

La mediación en los procesos de separación y/o divorcio

Antonio COY FERRER
Juzgados de Familia de Sevilla

Resumen

En una serie de ciudades de nuestra geografía existen desde hace años Juzgados de Familia que se ocupan, con carácter exclusivo, de las cuestiones relacionadas con el Derecho de Familia. Dada la corta experiencia que tenemos en relación con la problemática que generan la separación y el divorcio, este artículo pretende despertar el interés de los profesionales en la búsqueda de alternativas a los procedimientos litigiosos. Es un campo de trabajo para el psicólogo en el que, en España, está casi todo por hacer.

En noviembre de 1983, como experiencia piloto, el Ministerio de Justicia, a instancias del Consejo General del Poder Judicial, adscribió a los 19 Juzgados de Familia que en aquel momento había en España, 19 equipos compuestos por un psicólogo y un asistente social para asesorar a los Jueces de Familia en los casos en los que éstos lo creyeran conveniente. Como en relación con este aspecto de la cuestión hay algunos trabajos publicados en castellano (ver como ejemplo a Ibáñez Valverde y otros, 1987), me centraré en el tema que hoy me interesa más y que contribuye al título del artículo: La mediación.

La investigación en los países en los que el divorcio es una institución con larga tradición, pone de manifiesto con claridad meridiana que el procedimiento litigioso no sólo no es el más adecuado para resolver los problemas que se originan con la separación y el divorcio, sino que más bien parece el menos adecuado. De esta manera, en 1984, el equivalente USA de nuestro Ministerio de Justicia creó un comité *ad hoc* para que buscara y propusiera soluciones alternativas a tales procedimientos litigiosos ya que, desde algunos años antes, diversos estamentos sociales ya lo estaban investigando, pidiendo que se investigara y poniéndolos en práctica. De hecho, concretamente en el estado de California, ya que se había legislado en relación con esos procedimientos.

El citado comité partía de una serie de supuestos (derivados de la investigación) entre los que parece importante citar los siguientes: a) debe haber algo distinto a los juzgados para resolver los conflictos; b) por

el solo hecho de que se busquen salidas fuera de los juzgados, esos mecanismos de resolución de problemas, seguramente, serán menos caros, más rápidos, menos intimidatorios, se centrarán más en las preocupaciones de los interesados y, en consecuencia, será más probable que aporten soluciones para los problemas subyacentes; c) es posible que, por estas razones, dispensen una mejor justicia y, sobre todo, que permitan a los interesados mantener el control, sin poner ese problema en manos de abogados y jueces, ni de inscribirlo en las complicaciones del sistema legal (*National Institute for Dispute Resolution*, 1984).

Ya en la década de los 60, en la sociedad estadounidense, se había producido un florecimiento del interés por encontrar procedimientos alternativos para la resolución de los conflictos, extendiéndose ese interés a la resolución de los conflictos familiares por procedimientos no litigiosos.

Como ejemplo más significativo, entre otros muchos que no cito en aras de la brevedad, está la *Association of Family and Conciliation Courts*. Fundada en 1963 para promover la conciliación familiar en conexión con los juzgados, empezó a promocionar el uso de la mediación como una alternativa válida a los procedimientos litigiosos en los asuntos de familia.

De hecho, en la actualidad, ya hay una serie de estados en E.E.U.U. (y en Europa ocurre algo parecido en algunos países) en los que es obligatorio pasar por un *Servicio Público de Mediación*, antes de ir a un procedimiento contencioso de separación o divorcio.

Definiciones y propósitos de la mediación

La mediación como un enfoque de cooperación en la solución de problemas

Dado que a pesar de su larga historia es un campo relativamente nuevo, no hay una definición única y comprensiva. Por ello, vamos a dar varias definiciones de diferentes autores que, actualmente, están considerados como los más representativos de esta tendencia.

Folberg y Taylor (1984) la definen así: En el contexto de la separación/divorcio, la mediación se define como un proceso no-terapéutico por medio del cual las partes, con la asistencia de una persona(s) neutral(es), intentan aislar de forma sistemática los puntos de acuerdo y desacuerdo, exploran alternativas y consideran compromisos con el propósito de alcanzar un acuerdo consensuado sobre los distintos aspectos de su separación o divorcio. La mediación es un proceso de resolución y manejo del conflicto que devuelve a las partes la responsabilidad de tomar sus propias decisiones en relación con sus vidas.

Pearson y Thoennes (1984) la definen de la siguiente forma: La mediación es un proceso participatorio y consensual en el que un tercero –el mediador– anima a los que están en disputa a encontrar una base de acuerdo, ayudándoles a identificar los temas, reducir los malos entendidos, desahogar las emociones, clarificar prioridades, encontrar puntos de acuerdo, explorar nuevas áreas de compromiso y, por último, negociar un acuerdo. La mediación pone el énfasis en la carencia de aspectos formales, en la comunicación abierta y directa, en el reforzamiento de los vínculos positivos y la evitación de los reproches y culpabilidades.

Saposnek (1983), en lugar de dar una definición propiamente dicha, pone de relieve una serie de puntos en favor de la mediación. Empieza diciendo que es un enfoque alternativo para resolver las disputas sobre la custodia de una forma que es mucho más congruente con lo que actualmente sabemos sobre las necesidades y la evolución psicológicas de los niños del divorcio. En contraste con el enfoque contencioso, la mediación es un método de resolución de problemas cooperativo. En lugar de enfrentar a uno de los progenitores contra el otro, anima a ambos a resolver su problema común, forma en la que se puede conseguir que el tiempo que los hijos compartan con cada uno de ellos transcurra de la mejor manera posible. Los puntos que él pone de relieve son los siguientes:

1. *La Comunicación:* un proceso cooperativo se caracteriza por una comunicación abierta y honesta sobre la información de importancia entre los participantes en lo relativo a los hijos. Cada uno de ellos está interesado en informar y ser informado.

2. *Percepción:* un proceso cooperativo tiende a aumentar la sensibilidad hacia las semejanzas e intereses

comunes al mismo tiempo minimiza la aparición de diferencias. Estimula la convergencia y anuencia sobre creencias y valores.

3. *Actitudes mutuas:* un proceso cooperativo conduce a una actitud amistosa, confiada, e incrementa la voluntad de responder en actitud de ayuda a las necesidades y requerimientos del otro.

4. *Orientación hacia la tarea:* un proceso cooperativo permite a los participantes enfocar el problema común de forma que puedan utilizar las aptitudes especiales de cada uno de ellos y les permita sustituirse el uno al otro en el trabajo común –los hijos– a fin de evitar o reducir la duplicación de esfuerzos. La intensificación del poder y los recursos mutuos llega a ser un objetivo común. Conduce a la definición de los intereses en conflicto como un problema común que se ha de resolver por medio de un esfuerzo colaborador. Facilita el reconocimiento de la legitimidad de los intereses de uno y otro y de la necesidad de buscar una solución que responda a las necesidades de todos. Tiende a limitar, más que a aumentar, la amplitud de los intereses conflictivos. Intenta influir en el otro para que tienda a limitarse a utilizar procedimientos de persuasión.

Esas definiciones y características nos indican claramente lo que es la mediación y que el mediador no tiene sólo un cliente, puesto que todos los participantes deben ser atendidos y satisfechos por el mediador, no como un abogado o un terapeuta, sino como un facilitador.

La mediación es cada vez más popular como medio para resolver asuntos de divorcio y separación. Es más rápido y barato que un proceso en el juzgado y ayuda a reducir la hostilidad y la aspereza generadas por el sistema contencioso. La mediación alienta a ambas partes a resolver los asuntos, más que a dejar que sea el juez el que decida por ellos. El procedimiento contencioso se fija en el pasado y alienta la competición. La mediación se centra en el futuro y alienta la cooperación.

La mediación ayuda a los padres a concentrarse en las necesidades de sus hijos para alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio. La separación y el divorcio son periodos llenos de tensión. Ayuda a los padres a echar un vistazo a algunas de sus propias actitudes y comportamientos que son perjudiciales para los niños, tales como pensar en los hijos como «míos» en lugar de «nuestros», mantenerlos alejados del otro padre para castigarlos, usarlos para conseguir una mejor situación económica, controlar el tiempo que pasan con el otro progenitor, no verlos regularmente, discutir o pelearse delante de ellos, pedirles que elijan o que digan con quién quieren vivir, continuar sacando a relucir el pasado, etc.

Algunos padres creen que el juzgado puede solucionar sus problemas en cuanto a los niños, cuando esto rara vez es verdad. En lugar de ello, el litigio suele conducir a más litigio, especialmente cuando los padres no están satisfechos con la decisión del juez. Intentan conseguir que

el juez resuelva sus conflictos, sin darse cuenta de que el juzgado no es el sitio adecuado para resolver esta clase de problemas.

Algunos padres piensan que pueden ganar el juicio, pero a menos que los hijos terminen con dos padres comprometidos, todos pierden. Los niños necesitan dos padres que quieran cooperar, trabajar juntos para criarlos y compartir el tiempo y la responsabilidad de su cuidado. Dicho de otra forma, los padres que se divorcian se enfrentan a una elección bien simple: permanecer como perfectos extraños dentro del sistema contencioso, que declarará a uno de los progenitores el *vencedor* y dictará a ambos los detalles de la custodia; o crear un *acuerdo de custodia* diseñado por ellos mismos y que toma en consideración tanto las necesidades de sus hijos, como las suyas propias.

Supuestos al comienzo de la mediación

Según Saposnek (1983) se debe partir de los siguientes supuestos que, además, se deben explicitar a los padres, con el fin de conseguir los objetivos que nos proponemos:

1. Hay que asumir que se desprecian y odian mutuamente, incluso hasta la muerte. El objetivo es que uno u otro, o los dos, digan algo parecido a: «Bueno, tampoco es para tanto», o alguna expresión similar, que pueda facilitar una posterior cooperación.

2. La práctica y la experiencia demuestran que la gente se puede odiar uno al otro como esposos, pero que, a pesar de ello, pueden cooperar como padres para tomar decisiones importantes relacionadas con sus hijos. Deben conseguir separar la relación que, como padres, comparten, de la relación como ex-esposos. Por tanto, siguiendo todavía a Saposnek, vamos a dar por supuesto que los dos aman a sus hijos por igual.

3. También se ha de asumir que sus hijos les quieren y necesitan a los dos. Es importante conseguir que los padres se convenzan de que los hijos necesitan mantener el contacto con los dos, con su padre y su madre.

4. Es importante que uno y otro acepten con grandes reservas lo que los hijos dicen sobre el otro progenitor, ya que ello es una estrategia muy usada por los niños para controlar a sus padres y conseguir enfrenarlos, para que éstos no los controlen a ellos.

5. Las diferencias individuales entre los hijos son importantes y, por tanto, se ha de considerar a cada hijo por separado.

6. Se ha de partir de la base de la flexibilidad. Conforme el tiempo pasa los niños crecen y sus necesidades cambian.

7. Ninguno de los dos posee a sus hijos. Por tanto conviene no hablar de «custodia», etc., sino de «compartir el tiempo con los hijos», «estar con los niños», etc.

Una vez planteados esos presupuestos conviene terminar esta fase estableciendo las reglas básicas, para pasar

a las negociaciones. Las siguientes constituyen los dos grupos de formulaciones verbales esenciales que son necesarias exponer (Saposnek, 1983):

1^a) Tenemos que partir del hecho de que el pasado no nos interesa porque no nos va a ser útil. Como todos sabemos, el pasado no lo podemos cambiar, y hablar de él sólo nos conduce a peleas y discusiones. (Antes de continuar debemos obtener la aceptación explícita de este hecho de los progenitores). Como lo que nos interesa es el futuro, fijaremos la atención en lo que sus hijos van a necesitar a partir de ahora y en la forma en que cada uno de Vds. puede contribuir a la satisfacción de esas necesidades. Si necesito información del pasado, la pediré, pero salvo esas excepciones nos centraremos en planificar el futuro.

2^a) Sabemos que hablar en segunda persona (tú eres esto, o lo otro o lo de más allá... etc.) lleva implícito un tono acusatorio y, por tanto, lo único que se consigue con ello es que la gente se ponga a la defensiva. En consecuencia, hálbense el uno al otro por medio de mensajes en primera persona del singular, mensajes como: yo quiero..., necesito esto y aquello... me enfado cuando me pasa esto y lo otro..., etc. Es decir, que, para avanzar en nuestras negociaciones con mayor facilidad, hablen por sí mismos y de sí mismos.

Una vez expuestos estos dos tipos de formulaciones básicas, el mediador está preparado para empezar con la primera fase del proceso de mediación real.

Fines de la mediación

Para estimular a los padres a que establezcan una relación más cooperativa, menos agresiva (y finalmente, de ese modo, una vida tranquila y realizada para sus hijos) Bienenfeld (1983) ha establecido los siguientes fines generales para las sesiones de aconsejamiento y negociación:

1. Proporcionar un marco seguro en el que los padres puedan discutir y resolver sus asuntos y diferencias.

2. Estructurar las entrevistas de tal manera que todos los presentes tengan una oportunidad de hablar y ser escuchados y que el tiempo disponible se pueda utilizar de la mejor manera posible.

3. Ayudar a los padres a separar los papeles conyugales de los papeles que representan como padres, de modo que puedan centrarse en las necesidades de sus hijos.

4. Ayudar a los padres a centrarse en el presente en lugar de en el pasado.

5. Alentar a los padres a resolver, y cooperar amigablemente, en el tema de los hijos.

6. Estimular la auto-determinación.

7. Alentar a que se produzcan contactos suficientes, frecuentes y con regularidad, entre los niños mismos y entre éstos y los padres.

8. Estimular la comunicación abierta y directa entre los padres acerca de los hijos.

9. Estimular una red familiar secundaria, cooperativa para los niños, que incluya a ambos padres, padrastros, abuelos y demás familia.

10. Estimular a los padres para que elaboren un plan de custodia consecuente con las necesidades de sus hijos.

11. Alentar a los padres para que introduzcan los cambios que el paso del tiempo aconseje.

12. Remitir a las familias a centros de consejo, cuando sea necesario.

Papeles y funciones del mediador

Los podríamos resumir en los siguientes puntos:

1. Abrir canales de comunicación que faciliten una mejor comunicación, si las partes ya han empezado las conversaciones.

2. Puede ser el legitimador que ayude a todas las partes a reconocer el derecho de otros a tomar parte en las negociaciones.

3. Facilitador del proceso que proporciona un procedimiento y, con frecuencia, es el que dirige la sesión de negociación.

4. Es el «entrenador» que enseña a las personas no entrenadas, durante el proceso de negociación.

5. Ampliador de recursos: proporciona ayuda a las partes, durante el procedimiento, y, en caso necesario, les pone en contacto, sirviendo de coordinador, con otros expertos y recursos, tales como abogados, psicólogos, etc.

6. Explora el problema, lo que permite a los participantes examinar un problema, o los que surjan, desde distintos puntos de vista, les ayuda en la definición de los temas e intereses básicos y busca opciones satisfactorias para todos.

7. Agente de la realidad: ayuda a construir un acuerdo razonable y posible de poner en marcha y cuestiona y baja los humos a las partes que plantean objetivos extremistas y no realistas.

8. Puede ser el chivo expiatorio que acepta parte de la responsabilidad, o culpa, en relación con una decisión impopular, que las partes, a pesar de todo, están dispuestas a aceptar, lo cual les permite mantener su autoimagen, su «honrilla».

Fases de la mediación

1. Recogida de información en la primera sesión:

Esta recogida de información se debería acercar lo más posible a lo que podríamos calificar como una historia de la pareja, desde que se conocieron hasta el momento actual, tratando el mediador por todos los medios a su alcance de que salgan a relucir los aspectos positivos, con

el fin de que el clima, en lugar de hostil, se transforme en cooperativo.

Por otro lado puede servir para que la pareja exprese los medios por los que, en el pasado, han afrontado y resuelto los problemas comunes. Ello puede ayudar como predictor de sus potencialidades de cooperación, así como punto de referencia sobre el que volver en el caso de que se vuelva a plantear una situación de hostilidad.

Aquí también se deben incluir preguntas relacionadas con *quién, cómo y por qué*, tomó la decisión de la separación. Igualmente preguntas sobre los hijos, pidiéndoles descripciones breves de los mismos, etc.

2. Descripción de las opciones:

Entre la primera y la segunda entrevistas debería transcurrir, aproximadamente, una semana, para darles tiempo a pensar sobre lo que ha surgido a lo largo de esa entrevista y darle al mediador para estudiar los datos de que disponga.

Las opciones que el mediador planteará en la segunda entrevista, estarán basadas en la información global de que pueda disponer sobre las necesidades, preferencias y grados de tolerancia de cada uno de los padres y sus hijos. Aquí se deberían explorar las posibilidades de custodia conjunta, a fin de ver si es uno de los puntos que se puede, o debe, tener en cuenta.

También en esta fase será conveniente entrevistar a los hijos individualmente. Incluso, según lo que vaya saliendo a la luz, puede ser conveniente mantener una entrevista o reunión conjunta con los hijos, de éstos con cada uno de los progenitores y, finalmente, de toda la familia en conjunto.

Después de esto, que puede ocupar dos o tres sesiones de trabajo, el mediador estará en condiciones de pedir a los padres que cada uno de ellos haga sus propuestas concretas de *plan de reorganización de la familia* para, a continuación, entre todos, pasar a buscar la mejor de las posibles soluciones.

3. La fase final consistirá en darle forma a ese *plan de reorganización de la familia* para, una vez dados los últimos retoques, pasar a la redacción definitiva del acuerdo.

En el mismo acuerdo se deberían reflejar todos los puntos relacionados con las cuestiones económico-financieras y las respectivas aportaciones económicas, tanto en efectivo como de cualquier otro tipo que cada progenitor se haya comprometido a aportar.

Ventajas de la mediación

1. La familia en crisis se reestructuraría de forma que pudiera avanzar, aprendiendo a comunicarse y a manejar los conflictos.

2. La familia seguiría manteniendo el control sobre las consecuencias de sus actuaciones, en lugar de ceder el poder sobre la toma de decisiones al abogado o al juez.

3. Ayudaría a construir relaciones en lugar de destruirlas.

4. Menor coste desde el punto de vista de la salud mental: tanto los adultos como los niños asumirían mejor el proceso.

5. Menor costo económico.

6. Ayudaría a evitar la discriminación que actualmente sufren las mujeres y sus hijos. En la actualidad, en E.E.U.U., (no tenemos datos referidos a España), las mujeres divorciadas y sus hijos sufren una disminución de un 73% en su nivel de vida, mientras que ex-maridos (y padres de esos niños) disfrutan de un aumento del 42% en el suyo (Weitzman, 1985).

Conclusión

En relación con todo lo expuesto parece importante resaltar dos tipos de conclusiones. Por un lado las que podríamos calificar como de orden psicológico y, por otro, las de orden político-legislativo.

a) *De orden psicológico: Reestructuración de la familia*, que conllevaría:

1. Preservar y potenciar las relaciones entre los distintos miembros, facilitando el acceso de padres a hijos y de hijos a padres. Es decir, se debería fomentar y propiciar la utilización de métodos alternativos a los procedimientos contenciosos en todo lo relacionado con el Derecho de Familia. Habría que tender a que la justicia se abriera paso fuera de los juzgados.

2. Ayudar a preservar el mejor interés de los menores.

3. La mediación parece un medio perfectamente idóneo (y mejor que los que se utilizan habitualmente) para conseguir esos objetivos.

b) *De orden político-legislativo:*

1. Se deberían (deberíamos) crear asociaciones interdisciplinarias (jueces, abogados, fiscales, psicólogos, asistentes sociales, etc.) que tuvieran la suficiente fuerza como para promover la necesaria legislación, encaminada a posibilitar esos métodos alternativos para la resolución de los problemas relacionados con el Derecho de Familia.

2. Se debería abordar seriamente por parte de las Facultades de Psicología, así como por los Colegios Profesionales, la instauración de cursos para postgraduados que nos formaran en un campo que, como el que nos ocupa, ha de ir teniendo mayor importancia para la sociedad.

Referencias

- Association of Family & Conciliation Courts (1984). *Guidelines for Establishing Court Connected Family Conciliation and Mediation Services*. Beverly Hills: Association of Family & Conciliation Courts.
- Bienenfeld, F. (1983). *Child Custody Mediation*. Palo Alto: Science and Behavior Books.
- Coogler, O.J. (1978). *Structured Mediation in Divorce Settlement*. Lexington: Lexington Book.
- Coy, A. (1985). Algunas consideraciones sobre el trabajo de los psicólogos en los juzgados de familia y propuesta de un modelo de intervención. Comunicación presentada al III Congreso Nacional de A.E.T.C.O. Gijón, Noviembre.
- Coy, A., Benito, F. & Martín Corral, S. (1986). Divorcio: ¿justicia sin juzgados? *Revista Jurídica Región de Murcia*, 3, 86-101.
- Coy, A. Benito, F., & Martín Corral, S. (1987). Los peritajes judiciales en el ámbito de los juzgados de familia. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Elche*, 6, 21-36.
- Davidson, R., & Horowitz, A. (Eds.) (1982). *Alternative Means of Family Dispute Resolution*. Washington, DC: American Bar Association.
- Dinkmeyer, D., McKay, G.D., & McKay, J.L. (1987). *New Beginnings*. Champaign: Research Press.
- Emery, R.E. (1988). *Marriage, Divorce and Children's Adjustment*. Newbury Park: Sage Publications.
- Folberg, J., & Taylor, A. (1984). *Mediation*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Folberg, J., & Milne, A. (Eds.) (1988). *Divorce Mediation. Theory and Practice*. Nueva York: The Guilford Press.
- Gardner, R.A. (1982). *Family Evaluation in Child Custody Litigation*. Cresskill: Creative Therapeutics.
- Ibáñez, V., Alameda, I., González, B., Jiménez, V., Lillo, J., López, M.L., De Luis, P., & Salcedo, C. (1987). Dossier de Psicología Jurídica. *Psicólogos: Papeles del Colegio*, 5 (nº 30).
- Ihinger-Tallman, M., & Pasley, K. (1987). *Remarriage*. Newbury Park: Sage Publications.
- Irving, H.H., & Benjamin, M. (1987). *Family Mediation*. Toronto: Carswell.
- National Institute for Dispute Resolution (1984). *Paths to Justice: Major Public Policy Issues of Dispute Resolution*. Washington, DC: US Department of Justice.
- Pearson, J., & Thoennes, N. (1984). *Final Report of the Divorce Mediation Research Project*. Washington, DC: US Department of Health and Human Services.
- Saposnek, D.T. (1983). *Mediating Child Custody Disputes*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Weitzman, L.J. (1985). *The Divorce Revolution*. Nueva York: The Free Press, 1985.