamos a esbozar en este apartado.

Como señala también Luis María Delgado López, en su trabajo presentado en el "III Simposium de Derecho de Familia" en Valladolid, 1991, existe una colisión entre el artículo 1.435-3º del Código Civil que establece un régimen de separación al extinguirse, constante matrimonio, el de sociedad de gananciales o el de participación, con el artículo 95.1 en el que se establece que la sentencia firme produce la disolución del régimen económico matrimonial. Se plantean tres soluciones producidas por diversos Órganos Judiciales, todos ellos de la Audiencia Provincial de Valladolid, consistentes en:

- 
- 1 - Entender que realmente persiste la sociedad de gananciales.
  - 2 - Entender que con la sentencia, nace un régimen de separación.
  - 3 - Entender que se crea una mera situación transitoria llamada sociedad post-matrimonial, durante el tiempo comprendido entre la sentencia de separación, nulidad o divorcio y la liquidación de los bienes.

La solución recogida en el estudio arriba señalado, es la tercera de las enunciadas:

Rige el artículo 95.1 y, en consecuencia, las relaciones internas entre cónyuges en cuanto al levantamiento de las cargas, alimentos y uso de la vivienda, se regularán por la sentencia, existiendo en cuanto a lo restante una comunidad post-matrimonial regida por los pactos entre las personas titulares y, en defecto de éstas, por las reglas de la comunidad de bienes. Entiendo que, desde luego, esta regulación es aplicable a la administración de los bienes, derechos y obligaciones que formaron la masa ganancial y a los que, como consecuencia de dicha administración, se adquirieran (por ejemplo, una ampliación de acciones, derecho de suscripción preferente, etc...), pero no será aplicable a la liquidación de la masa de bienes gananciales, que habrá de regirse por las normas específicas de dicha liquidación.

### **3.2**

#### **POSIBLE COLISIÓN ENTRE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN SENTENCIA DE SEPARACIÓN Y LAS QUE ADOPTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA QUE CONOZCA DEL DECLARATIVO CORRESPONDIENTE (ARTÍCULOS 1.096 A 1.100 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, EN RELACIÓN CON EL 1.410 DEL CÓDIGO CIVIL)**

Puede existir una colisión entre las Medidas adoptadas en sentencia de separación, nulidad o divorcio y las que adopte el/la Juez/a de Primera Instancia que conozca del declarativo correspondiente a la liquidación de gananciales. Efectivamente, nos encontramos con una sentencia que se habrá regido por las normas que regulan las Medidas a adoptar en los casos de separación, disolución o nulidad del matrimonio y que adopta el/la Juez/a de

---

Familia o en aquellos Partidos Judiciales donde no exista, el/la de Primera Instancia. Sin embargo, la liquidación de gananciales irá a reparto entre los Juzgados de Primera Instancia y, en la mayoría de los casos conocerá de dicho declarativo un/a juez/a distinto/a, quien en aplicación de los arts. 1.096 a 1.100 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que nos remite a ellos, podrá aplicar la regulación de la administración de los abintestatos durante el procedimiento de liquidación. Si en virtud de estas normas, resuelve fijar unas cantidades que uno de los cónyuges deba entregar al otro en concepto de frutos, esta resolución podrá ser contradictoria con las Medidas adoptadas en la sentencia de separación, nulidad o divorcio. De hecho el art. 1.100 prevé la fijación de alimentos a favor de los/as herederos/as, que en este caso serían a favor del cónyuge que no detente la administración de los bienes, como frutos de dichos bienes y hasta el límite de los mismos que le puedan corresponder.

### **3.3 APLICACIÓN DE LOS BIENES COMUNES (NO GANANCIALES) DE LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA COMUNIDAD DE BIENES Y SU DIVISIÓN (ARTS. 392 Y SS DEL CÓDIGO CIVIL)**

Con frecuencia nos encontramos con que los cónyuges litigantes son propietarios en régimen de comunidad de bienes de algunos, haya existido o no sociedad de gananciales. Efectivamente, aquellos bienes adquiridos antes del matrimonio, o durante éste existiendo separación de bienes, e incluso los que adquieran después de la sentencia de separación entre los dos cónyuges, habrán de regirse por las reglas de la comunidad de bienes, en cuanto a su administración y a la posterior liquidación.

A este respecto es de señalar que la regulación de la comunidad de bienes es mucho más clara y completa, no plantea los problemas que hemos visto respecto al régimen de gananciales, ya que cada comunero es dueño de su cuota, puede enajenarla, administrarla como quiera y la disolución está perfectamente regulada.

### 3.4

#### **PROBLEMÁTICA DE LA APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN LOS SEGUNDOS PÁRRAFOS DE LOS ARTÍCULOS 1.377 Y 1.389, DESPUÉS DE LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN, COMPETENCIA PARA ADOPTARLAS**

Los artículos 1.377 y 1.389 del Código Civil, a los que ya hemos hecho referencia, regulan en el segundo párrafo de cada uno de ellos, la enajenación de bienes gananciales por uno de los cónyuges con autorización judicial, cuando el/la juez/a lo considere de interés para la familia. El problema que aquí planteamos es el de la aplicabilidad de estos artículos a los bienes durante el período de tiempo comprendido entre la sentencia de separación, nulidad y divorcio y la liquidación de los bienes así como la determinación del órgano judicial competente para adoptar Medidas.

Tomando en cuenta la remisión que el art. 1.410 del C. Civil hace a la regulación de la partición y liquidación de la herencia, para todo aquello que no esté expresamente determinado en cuanto a la liquidación de gananciales, en los artículos anteriores. Así como la remisión del art. 1.097 L.E.C., cuando habla de la administración de las testamentarías, a las reglas establecidas, para los abintestatos contenidas en la Sección 4<sup>ª</sup> del Título noveno del Código Civil; vemos que el art. 1.030 de dicha sección cuarta, establece la prohibición general de venta de bienes inventariados, durante la sustanciación del juicio de abintestato. Pero señala excepciones a esta regla general. Dentro de las excepciones, se podrá encuadrar perfectamente la necesidad de vender como medio para conservar el patrimonio y en consecuencia, se podrá solicitar la autorización judicial en base al artículo 1.030 en relación con los citados anteriormente del Código Civil.

En cuanto a la competencia para dar la autorización para la venta, parece que ésta corresponderá al Juzgado que esté entendiendo del declarativo correspondiente a la Liquidación de Gananciales, una vez entablado éste. El problema se nos plantea, si nos encontramos en el momento posterior a los trámites de Liquidación de Gananciales, que en Ejecución de Sentencia se hayan llevado ante el Juzgado que dictó la de separación, nulidad o divorcio, habiéndose dictado ya auto ordenando el archivo del expediente por no llegar las partes a un acuerdo.

Si se ha producido dicho auto y todavía no se ha interpuesto el Declarativo, se produce un vacío durante el cual es discutible que pueda solicitarse la autorización judicial para la ena-

---

enajenación de bienes inmuebles por parte de uno de los cónyuges, ya que el Juzgado que dictó la sentencia de separación, al haber archivado el procedimiento de liquidación de gananciales en ejecución, se negará a adoptar la medida y, todavía no existirá otro órgano judicial competente al no haberse interpuesto la demanda. Podría entenderse que es posible solicitar, sin más esta medida sin interponer el declarativo correspondiente, pero es dudoso que el Juzgado la acuerde; pese a que en ocasiones el declarativo, si se produjera la autorización judicial de enajenación, sería innecesario y, por otro lado la necesidad de la autorización puede revestir mucha urgencia. El ejemplo más claro es el de la sociedad de gananciales, cuyo único bien es la vivienda conyugal que, hallándose gravada con una hipoteca si, como consecuencia de la separación de los cónyuges, queda impagada aquélla, procediendo la entidad bancaria a la ejecución de la misma. Será urgente la enajenación del bien para proceder al pago de la hipoteca y que no se pierda la propiedad de aquél, sin embargo, si no hay acuerdo entre los cónyuges para la enajenación es imprescindible recurrir a la autorización judicial.

---

#### 4.

## *Conclusión*

De lo expuesto en los distintos apartados de este estudio, que como ya he dicho no pretende sino un esbozo de parte de la problemática referente a la administración de los bienes, se deduce la necesidad de solicitar todas aquellas Medidas Cautelares que vienen previstas en la Ley y hacer hincapié en la necesidad de que por los Juzgados se acuerde la concesión de éstas. Aun así, en tanto no se adecúen las distintas ramas del Derecho que inciden en esta materia a la regulación de los bienes gananciales y comunes, nos encontraremos con situaciones de clara injusticia para uno de los cónyuges y en definitiva, de desprotección a la familia. Resulta en consecuencia necesaria una modificación de la legislación en las diversas ramas del Derecho que tienda a adecuar las normas aplicables a la administración de los bienes de la sociedad de gananciales con el Derecho Civil.

---

**LUIS ZARRALUQUI SÁNCHEZ  
DE EZNARRIAGA**

**Presidente de la Asociación  
de Abogados de Familia**

*Incumplimiento  
de medidas  
adoptadas por  
resoluciones  
judiciales en  
materia de  
separación y  
divorcio*

Cuando la Constitución Española se ocupa de la tutela judicial a que los/as ciudadanos/as tienen derecho fundamental en su artículo 24, califica dicho amparo de Efectivo. Pero esta calificación que parece evidente y por lo tanto de innecesaria especificación, no aparece en ninguna de las enumeraciones de otros derechos esenciales, pero sí cuando se refiere a la tutela judicial. Ello puede ser debido a que, quizá en este ámbito, más que en otros, puede presentarse una clara diferencia entre las meras declaraciones y la proyección de las mismas en el mundo real. Pero lo que el/la ciudadano/a demanda de los Tribunales de Justicia no son meras declaraciones formales, sino que las mismas se cumplan; que tengan su traducción directa en el mundo de las realidades.

Si todo ello es cierto en general, cuando se trata del Derecho de Familia tal certidumbre se ve incrementada de modo notable. Por una parte, hay que constatar la creciente conflictividad en el seno de la familia, debida a factores sociológicos de imposible retroacción, a lo cual se suma una superior conciencia de los derechos (quizá no tanto las obligaciones) de cada uno de los miembros de la unidad familiar. Naturalmente esta presencia y alegación de los derechos, se corresponde con una disminución del espíritu de sacrificio y de renuncia que siempre estuvo presente en la relación familiar, no sólo en la paterno/materno filial, sino también en la conyugal y que tenía su último fundamento en el amor. La comprensión y el desinterés, connaturales con la solidaridad que ha de constituir la base de la familia, se han visto reducidos. Es posible que en otros tiempos hayan propiciado abusos intolerables. Pero el efecto pendular de tantas actitudes sociológicas, ha llevado a la familia al extremo contrario.

Y cuando este orden familiar se quebranta, cuando alguien incumple sus obligaciones o actúa contra el interés general o el particular de alguno/a, se acude, hoy con muy superior frecuencia, a la Justicia con la esperanza de que lo arregle todo. Cuando todo alrededor de una persona se derrumba en el plano de su hogar, sólo cabe una esperanza: la Justicia. Con anterioridad se ha intentado un amplio abanico de posibilidades. Se ha acudido al recuerdo de un amor que se ha acabado. Se ha impetrado el cariño a los/as hijos/as, el respeto a los/as mayores, el testimonio de la sociedad, el espíritu de la decencia, la llamada a lo justo. Posiblemente se han esgrimido amenazas y se han vaticinado represalias. Pero cuando todo ello ha fracasado contra un muro impenetrable de frialdad y de rencor, únicamente queda la esperanza en la Justicia.

---

Es verdad que ningún orden legal es menos susceptible de una eficaz acción de la Justicia, en cuanto el Derecho de Familia tiene una gran parte de su contenido inmerso en la ética y de ella, en aquella parte que no puede tener una de las características del Derecho que es su posibilidad de imposición por coerción. La ayuda mutua, el velar por los intereses del/de la otro/a, actuar en interés de la familia, dar una protección y formación integral a los/as hijos/as, son algunas, que no todas, de las obligaciones que, aunque estén contenidas en la legislación positiva, no pueden imponerse coactivamente, ni sancionarse su incumplimiento. Y sin embargo, queremos que el poder judicial obligue a otros/as a comportarse decentemente, a tratar con cariño a los/as suyos/as, a no ignorarlos/as, a ampararlos/as en sus desgracias.

A título de ejemplo diremos que, respecto de los regímenes de comunicaciones de los padres o madres no custodios con sus hijos/as, es difícilísimo lograr una ejecución judicial de este derecho cuando el/la custodio se opone. Pero lo que es absolutamente imposible es lograr que el/la alejado/a de sus hijos/as que no quiere verlos, cumpla el régimen decretado por un/a juez/a. Aunque sea beneficioso para el interés superior de un/a menor. Aunque se pongan todos los medios para ello y lo pida –exija– el/la propio/a menor. Imposible.

La dificultad de ejecutar las resoluciones judiciales en el ámbito de la familia es muy superior a cualquier otro. Pero las personas interesadas lo olvidan. Personas que han estado sufriendo años y años la conducta injuriosa de otro/a, que han padecido el alejamiento de su cónyuge, físico y moral, personal y en relación con la prole, pretenden que por el hecho de acudir a los Tribunales, las cosas van a cambiar y que quien fue indiferente a los/as hijos/as, será padre o madre ejemplar, y que quien fue desordenado/a y pródigo/a, sea ahora estricto/a y generoso/a cumplidor/a de sus deberes económicos. Pero hay que recordar siempre, que quien se casa con un sinvergüenza, se divorcia de un sinvergüenza y quien se casa con una malvada, de una malvada se separa.

La naturaleza de las propias cuestiones debatidas, la intimidad del ámbito en que estas relaciones ha tenido lugar, la extraordinaria confianza que ha precedido al litigio y el que de muchos deberes son las propias personas los objetos, son todos ellos elementos que favorecen la dificultad especial que tiene la imposición judicial de sus dictados en esta materia. Pero a ello se une también una mayor tendencia al incumplimiento, superior al existente en otras materias. Cuando se llega a un litigio es bien porque las partes discrepan en cuanto al contenido o extensión del derecho o de la obligación objeto de discusión, bien porque

---

existe una imposibilidad o dificultad en el cumplimiento del deber exigido o bien por una resistencia emanada de tácticas o prejuicios, en un intento deliberado de atrasar la eficacia del derecho. Todas estas razones están presentes en los litigios familiares, puesto que en la actualidad, desde 1981, aunque con indebidos matices que no son objeto de este trabajo, las partes pueden convenir pacíficamente las cuestiones afectadas por los problemas familiares.

Sin embargo, en estos temas se encuentra presente un factor emocional agudo, que con menos asiduidad se muestra en otras áreas. La sensación de fraude, el amor no correspondido, los celos, la indignación ante el engaño, el espíritu de venganza, la envidia ante el futuro del/de la otro/a, y en muchas ocasiones, el odio, son todos ellos sentimientos que se manifiestan agudamente en los pleitos familiares. Evidentemente, estas actitudes de las partes no facilitan la comprensión del fallo adverso o no todo lo favorable que se pretendía, o la declaración de algún derecho del objeto del rencor. Corrientemente, la parte a la que se le impone alguna obligación, desde el mismo momento de su conocimiento de ella, anuncia su claro propósito de incumplir, de resistirse con todas sus fuerzas y de hacer imposible la acción de la Justicia. Amenazas de emigrar, de suicidarse o aún de matar son moneda frecuente en esta materia, aunque por fortuna, más en las palabras que en los hechos, aunque hay algunos tristemente acaecidos.

En suma, tenemos muchos problemas en los que la Justicia a de definirse en estas materias familiares, de una naturaleza especial, que dificulta la coerción del poder, y con una superior resistencia del obligado. El resultado es claramente una evidencia pública de un mayor incumplimiento de las medidas adoptadas por resoluciones judiciales en materia familiar y una superior gravedad por cuanto las cuestiones familiares, afectan a lo más hondo del ser humano y a todos los seres de una sociedad.

No obstante, no todos los motivos son intrínsecos con el objeto de la discusión, ni de naturaleza tan inevitable.

Si hemos hablado de gentes de mala fe, que están dispuestas a resistirse al cumplimiento de la resolución judicial en todo lo que no les plazca, también hay –y muchos– seres humanos cumplidores y de buena fe. En las rupturas de la unidad de la familia, hay personas generosas, amantes de sus hijos/as y que buscan y pretenden soluciones justas y equitativas. Hay maridos y mujeres que dudan en cuanto a lo que es bueno o lo que es mejor para la familia rota, que respetan al otro esposo y que aman a sus hijos/as. Son personas que pueden discrepar del otro cónyuge en torno a los efectos de su separación o divorcio, pero que están dispuestos a cumplir con el dictado de quien ha de dirimir la discordia. Son, a priori, cumplidores/as de las resoluciones judiciales.

Pero ¿cómo puede afectar a quienes creen en la Justicia y están dispuestos/as a cumplir con sus resoluciones de buena fe, nuestra normativa sustantiva y procesal, plagada de incongruencias, sistematizada de forma caduca, llena de formalismos que ocultan la realidad, carente de garantías reales, anticuada y, todo hay que decirlo, plena de normas anticonstitucionales?

A cualquiera, que se le aplique una legislación actual y coherente, por un Tribunal que haga uso de reglas de procedimiento equitativas y lógicas y, en un plazo prudente, se le dicte una resolución razonada, le será más fácil entender tales razones y doblegarse voluntariamente ante la fuerza de la sentencia. Pero seamos conscientes que la eficacia del sistema judicial requiere no sólo que las cosas se hagan bien, sino que lo parezca.

El/la ciudadano/a español/a tiene una cultura televisiva de la Justicia, que podemos apreciar cada vez que nos encontramos con el tema. Hace tiempo, los juicios de Perry Mason introdujeron en el idioma y en los hábitos de nuestro país la petición de un “receso”. La protesta y su admisión o denegación son de todos y todas conocidas, así como la no constancia de lo incorrecto en el acta. Las personas afectadas por un litigio, nos preguntan si se les va a llamar al estrado y las partes piden declarar como testigos, en contra de la normativa española. Esta cultura es mala y es buena. Es mala como lo es todo conocimiento parcial e incompleto, sin bases ni fundamentos, porque es deforme. Pero es buena, porque confiere al/a la ciudadano/a el sentido de la existencia de una Justicia oral, con intermediación del/de la juez/a, pública y en que el/la justiciable tiene derecho a ser oído y a una defensa por abogado/a. Lo cual, por otra parte, es justamente lo que señala nuestra Constitución.

---

Lo que es peor es que el/la español/a, que tiene problemas familiares y que ha de ventilarlos en los Tribunales, sufre el flagrante incumplimiento de nuestra Carta Magna y en muchos lugares se le priva de la custodia de sus hijos/as, se le expulsa de su hogar y se le condena a prestaciones económicas, a veces insufribles o se le beneficia con otras que le impiden sobrevivir, sin que hayan visto al/a la juez/a, ni hayan leído más razonamiento del fallo terrible, que uno genérico insertado en un ordenador.

¿No favorece el sistema los incumplimientos por parte de las gentes de buena fe, que las hay? Si observamos que continúan las menciones a la querrela por los delitos de adulterio y amancebamiento pese a haber felizmente desaparecido en 1978, hace ya 17 años; si comprobamos que el artículo 96 del Código Civil, que contradice para la adjudicación del uso del domicilio familiar con carácter definitivo la norma del artículo 103 para hacerlo provisionalmente, cuando todos/as los/as hijos/as no quedan bajo la custodia de un/a progenitor/a, establece como criterio riguroso y científico, que el/la juez/a debe hacer "lo procedente" (¿debe alguna vez hacer lo improcedente?); si analizamos la contradicción entre la separación sin culpa y la necesidad de causa y la permanencia de la cuota viudal usufructuaria cuando el/la viudo/a estuviera separado por culpa del/de la difunto/a; si, en fin, estudiamos preceptos tan contradictorios como los dedicados al levantamiento de cargas familiares o a los alimentos de los/as hijos/as mayores de edad en estos procesos, ¿no estaremos alejándonos de la comprensión del/de la ciudadano/a y haciéndole más difícil asumir lo resuelto por el Juzgado?

¿Podemos hacer comprender a alguien que, litigando con su cónyuge de modo a veces feroz y durante años, pagando o cobrando una pensión al o del/de la otro/a, rota la convivencia por una resolución judicial provisional, con un alejamiento físico, moral y económico absoluto, pueda seguir existiendo entre ellos/as un consorcio ganancial y su cónyuge participe de sus ganancias y esfuerzos o le haga responder de sus deudas?

¿Puede entender el/la titular dominical privativo de una vivienda que por separarse de su cónyuge y atribuírsele a éste/a la custodia de un/a hijo/a de meses de edad, le priven del uso de su vivienda hasta que el/la hijo/a sea independiente y ello, porque el beneficio del/de la menor es quedarse en esa vivienda y nunca cambiar hasta que sea mayor? Y mientras tanto a los/as hijos/as cuyos padres/madres no se separan se les cambia de domicilio tantas veces como a aquellos les plazca, sin consultárseles jamás.

Cuando la ley se aleja del sentido común es injusta. Cuando es oscura y cada Tribunal español la aplica de una forma diferente, es igualmente injusta y contradice el principio sagrado de seguridad jurídica.

## *Ausencia de un procedimiento adecuado*

Pero si urgentemente necesitada de cambios está la legislación sustantiva, para acomodarla, además de a la lógica, a los cambios sociales sufridos por España en los últimos catorce años, la perentoriedad de modificar (o quizá debería decir crear) su normativa procesal es aún superior.

Como ya hemos indicado la Constitución, que debe regir la totalidad del ordenamiento jurídico español, reconoce en el artículo 24, el derecho de todos/as los/as ciudadanos/as a obtener una tutela efectiva de los/as jueces/zas y tribunales, sin que se pueda producir indefensión. Pero posteriormente dedica el Título VI al Poder Judicial y en el artículo 118 sienta la obligación de "cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales", para, posteriormente, desarrollar distintos requisitos de la Justicia, de los que nos interesa aquí destacar que ha de ser "predominantemente oral" (art. 120. 2), las actuaciones, deben ser públicas (art. 120. 1) y "las sentencias siempre motivadas".

Pero todo el conjunto de normas que integran el ejercicio de la función jurisdiccional caen por su propia base, si no se dota al proceso de unas normas que lo hagan efectivo. Para la clase política, que ostenta el poder legislativo y que vive pendiente del juicio que su labor merezca a sus electores/as, sólo interesan aquellos actos que, difundidos a través de los órganos de comunicación pública, sensibilizan a la opinión pública o son sensibilizados por ella. Su esfuerzo se contrae y limita a aquello que el electorado conoce y sobre lo que tiene una opinión, acertada o equivocada. En materia familiar son temas de honda, profunda y extensa aceptación por la masa ciudadana cuestiones como el divorcio, las pensiones de cónyuges e hijos/as, el aborto, los malos tratos, la adjudicación de la vivienda. Por ello cuando se produce una resolución judicial que subraya o choca con la opinión popular en estas materias, inmediatamente salta a los medios de comunicación social. Accede a los titulares. Impacta a las ondas radiofónicas o televisivas. La acción de los/as políticos/as obtiene de esta forma, al ocuparse de estos temas, la gratificación que buscan.

Naturalmente, entre estas cuestiones, no se encuentran las de procedimiento. La noticia de la ampliación legal de los supuestos despenalizados de aborto, pueden merecer una primera plana. Como lo fueron las exclusiones del Código Penal de los delitos de adulterio o

---

amancebamiento o la introducción del divorcio. La igualdad de derechos del padre y la madre o la mayoría de edad a los 18 años, son cuestiones que han merecido la atención de los medios. Pero ¿puede alguien pensar que un cambio procesal, como la sustitución del procedimiento incidental por el de menor cuantía o la unificación de las reglas de tramitación de los interdictos, pueda merecer un titular de prensa?

De ahí nace, sin duda, el que en una materia tan importante como la familiar, desde los profundos cambios en la materia iniciados con el Acuerdo con la Santa Sede de 3 de Enero de 1979 y culminados con las Leyes de 13 de Mayo y 7 de Julio de 1981, se haya anunciado el establecimiento de unas normas procesales específicas para estos procesos, y no se haya hecho absolutamente nada. Incluso se han dejado pasar ocasiones de oro como las reformas urgentes en materia procesal de 1984 y 1992.

La insuficiencia de nuestro ordenamiento es obvia. Por de pronto se ha pasado a juzgar universalmente una problemática que antes era competencia de los Tribunales Eclesiásticos, para todos los matrimonios canónicos, a los que venían obligados todos los bautizados en el seno de la religión católica. Además, se eligió una fórmula –el proceso incidental creado, como indica su nombre, para incidencias de un proceso plenario, que era el importante y por ende el que disfruta de todas las garantías. Al familiar se le asignaron las reglas de lo accesorio. Por lo visto, no merecía más. Ni siquiera catorce años después.

Pero la realidad es que el proceso y su forma de desarrollarse, aunque parezca un tema puramente técnico y lejano al hombre y a la mujer de la calle, es esencial para algo que el/la ciudadano/a sí entiende con claridad y le afecta con rotundidad. Me refiero a la Justicia. La Justicia como orden y la justicia como virtud que debe estar presente en cuanto emana del poder judicial. Todos somos conscientes ya de que la Justicia –los/as jueces/zas y tribunales– poseen un poder extraordinario. No es el poder de lo general, como el legislativo, sino la fuerza de lo individual. Los pronunciamientos judiciales se proyectan sobre los individuos de forma inexorable, con la enorme amplitud en su poderío, de abarcar desde su privación de libertad, sumiéndole en un presidio, hasta alejarle de sus hijos/as, incapacitarle como persona, arrebatarle sus bienes y derechos, expulsarle de su vivienda o declararle padre de otro/a ciudadano/a.

La importancia de esta función exige de la sociedad un enorme esfuerzo en la designación y formación de los/as componentes de este poder, aunque no siempre se respete esta exigencia. Pero también y muy singularmente, requiere que se arbitren unas normas que permitan que, sin indefensión de las partes, con oportunidad para ellas de ejercer el sagrado

---

derecho de defensa, reconocido en todos los textos universales, los/as jueces/zas puedan alcanzar el conocimiento de los hechos en que sus dictados deben basarse. Si ni existe el vehículo idóneo para que el/la juez/a pueda saber y enjuiciar, es imposible, de todo punto, que sus resoluciones sean justas. Y si lo fueren por casualidad o por instinto, no podría razonarlas, no podría justificarlas y, con ello, se perdería la mayor parte de la posibilidad de que las personas interesadas puedan acatarla.

Esta es la trascendencia de la existencia de unas normas procesales y esta es la enorme responsabilidad en que incurrir los/as gobernantes cuando las desprecian con su inactividad. La sabiduría popular a la que antes hemos aludido, barnizada de judicialismo televisivo americano o inglés, nos demanda constantemente: “¿Y cuándo es el juicio?”. El juicio. Con su oralidad y su intermediación, su concentración y su flexibilidad; con todas aquellas virtudes que los/as procesalistas etiquetan, pero que las gentes intuyen. El juicio. Ese juicio que la sociedad viene pidiendo a voces desde años y los/as profesionales del Derecho clamando sin éxito alguno.

No decimos que si hubiera un juicio lógico, semejante al penal, las resoluciones judiciales se cumplirían con entusiasmo. Pero sí defendemos que además de hacer tales resoluciones más justas, nada menos, y en consecuencia más posible de ser ejecutadas, dejaríamos a muchos sin pretextos para rechazarlas e incumplirlas, a otros convencidos de su adecuación y mejor dispuestos para acatarlas y a la sociedad más proclive con su crítica y su comprensión, a la sanción a los incumplidores y, por ello, más eficaz en su labor de apoyo a los mandatos de los/as jueces/zas.

#### 4.

## *El cumplimiento de las resoluciones judiciales*

Las medidas que pueden dictar los/as jueces/zas y tribunales para hacer cumplir las resoluciones judiciales, son de distintas clases.

Podemos distinguir, en primer lugar, aquellas de contenido extintivo de las que lo son periódico. Las primeras son las que derivan su eficacia de una sola vez, como por ejemplo, las que hacen cumplir la orden judicial de que una persona abandone un domicilio. La medida para ello es el lanzamiento, que tiene lugar en una ocasión y surten efecto por su aplicación unitaria.

Por el contrario, las medidas de cumplimiento periódico son las que amparan pronunciamientos declarativos de obligaciones o derechos de realización periódica. En este supuesto se encuentran muchos de los dictados en materia de familia y, concretamente, los relativos a pensiones, con pagos mensuales, o regímenes de comunicaciones y visitas, de concreción semanal o vacacional.

Naturalmente, estas últimas son de mayor dificultad y van encaminadas a veces a la realización de un sólo acto –un mandamiento– dirigido a otro –autoridad o particular–, para que sea éste el que realice el acto periódico: la retención mensual de una parte de los haberes y su entrega a la persona acreedora, por ejemplo.

Estas medidas también pueden ser clasificadas atendiendo a la forma en que se traduce su acción. Hay medidas compulsorias, en que el poder judicial hace uso de la fuerza coercitiva del Estado, como ocurre en los lanzamientos, ya aludidos, en que la fuerza pública hace cumplir el mandato judicial. Hay medidas sustitutorias, que van encaminadas a sustituir el incumplimiento por parte del/de la obligado/a, como es el caso de la retención de los haberes cuyo cobro corresponde a la persona deudora y que, en virtud del mandato del/de la juez/a, la persona empleadora realiza el pago a la persona acreedora. Hay medidas penalizadoras, esto es, aquellas por medio de las cuales se castiga al/a la incumplidor/a. Estas medidas no pueden en rigor ser clasificadas entre medidas para el cumplimiento, porque no tienden directamente a él. Sin embargo, las consignamos aquí puesto que en cierta medida pueden contarse entre las de mayor eficacia para hacer cumplir obligaciones dictadas por los/as jueces/zas en materia de familia, por el efecto disuasorio que entrañan, tanto directo, para el/la que las sufre, como indirecto, en los/as que perciben el efecto ejemplarizador. Finalmente, tenemos que incluir en este lugar, las medidas de cumplimiento

---

forzoso imposible. Efectivamente, como también hemos señalado con anterioridad, en el orden personal y familiar en que estos litigios se mueven, hay un mayor número de medidas que no pueden forzosamente trasladarse a la realidad. Unas son por la propia naturaleza de la obligación, como ocurre en el cumplimiento del deber de visitas y estancias por el/la progenitor/a no custodio, y otras, por imposibilidad material, como es el supuesto en que el/la deudor/a se encuentra en estado de insolvencia, sea ésta real o fingida.

## *Pronunciamientos principales y sobre efectos*

En materia de separación y divorcio debe establecerse una distinción, cuando de ejecución de las resoluciones judiciales se trata, entre los pronunciamientos principales y los que son efecto o consecuencia de aquellos.

Los pronunciamientos principales no plantean realmente problemas en su ejecución ya que se tratan de meras declaraciones "erga omnes". Desde el momento en que adquiere firmeza la separación, los cónyuges se encuentran legalmente separados, sin necesidad de ningún otro acto que dé eficacia al pronunciamiento. De igual modo ocurre con el divorcio, en que desde la firmeza de la sentencia que lo acuerde, está disuelto el matrimonio e incluso desde entonces, recobran ambos divorciados su capacidad núbil.

La inscripción en el Registro Civil de estas resoluciones no tiene carácter constitutivo, sino que afecta únicamente a terceros. La práctica de la oportuna anotación no plantea más problemas que los que puedan derivarse de su mecánica, especialmente cuando se trata de matrimonios contraidos en otros países.

Existe otro pronunciamiento derivado del principal, que tiene el mismo carácter enunciativo. Se trata de la disolución del régimen económico conyugal. La disolución como tal no plantea problemas de ejecución, aunque sí los produce y muy graves la liquidación, especialmente cuando se trata de la sociedad de gananciales, ya que los tribunales no se ponen de acuerdo en cual sea el procedimiento adecuado para ello. Es evidente que se trata de otro más de los supuestos en que la ley se revela insuficiente e indeterminada y propicia diferencias interpretativas graves.

La posibilidad de liquidar gananciales en ejecución de sentencia, hacerlo por el procedimiento del juicio voluntario de testamentaría o por el declarativo ordinario que corresponda a la cuantía de los activos de la sociedad, son opciones que se barajan por los/as jueces/zas alternativamente, sin ponerse de acuerdo, propiciando desconciertos y desaciertos.

Pero es indiscutible que donde los incumplimientos son mayores es en los efectos de las sentencias de separación y divorcio. Y son mayores tanto por la resistencia superior de las par-

---

tes a aceptar estos pronunciamientos judiciales, como por la dificultad de los órganos jurisdiccionales para imponer sus mandatos.

En lo que respecta a las consecuencias de estos pronunciamientos de separación y divorcio, debemos dividirlos fundamentalmente en tres grupos: los que afectan a los/as hijos/as, los relativos al domicilio familiar y los que guardan relación con la economía.

## *Efectos relacionados con los hijos/as*

El primer aspecto a considerar es el relativo a la patria potestad. Cuando con carácter excepcional se atribuye su ejercicio a uno sólo de los progenitores o cuando se suspende o priva a uno de ellos de tal patria potestad sobre uno/a o todos/as los/as hijos/as, no suele haber grandes problemas de cumplimiento por cuanto se trata de resoluciones judiciales constitutivas –o mejor diríamos aquí privativas– de derechos, que por su propia firmeza tienen plena efectividad. Pero cuando la atribución de la patria potestad consiste en el mantenimiento de la misma compartida, como es el supuesto más habitual, los problemas nacen de los conflictos entre los progenitores respecto de dicho ejercicio. Estos conflictos, de acuerdo con la ley, han de ser resueltos por el/la juez/a, lo cual convierte o puede convertir la vida de un/a menor en una constante judicialización de las determinaciones que le afectan, que sin duda es censurable. Además tenemos que considerar que una gran parte de las determinaciones que afectan a los/as menores, no son ni buenas ni malas, sino puramente opinables. En ellas el/la juez/a difícilmente puede tener una intervención lógica y eficaz. Tal es el caso, por ejemplo, de la elección de la clase de educación que un/a menor debe recibir, en la disyuntiva entre educación religiosa y laica. En un estado aconfesional como el español, tanto monta una como otra. Es una elección libre del padre y la madre. Pero cuando éstos no se ponen de acuerdo, han de acudir al/a la juez/a para que dirima la discordia. Y ¿cómo lo hace éste/a? Es evidente que no debe aplicar sus propias creencias religiosas o la ausencia de ellas. Tampoco puede hacerlo con las de la familia puesto que precisamente la contradicción dentro del seno de ésta, es la que motiva que acudan las partes ante él/ella. ¿Qué debe hacer? No hay solución.

Pero donde, sin duda, se multiplican los incumplimientos y las dificultades judiciales de hacer cumplir lo ordenado por las sentencias declarativas en materia de separación y divorcio, es en el régimen ordinario de convivencia de los/as menores, que viene formado por la atribución de la custodia, por un lado, y la regulación de un régimen de estancias y comunicaciones –el mal llamado régimen de visitas– por otro.

Las dificultades nacen, en primer lugar, de la general aspiración –salvo excepciones, que las hay– de todos los padres y madres a permanecer en compañía de sus hijos/as. Los dos consideran injusto que les priven de la convivencia con ellos/as, aun en el mejor de los casos, en que piensen que con el/la otro/a no están mal. La calificación, en trance de desa-

---

parecer en otros países, de custodios y no custodios aplicada a los padres y madres produce lesiones importantes. El alejamiento del día a día de esos/as hijos/as, causa dolor en quien lo sufre. En el fondo la persona que se ve privada de la compañía diaria y habitual de los/as hijos/as, se siente injustamente tratada. En unas ocasiones, porque no se considera responsable –culpable– de la ruptura. En otras simplemente porque estima que su derecho a tenerlos consigo es, al menos, igual a la de la otra persona. Y como ya hemos dicho antes, la persona que se considera injustificadamente privada de algo, es más reacia y más resistente al pacífico cumplimiento de lo ordenado.

Pero a este sentimiento por parte de la persona privada de la custodia, se une de forma muy trascendente la de aquella a quien se le ha otorgado dicha custodia. Para ésta, con relativa frecuencia, la injusticia del pronunciamiento judicial reside en haber concedido al/a la otro/a progenitor/a un régimen de comunicaciones con el/la menor o, por lo menos, uno tan amplio. Llevado en muchas ocasiones por el rencor que nace de la historia determinante de la ruptura, pretende reducir al mínimo o aún negar la comunicación de los/as hijos/as con el otro padre/madre. Y de este sentimiento, que encuentra autojustificación en imaginarios -y a veces reales- males derivados de esta relación, nace una resistencia virulenta al cumplimiento de este plan de comunicaciones.

Nada más fácil que convertir estos regímenes en una verdadera tortura. Excusas, retrasos e inasistencias, desaparición de los/as niños/as o enfermedades, jalonan esta tortuosa vía. A ello se añade que estas comunicaciones tienen no sólo dos protagonistas, sino tres, porque el/la menor, excepto cuando es realmente un/a bebé, también tiene su palabra.

La voluntad de los/as hijos/as en esta materia es un tema enormemente controvertido y yo me atrevería a decir que es uno más dentro del Derecho de Familia, de los que no tienen una solución real. Nuestro Derecho ha venido incorporando al/a la menor como sujeto de derechos cada vez en mayor medida. La norma de que ha de oírse a los/as mayores de doce años y los/as menores de esta edad con suficiente uso de razón, se ha convertido en un precepto general cuando de medidas que les afecten se refiere. Porque no parece concebible que se pueda disponer sobre su vivencia sin escucharles, aunque distingamos claramente entre oír lo que tengan que decir y hacer según su voluntad.

Pero al mismo tiempo que se establecen estas exigencias y, en la práctica, las resoluciones tienden a acomodarse, en gran medida, a los dictados de los/as menores, existe una clara conciencia, esgrimida frecuentemente, de que las manifestaciones de los/as menores están o pueden estar mediatizadas por quienes ostentan sobre ellos/as la autoridad o el ascen-

---

diente de ser, nada menos, que sus padres/madres. En algunos casos, las opiniones de los niños y niñas pueden estar condicionadas por el temor a castigos o represalias. En otros, pueden responder a acciones del signo contrario y producirse al hilo de promesas o dádivas. En ciertos supuestos, se trata de opiniones formadas por la fe que les merece el progenitor o progenitora que las vierte, sean de orden positivo o de negativo. La opinión o el juicio del/de la menor está constantemente afectado por sus padres/madres u otros parientes, y quizás en una dirección que no coincide con la de su mayor interés. ¿Cómo puede el juez o la jueza, en una breve entrevista, celebrada en un ambiente enrarecido, atemorizador, frío y distante, aspirar a despejar estas incógnitas?

La dificultad de la adopción de la medida tiene una influencia trascendental en su cumplimiento, porque los problemas citados no sólo condicionan las conductas de las personas afectadas –las tres– sino que además evolucionan constantemente, convirtiendo lo acertado o admitido de ayer en lo rechazado e incumplido de mañana.

Y el juez o la jueza siempre está lejos. Está distante de algo que por su naturaleza es hogareño, cambiante, directo y diario. En muchas ocasiones la presencia del Asistente Social es de suma ayuda, porque se encuentra a la hora de ejecutar estos regímenes más cerca del problema y de su anécdota. Pero no olvidemos que la mayor parte de los órganos judiciales que conocen de estas materias carecen de estos elementos auxiliares.

Por otra parte como ya hemos indicado anteriormente existe una parte de estos pronunciamientos, que es de imposible cumplimiento. Nos referimos a la ejecución positiva de las comunicaciones. De la compulsión al beneficiario o beneficiaria de un régimen de comunicaciones para que lo cumpla y que lo haga en los términos en que ha sido dictado por el juzgado. Con frecuencia –triste frecuencia– nos encontramos con padres que, alejados de la custodia y convivencia con sus hijos/as, se olvidan de ellos/as y no cumplen o no lo hacen en todas las ocasiones, con las comunicaciones de los fines de semana o de las vacaciones. En otras simplemente, las reestructuran temporalmente a su antojo, con o sin aviso previo y convierten el fin de semana de viernes por la tarde, a uno a partir del sábado a las doce de la mañana. O transforman la mitad del verano, en quince días, determinados por ellos, en pleno mes de agosto. Y la parte que ostenta la custodia se ve imposibilitada de hacer planes en su vida partiendo de lo resuelto por el juez o la jueza y en un mundo tan necesitado de previas programaciones, ha de vivir al arbitrio del otro progenitor de sus hijos/as.

Es cierto que el/la juez/a puede privar del régimen de visitas a la persona incumplidora o suspenderle en su ejercicio, pero siempre está flotando sobre estas resoluciones negativas,

---

la consideración de que las comunicaciones con el padre/madre no conviviente, no son sólo un derecho de éste/a, sino del/de la menor, al/a la que no debe privársele del contacto con su padre/madre con el/la que no vive.

El hecho de que la mayor parte de los incumplimientos están concentrados en el régimen de comunicaciones, no quiere decir que no existan otros de mayor gravedad. Se trata de los secuestros de menores por parte del/de la progenitor/a no custodio. Y de nuevo estas acciones pueden estar matizadas por la voluntad favorable –o supuesta voluntad favorable– del propio menor. Es indiscutible que para restablecer el orden conculcado, el que tiene la guarda del menor puede acudir a las fuerzas del orden para restablecer la custodia. Pero ¿es siempre aconsejable esta acción? Si efectivamente el/la menor, que tiene ya una cierta edad, es favorable al cambio de custodia, ¿puede imaginarse lo que ocurre cuando la policía le obliga a reintegrarse con quien no quiere vivir y le arrebatada de la compañía, no de cualquiera, sino del padre o de la madre con quien sí quiere permanecer? ¿Pueden estas acciones suponer una vejación inolvidable para el/la menor que la padece? ¿No hará inútil la utilización de la fuerza repitiendo de nuevo su fuga?

Todas estas son cuestiones que se encuentran presentes a la hora de arbitrar soluciones para intentar corregir los actos realizados en infracción de lo resuelto por el/la juez/a. Pero a estos interrogantes hay que sumar ciertas consideraciones que hacen más difícil la utilización de la fuerza coercitiva del Estado. Hay que pensar que la determinación de la custodia sobre los/as hijos/as en favor de uno de los progenitores es casi siempre, por norma general, la elección de una disyuntiva enormemente complicada. Por lo común ambos progenitores son corrientes. Lo que quiere decir es que ambos son hábiles y adecuados para tener a los/as hijos/as con ellos. Si el caso fuera la muerte de cualquiera de los progenitores, el otro quedaría con ellos pacíficamente y lo haría razonablemente bien. Y la justicia no intervendría, no tendría por qué hacerlo. Y lo haría bien porque comunmente ambos son suficientemente hábiles -razonablemente capacitados- para hacerse cargo de los/as menores. Partimos, pues, de que, como sistema, los dos progenitores podrían ocuparse de sus hijos/as. Y los dos más o menos igual. La decisión es enormemente difícil para el/la juez/a, que debe tener la sensación de que cuando ha inclinado la balanza hacia uno de ellos –habitualmente la madre– no está salvando al/a la menor de graves riesgos y peligros, sino eligiendo a un/a progenitor/a por un escaso margen, de considerable posibilidad de error. Cuando existe una infracción de la elección tan difícilmente alcanzada ¿tiene el/la juez/a la convicción moral necesaria para utilizar la fuerza para hacer cumplir sus dictados?

---

La alteración del régimen de custodia establecido por las resoluciones judiciales cobra una especial significación cuando el/la menor es trasladado a otros países. Es indiscutible que se pretende de esta manera eludir la acción de la justicia, con mayor eficacia derivada de la falta de entendimiento entre los países.

A dificultar el éxito de este propósito, ha venido encaminada la acción internacional a través de los distintos tratados. El Convenio de la Haya de 25 de Octubre de 1980, ratificado por España el 28 de Mayo de 1987, y el Europeo de 20 de Mayo de 1980, suscrito en Luxemburgo, y ratificado por nuestro país en 9 de Mayo de 1984, tratan de garantizar la restitución de los/as menores ilícitamente trasladados/as o retenidos/as a otros países y velar por los derechos de custodia y de visitas. Pero naturalmente estos tratados siempre tienen que contemplar como excepción para su aplicación objetiva, aquellos supuestos en que la ejecución de lo judicialmente resuelto ponga en riesgo grave al menor, entrañe peligro físico o psíquico para él o le genere una situación intolerable. También contemplan el supuesto en que dado el tiempo transcurrido desde el traslado, el/la menor haya quedado integrado de manera eficaz y más beneficiosa para él/ella, en su nueva situación.

El "favor filii" se constituye de esta manera en un obstáculo formal y legalmente reconocido para el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Pero precisamente en este reconocimiento formal se encuentra una de las cuestiones más arduas a la ejecución de los pronunciamientos judiciales en materia de menores. ¿Y si de dicho cumplimiento se deriva un daño para el/la menor?

Naturalmente dentro de las medidas que el/la juez/a puede utilizar para hacer cumplir sus mandatos, se encuentran las penales, con sus pretendidos efectos disuasorio y ejemplarizador. La deducción del tanto de culpa por el posible delito de desobediencia del artículo 237 del Código Penal, se utiliza en muy contadas ocasiones, con grave escándalo de los padres que suelen ser con más frecuencia las víctimas de esta clase de incumplimientos. ¿Es necesario como preconizan algunos, establecer un tipo específico, como ocurre con las infracciones correlativas de impago de pensiones? En general, nos resistimos a la penalización de estas conductas, pero ¿disminuirían los incumplimientos? ¿Deben ceder los principios a la eficacia?

El otro gran sector del incumplimiento de las medidas adoptadas judicialmente en las separaciones y divorcios, es el relativo a las pensiones, sean éstas alimenticias, para el levantamiento de otras cargas familiares o compensatorias.

De nuevo tenemos que hacer dos consideraciones generales que afectan a la forma en que estas medidas adquieren eficacia y que les privan de cierta fuerza moral. Nos referimos, de una parte a las circunstancias y forma en que se adoptan y cuantifican estas pensiones y de otra en la inercia de su aplicación una vez establecidas, sin rapidez y flexibilidad en su acomodación a las circunstancias económicas cambiantes.

Es cierto que uno de los problemas básicos para la justa determinación de las pensiones, es el frecuente desconocimiento de quien las pide de los ingresos de la persona obligada a su pago y la más corriente todavía dificultad de la prueba de estas realidades. Por algunos sectores se propugna la posibilidad de crear en España unas tablas semejantes a las que existen en otros países, que permitiesen una determinación aritmética de estos importes. Pero el mayor inconveniente está centrado en el establecimiento de la base sobre la que aplicar esta escala, ya que el índice de fraude en nuestro país es alto y nula la sanción por no desvelar esta información fidedigna en un juicio familiar. De esta forma, la labor judicial de determinación de la cuantía de las pensiones se convierte habitualmente, en ejercicio aleatorio, de incierto resultado.

Si la dificultad de obtener una cantidad justa –no demasiado alta ni demasiado baja– favorece los incumplimientos, otro tanto ocurre con la inadecuación del procedimiento para modificar estas cuantías cuando existan cambios de circunstancias que así lo impongan.

La ejecución de lo resuelto judicialmente, puede no plantear dificultades en los supuestos de que existan bienes o ingresos de la persona deudora, que puedan ser objeto de embargo o retención. Sin embargo, en ocasiones existen impedimentos insuperables para hacer efectivas estas condenas, en los casos en que la persona obligada sea insolvente y sus ingresos no puedan ser controlados, ni conocidos.

Precisamente para estos supuestos, se ha creado la figura delictiva prevista y penada por el artículo 487 bis del Código Penal: el delito de impago de pensiones. Se trata de una concreción específica del delito de abandono de familia al que el Código Punitivo dedica el artículo 487 y exige que las cantidades impagadas se deriven de un proceso de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio.

No es éste el momento ni el lugar de hacer un estudio completo de este precepto, aunque no podamos dejar de formular un par de observaciones. La primera que sea un delito pú-

---

blico y no exija, como ocurre con el abandono de familia del artículo 487, la previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal. La razón de esta exigencia en el artículo 487, de limitar la acción pública a los supuestos en que los/as interesados/as lo soliciten, para no penalizar el orden familiar por cualquiera ajeno, persiste en el delito de impago de pensiones derivadas de los pleitos familiares. Igual ocurre con la posibilidad de perdón, cuya motivación familiar y de eficacia negociadora que conduzca mejor al cobro de lo debido, que es la finalidad de la ley en este caso, por encima de la punitiva, concurre también en los dos supuestos. Resulta inexplicable esta falta en el artículo 487 bis. Es más, en la práctica da lugar a que un elevadísimo número de jueces/zas, puedan incurrir en prevaricación, ya que cada vez que requieren a un/a cónyuge para que abone más de tres mensualidades seguidas o más de seis alternas, en cualquier proceso conyugal, e incluso tramita la vía de apremio para su exacción, le está constando la existencia de un delito, perseguible de oficio y debería deducir el tanto de culpa y remitirlo al /a la Fiscal.

El segundo aspecto que debemos señalar aquí, es la exclusión del puro impago de pensiones alimenticias, acordadas por los órganos jurisdiccionales en procesos no matrimoniales, tales como los de alimentos, provisionales o definitivos, incluso a favor de hijos/as menores, y que no están incluidos en el supuesto contemplado en el artículo 487 del Código Penal, por no haber abandono del domicilio o conducta desordenada. Concretamente, los hijos no matrimoniales, cuyos progenitores no hayan convivido, carecen de la protección penal del artículo 487 bis, con manifiesta infracción de los artículos 14 y 39 de la Constitución Española.

No queremos terminar estas palabras sin hacer referencia a lo que consideramos otra paradoja de nuestro ordenamiento jurídico en materia de familia, sin duda debido a la forma incompleta y fraccionaria en que la legislación se viene produciendo. Mientras se ha creado el mencionado delito de impago de pensiones y con el carácter público con que se ha definido, que permite a cualquiera introducir el Código Penal en familias incluso ajenas, se mantiene la excusa absoluta del artículo 564 del Código Penal. De acuerdo con ella, carecen de responsabilidad penal los/as esposos/as que, sin violencia o intimidación en las personas, roben, hurten, defrauden o indebidamente se apropien de los bienes, incluidos metálico o saldos de cuentas bancarias, de su otro cónyuge. No pagar pensiones merece la cárcel. Robar el dinero del esposo o esposa, no. ¿No estaremos fomentando que la persona deudora de las pensiones, si puede, robe a la otra su dinero para pagarle la pensión y así evitar la fuerza coactiva del Código Penal?

---

**TRINIDAD BERNAL SAMPER**

**Doctora en Psicología.  
Directora del 1er Programa  
Público de Mediación Familiar  
y Fundadora del Centro de  
Psicología APSIDE. Madrid**

*La mediación  
familiar como  
alternativa  
extrajudicial*

Quisiera expresar mi agradecimiento a Emakunde por su invitación a participar en estas Jornadas de Derecho de Familia y tener la oportunidad de mostrar mi experiencia en Mediación Familiar desde una óptica extrajudicial.

El trabajo que voy a exponer describe una nueva forma pacífica de intervenir en los procesos de separación y divorcio distinta al método tradicional de acudir al juzgado a presentar batalla. La novedad radica en un planteamiento de trabajo interprofesional donde el/la psicólogo/a y el/la abogado/a dejan sus respectivos roles para ejercer como mediadores/as ofertando un contexto pacífico donde comunicarse, y poniendo sus conocimientos al servicio del grupo familiar para que sean ellos mismos los que negocien sus discrepancias, adquiriendo el protagonismo que les corresponde. Así entendida, la Mediación Familiar es una alternativa que se le brinda al ciudadano y a la ciudadana para evitar incrementar los problemas emocionales que toda ruptura de pareja conlleva, con disputas legales que complicarían y demorarían una planificación consensuada de su vida futura y un adecuado ejercicio de sus funciones parentales (Bernal, 1992a, 1993, 1994a, 1994b).

La mediación es una forma pacífica de resolver conflictos estando una persona neutral que ayuda a las partes a conseguir aunar sus diferencias. La situación que da lugar al proceso de mediación es el conflicto. Este es una realidad de la vida humana que ha existido y existirá siempre. Allí donde estén dos o más personas en interacción pueden producirse discrepancias que dan lugar al conflicto. La finalización del conflicto se producirá tarde o temprano pero la forma de concluirlo así como el tiempo invertido para tal fin puede ocasionar consecuencias muy negativas para las partes enfrentadas y para otras personas ajenas al conflicto. Con la mediación lo que se pretende es que el conflicto se aborde de forma constructiva y en un tiempo reducido (Bernal, 1995).

El término "mediar" significa situarse entre las partes enfrentadas para conseguir una salida pacífica a su enfrentamiento. Así conceptuada la mediación tiene su origen en viejas culturas que la usaban para resolver conflictos entre sus miembros. Siguiendo esta forma "cotidiana" de entender la mediación, rara es la persona que no haya actuado como mediador/a: la madre que intercede entre dos hermanos/as para que olviden su enfado, el/la compañero/a de trabajo que intenta apaciguar los ánimos de los/as compañeros/as enfrentados/as... Algunos autores (Kressel y Pruitt, 1985, 1989) designan a este tipo de mediación "Emergente", suponiendo un conocimiento previo entre las partes y la persona mediadora, no teniendo ésta un papel definido de técnica mediadora. Otra forma de entender la mediación es cuando la tercera parte es una persona desconocida para los/as disputantes y con una función más profesional. Este tipo de mediación llamada "Contractual" por los autores anteriormente citados, es la utilizada en esta ponencia.

Conviene, así mismo, distinguir el término mediación de otras formas pacíficas de resolver el conflicto, como es, la negociación, el arbitraje y la conciliación. La negociación es un proceso de discusión que se realiza por las partes enfrentadas por medio de sus representantes oficiales y cuyo objetivo es llegar a un acuerdo (Kremenjuk, 1991). Aquí los/as negociadores/as actúan por las partes y éstas tienen poca participación en la resolución del conflicto. El arbitraje es un proceso de negociación donde el/la árbitro tiene poder para tomar una decisión y las partes se someten a ella, aceptando su juicio (Colosi y Berkeley, 1989), lo cual significa que las condiciones de aplicación del arbitraje las fija la ley. La conciliación es un tipo de negociación parecido a la mediación pero donde la persona conciliadora sólo se encarga de buscar un lugar propicio para que las partes alcancen un acuerdo.

---

En la mediación la tercera parte no sólo se encarga de buscar un ambiente que favorezca los acuerdos sino que ayuda a las partes a buscar alternativas para el conflicto, evita malos entendidos, aclara los problemas y busca soluciones aceptables para ambas partes. La distinción entre estas tres últimas técnicas es el papel de la tercera persona y la mayor o menor participación de las partes en la resolución del conflicto. La persona mediadora no tiene, como el árbitro, poder para imponer soluciones, pero interviene activamente durante el proceso de negociación, a diferencia de la persona conciliadora, aclarando dudas, moderando las intervenciones de las partes, transmitiendo la información entre ellas, modificando las distintas percepciones y ayudando a generar múltiples alternativas y buscar la que mejor puede responder al problema planteado. En el fondo se trata de crear un clima diferente del que se plantearía en un terreno judicial, donde todo está enfocado a ganar uno/a a costa de la pérdida del/de la otro/a (Bernal, 1995).

3.

### *Intervención profesional y contexto en el que se desarrollan los conflictos familiares*

Al igual que ha ocurrido en otros muchos temas, la intervención familiar ha sido realizada desde ópticas diversas en función de los/as estudiosos/as de diferentes campos del saber, centrándose exclusivamente en aspectos negativos y puntuales de la panorámica familiar, a la vez que se dejaba en el olvido el contexto o los distintos contextos en los que los hechos tenían lugar. Esta forma de dirigir la atención a los temas familiares ha dado lugar a resultados parciales de las distintas intervenciones profesionales y no ha conseguido una visión global de la temática tratada para ver los distintos aspectos interrelacionados en ella (legal, social, psicológico, económico,...). Así mismo, el interés puesto en aquellos aspectos negativos de la problemática familiar han relegado aquellos otros positivos que pueden contribuir al bienestar del grupo familiar y así también han dejado en el olvido el estudio del contexto en el que estos casos ocurren, no haciendo caso de la incidencia de dicho contexto en la temática familiar (Bernal, 1994d).

La intervención de los/as distintos/as profesionales ha seguido una dirección jerarquizada, fruto del concepto tradicional de familia y presidida por la idea de que éstos/as tienen el poder (de curar, de resolver problemas jurídicos, psicológicos, etc...) al poseer los conocimientos, manteniendo una relación con la persona demandante de esos conocimientos de clara prepotencia, encubierta por una abierta conducta de ayuda. Mientras la familia, jerárquica e indisoluble, era tenida como la célula primera de la sociedad, todo lo que atentara contra su unidad se consideraba malo y destructivo, por lo que el divorcio se concebía como su mayor amenaza y por tanto se interpretaba como una patología. Siguiendo este orden de cosas, la intervención profesional debía orientarse a disuadir a los sujetos de tomar tal decisión, obstaculizando con normas legales tal decisión o volcando, los/as terapeutas, todo su esfuerzo para mantener la unidad familiar, transmitiendo la idea de que los problemas psicológicos estaban relacionados con la decisión de romper la relación, o recurriendo, en el mejor de los casos, a que la pareja permaneciera junta por el bien de los/as hijos/as (Bernal, 1994d).

---

Los cambios sociales y las variables familiares asociadas a la evolución de la familia han ido dando paso a cambios de actitud que a su vez se han plasmado en modificaciones en la normativa legal para que ésta se adecúe al nuevo concepto de familia. Los cambios en derecho de familia de 1981, con la introducción del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, así como las modificaciones en materia de filiación, significaron un acercamiento a ese nuevo concepto de familia, pero sigue quedándose atrás con respecto al avance experimentado por la sociedad española y aunque se ha eliminado el concepto de culpabilidad, esta reforma no ha supuesto una modificación fundamental a la hora de decidir, un miembro de la pareja, romper la regla de vivir conjuntamente, percibiéndose como culpable de esa ruptura por el hecho de haber tomado tal decisión. Estos cambios legales posibilitan la tramitación por vía amistosa, pero si uno sólo de la pareja quiere separarse y el otro se opone, sólo queda el recurso de poner una demanda de separación, utilizando una de las causas contempladas por la ley en el art. 82 del Código Civil y que, en general, supone el denunciar al otro por malos tratos, abandono, infidelidad, etc,... y demostrar que es cierto, para que se produzca la separación. Este planteamiento legal, en vía de modificación, coloca a la persona usuaria de la justicia en un callejón sin salida, teniendo que utilizar la denuncia para conseguir dejar de vivir en pareja. En realidad, esto parece mostrarnos una concepción del matrimonio como indisoluble, defendiendo la vida en común y penalizando con la etiqueta de "culpable" a quien va contra esta concepción, cuando lo que realmente ocurre es que la convivencia se hace difícil o insostenible y uno/a quiere salir de esa situación, mientras que el/la otro/a se resiste al cambio (Bernal, 1994a).

La base de este planteamiento está en el establecimiento de tres normas "perversas" cuyo cumplimiento supone un alto coste para todo el núcleo familiar (Bernal, 1994d). La primera de ellas es el "deber de cohabitación", por la que se obliga al esposo y a la esposa a vivir juntos hasta la muerte de uno de ellos (art. 68 del Código Civil) y en donde la exigencia de uno/a sobre el/la otro/a, acerca de vivir juntos, es legal y la iniciativa del/de la que no lo quiere es entendida como culpable, imputándosele la responsabilidad de la separación. Para defender el matrimonio ideal como estable e indisoluble, nuestro sistema jurídico recurre a esta regla de derecho obligatoria confundiendo la libertad entre un hombre y una mujer que deciden vivir juntos en base al amor con la obligación jurídica. Esta obligatoriedad conduce a sentimientos conflictivos que desencadenan comportamientos perversos que aumentan la conflictividad de la pareja.

La segunda norma perversa es la utilización del enfrentamiento. En contra de reconocer la libertad de las personas de no querer mantener unas relaciones insatisfechas o negativas, se recurre al concepto de igualdad para dar una apariencia legal a lo que no es otra cosas que sentimientos de venganza entre la pareja que se imputan la responsabilidad de la ruptura y se proporciona una vía de enfrentamiento que sitúa a los padres y madres en posiciones de vencedor/a-perdedor/a mediante la sentencia judicial, continuando el enfrentamiento e impidiendo el ejercicio de la coparentalidad, cosa que por otro lado se está perdiendo. El uso del procedimiento contencioso fomenta los sentimientos depresivos y agresivos y conduce a comportamientos perversos que agravan la situación conflictiva inicial.

La tercera norma "perversa" es el sometimiento a la sentencia judicial. Mientras que se fomenta socialmente la idea de que es necesario una mayor responsabilidad de los padres en cuanto a la atención de los/as hijos/as, se les obliga a respetar una norma impuesta desde el exterior sobre cómo y cuándo estar con sus hijos/as y de qué manera regular su vida futura y la de ellos/as. Esto provoca sentimientos de desresponsabilidad y al mismo tiempo de insatisfacción al no haber participado en la decisión de temas que se refieren a su vida íntima. Estos sentimientos también dan lugar a comportamientos perversos que se desvían del mandato judicial y que incrementan los problemas de relación.

### ESQUEMA 1.



---

La intervención del/de la abogado/a en este contexto legal, no puede entenderse sin hacer referencia a las características del procedimiento en el que actúa. Si se trata de un procedimiento contencioso, los/as abogados/as de ambas partes investigan y preparan el caso para que su cliente lleve la mejor parte, y a la vez pueda defenderse de los ataques de la otra y así conseguir vencer al/a la contrario/a. En los procedimientos de familia, el/la contrario/a es la pareja con la que se ha vivido durante años y con la que se comparte unos/as hijos/as, y el/la abogado/a no contempla las consecuencias que sobre los/as menores puede tener la defensa a ultranza de su cliente (Bernal, 1992a, 1994a).

La intervención del/de la psicólogo/a en el contexto legal, en el tema de familia, está sustentada por ese estilo de trabajos de "buscar" lo negativo y además por el concepto de culpabilidad mantenido en nuestro sistema jurídico. El informe pericial demandado generalmente, para completar la información del/de la juez, está encaminado a evaluar a los sujetos para optar por el mejor padre/madre y orientar al/a la juez/a sobre la concesión de la guarda y custodia. Aquí la evaluación está enmascarada con una serie de elementos que se derivan del propio procedimiento contencioso y por la propia concepción del psicólogo a cerca de "buen" padre o "buena" madre (Bernal, 1990, 1992a).

Si nos fijamos en la intervención profesional y en el contexto en el que actúan, podemos extraer las siguientes conclusiones:

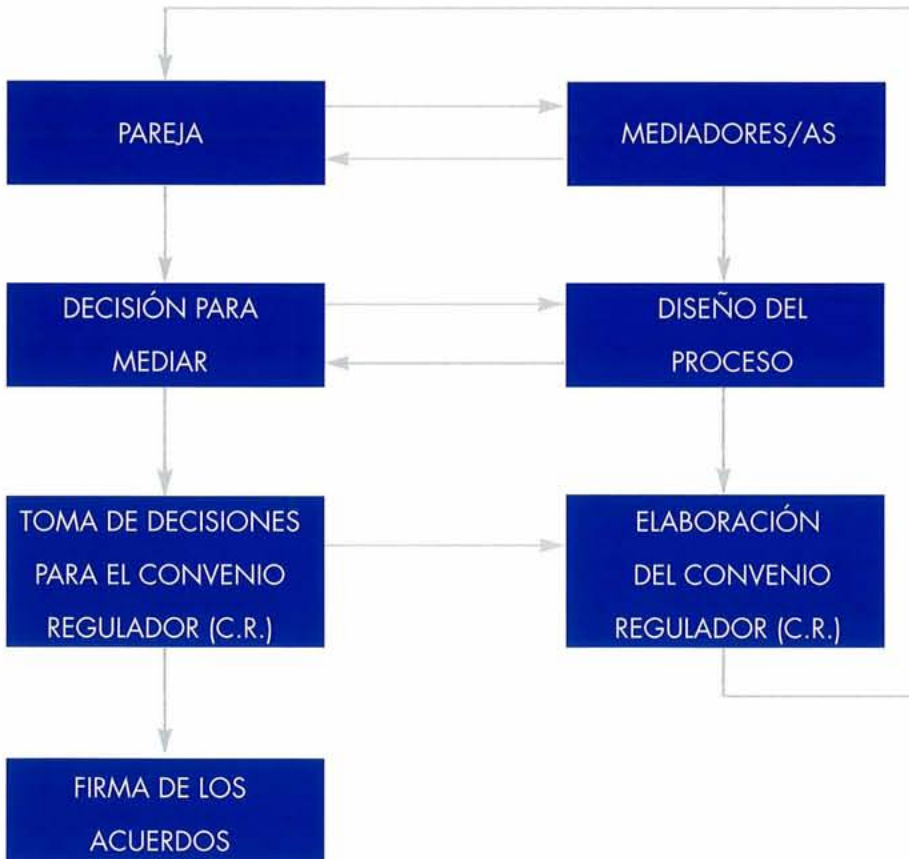
- El procedimiento contencioso no es adecuado para resolver los temas de familia ya que favorece el enfrentamiento.
- La intervención legal agudiza ese enfrentamiento al basarse la defensa en el ataque al otro, implicando a los/as hijos/as en la batalla.
- La intervención psicológica incrementa el enfrentamiento al tener que evaluar si el padre o la madre es más apto para el cuidado de los/as hijos/as.
- La sentencia del/de la juez/a, al no ponerse de acuerdo las partes, sustrae a la pareja la capacidad de decidir sobre su vida futura y la de sus hijos/as, sometiéndola a la decisión judicial.

4.

## *La mediación familiar como alternativa*

Las modificaciones cognitivas ocurridas, como consecuencia de los cambios sociales y familiares, permiten entender la separación y el divorcio como una solución a los problemas de pareja, entendiéndolos como el resultado y no la causa de los conflictos familiares. Desde este enfoque los/as profesionales deben plantearse nuevas formas de intervención que respeten la decisión de los sujetos y les ayuden a buscar alternativas adecuadas que redunden en un menor coste emocional del grupo familiar. La mediación se basa en la autodeterminación de las personas implicadas, respetando sus propias decisiones y resulta una buena alternativa de intervención para los temas familiares.

### ESQUEMA 2.



---

La relación que se establece entre la pareja y los/as mediadores/as es interactiva (esquema 2), entremezclando las propias demandas de los/as primeros/as con los conocimientos de los/as segundos/as. Cuando la pareja tiene toda la información a su disposición, puede decidir seguir la opción que más le interese, si quiere acudir a un sistema de mediación lo hace, sabiendo qué es y lo que implica, dando permiso a las personas mediadoras para que intervengan, diseñando un proceso adecuado en donde las negociaciones entre la pareja transcurran en un ambiente no conflictivo, y enseñándoles aquellas habilidades que puedan favorecer la consecución de acuerdos (Bernal, 1992a, 1994b).

Esta forma de trabajar incita a las partes a que decidan cómo quieren regular su vida futura, teniendo en cuenta al/a la otro/a y los intereses del/de la niño/a. De esta manera se evita que estos temas, tan importantes para ellos/as, sean tratados por los/as abogados/as primero, y luego que los/as jueces/zas decidan sobre dichos temas. La mediación es un buen método para resolver las disputas planteadas en la separación y divorcio. El propósito de la mediación no es cambiar la decisión de separarse o divorciarse, pero da la oportunidad a la pareja de hacerlo de forma menos conflictiva. Si se consiguen acuerdos mediados, la pareja puede tramitar su procedimiento legal por vía consensual. Este procedimiento tiene la ventaja de que se pueden utilizar unos mismos representantes legales, abogado/a y procurador/a, lo cual abarata el coste considerablemente, elimina la figura del/de la adversario/a, y a la petición de separación o divorcio se acompaña el convenio que ambos han elaborado conjuntamente. Esto significa que la duración del procedimiento es mucho menor al llevarlo todo acordado, ya que el/la juez/a ratifica dicho convenio (Bernal, 1992a, 1994b).

La Mediación ayuda a la pareja a realizar la ruptura de manera menos conflictiva y contribuye a paliar los problemas comentados anteriormente: por un lado proporciona un contexto pacificador, adecuado para que las parejas resuelvan sus discrepancias, no incrementando el enfrentamiento que les llevó a la decisión de ruptura y por otro, promueve la participación de las partes para que sean ellas las que regulen su propia vida futura y la de sus hijos/as, aumentando su nivel de satisfacción al intervenir en sus negociaciones y concluir con sus propios acuerdos, fortaleciendo el mantenimiento de los mismos.

ESQUEMA 3.



## *La mediación familiar en España*

La historia de la mediación en los temas de familia es corta. En los países con más experiencia divorcista las fechas se sitúan a finales de los setenta, incorporándose en España en fecha más reciente. Antecedentes de la mediación se pueden encontrar a principio de los ochenta, en el trabajo llevado a cabo en el Despacho-Estudio con parejas que inician su separación, interviniendo desde un enfoque interdisciplinar, aunando los conocimientos psicológicos y jurídicos en esta temática que hasta el momento había sido tratada desde una óptica exclusivamente legal (Bernal, 1992a, 1992b; Bernal y Martín, 1991).

En Septiembre de 1990, el Ministerio de Asuntos Sociales, desde la Dirección General de Protección Jurídica del Menor, aprueba el primer Programa de Mediación Familiar. Esta experiencia pionera en España, como servicio público, se pone en marcha en Febrero de 1991 en Madrid, en el Centro Apside. Este Programa está diseñado por la Dra. Bernal Samper y el equipo de trabajo está compuesto por psicólogos/as y abogados/as que trabajan de forma interdisciplinar y personal administrativo de apoyo. Entendemos la mediación como un proceso preventivo que conduce a mantener los acuerdos después de la separación. El Programa de Mediación está dirigido a parejas que quieren separarse o divorciarse y que no hayan iniciado los trámites legales. Este último requisito ha sufrido cierta modificación en este año, ya que se han aceptado casos en los que habiendo iniciado los trámites legales, ambos miembros de la pareja se comprometen a paralizar momentáneamente el procedimiento legal iniciado e intentar negociar sus discrepancias. Este Programa está constituido por una serie de fases que conducen de forma lógica hacia una consecución de acuerdos. Cada fase presenta características propias en cuanto a objetivos, procedimientos, duración y profesionales que intervienen. Los objetivos del programa son:

- Evitar enfrentamientos inútiles entre la pareja y su incidencia negativa en los/as menores.
- Disminuir los procedimientos contenciosos como forma de resolver la separación o divorcio.
- Prevenir los incumplimientos tan frecuentes en los procedimientos matrimoniales.
- Fomentar la coparentalidad.

---

6.

## *Descripción de las parejas*

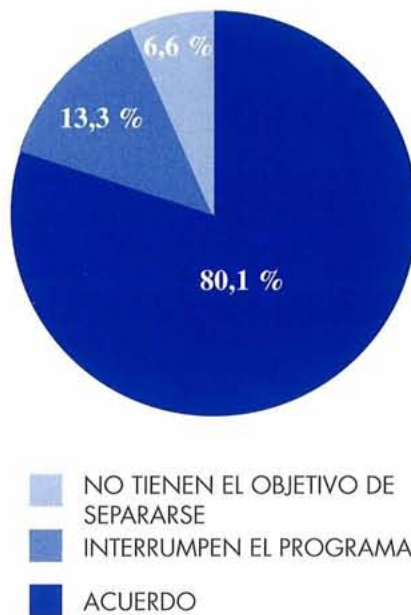
El perfil medio de las parejas que han utilizado este servicio tienen una edad de 40 años, dos hijos/as y un nivel medio de estudios. El tema que más les preocupa relacionado con la separación son los/as hijos/as. Manifiestan una opinión positiva hacia la mediación, considerándola como un servicio muy necesario y esperan recibir apoyo psicológico e información jurídica que les sirva para separarse adecuadamente, aspectos que coinciden con los objetivos de este Programa.

Las parejas consideran que la ruptura de la relación se produjo en los cinco primeros años de vida en común, destacando elevados problemas de pareja, principalmente de comunicación y consideran que la incompatibilidad de caracteres es la causa principal de la ruptura. También dicen experimentar un alto grado de sentimientos negativos asociados al hecho de separarse y esperan que la separación sea muy conflictiva ya que en general no existe acuerdo consensuado en cuanto a la decisión de separarse.

### 7.

De las 286 parejas que comenzaron el Programa de Mediación, el 6,6% se derivan a otros servicios al comprobarse que no era su objetivo el separarse o presentaran algún problema más importante que necesitaban resolver con anterioridad. El 13,3% interrumpe el programa porque reconsideran el intentarlo de nuevo o presentan conductas no negociadoras que impiden seguir con el Programa. El 80,1% de las parejas que aceptan la mediación consiguen ponerse de acuerdo en todos los puntos del convenio regulador, posibilitando la tramitación por vía amistosa.

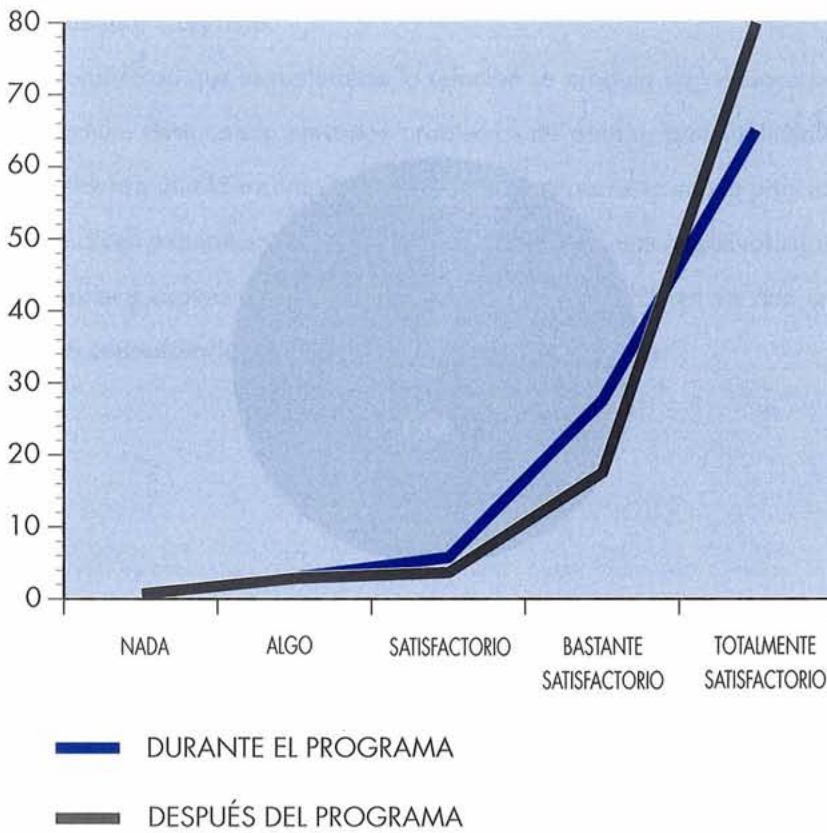
GRÁFICO 1.



Además de este alto porcentaje de parejas que siguen acuerdos, creímos conveniente conocer si estos acuerdos se mantenían o no, después de un tiempo. Para ello se realizó una labor de seguimiento, contactando con las parejas que ya habían finalizado el Programa con una media de dos años y tres meses de tiempo transcurrido entre la terminación y la entrevista de seguimiento. De entre las parejas localizadas, el 90,3% siguen respetando los acuerdos a los que llegaron en el proceso de mediación, lo cual supone un nivel de incumplimiento muy bajo (9,7%). Estos resultados contrastan cuando se comparan con los obtenidos siguiendo la forma usual de negociar los/as abogados/as (Bernal, 1992a, 1994b, 1994c). En esta fase hemos realizado una evaluación del grado de satisfacción de la per-

sona usuaria con el servicio. Somos conscientes que esta evaluación realizada por los miembros del propio equipo de Mediación puede estar sesgada por la discapacidad social de los/as usuarios/as. De cualquier modo parece útil conocer la opinión de estos/as para poder mejorar, completar o modificar algún aspecto del Programa, teniendo en cuenta sus consideraciones sobre el mismo.

**GRÁFICO 2.**



Podemos apreciar que, en general, las usuarias y usuarios están muy satisfechos con el Programa, tanto durante el desarrollo del mismo como después de transcurrido un tiempo desde la firma del Convenio Regulador. Este alto nivel de satisfacción ocurre al ser las propias personas interesadas las que participan en la resolución de sus problemas.

Los problemas planteados anteriormente relativos al contexto en el que tienen lugar los procedimientos de familia así como la intervención profesional, presidida por la dicotomía de culpable-inocente; malo-bueno, no consiguen ayudar a las familias que inician un proceso de cambio. La mediación plantea una forma nueva de intervenir en familias donde la filosofía de base está en la preparación de la pareja para que ésta resuelva por sí misma las discrepancias mantenidas en relación a su separación, tomando aquellas decisiones que considere menos perjudiciales para ella y para sus hijos/as. La mediación así entendida favorece la libertad y la responsabilidad de las personas y se inscribe en un proceso de democratización de la vida social, aceptando la diversidad y regulando los conflictos desde una óptica pacífica y fuera de todo contexto judicial. Así mismo la relevancia que las relaciones interpersonales tienen en los procesos de ruptura hace necesario una intervención no exclusivamente legal, basada en un enfoque interdisciplinar y que la mediación propicia. Finalmente, la mediación, en contra del enfrentamiento legal, favorece la comunicación entre las partes y la consolidación de los acuerdos de tal forma que garantiza una relación adecuada de los/as hijos/as con el padre y la madre, aunque estos hayan dejado de ser pareja.

---

## Bibliografía

- BERNAL, T.: "Dificultades para la evaluación en los casos de ruptura marital. Alternativa de intervención psicológica". Comunicación presentada al *II Congreso del Colegio Oficial de Psicólogos, Área de Psicología Jurídica*. Valencia, 1990.
- BERNAL, T.: *La mediación en los procesos de separación y divorcio*. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Madrid, 1992a.
- BERNAL, T.: "La mediación familiar: situación en España". *Infancia y Sociedad* n° 16. Ministerio de Asuntos Sociales. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, 1992b.
- BERNAL, T.: "Primer programa público de mediación familiar: resultados 1993". *Anuario de Psicología Jurídica*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 1993.
- BERNAL, T.: *Memoria del Programa de Mediación*. Madrid, Centro de Psicología APSIDE, 1994a.
- BERNAL, T.: "La mediación como alternativa al procedimiento contencioso". Comunicación presentada al *XXIII Congreso Internacional de Psicología Aplicada*. Madrid, 1994b.
- BERNAL, T.: "Actuación de los abogados en los procedimientos matrimoniales". Comunicación presentada al *XXIII Congreso Internacional de Psicología Aplicada*. Madrid, 1994c.
- BERNAL, T.: "La mediación como alternativa extrajudicial". Conferencia marco del *Primer Encuentro sobre Mediación*. C.O.P. de Madrid. (e.p.), 1995.
- BERNAL, T. ; MARTIN, G.: "Separación y divorcio negociado: un trabajo interdisciplinar". *Anuario de Psicología Jurídica*. Colegio Oficial de Psicólogos. Madrid, 1991.
- COLOSI, T.R. ; BERKELEY, A.E.: *Negociación colectiva: el arte de conciliar intereses*. Limusa, 1989.
- KREMENYUK, V.: *International Negotiation: Analysis, Approaches, Issues*. San Francisco, Jossey-Bass, 1991.
- KRESSEL, K. ; PRUITT, D.E. (eds.): "The Mediation of Social Conflict". *A special Issue of the Journal of Social Issues*, 41 (2), 1985.
- KRESSEL, K. ; PRUITT, D.E.: *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*. San Francisco, Jossey-Bass, 1989.

---

**ASUNCIÓN SALCEDO BURGOS**

**Mediadora. Presidenta de  
"Ados Jarri". Bilbao**

*La desjudicia-  
lización de los  
conflictos en el  
Derecho de  
Familia*

---

## *Introducción*

### **1.**

A partir de este título me propongo hacer algunas consideraciones acerca del porqué de la Mediación Familiar, analizando brevemente las causas que han originado el resurgir de la mediación en general, y de la mediación en particular.

La mediación no es una invención novedosa, sino una adaptación de la que ya existía en otras culturas o en otras épocas; ya en la antigua China la mediación era el principal recurso en la resolución de desavenencias, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo y no bajo coacción.

En la actualidad la mediación como alternativa a los procesos de adversario/a se practica en diferentes países del mundo, así en EE.UU., Canadá, Argentina y en casi todos los países comunitarios de Europa, y se realiza en todos los ámbitos del derecho, en el mundo de los negocios, en las empresas, en los barrios, en las relaciones laborales, su aplicación en materia de divorcio es relativamente reciente.

### **1.1**

#### **CAUSAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

En nuestra sociedad las experiencias de mediación obedecen, principalmente, a tres factores o causas: 1- La evolución que ha experimentado la familia en los últimos tiempos. 2- La progresiva desjudicialización de los conflictos y 3- La consideración de la dimensión social del conflicto.

#### **1.1.1**

#### **EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA**

La familia occidental ha sufrido en este siglo más transformaciones que en toda su historia. El paso definitivo de una sociedad rural a un tipo industrial y urbano implantó desde el siglo XIX la estructura nuclear (padre/madre/hijos-as) en detrimento de la extensa o tradicional (que sostenía la convivencia de muchos pariente de varias generaciones bajo un mismo techo).

En los años 60 se trastocó, por varios motivos: ayudó el crecimiento económico, la revisión de los valores vigentes, pero sobre todo la emancipación de la mujer (incorporación de ésta al mundo laboral lo que supuso una independencia económica y la liberación del matrimo-

---

nio como única solución de vida, aparición de los anticonceptivos que le han permitido controlar su natalidad y ganar mayores cotas de libertad para tomar decisiones).

No olvidemos que, hasta hace relativamente poco tiempo, nuestra legislación reflejaba la existencia de un núcleo familiar estable, la patria potestad vigente en lo esencial hasta la Ley 11/1981 de 13 de mayo, correspondiente al padre y subsidiariamente, para casos extraordinarios de incapacidad, muerte, condena penal o superación culpable, a la madre; la mayor edad se alcanzaba a los 21 años prorrogándose hasta los 25 para las mujeres, si no era para contraer matrimonio, ingresar en un instituto de la iglesia o por contraer segundas nupcias sus progenitores; por otra parte la separación matrimonial sólo se concebía como sanción y los/as hijos/as eran encomendados/as al/a la cónyuge inocente.

Este modelo familiar estable que encontraba un grado de asentimiento social, en las dos últimas décadas ha sufrido una de las transformaciones más radicales experimentadas en la conciencia social, que hoy ve con normalidad otro sistema de relación de pareja y familiar basado en principios distintos.

El sustrato sociológico (igualdad de la mujer y superación de los condicionamientos sociales de sometimiento al hombre, libertad sexual de hombre y mujer en un plano de igualdad, reivindicación de la igualdad económica, social y familiar), que implica el surgimiento de conflictos e intereses hasta ahora desconocidos, ha supuesto la consolidación de una nueva conciencia social con nuevos hábitos y pautas de comportamiento, hasta el punto de que la sociología moderna habla ya de que el concepto tradicional de familia monogámica indisoluble ha sido sustituido ya por el de familia monogámica sucesiva, de tal modo que el divorcio ha dejado de ser considerado como un accidente extraordinario y las jóvenes parejas que se casan saben que el divorcio constituye una de las posibles salidas naturales en caso de que surjan problemas en la relación.

La transformación social apuntada, implica una serie de consecuencias fácticas como:

- El descenso del número de nacimientos.
- Incremento de las uniones de hecho, con acuerdos económicos o sin ellos.
- Aumento del número de divorcios, que ha supuesto la constitución de nuevas fórmulas familiares: familias monoparentales, familias reconstituidas tras la ruptura.
- La posibilidad de la separación y el divorcio ha dado lugar a un incremento del número de familias que viven una estructura dual con dos núcleos familiares, económicos, afectivos y convivenciales, representando uno por el padre y otro por la madre, así como el del número de menores que viven en el ámbito de familias de un/a solo/a progenitor/a.

---

Todos estos cambios en las estructuras familiares han hecho que la sociedad tienda hacia nuevas formas de resolver sus conflictos más en consonancia con los tiempos actuales; y que se adecúen a dichos cambios los cuales no son cubiertos por la legislación actual que camina rezagada respecto de los movimientos sociales que pretende regular. Vemos pues que el dominio de la familia prefigura más que ningún otro la evolución de nuestras sociedades hacia un modelo diferenciado, en el cual se tiende a la negociación amistosa de los conflictos.

### 1.1.2

### DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS

Otro de los factores que favorece el resurgir de la mediación como técnica de resolución de desavenencias es la desjudicialización de los conflictos.

Siguiendo las estadísticas judiciales, podría parecer que nuestra sociedad se vuelve cada vez más conflictiva, pero se debería matizar este juicio, porque en el pasado una buena parte de los pequeños litigios se regulaban en el seno de la familia, en el barrio y en otras estructuras comunitarias. Hoy los fenómenos de urbanización, de movilidad social, han puesto en cuestión estos lugares de socialización, de regulación de conflictos, y de esta forma han obligado al Estado a intervenir en estos dominios particulares de la vida social. En una situación como ésta, donde la sociedad está enteramente estructurada por y alrededor del Estado, ésta aparece fijada a una forma monolítica, no sabiendo comunicarse de otra forma que solicitando para todo la mediación del Estado.

Así, para hacer frente a situaciones jurídicas nuevas se había tomado como hábito crear jurisdicciones específicas añadiendo éstas a las ya existente. Si en un principio esta preocupación dominante, que había obligado al/a la legislador/a a crear jurisdicciones especializadas, era la del crecimiento eficaz del aparato judicial, hoy día esta proliferación de los tribunales ha conducido a una excesiva burocratización de la justicia.

De una manera general, este modelo de regulación social del aparato judicial con todos sus efectos inducidos, demora en la administración de justicia, lentitud, procesos, costos del proceso, excesivo formalismo, no parece corresponder a una sociedad que tiende hacia una mayor descentralización, una demanda de participación más activa de los/as ciudadanos/as y la búsqueda de una mayor autonomía de las estructuras estatales.

---

Ante esta situación de bloqueo y como respuesta a la misma, los Estados se han visto obligados a poner en marcha una política de desjudicialización, a establecer alternativas al modelo judicial, desarrollando un cierto número de iniciativas, cuyo objetivo es el de reconstituir los lugares de socialización donde estos tipos de conflictos ligados a la vida cotidiana podrían ser regulados (conflictos entre vecinos/as, conflictos familiares, laborales, etc.). Estas iniciativas se han desarrollado también en el ámbito asociativo y liberal.

La puesta en marcha de estas experiencias, por parte tanto de los poderes públicos como de las iniciativas privadas, constituye un giro en las políticas desarrolladas por los gobiernos en materia de regulación social ya que, hasta ahora, la búsqueda de una mayor institucionalización de los modos de regulación de los conflictos se venía realizando en el seno del aparato judicial.

El desarrollo de estas experiencias de mediación se inscribe, por tanto, en un contexto de crisis del sistema judicial y es consecuencia de que los nuevos tiempos y las nuevas formas de vida han originado una conflictividad en la vida diaria y por ende en el mundo de las relaciones sociales ante las que la justicia burocratizada, lenta y masificada por la acumulación de expedientes en los juzgados, no da una respuesta satisfactoria.

### 1.1.3

### LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL CONFLICTO

Como último factor motivador de la mediación familiar hemos de señalar la toma en consideración de la dimensión social del conflicto por parte de todos los sectores implicados.

La instauración de estas experiencias extrajudiciales se traduce también en una toma de conciencia de la dimensión social de la resolución de conflictos y de la necesidad de considerar el conflicto como un proceso social. Uno de los objetivos esenciales de todos estos procesos privados de resolución de conflictos es el de mejorar las relaciones sociales, tratando de prevenir y sobre todo de resolver las diferencias, antes de que tomen la forma de un conflicto abierto.

Este movimiento de desjudicialización no conlleva simplemente la sustitución de una técnica de resolución por otra –la mediación reemplazando al juicio–, sino que se funda también sobre una nueva aprehensión del conflicto, con la búsqueda de las causas de su emergencia y de su transformación. Es quizás la toma en consideración de esta dimensión social de

---

los conflictos la que en mayor medida caracteriza estos modos alternativos de tratamiento de los litigios. Es decir, se ha producido una aproximación socio-jurídica del conflicto.

Esto se aprecia sobre todo en aquellos conflictos interpersonales en que las partes se hayan vinculadas por relaciones continuas como sucede con las relaciones de vecindad, relaciones familiares y de pareja, relaciones laborales, etc.

Uno de los reproches que se le hace al modelo judicial es precisamente que en este tipo de conflictos, vg. los matrimoniales, el juicio pone fin a la acción judicial pero no suprime las causas del conflicto. Es más, al término del proceso el conflicto se ha hecho más antagónico y puede transformarse en una auténtica guerra entre las partes.

En el caso de conflictos matrimoniales, familiares, el modelo judicial basado en la oposición de intereses, en la determinación de un/a vencedor/a y un/a perdedor/a, no resulta adecuado, por lo que se requiere la utilización de técnicas de solución distintas a las judiciales, que logren una solución aceptable para ambas partes; técnicas como la mediación familiar, a través de las cuales se consigue un efecto pacificador de las relaciones sociales, pues se trata de fórmulas no violentas para solucionar las desavenencias.

Por tanto, podemos afirmar que las experiencias de mediación responden tanto a una demanda social como a la búsqueda por parte de los Estados de nuevas fórmulas de gestión de los conflictos, privatizando la justicia y que el/la ciudadano/a acuda a otras vías alternativas para así descongestionar la vía judicial y a la vez preservar el orden social. Y que la mediación no sólo es el resultado de un mal funcionamiento de la justicia sino que el proceso de desjudicialización deber ser enlazado a un movimiento más profundo ligado a los nuevos sistemas de regulación social, a un pluralismo judicial.

Los procesos de mediación, conciliación y arbitraje, han de suponer un complemento de lo judicial, una justicia alternativa, no como recambio de la justicia ordinaria, sino como la cara y cruz de una misma moneda; dichos procesos se inscriben en el marco legal de la justicia ordinaria que los limita y justifica. Ambas vías de resolución de conflictos son complementarias y deben crearse paralelas entre dichos campos.

## 2.

# *La mediación familiar*

### 2.1

#### **REGULACIÓN Y PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN EN EUROPA**

Los servicios de mediación familiar en los distintos Estados europeos, definen la mediación familiar como la actividad de las partes en conflicto dirigida por una persona mediadora, que persigue la negociación y el acuerdo entre cónyuges cuando los problemas que entre ellos se plantean puedan repercutir en el deterioro de toda la interacción familiar.

El proceso de mediación tiene como fin ayudar a los cónyuges a encontrar un acuerdo mutuo y duradero que haga la ruptura aceptable para ambos, teniendo en cuenta sus necesidades, y cuando hay hijos/as tiene por objeto atender a las necesidades de estos/as y permitir a los padres y a las madres el ejercicio de sus responsabilidades paternas/maternas en un clima de cooperación y de mutuo respeto.

La mediación como sistema alternativo al judicial en la resolución de conflictos, tiene sus precedentes en el Derecho Internacional clásico, ha sido desarrollada ampliamente en determinados países del área jurídica anglosajona, fundamentalmente en EE.UU y Gran Bretaña, desde el principio de la década de los ochenta.

Actualmente está implantada en determinados países como trámite obligatorio anterior al planteamiento del conflicto matrimonial ante los tribunales.

En Europa los primeros servicios de mediación comenzaron a funcionar en Gran Bretaña en el año 1973, extendiéndose su práctica a países como Bélgica, Holanda, Francia, Suiza, Alemania, Italia y España.

En Gran Bretaña, el gobierno británico ha presentado a finales de abril del presente año, un libro blanco que propone la modificación de la ley de divorcio; la iniciativa modifica los criterios por los que se justifica el divorcio en la actualidad y no entra en consideración de las causas; dicha propuesta de ley intenta poner el acento en el enfriamiento del conflicto y en la mediación. Exige simplemente que las partes acudan durante un año a sesiones de mediación y a los doce meses se otorga el divorcio; las partes no están obligadas a tomar un rol activo durante la mediación pero se registra su asistencia y se certifica. Vemos pues que se intenta aprobar la mediación familiar como trámite previo obligatorio, lo cual puede ser peligroso, pues los gobiernos deben promover y desarrollar los servicios de mediación, pero no imponerlos.

## 2.2

### LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y JUZGADOS DE FAMILIA

La Ley de divorcio de 1981, al igual que la Proposición de Ley de divorcio de 12 de septiembre de 1994, regulan la posibilidad del divorcio pero han dejado sin resolver numerosos problemas; tanto la Ley como la reciente Proposición de Ley del divorcio si bien pueden considerarse como una forma de dar respuesta a los problemas de familias con dificultades, tal respuesta se ha dejado a medias, ya que no funcionan sistemas de mediación que evitarían la judicialización sistemática de la separación y el divorcio, sobre todo cuando hay hijos/as; no se han desarrollado formas de seguimiento del cumplimiento de las sentencias, no dan solución al tema de las pensiones, etc.

Y si bien es cierto que los gobiernos llevan años enfrentándose a este panorama social, a la grave y profunda problemática que implican las familias reconstituidas tras la ruptura (el tejido social se resquebraja, la separación y el divorcio dejan importantes secuelas económicas y personales, adaptación a los nuevos sistemas familiares), mediante programas que cubren aspectos asistenciales, también es cierto que resulta, cada día más necesario que se establezcan políticas familiares eficaces para la solución de estos problemas, que impulsen el creciente desarrollo de la mediación familiar y demás vías pacíficas de resolución de conflictos.

### 2.2.1

#### MARCO LEGAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

#### EL MUTUO ACUERDO COMO CRITERIO PREVALENTE

La mediación familiar tiene como objetivo principal conseguir el mutuo acuerdo en la separación y divorcio, alcanzar acuerdos consensuados en todo aquello que pueda ser de utilidad a la pareja para regular su vida futura. Los acuerdos al ser consensuados y tomados por los propios cónyuges, resultan más duraderos y favorecen su cumplimiento.

Temas como la patria potestad, régimen de visitas, guarda y custodia de los/as hijos/as es responsabilidad primaria de los padres y madres, y sólo en defecto de estos, posee el Estado la facultad de resolver las discrepancias existentes, por consiguiente ha de favore-

---

cerse y propiciarse el acuerdo de los progenitores, y ello como mandato legal y como criterio de racionalidad ante la prevalencia de las medidas adoptadas voluntariamente, de mutuo acuerdo, respecto de aquellas que han de imponerse forzosamente para dirimir una discrepancia irresoluble por otros medios.

Propiciar el mutuo acuerdo es tarea en la que han de emplearse, con sentido de la responsabilidad, todos/as los/as profesionales que tienen relación directa con un proceso de esta naturaleza, tales como abogados/as psicólogos/as, asistentes sociales, y lógicamente la autoridad judicial, si bien la intervención del/de la juez/a, en el proceso de mediación ha de salvaguardar la necesaria independencia del mismo, pues, en caso de no obtenerse la solución consensuada, habrá que decidir, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, por lo que su intervención en el mecanismo negociador ha de ser mínima.

## **2.2.2**

### **INSUFICIENCIA DE LAS SOLUCIONES JUDICIALES**

Tal vez convenga reflexionar por todos los sectores implicados en los problemas derivados del derecho de familia, que las soluciones jurídicas han devenido insuficientes para la solución de los conflictos, y estos han de ser abordados desde diversas perspectivas, pues en un proceso de esta naturaleza, no hay que olvidar que junto al proceso legal ante el juzgado, y con carácter anterior al mismo, se ha producido una ruptura emocional, que implica un conjunto de reacciones íntimas, frente al hecho de una relación que se está disolviendo, por lo que partiendo de una situación de interdependencia afectiva, ha de obtenerse por cada miembro de la pareja, la independencia en este terreno, destacando por su complejidad, los conflictos que se derivan de la extinción de relaciones sexuales entre ellos, y la generación de sentimientos negativos hacia la ruptura, tensión, ira, ansiedad, complejos de culpabilidad, problemas de comunicación, ya que la capacidad de dialogar se ha roto. Todo este componente emocional repercute en la cabal comprensión de la nueva realidad y dificulta la disolución de la primitiva unidad económica y la de adaptación a las nuevas relaciones familiares, dificultando las relaciones con los/as hijos/as ya que se mezclan los problemas de pareja con las funciones como padres/madres.

Hemos de considerar, además de la dimensión legal del conflicto, disolución del matrimonio, relaciones paterno/materno filiales, patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, problemas financieros, la dimensión psico social, conflicto de pareja, conflicto como

---

padres/madres, relaciones afectivo emocionales. (proceso legal y a la vez proceso psico social).

Por ello, podemos afirmar que la solución jurídica, especialmente en los asuntos de familia, es sólo complementaria del resto de soluciones que son necesarias en estas situaciones de crisis o ruptura de pareja.

Toda esta problemática, que ligeramente ha quedado esbozada, muestra la insuficiencia del actual sistema de resolución de conflictos por la única vía del proceso judicial, que se caracteriza por la agudización de los conflictos, la batalla económica, la utilización del juzgado como campo de batalla psicodramática y en definitiva, la degradación de la intimidad de la familia que difícilmente va a recuperarse. Por ello, los mecanismos tienden a buscar una salida negociada a estos problemas, deben ser potenciadores y entre ellos de forma específica la mediación familiar.

La consecuencia más positiva de la implantación de la mediación familiar, y de otros mecanismos de resolución de conflictos, como alternativos al proceso judicial, es que se preservaría a una gran cantidad de hijos/as menores de las traumáticas consecuencias que se derivan de la confrontación de sus padres/madres en un proceso y de todas las consecuencias que comporta esta guerra privada. El encuadre de la mediación familiar dentro del marco legal está determinado por la introducción en los procesos de familia del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil, que presupone necesariamente una actividad negociadora de las partes.

La judicialización del conflicto es consecuencia de la falta de acuerdo, supone que en la pareja se ha producido una pérdida de sus poderes que se delegan en el/la juez/a.

Sólo cuando fallen mecanismos como la mediación y no sea posible llegar a acuerdos consensuados y aceptables jurídicamente, la función del/de la juez/a ha de suplir la ausencia de consenso. La intervención del Estado a través de la judicialización del conflicto, ha de entenderse en todo caso subsidiaria, debiendo partir del respeto al derecho fundamental de la intimidad personal y familiar que establece el artículo 19 de la Constitución.

### **2.2.3**

### **JUZGADOS DE FAMILIA**

Son los/as propios/as jueces/zas de familia los/as que señalan que la responsabilidad parental de decidir sobre el futuro de la familia corresponde a las propias personas interesa-

---

das y no debe trasladarse a los/as jueces/zas dicha responsabilidad, ni debe obligárseles a decidir sobre problemas íntimos.

En la actualidad, los juzgados de familia a través de sus magistrados/as están promoviendo la mediación familiar, ya que en ocasiones solicitan la intervención de los servicios de mediación para la solución del conflicto e interviniendo, únicamente, cuando la desavenencia no se pueda resolver pacíficamente por las propias personas interesadas.

En el ámbito de las Instituciones Públicas, el Ministerio de Asuntos Sociales está subvencionando íntegramente diversos programas de mediación con el fin de evitar enfrentamientos legales. En Barcelona, existen centros privados de mediación y también una Asociación para la promoción de la mediación familiar que es potenciada por los Colegios de Abogados y de Psicólogos de Barcelona a través de un convenio entre ambos colegios profesionales.

En esta misma línea, en defensa de la mediación se pronunció, en las recientes Jornadas de Derecho de Familia celebradas en Madrid, la titular de la Secretaría de Justicia, María Teresa Fernández de la Vega, señaló que la justicia sólo ha de resolver los conflictos que no puedan solucionarse por otras vías, "ya que una sociedad que basa sus relaciones en los tribunales está condenada a una mala justicia y a un estado de frustración".

En los conflictos entre parejas, agregó, "la justicia debería intervenir sólo cuando fallen los mecanismos de mediación y consenso familiar y no se pueda avanzar en un acuerdo que satisfaga a todos".

En el País Vasco comienza a difundirse la idea de mediación familiar desde el ámbito público y el privado; así se debatió sobre este tema en las Jornadas sobre desjudicialización de los conflictos celebradas en el Colegio de Abogados de Bizkaia y promovidas por la Comisión de Derechos del mismo. En el presente Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer ha convocado un encuentro sobre el Derecho de familia en el que se incluye el tema de la mediación familiar.

En el sector privado, el Centro Vasco de Mediación Familiar "Ados Jarri" ofrece un servicio de mediación familiar que lleva en funcionamiento un año. Ados Jarri se configura como grupo social encuadrado dentro del sector de la iniciativa privada, sin fin de lucro, que participa y contribuye en el campo de los servicios sociales. En la sociedad vasca, el número de separaciones y divorcios va en aumento, por lo que las parejas en proceso de crisis matrimonial o ruptura demandan servicios como la mediación para llevar a cabo su separación o divorcio del modo más civilizado posible.

---

### 3.

## *Conclusiones*

De todo lo expuesto en la presente ponencia sobre mediación familiar, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- En los procesos matrimoniales de separación o divorcio hemos de considerar además del proceso legal, el proceso psico-social, es decir, se ha de tener en cuenta la dimensión social del divorcio en la transformación de la pareja y de la familia.
- Es tarea de todos los sectores implicados en estos temas derivados del derecho de familia, el humanizar los procesos de ruptura, disminuyendo las consecuencias negativas que los mismos collevan.
- Es necesario que los poderes públicos establezcan políticas familiares eficaces para prevenir los trastornos emocionales de los/as hijos/as y las consecuencias negativas derivadas del proceso de ruptura de la pareja y familia.
- Sería conveniente la realización de campañas de sensibilización y de información a la opinión pública con el fin de difundir una cultura de la separación más pacífica y civilizada.
- Hemos de intentar modificar la paradoja de resolver los conflictos mediante el enfrentamiento y dar soluciones a través del mutuo acuerdo.
- El marco legal debe reconocer y las instancias judiciales estimular este tipo de fórmulas pacificadoras pero no imponerlas.

---

**PIERRETTE BONNOURE AUFIERE**

**Abogada Mediadora Familiar.  
Presidenta del Instituto de  
Mediación Familiar de  
Toulouse, Francia**

*Experiencia de  
mediación  
familiar  
francesa, en  
Toulouse*

## *Experiencia de mediación familiar francesa*

La mediación familiar surgió en Francia, esencialmente a partir de 1988, y en Toulouse a partir de finales de 1989 cuando fueron formados para la mediación familiar las primeras personas mediadoras familiares, entre las cuales me incluyo.

En 1990 se creó una asociación de personas mediadoras deseosas a la vez de practicar la mediación familiar y de instaurar este proceso, dándolo a conocer, y proponiendo este nuevo modo de enfoque de los conflictos de pareja a los/as magistrados/as afectados/as así como al conjunto de las personas interlocutoras, abogadas, notarias, etc... etc...

Recordaremos brevemente que la mediación familiar, según la definición de Pierre Noreau, Abogado y Doctor del Instituto de Ciencias Políticas de París, puede definirse de la siguiente manera:

“La mediación se presenta normalmente como un método de gestión de conflictos, otros la definen como un medio o recurso a un tercero, otros/as hablan de un proceso de cooperación. La mayoría de estos/as autores/as están de acuerdo, sin embargo, en cuanto a la naturaleza de la mediación y los principios que la guían:

- la responsabilidad de las Partes en la definición de una solución a su litigio;
- el papel de la persona mediadora como tercero imparcial... –y yo añadiría, objetivo–;
- la igualdad de las Partes;
- la importancia de la comunicación y de la auto-determinación en el establecimiento de acuerdos negociados;
- la circulación de la información entre ex-cónyuges..., –yo diría entre ex-miembros de la pareja, casada o no casada–;
- la búsqueda de ganancias mutuas y la primacía de los principios de cooperación;
- el reconocimiento de la mediación como modo de interacción entre las Partes, más que como un proceso terapéutico; la mediación familiar no pretende únicamente favorecer la gestión de conflictos iniciada hace tiempo sino que permite evitar que una problemática fundada degenera en un conflicto inútil”.

La mediación familiar puede intervenir en cualquier momento de una separación de pareja. Antes de que se establezca un procedimiento judicial referente a dicha separación para tratar conflictos de potestad en torno a los niños y niñas, y evitar la apropiación de éstos/as por parte de uno de los miembros de la pareja.

---

Durante un procedimiento, lo que implicará que dicho procedimiento tiene en cuenta el proceso de mediación familiar.

Tras una decisión de la justicia, cuyo resultado no satisfaga en definitiva a ninguna de las Partes y provoque situaciones cada vez más conflictivas donde los niños y niñas se encuentren "tomados/as como rehenes".

En Toulouse hemos establecido un determinado número de parámetros concretos que permitan antes de la reciente Ley de 8 de febrero de 1995, cuyos decretos de aplicación no se han promulgado todavía, que la mediación familiar pueda encontrar su lugar y responder a la demanda conjugada de las personas interesadas.

## 2.

# *La formación y la deontología de la persona mediadora en Francia*

Una carta europea de formación en mediación familiar garantiza la calidad de las personas mediadoras formadas de este modo.

La Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar organizó un Código Deontológico que se encuentra ahora en vías de reforma según la Ley de 8 de febrero de 1995 en constante evolución sobre la práctica de la profesión.

En la práctica el funcionamiento se establece de la siguiente manera:

### 2.1

#### **INFORMACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

Se ofrecen servicios permanentes de información, por teléfono, en los locales del Instituto de Mediación Familiar, o en el Tribunal de Primera Instancia (Sala de la Familia).

Es importante destacar que todas las personas mediadoras practicantes en TOULOUSE, independientemente de su origen (Experto/a psicólogo/a, Asesoramiento conyugal miembro de asociaciones como el C.I.D.F. (derechos de las mujeres), etc... etc...), ejercen en un único lugar, presentando un grupo de trabajo y de reflexiones comunes.

Lo que supone evidentemente una garantía, un label de calidad, y un reconocimiento por parte de las demás personas interlocutoras.

Los servicios permanentes de información tienen lugar también en el Tribunal de Primera Instancia, una mañana a la semana, permitiendo incluso el día de audiencias efectivas, que los/as magistrados/as interesados/as puedan desde ahora ofrecer esta información de la mediación a las personas que se encuentran en su Gabinete, indicándoles la presencia de una persona mediadora "in situ" para explicar el proceso de mediación.

### 2.2

#### **LAS REUNIONES DE MEDIACIÓN**

Las reuniones de mediación se desarrollan en un local personal en el Instituto de Mediación donde practican todas las personas mediadoras miembros del Instituto de Mediación Familiar.

---

Estas reuniones duran de una hora y media a una hora y tres cuartos, y consisten, respetando siempre el proceso de técnica de la mediación familiar, primero en una reunión de enfoque de la demanda de separación y del contenido del trabajo de la mediación, para desembocar después en la elaboración del contrato de mediación; a partir de aquí se escalonan según la naturaleza de la prestación una media de 5 a 6 reuniones. Las reuniones de mediación familiar son de pago, actualmente establecido en 400 F la sesión.

Durante estas reuniones, y en todo momento, la persona mediadora puede remitir a las personas afectadas a sus consejeros/as respectivos (abogados/as, notarios/as,...) para que soliciten cualquier información jurídica necesaria para que su elección se lleve a cabo con pleno conocimiento de causa.

Los elementos recogidos pueden igualmente ser comunicados a la pareja solicitando que el/la abogado/a del Instituto de Mediación Familiar, o el/la notario/a del Instituto de Mediación Familiar, responda a sus diferentes interrogantes de orden jurídico en presencia de la persona mediadora y de la pareja durante una reunión específicamente destinada a este efecto.

Resulta fundamental que toda persona que entre en una negociación que afecta a su persona, sus bienes, y las consecuencias con respecto a los niños y niñas, sea informada de todos sus derechos, permitiendo de este modo conducir lo mejor posible los elementos de la negociación.

Las reuniones de mediación familiar pueden ser interrumpidas en cualquier momento, a petición de una de cada una de las personas afectadas, o del/de la mediador/a si considera que el proceso no respeta ni garantiza los intereses de cada parte.

Los niños y niñas pueden ser escuchados durante las reuniones de mediación familiar; en primer lugar se plantearán con los miembros de la pareja las razones de esta petición y la manera de proceder.

¿Los niños y niñas serán escuchados/as solos/as? ¿con los padres y madres? ¿unos/as detrás de otros/as? etc... etc...

Las reuniones de mediación familiar en Toulouse son practicadas en co-mediación, en presencia de dos personas mediadoras; ya que, por otra parte, lo ideal es que estas reuniones puedan ser concretadas con una persona mediadora formada en "psicología" y otra en "cuestiones jurídicas".

## 2.3

### **LAS RELACIONES DE LAS MEDIACIONES CON EL MARCO LEGISLATIVO Y EL MUNDO JUDICIAL**

En la práctica, en Toulouse, se estableció hace muchos años un proceso avalado, por otra parte, por el texto de la Ley de 8 de febrero de 1995.

Su principio consiste en que no se inicie ningún procedimiento de connotación contenciosa cuando se está desarrollando una mediación.

Para ello, el Instituto de Mediación y la persona mediadora que inicia una mediación, comunica a los respectivos/as abogados/as de cada miembro de la pareja que este trabajo acaba de comenzar.

Si los miembros de la pareja todavía no han elegido representante, se les pedirá cuando busquen informaciones jurídicas que las reciban pero que indiquen a su abogado/a que están realizando una mediación y que conviene esperar para iniciar cualquier procedimiento necesario, sobre todo contencioso.

Del mismo modo, si se ha iniciado el procedimiento y las personas están representadas por abogados/as, se informará al magistrado/a y a los/as abogados/as.

A reserva del respeto de los plazos obligatorios recogidos en el Código de Procedimiento Civil, en lo que se refiere a los actos de procedimiento, el/la magistrado/a o los/as abogados/as podrán solicitar el aplazamiento de cualquier audiencia útil hasta que finalice el trabajo de mediación.

En la práctica, en Toulouse, el/la magistrado/a que podía ofrecer también la mediación, cuando recibía a la pareja en su Gabinete, o en la audiencia, no emitía una decisión que designara a una persona mediadora sino que solamente tomaba nota de que las Partes deseaban proceder a una mediación familiar, formalizando o no un juicio de aplazamiento.

Encontramos las mismas modalidades cuando una pareja requería una persona mediadora tras una decisión de justicia definitiva.

Igualmente, si el proceso de la mediación se interrumpía eventualmente y no podía aplicarse ninguna solución negociada, se convino que pudiera recurrirse al/a la Magistrado/a desde antes de la fecha de aplazamiento fijada inicialmente con el fin de evitar situaciones de crisis.

---

## **2.4**

### **EL FINAL DE LA MEDIACIÓN, EL PROYECTO DE ENTENDIMIENTO**

Cuando se termina la mediación mediante la elaboración de un proyecto de entendimiento, éste se remite a la pareja después de haberles indicado que este documento no tiene ningún valor legal y que es conveniente para ellos que lo hagan homologar por el Tribunal competente.

Se proporciona la misma información a los/as abogados/as y al/a la magistrado/a sobre el final del proceso de mediación:

- indicando que el proceso de mediación se ha interrumpido;
- o indicando que el proceso de mediación ha terminado y ha desembocado en un proyecto de entendimiento.

### 3.

## *La Ley de 8 de febrero de 1995*

La Ley de 8 de febrero de 1995 presenta el interés de consagrar la mediación judicial y, por otra parte, no solamente la mediación familiar en el Código de Procedimiento Civil y como un proceso al que pueden recurrir las Partes para intentar llegar a un acuerdo.

Puntos importantes de esta ley cuyos decretos de aplicación para que pueda ser efectiva todavía se están esperando:

- El/la juez/a designa a la persona mediadora tras haber obtenido el acuerdo de las Partes.
- La mediación puede realizarse en cualquier fase del procedimiento, incluso en recurso de urgencia, lo que permite suponer que una pareja interesada podría incluso recurrir a un/a magistrado/a mediante demanda conjunta para que designara una persona mediadora.
- La mediación es de pago.
- El/la juez/a fija el importe de la provisión y designa las personas que la depositarán en un plazo concreto.
- Las Partes determinan libremente el reparto entre ellas de los gastos de la mediación; en caso de que no existan acuerdos los gastos se reparten a partes iguales, salvo si el/la juez/a estima otra cosa teniendo en cuenta la situación económica de una de las Partes.
- La Ayuda Jurisdiccional puede realizarse ahora mediante el pago de esta prestación, ésta es por lo tanto de las más interesantes y resuelve una de las críticas de la mediación de pago, crítica por otra parte muy relativa cuando se considera el importe de otras prestaciones como encuestas sociales que a menudo son más elevadas que un proceso de mediación.
- La duración de la mediación la fija el/la juez/a pero se inscribirá en un plazo fijado por decreto en Consejo de Estado.  
Cabe esperar que sea suficientemente flexible, siempre que el/la juez/a pueda renovar la misión.
- El/la juez/a puede poner fin a la mediación antes de la expiración del plazo que ha fijado de oficio, o si una de las Partes o la persona mediadora así lo solicitan.
- Evidentemente, la persona mediadora está obligada a guardar secreto con respecto a terceras personas.

- 
- Las reuniones son estrictamente confidenciales.
  - Las constataciones de la persona mediadora no pueden evocarse ante el/la juez/a sin el previo consentimiento de las Partes.

A este respecto, considero que este proceso puede resultar totalmente perjudicial y creo útil proceder según prevé el Código Deontológico de las personas mediadoras, es decir, que el secreto profesional del mediador o mediadora solamente puede revelarse con el previo consentimiento escrito de todas las Partes: los miembros de la pareja y la propia persona mediadora.

Y me mostraré más reservada aún sobre esta revelación del secreto profesional que en mi opinión es el elemento de garantía absoluta de la mediación puesto que si el conjunto de las personas que han recurrido a ella llegaran a considerar que en un momento dado las palabras que han pronunciado podrían ser "reveladas" por la persona mediadora, el proceso de mediación podría verse mancillado en su misma esencia.

Consideraría, y esto es por otra parte lo que puede indicar en el marco de los trabajos actuales sobre el Código Deontológico, que la revelación de este secreto profesional no debiera producirse salvo en caso de grave peligro constatado para los hijos e hijas y debiera quedar sometido en todo caso a la cláusula de conciencia de la persona mediadora.

- La persona mediadora informará únicamente al juez o jueza de que las Partes han llegado o no a un acuerdo.

Como ya he dicho anteriormente, en Toulouse establecimos hace mucho tiempo esta modalidad sustancial.

- En caso de acuerdo (elaboración de un proyecto de entendimiento) las Partes pueden someter éste a la homologación del juez o de la jueza que le dará fuerza ejecutoria.

En mi opinión, en lo que se refiere a la mediación familiar, esta modalidad podrá permanecer siempre sometida al control del juez o de la jueza, tal y como existe ya en el marco de los poderes de este último en cuanto al interés de los hijos e hijas y al acuerdo de las Partes.

Las disposiciones en cuestión no son aplicables a los procedimientos penales.

En efecto, en Francia existe un proceso de Mediación Penal específico.

Queda aún mucho trabajo por hacer en lo que respecta a la comprensión respectiva y recíproca del conjunto de las personas afectadas por la mediación.

La mediación familiar no sustituye al asesoramiento jurídico (notario/a o abogado/a) que deberá aconsejar a las Partes a nivel de sus derechos, base de la negociación entre otros elementos, y dar forma a los acuerdos a los que lleguen.

Mi doble función de abogada y mediadora, incluso diría mi unicidad creada en torno a esta aparente dualidad, me ha llevado a comprender mejor que el objetivo de la mediación no es solamente llegar a un proyecto de entendimiento que será homologado por el/la magistrado/a.

La búsqueda del acuerdo, y esto os lo dirán mis colegas abogados y abogadas, franceses/as, españoles/as, o de cualquier procedencia, se encuentra ya en nuestra formación de abogado/a y en nuestro deseo de resolver el conflicto.

La diferencia, que la persona mediadora permite aportar mediante la técnica de la mediación familiar, permitirá quizás que la pareja, en este trabajo de negociación que se realiza en un momento de su historia, se replantee su separación, cambie de una lógica de guerra a una lógica de diálogo y de apaciguamiento.

A partir del conflicto y del sufrimiento que éste conlleva, que se habrá escuchado, expresado y reformulado en cuanto al lugar y el papel de los hijos e hijas, esta pareja deshecha evolucionará hacia una opción de reconstrucción mediante la adquisición del proceso de negociación.

La persona mediadora permitirá entonces gestionar con la pareja un momento presente y puntual intentando ofrecerle los medios potenciales para prevenir otros problemas futuros inherentes a la humanidad de su separación en el tiempo.

De este modo, en este contexto, el proyecto de entendimiento no se revela como un documento final y acabado que cierra una mediación familiar y desliga a la persona mediadora, sino más bien como una escritura representativa de un momento concreto de la vivencia emocional y real de la pareja.

Como tal solamente habrá oportunidades de supervivencia si representa la adhesión negociada y actualizada de su creatividad compartida.

Gracias por su atención.

---

**ASOCIACIÓN PARA LA  
PROMOCIÓN DE LA  
MEDIACIÓN FAMILIAR**

*Anexo 1*

*Carta europea  
de la formación  
de  
mediadores/as  
familiares que  
ejercen en  
situaciones de  
divorcio y  
separación*

---

## *Introducción*

1.

Al finalizar el Primer Congreso Europeo de Mediación Nacional, se reveló la necesidad de una reflexión sobre la formación de las personas mediadoras.

La mediación familiar se ha implantado en varios países europeos durante los últimos años de manera casi simultánea. Las formaciones cortas establecidas primero por diferentes organismos han evolucionado para responder a las demandas de los/as que la practican. Su duración ha aumentado progresivamente, sus contenidos se han diversificado y han incluido un cursillo práctico.

En esta fase del desarrollo de la formación en materia de mediación familiar, se revela el deseo de organizar un intercambio y una reflexión con el fin de analizar la experiencia adquirida por unos/as y otros/as y de definir las orientaciones para la formación de los/as mediadores/as familiares.

Se plantean varias cuestiones referentes a esta nueva práctica y a la adquisición de competencias necesarias para el ejercicio de esta función: ¿cuál es el campo de aplicación de la mediación familiar?, ¿Cuáles son las competencias necesarias para convertirse en mediador/a familiar? ¿Es necesaria la profesionalización de las personas mediadoras para ejercer esta práctica? ¿Cómo se pueden certificar las competencias de éstos/as últimos/as?

Para responder a estas preguntas, se ha establecido una comisión a iniciativa de la Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar. Esta ha reunido a los responsables de los centros de formación existentes a nivel europeo.

Los objetivos de esta comisión han sido los siguientes:

- Elaborar un balance de las diferentes formaciones impartidas.
- Reflexionar sobre las exigencias de la función de la persona mediadora y los contenidos de la formación que ésta requiere, para llegar a un "tronco común" en el que cada organismo de formación pueda añadir elementos complementarios específicos.
- Considerar las acciones apropiadas para obtener el reconocimiento de estas formaciones por parte de las autoridades competentes.

Encontraremos en este anexo la lista de los participantes de los diferentes centros de formación europeos que se han adherido a la elaboración de esta carta.

## 2.

# *Campo de aplicación de la mediación y competencias de la persona mediadora*

Considerar los contenidos de la formación de las personas mediadoras familiares requiere imperativamente delimitar muy bien el campo de aplicación y precisar las competencias necesarias para el ejercicio de esta función.

### 2.1

#### **CAMPO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN**

El presente documento se dedica exclusivamente a la definición de las formaciones en lo que se refiere a la mediación en las situaciones de divorcio y de separación.

Por lo tanto, en este documento no se considerarán las aplicaciones que pueden hacerse de la mediación, dentro del campo familiar, en el tratamiento de otros conflictos aparte de los que oponen a los miembros de una pareja durante una separación. Los conflictos familiares y conyugales como tales no son competencia de la mediación familiar en materia de divorcio y de separación.

A posteriori, tampoco se tendrán en cuenta las diferentes aplicaciones de la mediación desarrolladas para responder a las exigencias del tratamiento de conflictos y del restablecimiento de los lazos sociales rotos en otros sectores diferentes a la familia (mediación penal, mediación de vecindad, etc.)

Esta delimitación del campo de las situaciones consideradas en el presente documento no implica que se considere que las prácticas de mediación aplicadas a otros conflictos –en la familia o fuera de ella– sean diferentes de las aplicadas en las situaciones de divorcio y de separación. Existen, sin duda, fundamentos comunes en estas prácticas y las técnicas que emplean son similares.

La delimitación establecida testimonia solamente el deseo de la comisión de no traspasar el marco de la competencia de los organismos miembros, el de la mediación en materia de divorcio y de separación.

La mediación familiar en materia de divorcio y de separación es un proceso en el que un tercero es solicitado por las partes para hacerse cargo de las reorganizaciones necesarias

---

para la separación, dentro del respeto del marco legal existente. La mediación trabaja para el restablecimiento de la comunicación entre los cónyuges. Es el medio utilizado para conseguir un objetivo concreto, el establecimiento de un proyecto de organización de las relaciones tras la separación o el divorcio.

La mediación familiar en materia de divorcio y de separación no es una consulta jurídica, ni un asesoramiento conyugal, ni una terapia individual o de pareja. El/la mediador/a remite a las personas interesadas a un profesional del derecho o de las ciencias humanas siempre que se revela esta necesidad.

## **2.2 APTITUDES, CONOCIMIENTOS Y COMPETENCIAS DE LA PERSONA MEDIADORA**

En el campo de aplicación definido de este modo, la persona mediadora debe poder apoyarse en un conjunto de aptitudes, competencias y conocimientos.

### **2.2.1 APTITUDES PERSONALES DE LA PERSONA MEDIADORA**

El/la mediador/a tiene la capacidad de distanciarse con respecto a las situaciones en las que interviene, lo que supone un trabajo personal en cuanto al conocimiento de sí mismo y una cierta conciencia de sus proyecciones personales y de sus límites. De este modo, tiene también la capacidad de no dejarse "invadir" por las dificultades y las emociones de los/as protagonistas.

Este/a conoce los valores transmitidos por su propia cultura y tiene conciencia de la pluralidad tanto de los valores culturales como de los modos de funcionamiento de las familias.

### **2.2.2 CONOCIMIENTOS NECESARIOS PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN MEDIADORA**

El/la mediador/a dispone de los suficientes conocimientos para comprender los entresijos del divorcio y de la separación. No pretende tener una formación completa en derecho, fis-

---

calidad y psicología, pero posee nociones en estas diferentes disciplinas que le permiten comprender las situaciones y las expectativas de las partes y conocer sus propios límites en cuanto a las cuestiones que requieren la ayuda de otros/as profesionales especializados/as.

La persona mediadora dispone, por tanto, de nociones en los siguientes campos:

- Nociones de psicología, sobre el funcionamiento de la pareja y de la familia, el desarrollo del/de la niño/a, las consecuencias del divorcio y de la separación y las recomposiciones familiares.
- Nociones jurídicas sobre el divorcio, la separación y el conjunto de las disposiciones legales que rigen las relaciones familiares; nociones sobre los procedimientos y el funcionamiento de las instituciones judiciales; conocimientos sobre las redes sociales y los servicios administrativos que pueden intervenir en las situaciones de ruptura.
- Nociones de gestión de los presupuestos familiares y la fiscalidad, necesarios para abordar, llegado el caso, el reparto de los recursos en la familia disociada y especialmente las cuestiones relativas a la responsabilidad con respecto a los/as hijos/as a nivel económico.

### 2.2.3

#### **LAS COMPETENCIAS ESPECÍFICAS DE LA PERSONA MEDIADORA**

La competencia de la persona mediadora reside en su capacidad para crear un clima relacional que favorezca la instauración y el mantenimiento de un diálogo entre las partes.

Favorece la comunicación entre las personas afectadas y permite que sean escuchadas sus respectivas expectativas. Contribuye a la gestión de los conflictos entre las partes de modo que se lleve a cabo el debate y la búsqueda de soluciones prácticas a los problemas del divorcio o de la separación.

La persona mediadora familiar no es una "negociadora", en el sentido en que formularía propuestas y orquestaría las concesiones mutuas hasta obtener un compromiso aceptable. El/la mediador/a trabaja para el establecimiento de una dinámica relacional que permita a los padres y madres manejar ellos mismos sus conflictos, según las exigencias legales.

### 3.

## *La formación de las personas mediadoras familiares*

Es necesario distinguir bien las acciones de sensibilización en la mediación familiar y las formaciones en la práctica de la mediación propiamente dicha.

El objetivo de las acciones de sensibilización en la mediación familiar es hacer comprender qué es la práctica de la mediación. Estas acciones precisan la especificidad del enfoque de los problemas del divorcio y de la separación desarrollada por la mediación y muestra la complementariedad con los demás tipos de intervención profesional.

Las acciones de sensibilización afectan a un público muy amplio: el personal de acogida de los organismos que ofrecen consultas de mediación, los/as profesionales (trabajadores/as sociales, psicólogos/as, abogados/as, médicos/as) deseosos de informarse acerca de la mediación familiar, o cualquier otra persona interesada en la mediación familiar. Se llevan a cabo en un período corto, por ejemplo de tres a cinco días consecutivos. El contenido de dichas acciones de sensibilización cubre especialmente: la definición de la mediación, la descripción del marco de trabajo de la mediación, del proceso de mediación y de sus diferentes etapas así como el análisis del funcionamiento de la familia en el contexto de la separación, en sus aspectos psicológicos, jurídicos y económicos –con sus implicaciones para el trabajo de mediación realizado.

Las acciones de sensibilización en la mediación familiar constituyen una iniciación, pero no permiten adquirir la capacidad de ejercer la función de mediador/a. Pueden considerarse como un preámbulo a la propia formación.

Nos dedicaremos ahora a concretar las características de la formación en la práctica de la mediación familiar propiamente dicha.

### 3.1

#### **OBJETIVOS DE LA FORMACIÓN**

La finalidad de la formación es proporcionar a los/as asistentes las competencias necesarias para practicar la mediación, lo que supone:

- El dominio de las técnicas básicas de la mediación.
- La adquisición de las nociones jurídicas y psicológicas necesarias.
- La realización de un cursillo práctico.

## **3.2**

### **PÚBLICO AFECTADO**

Se ven afectados por la formación en la práctica de la mediación familiar:

- Los/as profesionales de ciencias humanas y jurídicas con experiencia en el campo de la separación y del divorcio.
- Las personas que puedan justificar una práctica en el marco de organismos (asociaciones o servicios) cuyo objeto sea el acompañamiento de la pareja y de la familia enfrentadas a situaciones de divorcio y separación.

Los organismos de formación definen criterios de selección para evaluar la motivación de las personas candidatas en la formación y su capacidad para emprender una formación de este tipo.

## **3.3**

### **DURACIÓN DE LA FORMACIÓN**

La duración de la formación en mediación tiene en cuenta el hecho de que los/as participantes en estas formaciones poseen las cualificaciones y competencias requeridas para su admisión en la formación.

La formación tiene una duración suficiente para adquirir las nociones específicas en el ejercicio de la mediación. Esta duración se estima en un mínimo de treinta días efectivos de formación. Estas jornadas se reparten para favorecer la integración de las competencias adquiridas.

## **3.4**

### **FORMADORES/AS**

La formación en la mediación familiar es impartida:

- Por mediadores/as en activo conformes a la deontología de los/as mediadores/as en materia de divorcio y de separación.
- Por personas especializadas en los diferentes campos mencionados anteriormente (derecho, psicología, sociología, etc.).

## **3.5**

### **CONTENIDOS DE LA FORMACIÓN**

El presente documento, con el fin de permitir a cada organismo de formación prever los contenidos de la formación en función del contexto psicosocial y legal de los diferentes países

---

Europeos, no indica detalladamente los contenidos de las formaciones, sino que señala solamente los principales elementos que estructuran la formación de los/as mediadores/as en materia de divorcio y de separación.

Las formaciones incluyen los siguientes elementos:

- Aspectos psicológicos: la pareja, su constitución, su funcionamiento, sus crisis y conflictos. El desarrollo psico-afectivo del niño y de la niña. El impacto y las repercusiones de la separación sobre la dinámica familiar.
- Aspectos sociológicos de la evolución de la familia.
- El marco legal del divorcio y de la separación.
- Gestión de conflictos: técnicas de comunicación y técnicas de resolución de conflictos; trabajo con las parejas en conflicto.
- El funcionamiento económico de la familia; la responsabilidad económica con respecto a los/as hijos/as; el reparto de los bienes en la familia.
- Las competencias respectivas de las personas profesionales afectadas por el divorcio y la separación (magistrados/as, abogados/as, notarios/as, psicólogos/as, consejeros/as conyugales, encuestadores/as sociales, trabajadores/as sociales, etc.); sus relaciones con los/as mediadores familiares.

### **3.6**

#### **CURSILLO PRÁCTICO**

La formación en la mediación en materia de divorcio y de separación incluye necesariamente una iniciación en la práctica que se lleva a cabo mediante entrevistas de mediación, bajo la supervisión de un/a mediador/a que respete la deontología de los/as mediadores/as en materia de divorcio y de separación.

### **3.7**

#### **EVALUACIÓN DE LA FORMACIÓN**

Los organismos de formación establecen procedimientos "ad hoc" de evaluación de la formación, especialmente con los siguientes criterios:

- Presencia y participación en la formación.
- Capacidad para rendir cuentas de la práctica (oralmente y/o por escrito).

---

Tras la formación teórica y práctica y una vez que las personas candidatas cumplan los criterios de evaluación establecidos, el organismo de formación les entrega un certificado de aptitud para el ejercicio de funciones de mediador/a en materia de divorcio y de separación.

En referencia al artículo 4 del código deontológico de la Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar, la comisión recuerda la necesidad por parte de los/as mediadores/as familiares que ejercen, de recurrir a una formación continua (incluyendo una supervisión y/o análisis de su práctica profesional).

- El presente documento constituye un marco general en el que se pretende que se inscriban los organismos que ofrecen formaciones de mediador/a familiar. Este marco pretende ser lo bastante abierto para que los organismos puedan integrarse independientemente del contexto psicosocial y legal en el que intervengan. Pretende ser lo suficientemente obligatorio para dar testimonio de la preocupación para que las funciones de mediador/a sean ejercidas por personas con conocimientos teóricos y competencias prácticas reconocidas.
- Se invita a adherirse a esta carta a los organismos que pretenden ofrecer formaciones de mediador/a familiar y que se fijan exigencias compatibles con las mencionadas en el presente documento así como a referirse a dicha carta en la presentación de las formaciones que ofrecen.
- Los organismos que ofrecen formaciones y que no cumplen actualmente todas las exigencias enunciadas en esta carta pueden igualmente adherirse y referirse a ella –con la condición de expresar claramente su intención de llevar a cabo su programa de formación conforme a las exigencias fijadas por la carta en un plazo explícitamente concretado.
- La Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar publicará y divulgará una lista de organismos adheridos a la presente carta.
- En el caso en que un organismo adherido a esta carta no respete las exigencias fijadas por la formación de mediadores/as en materia de divorcio y de separación, la Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar se reservará el derecho de excluirlo de la lista de firmantes.
- La presente carta y la lista de los centros de formación firmantes en cada país se comunicará a los organismos gubernamentales que deban conocer cuestiones relativas al divorcio en sus aspectos legales, familiares y sociales. Se instará a dichos organismos gubernamentales a considerar las presentes recomendaciones y a apoyar a los centros de formación adheridos a este documento.
- La comisión reunida a iniciativa de la Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar para iniciar una reflexión sobre la formación en la mediación continuará sus trabajos, a razón de un día al año. Su tarea será: la actualización de la lista de organismos firmantes; la coordinación de las acciones emprendidas en organismos gubernamentales para la promoción de la formación en mediación; la continuación de la reflexión sobre las cuestiones relativas a la formación.

---

*Anexo 1. a  
Lista de centros de  
formación europeos que  
han participado en la  
elaboración de la carta*

La presente carta ha sido elaborada por una comisión, constituida a iniciativa de la Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar. Esta comisión se reunió 6 veces, desde septiembre de 1991 hasta junio de 1992, en París, en los locales de la DASES (Ayuntamiento de París). Estuvo dirigida por Jocelyne Dahan (vicepresidenta de la APMF). Participó también en los trabajos Benoit Bastard, sociólogo, encargado de investigación en el CNRS.

En la elaboración de este documento han participado los siguientes organismos:

ALEMANIA

Donald Cramer

Post Fach 80 03 63

Busching Strasse 7/11, 8000 München, 80

BÉLGICA

Centro europeo de mediación familiar

rue Hôtel des Monnaies 119, 1060 Bruxelles

Tel: (2) 537.34.15

Instituto superior de promoción social de la comunidad francesa de Bélgica

84 rue de Boussu

7370 Dour (Mons)

FRANCIA

Adef Médiation 93

19, rue Etienne Marcel, 93500 Pantin

Tel: (1) 48 44 71 63

Asociación francesa de los centros de consulta conyugal

44 rue des demoiselles, 94270 Kremlin Bicêtre

Tel: (1) 46 70 88 44

---

Asociación padre/madre/hijo

76 rue des Etats-généraux, 78000 Versailles

Tel: 69 41 18 28

Centro nacional de información y documentación de las mujeres y de la familia

7 rue du Jura, 75013 Paris

Tel: (1) 43 31 77 00

Pareja y familia

Place Saint-Georges, 75009 Paris

Tel: 22 91 80 77

Escuela de padres y educadores de Ile-de-France

5, Impasse du Bon Secours, 75011 Paris

Tel: (1) 43 48 00 16

FOR.SY.FA., Formación-Sistema-Familia

35, rue d'Angleterre, 44000 Nantes

Tel: 40 47 16 48

Instituto europeo de mediación familiar

32 rue Saint-Severin, 75005 Paris

Tel: (1) 43 54 41 30

Universidad Paris X Nanterre

Centro de educación permanente

Bâtiment G. Rez-de-chaussée, Salle R33

200 Avenue de la République, 90001 Nanterre Cedex

Tel: (1) 40 97 71 38 o 40 97 78 66

## GRAN BRETAÑA

Family Mediator Association

The Old House, Rectory Gardens, Henbury

Bristol BS10 7AQ

Tel: 0272 500140

National Family Conciliation Council

Shaftesbury Centre, Percy Street

Swindown CN 22 AZ, Whitshire

Tel: 0793-514055

---

ITALIA

GeA, Genitori Ancora (Comune di Milano, Settore Servizi Sociali).

Via Barbara, 7, 20144 Milano

Tel: 8376778

SUIZA

Formación en la mediación familiar del CEFOC y del IMPER

CEFOC

28, rue Prévost-Martin

Case Postale

1211 Genève 4

Tel: (022) 320 39 75

INPER

Avenue du Temple, 19 c,

Case Postale 112

1000 Lausanne 12

Tel (021) 653 64 12

---

**HAN PARTICIPADO EN LA  
ELABORACIÓN DE ESTE  
DOCUMENTO POR LOS  
ORGANISMOS  
MENCIONADOS:**

Annie Babu (Instituto europeo de mediación familiar)  
Benoit Bastard (Centro de sociología de las organizaciones, CNRS)  
Irene Bernardini (Genitori Ancora)  
Marie-France Blain (Asociación francesa de los centros de consulta conyugal)  
Jocelyne Casabianca (Asociación padre/madre/hijo)  
Sylvie Cavillier (Escuela de padres y educadores de Ile-de-France)  
Donald Cramer (München)  
Jocelyne Dahan (DASES, Ayuntamiento de París y Asociación para la promoción de la mediación familiar)  
Feannette Ferré (Adef Médiation)  
Jacqueline Gallon (Centro nacional de información de los derechos de las mujeres)  
Laurence Gilles-Catz (Pareja y familia)  
Françoise Grimshaw (National Family Conciliation Council)  
Sylvie Monnier (CEFOC, Genève, e IMPER, Lausanne)  
Généviève Moreau (For-Sy-Fa)  
Lisa Parkinson (Family Mediator Association)  
Claude-France Servoisier (Universidad Paris X Nanterre)  
Hélène van den Steen (Centro europeo de mediación familiar e Instituto superior de promoción social de la comunidad francesa de Bélgica)  
Marie Théault (Escuela de padres y educadores de Ile-de-France)

---

*Anexo 2*  
*Leyes*

---

*Ley n.º 95-125 de 8 de febrero  
relativa a la organización de  
las jurisdicciones y al  
procedimiento civil, penal  
y administrativo (1)*

**TITULO II  
DISPOSICIONES DE  
PROCEDIMIENTO CIVIL**

**CAPITULO 1º**

LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN JUDICIALES

Art. 21. - El/la juez/a, tras haber obtenido el acuerdo de las partes, podrá designar una tercera persona que cumpla las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado para proceder:

1º A las tentativas previas de conciliación prescritas por la ley, salvo en materia de divorcio y de separación de cuerpo;

2º A una mediación, en cualquier fase del procedimiento, incluso en recurso de urgencia, para intentar llegar a un acuerdo entre las partes.

El/la juez/a fijará el importe de la provisión a valer sobre la remuneración de la persona mediadora y designará la o las partes que entregarán la provisión en el plazo que establezca.

La designación de la persona mediadora caducará a falta de entrega en el plazo y según las modalidades impartidas. De este modo, la instancia proseguirá.

Art. 22. - Las partes determinarán libremente el reparto entre ellas de la carga de los gastos de la mediación.

---

Si no hubiera acuerdo, estos gastos se repartirán a partes iguales, salvo en el caso en que el/la juez/a estime que dicho reparto no es equitativo teniendo en cuenta la situación económica de las partes.

Una vez concedida la ayuda a una de las partes, el reparto de la carga de los gastos de la mediación se establecerá según las reglas previstas en el apartado anterior. Los gastos que incumben a la parte beneficiaria de la ayuda jurisdiccional correrán a cargo del Estado, a reserva de las disposiciones de los artículos 45 y 46 de la ley nº 91-647 de 10 de julio 1991 relativa a la ayuda jurídica.

Art. 23. - La duración de la misión de conciliación o de mediación será establecida inicialmente por el/la juez/a sin que ésta pueda exceder un plazo fijado por decreto en Consejo de Estado.

El/la juez/a podrá no obstante renovar la misión de conciliación o de mediación. Podrá igualmente poner fin a dicha misión antes de la expiración del plazo que ha fijado, de oficio o a petición de la persona conciliadora, de la mediadora o de una de las partes.

Art. 24. - La persona conciliadora y la mediadora tienen la obligación de mantener el secreto con respecto a terceros.

Las constataciones de la persona conciliadora o de la mediadora y las declaraciones que recogen no podrán ser referidas ante el/la juez/a requerido para el litigio si no es con el previo consentimiento de las partes. Estas no podrán ser utilizadas en ninguna otra instancia.

No obstante, la persona conciliadora o la mediadora comunicará al/a la jueza si las partes han llegado o no a un acuerdo.

Art. 25. - En caso de acuerdo, las partes podrán someter éste a la homologación del/de la juez/a que le dará fuerza ejecutoria.

Art. 26. - Las disposiciones del presente capítulo no serán aplicables a los procedimientos penales.

Un decreto en Consejo de Estado indicará las condiciones de aplicación de dichas disposiciones y determinará las reglas aplicables a la provisión a valer sobre la remuneración de la persona encargada de proceder a la mediación.

---

**MARÍA IRIARTE BUENO**  
Asistente Social

*Asociación de  
Mujeres  
Separadas de  
Guipuzcoa/  
Gipuzkoako  
Emakume  
Bananduen  
Elkartea*

## 1.

# *Presentación y 20 años de historia*

### 1.1

#### **PRESENTACIÓN**

Nuestra Asociación casi no necesita presentación pues son ya 20 años los que lleva en funcionamiento. Surgió cuando un grupo de mujeres vió la necesidad de asociarse para luchar por sus derechos. La Asociación se formó legalmente con sus estatutos aprobados en el año 1975, sin ninguna subvención, con la ayuda voluntaria y con los medios que cada socia aportaba según sus posibilidades, quedándose sin local (por aquella época alquilado) por no tener suficientes medios económicos para pagar la renta, teniendo que atender las socias en sus domicilios a las personas que se acercaban a la Asociación.

El local actual, es el cedido por el Ayuntamiento de San Sebastián y habilitado con una subvención del Gobierno Vasco.

Señalar que durante estos 20 años ha ido en aumento el número de mujeres atendidas por la Asociación. (Comentado en las estadísticas).

Actualmente recibimos subvenciones de Emakunde, el Ayuntamiento de San Sebastián y la Diputación Foral de Guipuzcoa.

### 1.2

#### **OBJETIVOS**

- a) Asesoramiento jurídico, asistencia social y psicológica a mujeres con problemas de familia, hijos/as y derivados de situaciones de separación y divorcio.
- b) Conocer la situación familiar y social en la que se encuentran las mujeres que acuden a la Asociación a través del análisis y seguimiento de casos, para poder ofrecer una ayuda que responda a sus necesidades.
- c) Indicar que nuestro objetivo no es el de conseguir socias, sino el de atender a todas las mujeres que lo necesiten.

### 1.3

#### **ACTIVIDADES/SERVICIOS QUE PRESTA LA ASOCIACIÓN**

- a) Asesoría jurídica: a través de dos abogadas y una procuradora voluntarias que acuden una vez por semana a la Asociación; y de una serie de abogadas/os particulares que tienen un acuerdo con la Asociación y atienden a las mujeres en una primera consulta.
- b) Asistencia social: información sobre ayudas económicas, vivienda, empleo, servicios existentes para las mujeres, etc.
- c) Atención psicológica: contamos con grupos de apoyo, formados por unas 12 mujeres y una coordinadora, donde se tratan diferentes temas y se intenta fomentar la autoestima entre las participantes.  
Además dos psicólogas particulares atienden a las mujeres voluntariamente en su gabinete.
- d) Formación de grupos de amigas: ponemos en contacto a mujeres que se encuentran en situaciones de soledad.
- e) Acompañar a mujeres a realizar diferentes trámites, abogados/as, etc... que debido a su falta de formación o estado emocional no los pueden realizar por sí mismas.
- f) Seguimiento de todos los casos.
- g) Organización de charlas de interés para las asociadas.
- h) Reuniones y colaboraciones con todo tipo de entes públicos y privados.

Señalar que la Asociación está abierta de Lunes a Jueves de cuatro a ocho, y los Viernes por la mañana. Parece que éste es el horario adecuado para las mujeres que acuden y que además es cuando el resto de los servicios sociales ya no están en funcionamiento.

Nuestra intención sería el poder ofrecer un servicio todo el día pero no es posible debido a motivos económicos.

2.

## *Problemática que se plantea en situaciones de separación y divorcio desde la experiencia de la Asociación*

2.1

### **PROBLEMÁTICA PREVIA A LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

Un punto decisivo para que se dé una separación suele ser una incompatibilidad en la pareja, que en muchos casos va acompañada de una depresión, que suele ser más profunda en los casos de alcoholismo, drogadicción, infidelidad, ludopatía, etc.

Además, en los casos de infidelidad se suele dar un sentimiento de dependencia, de no creerse lo que está ocurriendo, esperando a que el marido vuelva.

Todo este tipo de situaciones tensas suele derivar en una falta de respeto entre los cónyuges. Así muchas mujeres se quejan no de recibir malos tratos físicos, sino de los malos tratos psicológicos a los que están sometidas diariamente, ellas y sus hijos/as.

Los casos más extremos, pero comunes, y de los que hoy en día todavía cuesta hablar y sobre todo denunciar, son los de los malos tratos físicos que padecen las mujeres, y que cuando éstas se enfrentan para tratar de pararlos recaen sobre sus hijos/as.

También señalar que cada día son más corrientes los malos tratos propiciados de hijos a madres. Normalmente hijos de padres que a su vez han sido maltratadores.

2.2

### **PROBLEMÁTICA POSTERIOR A LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

a) La depresión que se ha iniciado antes de la separación normalmente continúa, dando lugar en la mayoría de los casos, a un hundimiento psicológico, con pérdida de la autoestima, pérdida de peso, falta de aseo personal y aislamiento.

---

Todo ello se ve acentuado si además hay una falta de apoyo familiar.

- b) En lo que se refiere al tema económico se ve un claro empobrecimiento de la mujer, debido principalmente a varios motivos:
- pérdida del status social;
  - falta de empleo;
  - impago de pensión de alimentos;
  - impago de pensión compensatoria.
- c) Sobre el tema del empleo señalar que:
- Se da una falta de cualificación y formación entre las mujeres. Muchas de ellas al casarse dejaron el mundo laboral, sin intención de volver, y durante 15 ó 20 años que ha durado el matrimonio, se han dedicado sólo y exclusivamente a éste y a los/as hijos/as.
  - Aquellas que tiene la suerte de trabajar, lo hacen en los trabajos menos cualificados y peor remunerados.
  - Todavía hoy en día hay empresas que en igualdad de condiciones prefieren emplear a hombres que a mujeres, lo cual limita bastante el campo laboral.
  - Es muy frecuente el miedo e inseguridad a enfrentarse al mundo laboral después de tantos años de "desempleo".
- d) Otro problema que se presenta es el de la vivienda: pagos de alquileres, actualmente muy elevados sobre todo para las mujeres que cuentan con escasos medios económicos, el pago de hipotecas y condiciones poco flexibles para que las mujeres puedan acceder a la compra de viviendas.
- e) En muchos casos se da una responsabilidad única en la educación de los/as hijos/as, ya que muchos hombres se separan de sus mujeres y se olvidan de sus hijos/as.
- f) Rotura de las relaciones familiares y de amistad, lo que conlleva aislamiento y soledad.
- g) En muchos casos de mujeres que han sido maltratadas una vez separadas continúan los acosos y amenazas, llevándose a la práctica, éstas últimas en muchas ocasiones.

## 2.3

### ESTADÍSTICAS SOBRE LAS MUJERES ATENDIDAS DURANTE 1994

#### 2.3.1

#### DEMANDA SOLICITADA

	Nº MUJERES
Información sobre separación	130
Información sobre la Asociación	22
Buscando amigas	20
Información sobre abogados/as	12
Información sobre liquidación de bienes gananciales	12
Información sobre el grupo de apoyo	11
Información sobre ayudas económicas	10
Información sobre otras asociaciones	8
Información sobre psicólogos/as	8
Información sobre reclamación de pensiones	8
Busqueda de empleo	5
Orientación al divorcio	5
Información sobre pisos de acogida	4
Información sobre herencias	4
Información sobre la custodia de los/as hijos/as	3
Modificación del convenio	3
Información sobre las medidas provisionales	2
Información sobre la declaración de renta	2
Información sobre préstamos	2
Información sobre el convenio regulador	1
Información sobre malos tratos	1
Información sobre amenazas	1
Información sobre nulidad	1
<b>TOTAL</b>	<b>249</b>

### 2.3.2

### CAUSA O MOTIVO DE SEPARACIÓN

	Nº MUJERES
Incompatibilidad	105
Infidelidad	40
Malos tratos	30
Alcoholismo	27
Abandono de hogar	6
Ludopatía	10
Alcoholismo y malos tratos	8
Locura	6
No cumplir los deberes conyugales	3
Malos tratos e infidelidad	3
Estafas o deudas	3
Drogodependencias	3
NS/NC	9
<b>TOTAL</b>	<b>249</b>

### 2.3.3

### MODO DE SER ATENDIDA

	Nº MUJERES
Personalmente	196
Telefónicamente	50
A través de una tercera persona	3
<b>TOTAL</b>	<b>249</b>

### 2.3.4 ESTADO CIVIL DE LAS MUJERES ATENDIDAS

	Nº MUJERES
Casadas	106
Separadas legalmente	100
Divorciadas	18
Solteras	10
Separadas de hecho	6
Viudas	4
NS/NC	6
<b>TOTAL</b>	<b>249</b>

### 2.3.5 EDADES DE LAS MUJERES ATENDIDAS

	Nº MUJERES
De 20 a 24 años	6
De 25 a 29 años	16
De 30 a 34 años	33
De 35 a 39 años	37
De 40 a 44 años	24
De 45 a 49 años	32
De 50 a 54 años	14
De 55 a 59 años	14
De 60 a 64 años	4
De 65 a 69 años	3
70 años o más	0
NS/NC	66
<b>TOTAL</b>	<b>249</b>

### 2.3.6

### TRABAJO QUE DESEMPEÑAN

	Nº MUJERES
Desempleadas	70
Sus labores	30
Empleadas de hogar o limpiadoras	24
Maestras	7
Enfermeras	7
Camareras o cocineras	7
Dependientes	6
Peluquera	6
Operarias	5
Autónomas	4
Administrativas	4
Pensionistas	4
Cuidadoras	4
Comisionistas	3
Asistente social y psicólogas	3
Telefonista	2
Comerciales	2
Cartera	2
NS/NC	73
<b>TOTAL</b>	<b>249</b>

### 2.3.7

### MALOS TRATOS

De las 249 mujeres atendidas durante 1994, 57 (22,8%) expresan que han sufrido malos tratos físicos en alguna ocasión por parte de su marido; alguna también por parte de sus hijos. De este total, tan sólo 23 se atrevieron a denunciarlo. Posteriormente, varias indican, que retiraron la denuncia debido a las amenazas que recibían constantemente, a presiones de los hijos, o por miedo a represalias.

En general, todas las mujeres señalan que los malos tratos psicológicos se han estado dando constantemente desde el deterioro de la pareja, y en muchos casos ha sido peor que si hubieran recibido malos tratos físicos.

### 2.3.8

### AÑOS DE MATRIMONIO

	Nº MUJERES
De 1 a 3 años	17
De 4 a 6 años	13
De 7 a 9 años	14
De 10 a 12 años	14
De 13 a 15 años	17
De 16 a 18 años	22
De 19 a 21 años	23
De 22 a 24 años	14
De 25 a 27 años	5
De 28 a 30 años	5
Más de 30 años	11
Ninguno	7
NS/NC	87
<b>TOTAL</b>	<b>249</b>

### 2.3.9

### IMPAGO DE PENSIÓN DE ALIMENTOS

Para realizar las estadísticas sobre el impago de pensión de alimento se ha tomado el número de separadas (105) y el de divorciadas (18) que han acudido a la Asociación. De estas 124 mujeres tan sólo cobran la pensión 33, lo que supone un 26,6 %; 72 de ellas no cobran la pensión, es decir un 58 % aproximadamente; 12 mujeres la cobran a veces (9,6%) y a 7 de ellas no les ha quedado estipulado en la sentencia la pensión de alimentos. Las mujeres que no cobran nos indican que son varios los motivos:

- El marido es autónomo y declara menos de lo que realmente gana.

- 
- El marido ha dejado de trabajar para no pasar la pensión.
  - El marido ha puesto su negocio a nombre de otra persona, de forma que se declara insolvente.
  - El marido se declara insolvente, aunque realmente no lo es.
  - El marido realmente es insolvente.

---

### 3.

## *Mediación*

La mediación nos parece muy importante en el tema de la separación, puesto que parte de las separaciones quizás no se darían o éstas serían en términos más amistosos.

La Asociación en varias ocasiones ha actuado como mediadora. Nuestra experiencia no es que haya sido muy positiva.

En varias ocasiones el/la cónyuge que ha venido a la Asociación, hombres incluidos, lo único que querían es que la Asociación enviara a la parte un aviso o notificación, por lo que nos ha quedado claro que realmente no entendían de qué se trataba la mediación.

En otros casos ha acudido la pareja, cada uno con una serie de exigencias, sin idea de ceder en ninguna de las peticiones, e intentando que fuese la Asociación quien las tomara por ellos.

Otras veces no han acudido a la cita.

Aun y todo, señalar, que la Asociación siempre estaría dispuesta a actuar como mediadora en una separación si ello fuera necesario.

- Creación de un fondo de garantía de pensiones. Que un ente público adelantase la pensión impagada a la mujer, y que luego fuese éste quien se la reclamase al marido.
- En lo que se refiere a la reclamación de la pensión por la vía penal, que no haya que esperar tres meses consecutivos ó 6 alternos de impago para poder reclamarla. Una reducción de plazos, puesto que durante ese tiempo los/as hijos/as también se alimentan y visten ...
- Aumento de los pisos de acogida y el periodo de estancia en los mismos.
- Agilizar los trámites burocráticos para la solicitud y concesión de ayudas económicas.
- Fomento del empleo para las mujeres y facilidades para el acceso al mundo laboral.
- Mayores facilidades para acceder a las viviendas, incluso a las de protección oficial.
- Mayor concienciación de los/as jueces/zas al tratar estas situaciones problemáticas familiares.
- Crear en los presupuestos generales un fondo de un tanto por ciento (X) con el fin de que toda la carga por emplear a mujeres en edad fértil tanto por empresas públicas como privadas, no suponga un gravamen al/a la empresario/a que las contrata, provocando que en igualdad de capacitación para el trabajo que se ofrece, se prefiera contratar hombres.

Por otro lado, este tanto por ciento, vendría a reforzar que el Estado necesita "ciudadanos/as" porque si no todo el sistema de la Seguridad Social se vendría abajo; por lo que si una mujer decide renunciar a la maternidad para obtener y mantenerse en su puesto de trabajo, la tasa de natalidad bajaría como está bajando.

En Alemania ya hay empresas que no contratan a mujeres si no están previamente esterilizadas.

---

**FRANCISCO ARCO RUIZ**  
**Miembro de la Asociación**  
**Vasca de Padres**  
**Separados/Banatutako**  
**Aiten Euskal Elkartea**

*Asociación*  
*Vasca de*  
*Padres*  
*Separados/*  
*Banatutako*  
*Aiten Euskal*  
*Elkartea*

---

## *Introducción*

1.

Kaixo lagunak:

Breve comentario para manifestar aquí la unanimidad, la coincidencia de las Asociaciones de Padres Separados que suscriben este comunicado, en los objetivos y reivindicaciones a conseguir.

La dispersión de ellas, sus diferentes estructuras, no ha sido óbice para consensuar un texto que reclama una mayor equidad en la administración de justicia para con los padres.

- Asociación Vizcaína de Padres Separados "LA TERRAZA".
- Asociación Guipuzcoana de Padres Separados "AGIPASE".
- Centro Mixto de Padres Separados/as de Vizcaya.
- Asociación Vasca de Padres Separados/Banatutako Aiten Euskal Elkartea.

## 2.

# *Presentación y objetivos de las asociaciones*

### 2.1

### PRESENTACIÓN

Con la aprobación y entrada en vigor de la Ley que regula las causas de separación y divorcio, y más concretamente, con su sesgada aplicación a través de la Administración de Justicia, comienzan los primeros pasos de estas asociaciones, cuyos fines van encaminados a revitalizar la figura del padre ante la sociedad, como persona responsable, capacitada y capaz de luchar por conseguir de una manera efectiva la igualdad entre las personas ante la Ley, la igualdad entre los sexos, también en el núcleo familiar, donde se mantiene un anacronismo inmovilista.

Nos hemos cansado como padres y hombres que somos de la imagen que esta sociedad tiene de nosotros. No todas las personas beben, maltratan, son irresponsables y/o les falta el interés por sus hijos/as, los padres no somos una excepción, por consiguiente, queremos ser tratados en singular y como persona.

Estamos hartos de acusaciones orquestadas y falsas sobre impago de pensiones, sin un mero análisis de las injusticias que este pago supone; estamos hartos de la utilización de las denuncias falsas sobre malos tratos, con el único fin de desahuciar al padre del domicilio conyugal, estamos hartos del proteccionismo acusado de la mujer en su papel de madre.

El anacronismo inmovilista que se mantiene respecto al rol de la familia, nos discrimina social, económica y afectivamente en el proceso de separación, por el mero hecho de ser hombre, la Ley (en su aplicación) nos perjudica gravemente.

Responsables y consecuentes con nuestra paternidad, más allá de lo biológico, proclamamos que como hombres también somos capaces de criar y educar a nuestros hijos/as, y hacemos un llamamiento a los poderes públicos para cambiar la realidad actual, injusta y arbitraria que padecemos.

En definitiva ¡Queremos ser padres siempre!

## 2.2

## OBJETIVOS/REIVINDICACIONES

- A) Custodia compartida de los/as hijos/as y llena de contenido.
  - Por el bienestar de nuestros hijos/as.
- B) Suprimir el régimen de visitas.
  - Libertad de comunicación.
- C) Penalización de las denuncias falsas sobre malos tratos y obstruccionismo del régimen de visitas.
- D) Abolir la pensión compensatoria.
  - Desgravación fiscal de las pensiones alimenticias a hijos/as.
- E) Derogación de las medidas provisionalísimas.
  - Análisis puntual y exhaustivo de la separación para decidir quién debe abandonar el hogar, sin discriminar al hombre.
- F) Simplificar y abaratar el proceso judicial.
  - Divorcio directo sin proceso de separación.
- G) Reparto del patrimonio ganancial en el momento de la separación.
  - Entrega al propietario de los bienes privativos de su propiedad.
- H) Creación de un Consejo de Mediación Familiar con participación de los padres.

### 3.

## *La separación desde la óptica paterna*

### 3.1

#### **PENSIONES**

#### 3.1.1

#### **ALIMENTICIA**

No cuestionamos su pago, sino que exigimos su control, las numerosas irregularidades y desvíos de recursos económicos que se producen así lo aconsejan. A tal fin proponemos como alternativa, el reparto de gastos que tienen los/as hijos/as al 50%, y que cada progenitor se encargue directamente del abono.

#### 3.1.2

#### **COMPENSATORIAS**

Estamos radicalmente en contra de su pago. En la separación, cada uno debe asumir sus responsabilidades.

Los padres separados no somos culpables de la situación en que queda la otra parte, ni del estado del mercado de trabajo, no tenemos por tanto obligación de asumir más cota de responsabilidad que el propio Estado, debe ser éste quien a través de los poderes públicos garantice el artículo 35 de la Constitución, del que emana el derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas de este País a tener un trabajo digno y remunerado.

A pesar de nuestra radicalidad sobre el tema y con el ánimo de ofrecer alternativas al hipotético acuerdo, podríamos hablar de establecer un periodo "dulce" de pago:

- a) En tiempo limitado y no más de 2 años.
- b) Cantidad a tanto alzado, de una sola vez.

### 3.2

#### **VIOLENCIA CONYUGAL**

- ¿Hay hombres maltratados?
- ¿Hay alguna estadística sobre ellos?

---

¿Alguna institución que les informa o ayuda?

- ¿No hay una orquestación e instrumentalización de este tema, para desahuciar al padre de casa?

¿Qué perjuicios tienen y para quién las denuncias falsas sobre este tema? ¿Acaso para la mujer?

- ¿Se puede considerar como maltrato y/o violencia conyugal, la negativa y/o la obstrucción de la comunicación con los/as hijos/as?

Si la respuesta es afirmativa, ¿sólo afecta al hombre?

### 3.3

### RÉGIMEN DE VISITAS

- Consideramos el régimen de visitas no sólo como un derecho del progenitor que no tiene la guardia y custodia de sus hijos/as, sino como un derecho de todos/as los/as hijos/as a relacionarse con sus padres. Desde este punto de vista podemos afirmar que el régimen de visitas lo consideramos "carcelario"; la comunicación entre padres e hijos/as debe ser absolutamente libre, responsable y espontánea.
- Cuando se incumple y/o se obstrucciona, ¿hay perjuicios para el progenitor rebelde?  
¿Se está allanando un derecho de los/as hijos/as?
- Rechazamos los medios represivos (multas, cárcel).  
Propugnamos la pérdida de custodia para el progenitor rebelde.
- En los casos en que la custodia es concedida a las instituciones, en defecto de los padres,... ¿facilitan estas la comunicación con los padres, o se limitan a cumplir estrictamente las sentencias de marcado carácter "carcelario"?

### 3.4

### CUSTODIAS

- Cada día es mayor el convencimiento de que los padres estamos capacitados también para la cría y educación de nuestros/as hijos/as, sin embargo el escaso número de custodias concedidas al padre nos da argumentos para denunciar la discriminación de la que somos objeto en la aplicación de la Ley, máxime cuando ésta no establece estereotipos a la hora de conceder la custodia.

- 
- En las custodias paternas ¿existen tantos conflictos como en las maternas?, ¿cuántas denuncias existen por incumplimiento del régimen de visitas por parte de los padres?
  - Compartidas: (alternativas)
    - a) Llenar de contenido la patria potestad. Información y participación del padre en la vida de sus hijos/as.
    - b) Periodo alternativo de convivencia directa con los/as hijos/as.
    - c) Profundizar en la coeducación de las personas.
  - Los roles hombre/mujer han sufrido una importante evolución social y, sin embargo, la Administración de Justicia practica un inmovilismo y anacronismo absoluto, apareciendo ante la sociedad como algo lejano y frío.

---

## 4.

# *La figura del padre en nuestros días*

### 4.1

#### **ASPECTOS DE LA PATERNIDAD**

- Con el control de la maternidad a través de los métodos anticonceptivos en manos de la mujer, el padre pasa a ser algo secundario.
- Hay un relego del derecho a ser padre; esta opción está en manos de la mujer, (madres solteras, parejas sin compromiso oficial, proyecto del 4º supuesto del aborto, etc.) sin embargo, y frente a ello, coincidiendo con el agotamiento del mensaje feminista, irrumpe en la sociedad el mensaje de la paternidad, el mensaje del hombre sensible a los aspectos integrales de la familia.
- Cabe aquí nuestra autocrítica ante la escasez de solicitudes de custodia por parte de los padres, pero les animamos a que a partir de este mismo momento, la soliciten en igualdad con la propia mujer.

Queremos ser padres siempre y por supuesto no nos vamos a conformar con el acotamiento del ejercicio de la paternidad que nos quieren imponer, ésta va más allá de cambiar pañales y dar el biberón.

---

## 5.

# *El padre y su círculo afectivo*

### 5.1

### EXPOSICIÓN

El padre no vive solo en este mundo, y mantiene a pesar de su separación un círculo afectivo, en contacto directo con la mujer como persona, madres-abuelas, hijas-hermanas, hermanas-tías, sobrinas-primas y por qué no decirlo compañeras y amigas ¡alontan de entrañables e inolvidables recuerdos, amor y ánimo nuestra vida.

Cuando se yugula la relación padres/hijos-as, cuando se dificulta o impide ésta, no sólo se maltrata al padre, también se maltrata a todas estas mujeres, por lo tanto, ¡queremos oír aquí (en este foro de la mujer) reivindicaciones para ellas!, reivindicaciones en plural y no tanta reivindicación absolutista y en singular para la mujer en su papel de madre.

No sé si vosotras en las conclusiones de estas jornadas lo haréis, nosotros no queremos dejar pasar la oportunidad de expresar nuestro reconocimiento más profundo e íntimo a todas ellas.

¡Gracias mujer! ¡Eskerrik asko emakume!

## 6.

# *Consejos u órganos de mediación*

### 6.1

### OPINIÓN

Tiene la mediación un difícil y lento camino, pero a la vez esperanzador, los mensajes feministas, en decadencia, pues no se soportan sobre la necesidad de igualdad entre las personas, sino aspiran a una situación de matriarcado, han entrado en fase terminal.

Pesa sobre la mediación la coartada que ofrece la Ley en su aplicación, sesgada a favor de la mujer. Según datos de Emakunde:

- a) Desde 1981 se han producido 750.000 separaciones/divorcios
- b) Más del 90%, exactamente el 93%, según nuestros datos, la custodia es para la madre, si de manera intrínseca esto le garantiza:
  - La vivencia conyugal.
  - Una pensión compensatoria "vitalicia".
  - Pensión alimenticia para los/as hijos/as.
  - Ayudas institucionales a las que el hombre en la misma situación no puede acceder, (discriminación positiva en empleo, etc.).

Hagamos una seria reflexión/valoración sobre el ánimo de la mujer/madre ante la mediación. Hay que afirmar, por lo tanto, que la mayor rémora para la mediación es la propia Ley, sobre todo por una aplicación anacrónica y sesgada.