

La aprobación judicial de los acuerdos en la mediación familiar

Pascual ORTUÑO MUÑOZ

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

Resumen

Se discuten en este artículo los diversos factores a considerar ante la homologación judicial de los acuerdos logrados tras un proceso de mediación familiar. El matrimonio es una institución privada sujeta a una regulación legal. La tensión entre la autorregulación y la intervención social en el estatuto de la familia se evidencia en situaciones de crisis. La alternativa de la mediación ofrece una nueva metodología de afrontamiento de las consecuencias derivadas de esa crisis. Su correcto ejercicio requiere una definición precisa del papel que corresponde a los profesionales de la mediación, a los abogados de la pareja y al juez. Éste, al ratificar los acuerdos, debe velar por su legalidad respecto al estatuto de la persona y de la familia (personalidad, estado civil, relaciones de filiación y cobertura de las necesidades materiales), garantizando los derechos fundamentales de la persona.

Palabras clave: mediación familiar, acuerdo, proceso legal, ratificación judicial, derecho.

Abstract

This article discusses various factors that should be considered in the judicial supervision of the agreements reached in a family mediation process. Marriage is a private institution subject to legal regulation. The tension between self-regulation and social intervention in this case is most evident in situations of crisis. The alternative of mediation offers a new methodology for facing the consequences of the crisis. Its correct application requires a precise definition of the roles of the

Datos del autor: Antes de su incorporación a la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sala especializada en derecho de familia, fue, entre 1991 y 1997, juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Barcelona. Durante ese tiempo se llevó a cabo en dicho juzgado la primera experiencia piloto en España sobre mediación familiar durante cinco años, participando en la misma el gabinete psicosocial adscrito al mismo, integrado por el psicólogo Ignacio Bolaños y la trabajadora social María Ángeles Menéndez. La experiencia ha sido recogida en los artículos "El dictamen de especialistas del art. 92 del Código Civil y la mediación" (publicado en *Poder Judicial*, Revista del CGPJ, nº 37, pág. 193, en marzo de 1992) y "La mediación familiar, un reto para los juzgados de familia" (publicado en la *Revista de Derecho de Familia*. Valladolid, Editorial. Lex Nova, abril de 2000).

practitioners responsible for the mediation, the couple's lawyers and the judge. The judge, when he/she approves the agreements, must review their legality relative to the personal and family statutes (personality, civil status, filiation and material needs), guaranteeing fundamental rights of the persons involved.

Keywords: family mediation, agreement, legal procedures, judicial approval, law.

Autorregulación e intervención social en el estatuto de la familia

Es ya un lugar común, que nadie cuestiona, que los conflictos de familia deben ser abordados directa y primordialmente por los propios interesados y que la autorregulación de las medidas consecuentes con la crisis del matrimonio es la finalidad última de toda negociación en este ámbito⁽¹⁾. Sin embargo, esta afirmación, que es compartida por juristas, psicólogos y analistas de las relaciones sociales, está en contradicción con las competencias que desde los ámbitos profesionales referidos se reclaman. El psicólogo propugna que la salida de toda ruptura de una relación de pareja sea asistida por una intervención profesional que aporte los elementos de ayuda necesarios para superar los problemas conductuales típicos de estas situaciones. Desde la sociología se destacan los condicionamientos que se imponen a los individuos desde los grupos sociales que vertebran la sociedad como la

familia extensa, las comunidades religiosas o políticas. El jurista insiste en la necesidad de que se preste asesoramiento jurídico a cada cónyuge para que sus derechos individuales queden suficientemente garantizados. El pedagogo reclama también su intervención, en especial en los casos en los que existen hijos. La metodología que justifica la implantación de la mediación familiar tiene su fundamento en la necesidad de que intervenga en el conflicto un profesional que domine las técnicas de comunicación y negociación, para asegurar que las partes alcancen un buen acuerdo. Finalmente el legislador impone, por una parte, la intervención del ministerio fiscal en nombre del estado en materias de estado civil y condiciones de vida de las personas menores de edad o incapacitadas y, por otra, la necesidad de aprobación judicial de los acuerdos como condición necesaria para que los mismos tengan validez jurídica, esencialmente en las materias denominadas *de orden público*, o derecho no dispositivo⁽²⁾. En el resto

1. La *Recomendación n.º 1/1998* del Comité de Ministros del Consejo de Europa (publicada en Estrasburgo, en el DIR/JUR, 98, 4, de 5 de febrero de 1998) sobre la implantación de la mediación familiar en Europa, fundamenta la necesidad del arreglo amigable de los conflictos en este campo en su artículo 5º, en las características de este tipo de litigios: el hecho de que las personas que participan en el mismo han de continuar manteniendo relaciones interdependientes, el contexto emocional en el que se desarrollan y exacerban las diferencias, así como el fuerte impacto que la separación o el divorcio tienen sobre todos los miembros de la familia, especialmente los niños.

2. El Código de Familia de Cataluña, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña, introduce en su artículo 79.2 la mediación familiar por primera vez en el derecho positivo español. Al definir las características de la misma en la Disposición Adicional Tercera, recoge los principios de confidencialidad absoluta, libertad de las partes para apartarse o desistir del método, demora máxima de tres meses y la necesidad de aprobación judicial de los convenios. En este sentido la legislación comparada exige el mismo requisito, tal como el artículo 14 de la Ley de Mediación Familiar de Francia aprobado por la Ley 8.2.1995, o la sección III de la *Family Law Act* Inglesa de 1996.

de las materias disponibles, la eficacia de los pactos es limitada sin la aprobación u homologación judicial, especialmente en lo referente a la ejecución forzosa de los mismos. La contradicción entre la invocación de la autonomía de la voluntad y la imposición de la intervención de terceros no sólo es aparente, sino que es incluso llamativa.

Es curioso observar, no obstante, que para la ruptura de los compromisos parafamiliares la preocupación no sea tan evidente como se pone de relieve en la nula o insuficiente regulación de las parejas de hecho (Martín Casals, 1999), especialmente en la esfera jurídica, lo que no se explica si la razón última de la intervención de la sociedad en la regulación del matrimonio y de sus crisis se encuentra hoy en la necesidad de garantizar los derechos constitucionales de los individuos, de los menores, así como en la necesidad de garantizar una salida digna y sin sufrimiento de las rupturas de las relaciones de pareja. Lo anterior pone de relieve que, por una parte, la familia es una institución con una larga historia, que ha estado en el centro de la configuración de cada modelo de sociedad habido y que, aun hoy, continúa siendo un referente de primordial importancia para definir los caracteres de muchas naciones y de muchos pueblos. Por esta razón la regulación del matrimonio es considerada por muchos como una materia propia del orden público nacional, pues representa y refunde los valores éticos que caracterizan a determinados grupos sociales. Mas, al mismo tiempo, desde la perspectiva del nuevo humanismo del final del siglo, la preocupación por el individuo, por la salud mental de los ciudadanos y los grupos sociales en los que se integra, la aspiración de mejora de las condiciones de vida personales y colectivas determinan que desde las cien-

cias sociales se contemple la familia, tanto en sus formas tradicionales como en su nueva y moderna dimensión, como objeto de estudio e intervención.

La regulación legal del matrimonio y su crisis

En el campo del derecho, la preocupación se centra en el estatuto jurídico de la relación de pareja como relación social que genera derechos y obligaciones entre los miembros que la integran y, en especial, en tanto que es la sede de la perpetuación de la especie. Los hijos, sus derechos inalienables como individuos dotados de personalidad propia distinta de la de sus progenitores, constituyen la razón del nuevo intervencionismo estatal, enmarcado en una gran corriente internacional que pretende implantar los principios básicos de la Declaración Universal de los derechos del Niño de la ONU (Alegría Borrás, 1993). Mas si la ordenación del reconocimiento de las formas del matrimonio, las reglas sobre el derecho aplicable y la constatación registral de las uniones cuenta con un sólido sistema de tratados internacionales que dotan de un marco jurídico aceptable la ordenación de su constitución, las salidas que se prevén legalmente para los supuestos de fracaso de las uniones, no cuentan con una homogeneidad similar en su tratamiento legal. Las diferentes regulaciones jurídicas que existen son, en determinados puntos, irreconciliables. Buena muestra de ello es que la implantación del divorcio es relativamente reciente en muchos países occidentales; en España data del 1981 y no es reconocido en algunos otros muy próximos, incluso dentro de la propia Unión Europea, como es el caso de Irlanda. En otros contextos culturales per-

sisten instituciones como el repudio o la supremacía del hombre en la vida familiar. La persistencia de la poligamia, la discriminación legal de la mujer y la influencia del integrismo religioso y racial en una gran parte del planeta, dificultan la implantación de determinados derechos fundamentales de la persona que atañen al matrimonio. Por ello, destaca hoy la repercusión social que ha tenido la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la necesidad de implantar la mediación familiar como sistema alternativo al enjuiciamiento contencioso tradicional de las separaciones y los divorcios.

Quienes empezamos a interesarnos por la mediación al inicio de la década de los 90 vemos cómo la idea se ha extendido con una rapidez inesperada. En todos los países de Europa se está trabajando sobre el tema (Winter, 1998). Las experiencias piloto se realizan desde Irlanda hasta Portugal, desde Alemania hasta Italia y, en esta ocasión, España no camina del todo rezagada. En Cataluña se introdujo legalmente la mediación familiar por el Código de Familia de Cataluña en 1998, tras una serie de experiencias realizadas en determinados juzgados de Barcelona y con la euforia del éxito obtenido en la aplicación de la mediación en la justicia juvenil tras la Ley 2/1992. Desde principios del año 2000 se está trabajando en la redacción de leyes o reglamentos que la regulen también en la Comunidad de Valencia y en Galicia y son significativas la oferta y la demanda de cursos, masters y postgrados en muchas facultades y escuelas universitarias del país. Se ha celebrado un congreso interna-

cional de mediación familiar en Barcelona en octubre de 1999 con una masiva asistencia de especialistas y una notable presencia extranjera³. La llegada de la mediación, importada del sistema anglosajón, ha sorprendido un poco a los juristas, por la tendencia a rechazar lo nuevo que es propia de esta ciencia reguladora y gendarme de la conducta social del hombre, y ha despertado entusiasmo en otras profesiones nuevas que se abren a dar cobertura a otras necesidades diferentes y, con mucha frecuencia, conectadas con litigios ante los tribunales.

Derecho público o derecho privado

El profesor Díez Picazo reflexionó ya hace tiempo sobre esta cuestión en su artículo "El negocio jurídico del Derecho de Familia" (Díez Picazo, 1962), al analizar la presencia del principio de autonomía privada en este campo del derecho, que en la definición clásica de Antonio Cicu en los años veinte se adscribía al derecho público, por estar dominado por un interés de esta naturaleza. No sólo se trataba de la vertebración de la sociedad a través de esta institución en el ámbito de la economía, sino también de la política, como fue característica de los sistemas totalitarios. En las Cortes españolas de la dictadura un tercio de los escaños pertenecían al tercio familiar, sobre el principio político de una familia, un voto. Los privilegios de los hijos legítimos sobre los ilegítimos y los naturales requerían que la filiación, en el seno de la familia, estuviese plenamente protegida. Es lógico desde esta perspectiva que el ordenamiento vigente reserve para lo que

3. La documentación de este Congreso Internacional de Mediación Familiar, incluyendo los textos de las conferencias, ponencias y comunicaciones, fue publicado conjuntamente por la editorial Aranzadi y el Centre d'Estudis Jurídics del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya (Barcelona, 1999).

se denomina “derecho necesario”, gran parte de la regulación de la institución, tanto en su constitución como en su desarrollo y extinción, por lo que gran parte de las relaciones jurídicas producen efectos *ex lege* y no *ex voluntate*.

Pero ¿dónde se encuentra el límite de la autonomía privada? Observamos que, mientras la ley enuncia formal y solemnemente que no se podrá transigir sobre cuestiones de estado civil, relaciones de patria potestad o alimentos futuros y sanciona con la nulidad los negocios jurídicos privados que se refieran a estas materias, los artículos 90 y 156 del Código Civil, remiten como criterio preeminente a los acuerdos de las partes y se regula la separación o el divorcio consensual. El contrasentido es todavía más evidente, por cuanto la exigencia de aprobación judicial de tales acuerdos no está sometida al cumplimiento de condición expresa alguna y las únicas referencias que el juez puede encontrar en los textos legales lo son a principios abstractos, como el interés del menor o la evitación de perjuicios. López Burniol (1999) señala que, dada la crisis de la organización económico familiar que ha supuesto la sustitución de la unidad económica “casa” por la “empresa” y la menor interdependencia económica entre los miembros de la familia, es lógico que vayan perdiendo importancia algunas instituciones del derecho de familia.

El juego del principio de igualdad reconocido en las relaciones interconyugales por los artículos 14 y 32 de la Constitución Española, el valor máximo de la dignidad de todas las personas, la libertad ideológica, junto con el pluralismo político, que es fruto del pluralismo social como valor superior del ordenamiento jurídico, determinan que el estado deba dar cabida a diver-

sos modelos de familia, en palabras otra vez del profesor Díez Picazo, a matrimonios de diferente talante, por lo que si puede hablarse hoy de un “orden público familiar”, éste no cubre, tras la Constitución, el mismo terreno que antes abarcaba (Díez Picazo, 1989). El mandato de protección pública, social, económica y jurídica a la familia del artículo 39.1 ha de cumplirse con el respeto al principio de defensa de la intimidad familiar del artículo 18, como elemento básico del sistema.

La necesidad de dar contenido real a estos principios debe estar presente en toda actuación jurisdiccional de homologación de acuerdos entre los miembros de una pareja. La definición de lo conveniente, del interés del menor, de lo lícito y lo ilícito, de lo que debe ser aprobado o debe ser rechazado no puede contar con otra base que los principios constitucionales y la defensa de los derechos civiles de los ciudadanos. Las facultades discrecionales que la ley otorga al juez no son una referencia al modelo ni al orden de valores personal de un determinado tribunal, sino a una determinada racionalidad extraída de la necesidad de garantizar a todas las personas el ejercicio de sus propios derechos y sus propias y legítimas opciones.

La referencia a lo multidisciplinar

Las profesiones jurídicas tradicionales ante una nueva metodología

La crisis de la relación de pareja es un fenómeno complejo. Se habla de múltiples niveles en el divorcio: el afectivo o emocional, el social, el económico, el sexual, el jurídico (Kaslow, 1983). También de diversas esferas: la personal, la de la pareja, la de los hijos, la de la familia extensa, las

nuevas relaciones... La combinación de unos y otros factores presenta una problemática variada que, desde luego, no puede ser contemplada parcialmente sin el riesgo de no abordarla acertadamente, como ha puesto de relieve la insuficiencia de la metodología del enjuiciamiento civil de estos conflictos. El tratamiento pruridisciplinar es el objetivo que debe alcanzarse, pero es difícil enlazar la actividad de viejas y nuevas profesiones, de profesionales de muy diversa formación y tendencias, incluso dentro de una misma disciplina. Se propugna la idea de equipos mixtos, pero la ubicación primordial de los mismos en el ámbito del ejercicio de la abogacía, de la terapia familiar, del ámbito educacional o de la asistencia social presenta ya las primeras discrepancias.

Los requisitos para el ejercicio de la mediación familiar, como profesión, han levantado las primeras trincheras entre las diversas profesiones llamadas, por principio, a colaborar entre sí. Se propugna por una parte la implantación de la mediación intrajudicial, en sede de los propios tribunales de justicia, pero también la mediación privada, prejudicial, en sede de despachos de abogados especializados, de estudios de psicólogos, de centros y clínicas de salud, de departamentos municipales de asistencia social o de instituciones públicas, como las que recogen los anteproyectos de ley de la comunicad de Valencia, de Cataluña, o de Galicia. Se discute si ha de ser una actividad pública o privada. La figura del abogado o, incluso, del juez mediador es defendida y practicada (Cárdenas, 1992). Da la impresión de que el desconcierto es la tónica general en esta fase de desarrollo del sistema y es que, en realidad, la implantación de un método sin la definición previa de su contenido genera

estas contradicciones que, sin duda alguna, están despertando el interés de diversos sectores científicos, de lo que va a depender la opción por uno de los modelos que ya están implantados en otros países.

En una primera aproximación, después de analizar la experiencia piloto llevada a cabo durante algunos años en el juzgado nº 14 de Barcelona junto al equipo psicosocial del mismo, después de haber asistido a los debates que se siguen en los múltiples y diferentes cursos de formación que se están llevando a la práctica y de haber intercambiado opiniones con los actuales actores de un buen número de experiencias de implantación de la mediación que se están propiciando en la mayor parte de los países de Europa, en Latinoamérica y en Estados Unidos, la conclusión que se obtiene es que existe una falta de comprensión de los papeles que cada una de estas profesiones ha de jugar en el tratamiento multidisciplinar de la crisis de la pareja, que es necesario clarificar. Yo sólo me considero capaz de realizar un modesto análisis desde una perspectiva jurídica, por lo que las reflexiones que siguen se centran en el papel que se debe desempeñar desde las profesiones jurídicas.

El papel del mediador

El mediador no es un árbitro pues no ha de decidir, ni es un asesor ya que no debe aconsejar, ni es un conciliador (puesto que en el origen de la mediación se desechó este término por su concomitancia con la "reconciliación"), ni es un terapeuta familiar. Su intervención en el conflicto es indirecta, no puede participar con su opinión en la búsqueda de los acuerdos, pues sería otorgarle un poder que pugna con la función que le es propia, la de res-

taurar el diálogo entre los propios interesados (Ripol Millet, 1999). Tampoco es un asesor del juez ni un perito, pues si se le dota de la capacidad de informar al juez de los pormenores de las conversaciones y de la pugna subyacente, la comunicación que debe propiciar entre las partes no sería sincera. Tampoco puede ser un fedatario ya que su actuación está sujeta a la regla de la más estricta confidencialidad. Debe abstenerse incluso de participar en la redacción de los acuerdos en el sentido legal, que es el papel que corresponde a los abogados. No es ni siquiera un testigo, debe permanecer como extranjero, desarmado en medio de los contendientes, como aconseja Yves Cumunel (1999): "*À chacun son rôle en médiation judiciaire*". Tampoco puede intervenir como abogado, éste es un auxiliar de la justicia que desempeña otra función, pues garantiza con el juez la aplicación de la ley y el asesoramiento jurídico y la defensa de su cliente. Las líneas de la intervención del mediador deben partir del reconocimiento profundo de la legitimidad de todas las posiciones, de todas las opciones, pues únicamente así podrá intentar que cada parte comprenda el punto de vista de la otra, para lo que debe saber escuchar, inspirar confianza y encontrar un nivel de comunicación común entre las partes, que les permita encontrar la solución por sí mismas.

El papel del abogado

Con frecuencia se dice que los abogados han hecho siempre mediación y, parcialmente es cierto, aun cuando en el sentido legal de su intervención el abogado es, esencialmente, el consejero legal de su cliente y su papel empieza antes de la mediación y continúa después de que ésta

haya tenido lugar, con acuerdo o sin él. Cuando el abogado aconseja a su cliente que participe en un proceso de mediación, necesita cambiar los instrumentos que habitualmente emplea en el litigio contencioso y dejar en suspenso las estrategias que conducen a intentar ganar el pleito aun a costa de hundir al contrario, para pasar a ser el confidente de su cliente, la persona que le ayuda en la sombra a formular mejor sus argumentos, a tener confianza en su posición, a concretar las peticiones que podrán ser aceptadas por la otra parte y a diseñar incluso las estrategias de la negociación. El cambio de los objetivos es radical, puesto que el interés se centrará a partir de ahora en la búsqueda de una solución razonable, aun cuando su papel profesional será el de advertir de los riesgos y analizar las consecuencias de cada propuesta para que su cliente esté perfectamente asesorado y la decisión sea enteramente libre y consciente. Se ha dicho que el abogado de cada parte debe encarnar el principio de desconfianza general y del rigor en la aplicación de la ley como máxima garantía de los derechos de los ciudadanos, para que no se vean sorprendidos por la ingenuidad o el exceso de buena fe, y ésta perspectiva va a ser muy útil y necesaria para su cliente, cuando esté participando en un proceso de mediación.

Es también labor del abogado cumplir la función esencial de vigilar que el mediador no se arrogue competencias que no posee y no se aparte de su función, convirtiéndose en un árbitro, en un conciliador o en usurpador de las funciones del terapeuta, del psicólogo o del mismo abogado. En este sentido encuentro plenamente justificada la posición que han mostrado hacia la mediación un significativo sector de la abogacía especializada en derecho de fa-

milia, prestigiosos profesionales y grandes conciliadores, por otra parte, pues no hay que olvidar que la convicción de que el *método adversarial* no es el sistema idóneo para la resolución de los conflictos de familia y, en general, de todos aquéllos en los que las partes han de seguir manteniendo relaciones interpersonales, se alcanza a través de la experiencia empírica antes que por la reflexión teórica, y aquí los abogados han sido quienes primero comprendieron la necesidad de cambiar de método, y efectivamente lo llevaron a la práctica, como pone de relieve que el número de separaciones consensuadas que se plantean ante los tribunales haya crecido tan espectacularmente en los últimos años y que reiteradamente ha puesto de relieve el presidente de la Asociación Española de Abogados de familia (Zarraluqui Sánchez Eznarriaga, 1999). Ha de tenerse en cuenta -también es un lugar común- que no existe propiamente la mediación, sino que hay que hablar de mediadores buenos, malos o regulares, con buena preparación técnica o meramente aficionados, con capacidades naturales y aprendidas de comunicación interpersonal o meros charlatanes, con sentido de la responsabilidad de la función que realizan u oportunistas de toda suerte y condición. Es frecuente que las profesiones nuevas que empiezan a tener una cierta implantación social, sean tomadas al abordaje por personas sin escrúpulos, tanto a nivel de la práctica profesional como de la cobertura oportunista de la demanda de enseñanza, principalmente si no existe una regulación coherente del ejercicio de la profesión ni de la función que ha de desempeñar y se importan anárquicamente y sin un sopesado análisis experiencias del extranjero mal comprendidas y deficientemente asimiladas. En este senti-

do las ofertas que han proliferado de servicios de mediación familiar de forma conjunta con servicios de asesoría jurídica, defensa en litigios matrimoniales y asesoría fiscal, e incluso terapia de pareja, distorsionan la comprensión de este método y, en definitiva, a la vez que contribuyen a su desprestigio, ponen de manifiesto que quien así se anuncia no conoce los principios básicos de la mediación familiar.

El papel del juez

Con frecuencia se confunde la obligación deontológica del juez de procurar la conciliación y las soluciones de avenencia en los litigios que tiene encomendados (Resolución nº 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa), con su intervención como mediador. La primera función tiene por objeto hacer ver a las partes las consecuencias de proseguir un conflicto de familia por la vía contenciosa, informar a los interesados sobre el coste, la necesaria demora y las complicaciones de un proceso, así como de la regulación legal de las materias controvertidas en sus aspectos sustantivos y procesales para que no emprendan un litigio de forma equivocada, pero debe abstenerse de ir más allá. No es su función proponer soluciones que necesariamente serán improvisadas y sin el necesario conocimiento de la causa, no debe recabar información de las partes que sólo a través del proceso debe ser incorporada al expediente judicial, no puede decantarse hacia una determinada fórmula de compromiso, pues de esta forma perderá la imparcialidad que debe mantener en todo momento ante las partes y pondrá en juego el propio prestigio de la justicia como referente de autoridad último. El ordenamiento jurídico impone al juez la obli-

gación de resolver mediante una resolución judicial todas las controversias que se le planteen, en el ámbito de su competencia, bajo sanción penal por denegación de justicia, y conservará la potestad inherente al poder judicial para imponer una solución en derecho y para ejecutar la misma, incluso mediante el referente coactivo de toda sentencia judicial y, en su caso, el empleo de la fuerza.

En consecuencia con lo anterior, el papel del juez no podrá ser confundido nunca con el del mediador (Seijas Quintana, 1999). Respecto a la mediación el juez ha de limitarse a propiciar que las partes acepten voluntariamente someterse a la misma, cuando todavía advierta que es posible una solución consensuada y, si el intento de conciliación no da resultado, disponer la suspensión del curso del litigio, con la aquiescencia de las partes, y remitir a las mismas a un mediador. Durante el desarrollo de la mediación el juez ha de velar porque el proceso se mantenga siempre bajo el principio de voluntariedad de los que participan en el mismo. Una vez finalizado, si se han alcanzado acuerdos, deberá aprobar los mismos, previa su homologación al marco de la legalidad, en los amplios términos a los que me he referido anteriormente.

En conclusión

La esencia del *método mediacional* radica en la devolución a los ciudadanos de la confianza en que pueden regular por sí mismos la solución de los conflictos que les enfrentan, con la ayuda de una persona extraña a ellos mismos, que va a facilitar la reinstauración de la comunicación interrumpida. Para ello cada profesión de las que intervienen en el conflicto familiar

desde sus respectivos ámbitos, ha de desempeñar bien el trabajo que le compete. Los terapeutas y los psicólogos deben tratar y orientar los problemas patológicos o conductuales, los educadores sociales deben hacer comprensibles las reglas de lo conveniente, desde el trabajo social se debe analizar el sistema de relaciones y las carencias afectivas o materiales que se detecten, los abogados deben defender, asesorar y aconsejar legalmente a sus clientes, y el juez deberá ser el referente último para la resolución del litigio en base a los criterios de legalidad e imposición forzosa de la solución en derecho. El mediador desarrolla otra función distinta.

La homologación judicial de los acuerdos

Lo dispositivo y lo indisponible de las materias del derecho de familia

Cuando se argumenta sobre las ventajas de la mediación se suele recurrir al tópico de que la ley no tiene la solución mágica de los conflictos y que son los propios interesados quienes, por sí mismos y con la ayuda de un profesional neutral, pueden encontrar la mejor opción posible. De este postulado se deriva la tesis indiscutible de la primacía de la voluntad de las partes y de que el acuerdo alcanzado por las mismas ha de prevalecer sobre ninguna otra consideración. Sin embargo en las materias propias de la regulación legal de la institución familiar, del derecho de la persona y de los menores inmediatamente surge el condicionamiento de la necesidad de que los acuerdos sean aprobados judicialmente, y la duda que se suscita es de si, realmente, se pretende un pacto entre los interesados o, por el contrario, la finalidad es la conse-

cución de la aceptación voluntaria de una regulación del conflicto ya predeterminada legalmente.

La cuestión no es baladí, ni tampoco es pacífica la aceptación de una metodología de la mediación en la que la existencia predeterminada de unos límites convierta el proceso de negociación en mera entelequia. En los párrafos precedentes hemos hecho referencia al *orden público*, como aquél sector de las relaciones sociales que no admite renuncia ni regulación distinta a la derivada de la ley y ya anunciábamos que las materias que se atribuyen a este ámbito, denominado indisponible, no resultan claras de la propia ley, que suele fijar principios y referencias generales, como la del *interés del menor* y dependen en gran medida de la opinión subjetiva del juez que tenga que resolver el caso concreto puesto que, en definitiva, la única regla interpretativa de la que disponemos es el artículo 3 del Código Civil, que impone el criterio legal de que las normas jurídicas habrán de interpretarse según el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas. Este precepto es la síntesis de una larga evolución histórica y no fue introducido en el ordenamiento hasta la reforma del Código Civil realizada en el año 1974, supone la superación de las extremadas consecuencias a las que había llegado el positivismo y deposita en los tribunales un poder discrecional típico del derecho anglosajón y extraño a la tradición jurídica continental europea, en la que la desconfianza hacia el juez por parte de los poderes legislativos y ejecutivos le imponía criterios tasados y rigurosos en la interpretación del derecho.

La realidad normativa es que el sistema legal está repleto de referencias a la indisponibilidad de determinadas materias por los propios interesados, lo que significa claramente la imposibilidad de negociar y adoptar acuerdos sobre las mismas. No obstante, como en otras muchas instituciones jurídicas, el análisis en profundidad de las relaciones sociales a las que se refieren estas prohibiciones, nos muestra que esta prohibición es meramente nominal y que, el propio sistema jurídico, está invocando muchas veces como criterio la voluntad de las partes, por lo que los principios de orden público y las materias indisponibles que lo integran han de ser analizados según un cierto relativismo de conclusión que nos hará ver que casi todo es negociable. No es transponible la comparación, pero se asemeja este ámbito del orden público a lo que en una planificación urbanística representarían los trazados de las calles, los viales, los usos, las alturas y los volúmenes edificables de las parcelas que lo integran. En la construcción de la casa la imaginación del propietario es absolutamente libre, siempre, claro está, que no pretenda levantar el edificio sin cimientos.

Aproximación al orden público en el estatuto de la persona y la familia

El análisis empírico de la conflictividad ante los tribunales en lo que se refiere a la denegación de la homologación judicial de los convenios reguladores de la separación y el divorcio, bien sea por la oposición expresa del ministerio fiscal o por la apreciación de oficio por el juez de determinadas carencias, nos muestra que la esfera de lo que hemos denominado *orden público familiar* no es extensa, pero tampoco presenta unos caracteres precisos y definidos.

La *personalidad* es la primera de las instituciones jurídicas que no puede ser materia de negociación. Parece obvio que esta cuestión es innegociable y que la voluntad de las partes nunca podrá tener trascendencia jurídica. Sin embargo, en la regulación legal de la filiación observamos la relevancia que tiene el reconocimiento de la paternidad o la maternidad, como expresión de la voluntad de las personas, bien ante el encargado del registro civil, o ante el propio juez, en sede de un proceso judicial de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad. A la ley no le importa en este caso que la verdad formal que se manifieste no se corresponda con la realidad de las cosas. Ante un litigio de esta naturaleza, por ejemplo una reclamación de un presunto padre para que se reconozca su paternidad respecto a un menor inscrito como hijo de madre soltera, es plenamente legítimo un proceso de mediación que pueda concluir con un reconocimiento de los hechos por parte de la madre demandada o un desistimiento de la parte actora que ponga fin al litigio. Lo que no podrá concertarse es un reconocimiento de la filiación que excluya la asunción de determinados deberes básicos de naturaleza asistencial. La declaración de incapacidad de una persona con anomalías psíquicas, sea menor o mayor de edad, es otra de las materias absolutamente indisponibles. Sin embargo ante un litigio suscitado en esta campo, la intervención de un mediador entre los miembros de una familia enfrentada, no sólo puede hacer que el proceso judicial sea lo menos doloroso posible para el incapaz, sino que puede alcanzar una regulación del cuidado y los intereses del mismo que concilie las posturas enfrentadas de los hijos.

El *estado civil* es otra de las materias de orden público. El Ministerio Fiscal ha de intervenir en todos los procesos judiciales y expedientes registrales en los que se trate del mismo. Es indisponible para las partes. Sin embargo la previsión legal de la separación o el divorcio por mutuo acuerdo contradice este enunciado, por lo que el ámbito de la indisponibilidad se reduce a los elementos esenciales del matrimonio y una actividad comercial que tenga como finalidad la formulación de una solicitud de divorcio consensuada, cuando la relación de pareja está deteriorada, no sólo no queda al margen del ordenamiento jurídico, sino que la propia norma legal la presupone.

Las *relaciones derivadas de los vínculos de filiación* son tal vez las que presentan un mayor número de problemas ante los tribunales, en gran parte derivados de una deficiente comprensión del significado de la patria potestad y del conjunto de derechos y obligaciones que se derivan de la misma (Rivero Hernández, 1997). La realidad forense es que el enjuiciamiento de estas controversias por el cauce procesal contencioso, lejos de dar una solución satisfactoria para las partes y los intereses de los menores, contribuye a que las discrepancias se enquisten y que la enemistad y la incomunicación se hagan crónicas. Así se han generado prácticas absurdas de litigio por la *tenencia de los hijos* o por la *guarda compartida*, que escapan a toda racionalidad, puesto que la institución presenta unos perfiles nítidos en cuanto a su contenido que quedaría más clarificado si se generalizase el término de *responsabilidad parental*, como se ha denominado a la institución en el derecho francés. Esta responsabilidad ha de ser concretada y distribuida entre los progenitores cuando éstos dejan de convivir, aun cuando la necesidad

de ejercerla conjuntamente ha de partir de presupuestos psíquicos, ya que compartir la responsabilidad parental es, ante todo, un estado mental, una predisposición al diálogo, a la tolerancia y a la colaboración entre el padre y la madre, que necesariamente tiene que seguir existiendo después del divorcio. Es indudable que no son materias disponibles las obligaciones de velar por los hijos, tenerlos en compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Cualquier renuncia directa o indirecta a estos derechos/deberes ha de situarse en el terreno del orden público, lo que no significa que no pueda negociarse el reparto de estos derechos/cargas. Para ello un método como el que ofrece la mediación es el más indicado para que aquél estado mental del compartir al que antes me refería, puesto que cada familia tiene sus particularidades específicas, cada persona tiene sus condicionantes y cada menor sus propias necesidades, cuya comprensión está al alcance de los propios interesados con más nitidez que lo puede estar para un tercero, un fiscal o un juez. No hay que olvidar que la imposición de reglas en esta materia es equiparable a la confección de un traje a un adolescente, que muy pronto queda estrecho por la consecuencia natural de su propio crecimiento como persona, como quedan obsoletos los regímenes de visita y comunicación paterno y materno filiales que se decretan por sentencia judicial.

La *cobertura de las necesidades materiales de todos los miembros de la familia* es la otra esfera que pertenece al ámbito de lo necesario, de lo que no es disponible. La ley prevé que no se podrá transigir ni renunciar sobre alimentos futuros. Al igual que en las anteriores instituciones ello no impide que pueda y deba negociarse la dis-

tribución de la carga entre los obligados, que engloba no sólo el concepto del mantenimiento, sino también del pago de los gastos de educación, de vivienda y de sanidad. El establecimiento de unas reglas rígidas para regular estas materias va en contra de la naturaleza misma de las cosas, lo que resulta indisponible es el derecho de reclamar del otro o la obligación de contribuir. El modo, la forma o la cuantía pueden ser objeto de acuerdo, que no transgredirá los límites del orden público siempre que respete los criterios de proporcionalidad en cuanto a los medios y las necesidades y de racionalidad, en cuanto a su extensión y forma de pago.

La práctica forense nos muestra una tendencia al litigio en estos puntos cuya primera característica es la ausencia de criterios homogéneos en los diversos tribunales, según los territorios, la implicación de la fiscalía correspondiente, la mayor o menor preocupación del juez por estas materias y, especialmente, su experiencia práctica en la fase de ejecución de las sentencias y su peculiar problemática. Acuerdos que entrañen un riesgo de desconocimiento de los derechos de algunas de las personas a los que afectan, son rechazados en tanto que no se ofrece una explicación razonable de los mismos. Sistemas de comunicación y régimen de visitas sumamente restrictivos equivalen a veces a una renuncia implícita a ejercer las funciones parentales, pero si son extremadamente amplios o generalizan la alternancia diaria, semanal o anual en el cuidado pueden acarrear riesgos hacia los hijos por dificultar la comprensión de la crisis de la familia por parte de los menores y en un alto índice de casos, suelen derivar hacia anomalías conductuales, rechazos o a la imposición de la voluntad,

muchas veces caprichosa, de los propios menores que ocupan un protagonismo que no les corresponde. La distribución de las cargas en la forma de pagos directos, contraria a algunas previsiones legales, - como a lo dispuesto en la materia por el Código de Familia de Cataluña que impone la contribución en metálico-, es una fuente de conflictos permanentes en la ejecución de los acuerdos que determina que, lo que tuvo de consensuada la separación, se convierta en objeto de litigio permanente con el devenir del tiempo. El establecimiento de cantidades simbólicas en concepto de pago de alimentos a cambio de la cesión del rendimiento de negocios, inmuebles o inversiones, ha de quedar perfectamente precisado y definido y debe ser concertado con las máximas garantías legales, por el riesgo de que los frutos previstos no lleguen a producirse y la prestación alimenticia quede en mera letra muerta. Las cláusulas abusivas limitadoras del uso de la vivienda familiar al condicionar el cambio de residencia de la mujer y los hijos o la entrada en la vivienda de terceras personas, colisionan a veces con los postulados de la constitución. Fuera de estos casos, la no aprobación de los pactos de los convenios es altamente infrecuente, lo que pone de relieve que la capacidad de pactar es muy amplia y que los límites de lo indisponible son esencialmente reducidos.

El control de la legalidad del proceso: la necesidad de ratificación ante el juez

Desde una perspectiva ajena al mundo del derecho no resulta a veces fácil comprender los controles que el sistema legal impone a los acuerdos privados entre las partes, especialmente en unos aspectos de

la vida social que pertenecen al ámbito de la intimidad familiar y personal. Mas lo cierto es que la tradición jurídica no sólo representa la imposición de límites a los ciudadanos en lo que concierne a su capacidad de negociación y decisión por la voluntad de quien ostenta el poder, aun cuando éste esté legitimado democráticamente, sino que en ocasiones la obligatoriedad de la aprobación judicial encuentra su base en el sistema de garantías y cautelas establecidas a favor de los propios ciudadanos. El legislador español, a semejanza de lo que ocurre en otros sistemas occidentales, impone que los acuerdos tienen que ser ratificados por las partes ante el juez, en comparecencia individual, por separado. Esta peculiar exigencia no tiene otro significado que el de asegurar que la decisión adoptada es plenamente consciente, que no existen presiones que la condicionen y que la voluntad es expresada libremente.

En otro orden de cosas, el derecho fundamental a la obtención de la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los propios derechos individuales, tiene su plasmación práctica en la necesidad de ejercer un control sobre el desenvolvimiento del proceso de negociación y de mediación, cuando el ciudadano ya ha acudido en demanda de justicia, especialmente en los casos de mediación intrajudicial. Si fuera del ámbito del proceso judicial las partes entablan conversaciones tendentes a la resolución de sus controversias, o recaban de los abogados, de los psicólogos o de los servicios de mediación ayuda específica con este fin, tanto la duración como la calidad del proceso o la cualificación de los profesionales que intervienen, estará sujeta a los criterios propios de las partes, al prestigio de los servicios del profesional de que se trate o a otras motivaciones, pero

cuando la derivación hacia la mediación se efectúe por el propio juez, haciendo valer las prerrogativas que la ley establece, o la voluntad conjunta de las partes en el litigio, el sistema ha de adoptar una serie de garantías mínimas en defensa de los intereses de los ciudadanos. Estas garantías serán, por una parte, controlando la duración de la mediación, para que no sea utilizada impropriamente como método de dilatar el conflicto con otros fines, imponiendo una profesionalidad predeterminada al mediador al que le será exigible una preparación técnica específica y, en definitiva, aportando un referente último y eficaz para el caso de que cualquiera de las partes desista del proceso de negociación iniciado.

Si la preceptiva intervención de los abogados en la redacción de los acuerdos tiene como fundamento la necesidad de que los mismos se plasmen de forma que no puedan ser fuente de nuevos conflictos entre las partes, y de que los derechos al asesoramiento legal han quedado debidamente cumplimentados, la aprobación de los acuerdos por el juez aporta la plena garantía objetiva de que, tanto el proceso de formación de la voluntad, como la expresión de la misma no va a ser materia de controversia en el futuro.

La garantía de los derechos fundamentales de la persona

Cuando hemos hecho referencia al orden público y a lo indisponible de determinadas materias propias del derecho de la familia y de la persona, la atención primordial radicaba en el contenido de los acuerdos en cuanto a que los mismos otorguen la satisfacción debida a los superiores intereses de determinadas personas, esencial-

mente de los incapaces y los menores de edad. En una lectura actual no encuentra cabida, en forma absoluta, que por medio de la intervención judicial se pretenda ejercer un control ideológico de las decisiones que los ciudadanos puedan adoptar libremente sobre sus vidas privadas y las de sus hijos y familiares, o que se pretenda con barreras legales condicionar las decisiones ya adoptadas en relación con la ruptura de la relación de pareja, ni siquiera en lo que se refiere al coste económico que la puesta en marcha de un proceso judicial conlleva, para lo que el sistema ofrece el beneficio de justicia gratuita a quien lo precise. Sin embargo, sí tiene relevancia la moderna corriente de la doctrina jurídica que destaca la función judicial, en orden a la homologación de los convenios, como garantizadora de derechos fundamentales de la persona (Díez Picazo, 1989).

Desde luego, el límite a la capacidad de disposición de las partes ha de estar en la necesidad de no transgredir principios constitucionales y libertades públicas, como los de la igualdad, la dignidad de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar, la protección de los menores e incapaces y la protección de la familia, como ha puesto de relieve Roca i Trias (1999). Los acuerdos que se ajusten a estas exigencias básicas sólo podrán ser rechazados si a criterio del juez no son convenientes para la familia o para alguno de sus miembros, pero esta valoración de la *conveniencia* no podrá ser valorada desde la óptica de sus propias opiniones y creencias, sino desde la perspectiva de lo que la sociedad reconoce como ajustado y conveniente que, en materia de derecho privado, quedará condicionado a los principios de intervención mínima y de pluralidad social.

Referencias

- Martín Casals, M. (1999). *Las parejas de hecho en el derecho europeo*. Madrid: Dykinson.
- Alegría Borrás, M. (1993). *El interés del menor, como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado*. Barcelona: Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.
- Winter, R. (1998). La mediation familiale en Europe. *IV Conferencia Europea sobre Derecho de Familia*. Estrasburgo, octubre de 1998.
- Díez Picazo, L. (1962). El negocio jurídico del Derecho de Familia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIV, 771 - 792.
- López Burniol, J.J. (1999). *El ámbito de la autonomía de la voluntad en los contratos reguladores de la convivencia*. Barcelona: Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña.
- Díez Picazo, L. (1989). La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del derecho de familia. En *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales* (págs. 37 - 44). Madrid: Civitas.
- Kaslow, F.W. (1983). *La mediación en el divorcio y su impacto emocional en la pareja y los hijos*. Nueva York: Handbook of Family Therapy.
- Cárdenas, E.J. (1992). *Familias en crisis. Intervenciones y respuestas desde un juzgado de familia*. Buenos Aires: Reptoño.
- Ripol Millet, A. (1999). La evolución de los modelos de mediación familiar. En *Congreso Internacional de Mediación Familiar* (págs. 29 - 44). Barcelona: Aranzadi/Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Cataluña.
- Cumunel, Y. (1999). Qu'est la médiation judiciaire? *Gazette du Palais (Paris)*, 188 (7 julio), 13-16.
- Zarraluqui Sánchez Eznarriaga, L. (1999). El abogado y la mediación familiar. En *Congreso Internacional de Mediación Familiar* (págs. 93-99). Barcelona: Aranzadi/Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Cataluña.
- Seijas Quintana, J.A. (1999). Mediación, jueces y leyes. En *Congreso Internacional de Mediación Familiar* (págs. 100- 108). Barcelona: Aranzadi/Centro de Estudios Jurídicos de la Generalitat de Cataluña.
- Rivero Hernández, F. (1997). *El derecho de visita*. Barcelona: Bosch.
- Roca i Trias, E. (1999). *El nuevo derecho de familia*. Valencia: Tirant lo Blanc.