

Mediación: reflexiones desde una toga

Mercedes CASO
Magistrado

Resumen

El sistema jurisdiccional fracasa a menudo cuando trata de resolver los conflictos familiares, porque éstos tienen dimensiones que desbordan el ámbito de lo que la ley puede regular y porque son conflictos que se generan en un complejo entramado de relaciones interpersonales, en las cual es difícil acertar con lo que es en cada caso justo y más conveniente. La mediación se propone como sistema alternativo para la resolución de conflictos familiares.

El juez ha de disponer de criterios que le permitan alcanzar la convicción sobre la procedencia de remitir un caso a mediación y cuándo hacerlo, porque ello es factible en las diversas fases del proceso, desde la de medidas provisionales, hasta la de ejecución de la sentencia.

Para terminar, se hace, a la luz de las consideraciones anteriores, una valoración del anteproyecto de ley de mediación familiar de Cataluña.

Palabras clave: conflictos familiares, procedimientos judiciales, mediación familiar, legislación, Cataluña.

Abstract

The legal system often fails when it attempts to find solutions to family conflicts. They often entail aspects that exceed what can be regulated by law. They are conflicts that are produced within a complex network of interpersonal relations, which make it difficult to determine the most just and convenient solution for each case. Mediation is proposed as an alternative procedure for the resolution of family conflicts.

The judge must have sufficient criteria when making a decision about the convenience of proposing mediation for a given case and the moment at which this should be done. He/she must also consider that it is possible to incorporate mediation at each one of the phases of the legal process, from the initial temporary measures all the way through to the application of the sentence.

The article concludes with a critical analysis of the project for a family mediation law in Catalonia.

Keywords: family conflict, legal procedures, family mediation, legislation, Catalonia.

El fracaso del sistema jurisdiccional

Cuando un juez aprueba su oposición, supera los cursos de formación en la Escuela Judicial y, por fin, está próximo a tomar posesión en su primer destino, debe, de conformidad con lo previsto en el artículo 318 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, prestar solemne juramento con la fórmula siguiente:

“Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos”.

El juez, parte así hacia su puesto con el ánimo exultante de euforia por la importantísima tarea que tiene entre sus manos: administrar recta e imparcial justicia.

Ante sus inevitables temores por la complejidad de las cuestiones que va a resolver, tranquiliza su ánimo porque cuenta con el instrumento para acometer dicha función: conoce la ley y hará justicia, aplicándola al caso concreto.

Sin embargo, este sistema, que funciona para resolver conflictos mercantiles, patrimoniales, industriales y hasta criminales, no da un resultado satisfactorio cuando debe aplicarse a los conflictos familiares.

Cuando el juez dicta su resolución dentro de un proceso contencioso de separación, divorcio o de regulación de la ruptura de la pareja de hecho, en poquísimas ocasiones siente que su sentencia devuelve la paz social perturbada por el conflicto. Y ante tal desazón el juez se pregunta: si estoy aplicando la ley y ese es el sistema que

he aprehendido para hacer justicia, ¿por qué todos los integrantes de este proceso -las partes, los menores, los abogados, los jueces, los fiscales- nos sentimos defraudados? ¿Por qué al poco tiempo de dictar la más ajustada de las sentencias, surgen problemas casi irresolubles en ejecución de la misma? ¿Por qué en un plazo breve vuelvo a tener en el juzgado a las partes con un nuevo conflicto?

Antes incluso de oír hablar de la mediación como sistema alternativo a la resolución de conflictos, la respuesta a las anteriores preguntas me la dio un niño de 8 años.

Desempeñaba mis funciones judiciales en la próspera ciudad de Vilafranca del Penedés, tierra rica en buenos vinos y mejores cavas y con una litigiosidad más bien modesta. En definitiva, un partido tranquilo y un pueblo orgulloso de sus tradiciones y un tanto desconfiando respecto de los *forasteros*.

En aquel entorno se planteó una controversia en el ejercicio de la patria potestad. Un matrimonio con un hijo de 8 años al que llamaremos -Jordi- (¡no podía ser de otra manera!) se encontraba en pleno proceso de separación. Se acababa de dictar el auto de medidas provisionales en el que se atribuía la custodia a la madre y se establecía un régimen amplio de visitas en favor del padre del menor, así como su contribución a las cargas del matrimonio. La madre había intentado que se le atribuyera el uso de una furgoneta que aparecía a nombre exclusivamente del esposo, pero el auto de medidas había rechazado tal petición por entender que no podía enmarcarse dentro de las medidas del artículo 103 del Código Civil, remitiendo a las partes a otro procedimiento contencioso en el que discutir la titularidad de la misma. En tanto ello no se

produjese, era el padre quien de hecho la utilizaba -pese a que tenía otro vehículo- porque era quien, al tiempo de la demanda se había hecho con las llaves.

En este contexto y como incidente del pleito de separación, la madre planteó al Juzgado su oposición a que el padre inscribiera al menor en una *colla castellera*. Los *Castells* son castillos humanos que se forman sin emplear ningún mecanismo externo, basados en la habilidad, la fuerza y la destreza de sus componentes; constituyen una expresión folklórica tradicional muy arraigada en la provincia de Tarragona y que ya se ha extendido por toda Cataluña. Los niños y niñas participan también en el mismo en las zonas más altas del castillo que es coronado por el más joven que debe alcanzar la cúspide y levantar su mano para tener el castillo por "cargado".

En aquel supuesto, la madre invocaba para oponerse razones obvias de peligrosidad. El padre por el contrario abogaba por la larga tradición, tanto popular como de su propia familia, en la que desde largas generaciones habían participado en la formación de los referidos *castells*. Los dos manifestaban que la voluntad del menor apoyaba su tesis.

Planteado el conflicto, fui a la Ley y leí en el artículo 156:

"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro... En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviere suficiente juicio, y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre... Si los padres vi-

ven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Sin embargo el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio."

La Ley no me daba respuesta.

Por ello, aunque el menor en cuestión sólo tenía 8 años, dado que cada uno de sus padres me refería una voluntad distinta, le convoqué a exploración judicial.

Jordi, a diferencia de otros niños, llegó absolutamente relajado al juzgado y se quedó solo conmigo sin ningún tipo de problema. Era un niño muy sociable, despierto y muy intuitivo. Cuando era más pequeño había acudido a un servicio psicológico por problemas de hiperactividad que parecían superados pero que le habían acostumbrado a hablar de sus cosas con terceros extraños.

Empecé a charlar con él de su mundo: el colegio, sus compañeros, sus aficiones, la relación con sus padres... hasta que llegué al tema de los *castells*. Le pedí que me explicara en qué consistían, qué tipo de construcciones podían hacerse, si sabía cuantas veces debían reunirse, si no daba miedo encaramarse tan arriba, o dolía tener que soportar el peso de otros *castellers*.... Él me fue contestando con entusiasmo hasta que, al llegar a un punto de nuestra conversación, se puso serio y mirándome fijamente me preguntó: "Oye, si no entiendes nada de *castells*, ¿por qué tienes que decidir tú si yo puedo o no puedo subirme a uno? Esto lo deciden los papás. Además -añadió- mis papás ya lo habían decidido este verano, pero como mamá se ha enfa-

dado por lo de la furgoneta, ahora dice que no puedo ir”.

Aquel niño de 8 años había concretado en dos frases el porqué del fracaso del sistema jurisdiccional como modo de resolver conflictos familiares:

1. Porque los conflictos familiares tienen, como el matrimonio o la pareja de hecho, una vertiente o aspecto jurídico que será preciso resolver desde la perspectiva de la ley y a través de los operadores jurídicos (abogados, jueces y fiscales); pero, dentro del conflicto familiar, se dan otros muchos aspectos o niveles que nada tienen que ver con la ley y que por tanto, ésta no contempla y en consecuencia, no resuelve, dejándolos latentes.

Tal como afirma Bustelo (1999), el sistema jurisdiccional de resolución de conflictos tiene como parámetro o vara con la que se mide el conflicto, el derecho, la ley, la justicia. En la mediación, la vara para medir la solución o la pauta de resolución es el interés de las partes; no los intereses jurídicamente protegidos sino los intereses habituales normales y cotidianos que nos llevan a todos a querer ciertas cosas y no querer otras. En el caso que se nos presentaba, la ley o el derecho no nos solucionaban quién debía decidir.

2. Porque un mismo conflicto puede encubrir diferentes niveles o tipos de conflicto entrelazados entre sí: frente al conflicto real o verídico, puede aparecer un conflicto contingente (depende de circunstancias fáciles de cambiar, aunque esto no lo reconocan las partes), un conflicto desplaza-

do (los argumentos no hacen referencia al conflicto real, encubierto), un conflicto mal atribuido (existe una tercera instancia responsable del enfrentamiento entre las partes), incluso un conflicto falso (carece de base objetiva y es generado frecuentemente por malas interpretaciones, incomprendiones y, en definitiva, por la falta de diálogo).

En nuestro caso, el conflicto no era estrictamente la decisión de si Jordi debía o no formar parte de la *colla castellera*, sino el uso de la furgoneta que no había sido resuelto por el Juzgado y había quedado latente, enrareciendo las relaciones entre los progenitores y extendiendo sus discrepancias sobre aspectos en los que inicialmente existía consenso.

3. Las relaciones entre las partes en litigio evolucionan en el tiempo y sus distintos posicionamientos van alterándose. Frente a tal movilidad, el sistema jurisdiccional utiliza la dinámica lineal y estática del conflicto patrimonial para tratar de resolver estos litigios; existe una fase de alegaciones en la que centrar y definir el debate, una fase de prueba y una fase de conclusiones. Éste es un esquema excesivamente rígido para conseguir dirimir las controversias familiares pues no atiende a la propia naturaleza evolutiva de las mismas, corriendo siempre a la zaga del conflicto y no lográndose casi nunca una ajustada sincronización (por poner un ejemplo, cuando en ejecución de sentencia se plantea el cambio de residencia de un adolescente, en muchas ocasiones al ir a resolver el incidente de modificación que ha pasado por su fase de

alegaciones, prueba y conclusiones, el conflicto ya no existe porque el adolescente ha regresado al punto inicial; sin embargo, el tiempo en el que se ha producido la alteración ha determinado cambios a los que el derecho no puede desatender, como la contribución alimenticia del no custodio, y a los que difícilmente se dará una respuesta ajustada).

A estos factores podríamos añadir otros dos esenciales:

4. El desvanecimiento del mito de la justicia. Ya que, frente a la creencia de que el propio abogado conseguirá una victoria aplastante sobre el adversario, o que el juez se decantará hacia la propia posición de una manera total y absoluta, los ciudadanos advierten que los trámites son complejos, farragosos y que la acreditación de sus posiciones es mucho más complicada de lo que inicialmente esperaban.
5. La propia disparidad de criterios derivada de la actual distribución competencial de la materia en cientos de órganos judiciales en primera instancia: Sin querer insinuar de modo alguno que los juzgados mixtos no cumplan adecuadamente con sus funciones jurisdiccionales en este ámbito, lo cierto es que resulta difícil tratar esta materia, con las peculiaridades que exige, desde un juzgado que debe intercalar estos litigios con otros de naturaleza distinta, así como con la necesidad de atender guardias penales, y sin contar con la colaboración de los gabinetes psico-sociales. Aun cuando la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil trata de imponer la inmediatez en todos

los procedimientos judiciales (lo que en esta materia estimo absolutamente imprescindible), sin cambios estructurales esenciales veo difícil que en los órganos no especializados pueda practicarse.

Marco legal actual para la mediación

El Consejo de Europa, a través del Consejo de Ministros, ha publicado dos recomendaciones de contenido claro: la recomendación 12/1986, que impone a los jueces como una de sus tareas principales la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, en todos los asuntos que se planteen, al inicio del proceso, o en cualquier fase apropiada del mismo, y la recomendación 1/1998, por la que insta a los estados miembros a instituir y promover la mediación familiar o, si fuera el caso, a reforzar y profundizar la regulación ya existente y desarrollar los principios básicos sobre los que debe asentarse.

En el ámbito autonómico, el Parlamento de Cataluña ha aprobado el Código de Familia por ley 9/1998, de 15 de julio, en cuyo artículo 79 establece:

“Si, atendidas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que determinados aspectos todavía es posible que sean resueltos por acuerdo, puede remitir a las partes a una persona o a una entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver sus diferencias”.

En consonancia con el anterior, la disposición final 3ª dice:

“El Parlamento impone al Gobierno de la Generalitat la obligación de pre-

sentar un proyecto de ley reguladora sobre la mediación familiar sobre las siguientes bases: a) confidencialidad absoluta del contenido de las sesiones de mediación, b) libertad de las partes para apartarse o desistir de la mediación en cualquier momento, c) necesidad de aprobación judicial de los acuerdos alcanzados en la mediación, y d) duración máxima del proceso de mediación limitada a tres meses, prorrogables por el mismo tiempo a petición del mediador.”

El Gobierno de la Generalitat ya ha enviado a consultas el anteproyecto de ley de mediación familiar, sobre cuyos rasgos esenciales hablaremos en el último punto de esta reflexión.

En el ámbito estatal no existe ningún proyecto legislativo que regule la materia y resulta un tanto frustrante que en la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, no exista referencia expresa a este incidente procesal. Sí debe elogiarse, sin embargo, de la nueva LEC tanto la constante referencia a la posibilidad de presentar convenios, totales o parciales en las distintas comparecencias -previas, provisionales, en la vista, o en modificación de las medidas acordadas definitivamente (artículos 771, 772, 773 y 774)- así como a la facultad de resolver con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento (artículo 752).

El juez como promotor de la mediación

En algunos ámbitos judiciales existe cierta percepción de la mediación como

algo extraño al procedimiento y ajeno a la función jurisdiccional, que, de producirse dentro del procedimiento, sólo determina la suspensión provisional de la causa; y que, de llegar a un buen fin, se reconduce estrictamente a lo que ya reconoce la propia ley 30/81, en cuanto en su disposición adicional 5ª, en su letra k), permite la transformación del procedimiento contencioso en procedimiento consensuado.

Sin embargo, el legislador, la primera vez que introduce la mediación familiar, lo hace precisamente para hablar de la mediación intrajudicial, propuesta por el propio juez. El legislador atribuye claramente al juzgador un protagonismo que no puede rechazar y que, en consonancia con las otras disposiciones ya citadas (recomendación del Consejo de Europa 12/86 y aún en el propio Libro Blanco de la justicia), entiendo que forma parte ya de los deberes del juez el tratar por todos los medios posibles que las partes lleguen a un acuerdo.

En cualquier momento del proceso, cualquiera de las partes, el magistrado de familia o el juez de oficio, pueden remitir a las partes a mediación.

Tal como está redactado el artículo 79 del Código de Familia de la Generalitat de Cataluña, se pueden plantear dos incógnitas:

1. La fundamental: las partes ya están en litigio. Si bien es cierto que en algunas ocasiones ni sus respectivas defensas, ni ellos mismos se han planteado una negociación (por premura entre comparecencia de medidas y designación de oficio al demandado, por mediar una separación de hecho muy prolongada...), lo habitual es que tal fase de negociación ya se haya intentado extrajudicialmente sin éxito. En tal supuesto, ¿cómo puede el juez intuir que un asunto es mediable?

Hay que partir de una realidad, y es que, pese a la vigencia desde octubre de 1998 del Código de Familia, ni los jueces de familia, ni los jueces de primera instancia con competencia en materia de familia, han recibido ningún tipo de formación que les permita tecnificar lo que hasta ahora es pura intuición. Que el juez no debe ser mediador es hoy una afirmación pacífica, pero si el juez debe ser promotor de la mediación deben dársele instrumentos para poder reconocer qué supuestos son o no mediables. Si no se procura tal instrucción, se puede caer en un doble riesgo: por una parte, jueces que remitan casi de forma automática a mediación, o, por el contrario, jueces que no remitan jamás ante la obvia litigiosidad derivada del mero planteamiento de la demanda.

Méndez (1996) propone una serie de características o criterios de inclusión en el procedimiento mediador (ver, además, el cuadro 1):

- Pleitos de larga duración, con antecedentes de intentos de acuerdo.
- Casos en los que, en las primeras sesiones o comparecencias ante el juez, se detecta la existencia de puntos de acuerdo emergentes.

- Casos en los que los hijos presentan necesidades de atención física o psicológicas especiales.
- Ocasiones en las que el nivel de conflicto sea moderado. Creo necesario insistir a los letrados para que, en la redacción de sus demandas, utilicen un lenguaje aséptico, en el que excluyan juicios de valor gratuitos, limitándose a presentar hechos; la valoración debe quedar para la fase de conclusiones. En muchas ocasiones, es la forma de exponer los hechos, o incluso el modo de plantear las posiciones, lo que encoleriza a la parte, obstaculizando una posible negociación).
- Casos en los que se perciba motivación para alcanzar un acuerdo.

Asimismo, como criterios de exclusión de dicho procedimiento, apunta:

- Antecedentes de violencia familiar.
- Abuso de alcohol o drogas.
- Maltrato o abuso hacia los hijos.
- Grave encono en el procedimiento judicial.

En los años 90 se inició en Barcelona una experiencia piloto basada en la colabo-

Cuadro 1. Indicadores de viabilidad para iniciar un proceso de mediación familiar.

Predictores de viabilidad de la mediación:

1. La aceptación inicial del procedimiento por las partes y de sus abogados.
2. Un cierto grado de comunicación entre las partes.
3. El conflicto queda enmarcado dentro de la pareja.
4. Los conflictos son de baja intensidad.
5. La decisión de separarse es conjunta.

Predictores de no viabilidad de la mediación:

1. La sospecha o acusaciones de abusos o malos tratos a la pareja y/o a los hijos.
2. Problemática psiquiátrica grave o activa, con inclusión de patologías no tratadas o compensadas.
3. Conductas antisociales o violentas de una o de ambas partes (agresiones verbales, adicciones activas: alcoholismo, toxicomanías ...).
4. Actitudes no colaboradoras de los abogados de las partes.

ración entre el Juzgado de Primera Instancia nº 14, bajo la titularidad del magistrado Pascual Ortuño, y el gabinete psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia (Ortuño, 1999). A raíz de su infatigable trabajo y de los estudios que fueron desarrollándose en España y en los países de nuestro entorno, hoy en día la Generalitat de Cataluña, a través del Departamento de Justicia y, concretamente de la Dirección General de Medidas Penales Alternativas y de Justicia Juvenil, ha desarrollado un programa de mediación familiar en el ámbito de la familia, a cargo del Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la Víctima (SATAV), descendiente directo de los anteriores gabinetes psicosociales (SATAV, 2000).

Obviamente, fuera de esta propuesta de mediación pública, diferentes entidades y particulares ofrecen en Cataluña sus servicios mediadores y, aunque algunas de tales entidades ya se han dirigido a los juzgados para informar de su existencia, lo cierto es que cuando el juez hace indicación de mediación, sin perjuicio de advertir a las partes de la posibilidad de acudir a cualquier otro servicio, si no existe designación expresa por la parte, remite a la mediación realizada por el SATAV. Para invertir esta dinámica será esencial la aprobación de la ley que está en trámite de consulta y que permitirá contar ya con un registro de personas o entidades mediadoras debidamente colegiadas en sus colegios respectivos.

2. La segunda cuestión que se plantea es si la remisión a mediación puede ser una imposición judicial. Entiendo que el juez, una vez alcanzada la convicción sobre la procedencia de remitir el caso a mediación, debe dar audiencia a las partes. Es posible que las partes requieran un breve plazo

para valorarlo o para consultarlo con sus respectivas defensas. No creo que concurra ningún óbice procesal para ello, pues el juez puede suspender provisionalmente y, tras oír a las partes, acordar la remisión. Si ya una de ellas o las dos se manifiestan clara y tajantemente contrarias a la negociación, entiendo que el juez no debe insistir, pues la mediación obligatoria no sólo es contraria a la base b) de la disposición final tercera, sino que además, en un país con poca conciencia mediadora todavía, sólo supondría una rémora en el procedimiento, incrementando su duración y cronificando el conflicto. Sí entiendo que, aunque el magistrado puede evidenciar sus reservas, en ningún caso puede impedir la mediación, y, si lo hiciera, deberían rechazarse sus pretensiones, sin perjuicio de su facultad de vetar el convenio al que se llegue a través de la mediación. El único supuesto en el que creo cabría tal oposición sería en el muy improbable de que los menores se hallaran en una situación de riesgo y fuera necesario declarar su desamparo y posterior tutela administrativa. Mas en tales supuestos, ya de entrada, difícilmente el juez permitiría dar pie a la negociación sobre aspectos que han escapado del ámbito de decisión de los padres que, por mor de la declaración de desamparo, van a ver suspendido el ejercicio de la potestad parental.

Por ello debemos concluir que, aun cuando el artículo 79 del Código de Familia no entra en detalles, sí debe ser interpretado en consonancia con la disposición final tercera y debemos concluir que, en nuestro sistema y en este momento, la mediación ha de ser aceptada voluntariamente por las partes. Por ello, desde mi propia experiencia, cuando llego a la conclusión que todos o algunos aspectos pueden ser

objeto de acuerdo, concedo a las partes un breve plazo para que me informen si aceptan o no la remisión a mediación. Si la respuesta es negativa por ambos o por uno de los contendientes, no se suspende el procedimiento y se sigue por la vía contenciosa.

La remisión a la mediación y las fases del proceso

Durante la fase de medidas provisionales

La comparecencia de medidas provisionales es un momento especialmente delicado tanto por ser el determinante de la primera resolución judicial del conflicto como por ser la primera vez en la que los dos implicados se sitúan ya claramente uno frente al otro asistidos y, por tanto, claramente diferenciados por sus respectivas defensas. Es un momento de gran tensión, en el que se albergan muchos supuestos; parejas que llevan tiempo ya separados fácticamente e incluso con algún convenio privado, parejas que siguen conviviendo y que incluso han salido juntos del domicilio familiar, parejas en situaciones de gran enfrentamiento, etc.... lo cierto es que en muchas ocasiones la comparecencia de medidas es el instante en el que se descubren las posiciones, pues es probable que no haya transcurrido todavía el plazo de contestación a la demanda. Además, el carácter verbal e inmediato del acto permite examinar qué pruebas va a intentar proponer cada contrincante (exploración de los hijos, testigos, etc...).

¿Cómo puede el juez determinar que un asunto es mediable? Cuando el juez se encuentra ya en el acta de medidas e inicia el procedimiento, es normalmente a través de las respuestas de los directamente im-

plicados cuando puede percibir la posibilidad de mediación. Es un momento delicado para la pertinencia de las posiciones y estimo imprescindible que los letrados, en su redacción, sean especialmente asépticos y se centren en hechos, sin introducir en la posición juicios de desvalor. El juez sabrá interpretarlos y no le es en absoluto necesario ese juicio implícito. Ello es especialmente predicable a la vista de la nueva LEC, que introduce el interrogatorio verbal directo de las partes. Es importante tal control, pues el juez que intuye la posibilidad de mediación puede verse limitado en el momento de valorar la pertinencia de la prueba por las concretas expresiones usadas por las partes. Ha de ser consciente de que, si expone la posición en la forma redactada, puede colocar a una de las partes en una posición defensiva y hostil que posiblemente dificulte la mediación. Por otra parte, no pueda tener por impertinente una prueba que el hecho puede ser importante para la concreción de los efectos.

La experiencia llevada a cabo en el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona demuestra que el hecho de proceder el juzgador a emitir auto de medidas regulando la situación e incluyendo como una medida más la remisión a mediación, los resultados han sido muy satisfactorios alcanzándose múltiples acuerdos que, sorprendentemente, se alejaban en mucho de los acordados por el juez.

Si esa experiencia ha sido positiva, tal dato es razón suficiente para seguirla. Sin embargo, me pregunto si esa primera concreción no da ya cierta sensación a las partes de "vencedor/vencido", que puede dificultar esencialmente la mediación. Sería bueno escuchar la opinión de los expertos. Por otra parte, tiene la gran ventaja de dejar la situación familiar regulada durante

los seis meses que puede durar el procedimiento de mediación.

Durante la fase declarativa

Según la experiencia del Juzgado 14, es menos frecuente que tras la práctica de las pruebas las partes puedan volver a estar en situación de convenio. Pero tampoco puede dejar de destacarse que, tras el primer enfrentamiento, las partes han podido verbalizar ante el juez su posición. En fase de medidas el juez debe dejar libertad a las partes para explicar lo que ha sido la organización del pasado y para plantear la del futuro. No es necesario entrar en la historia de la relación y de su ruptura, porque este procedimiento no tiene por finalidad juzgar a las personas, ni tan siquiera tener por probados determinados hechos para emitir una sentencia condenatoria; se trata de solucionar un conflicto y regular el futuro, no de cuestionar el pasado. A ello ayudaría de forma esencial el abandono definitivo de la separación causal y nos limitaríamos a la consensual, sin perjuicio de poder probar aquellos hechos que tengan relación con las relaciones de futuro (violencia y regímenes de visitas; etc.).

Además, las partes ya han esgrimido sus armas y han visto su alcance real y, al mismo tiempo, ya han transcurrido unos cuantos meses desde la separación y se encuentran en una fase de adaptación.

La propuesta de una nueva posibilidad de consenso puede ser bien acogida; pero en estos casos la conformidad de ambas partes debe ser clara, pues la suspensión del proceso podría suponer un nuevo escollo en su resolución, además de contrariar el deber de impulso del litigio (que por otra parte compete también a los secretarios

judiciales, de los que todo el mundo parece estar olvidándose).

La conversión de la prueba pericial de dictamen de especialistas (prevista en el artículo 92 del Código Civil) en actividad de mediación

Sin entrar ahora en la compleja naturaleza de estos dictámenes, en los juzgados dotados de gabinete psico-social se emplea ampliamente este servicio para obtener una visión técnica -psicológica o sociológica- de la relación que se está enjuiciando.

La experiencia informa de cómo en muchas ocasiones el profesional designado inicia su intervención observando la viabilidad de buscar soluciones de consenso. El especialista se metamorfosea y pasa a funcionar como mediador. Si de ello resulta acuerdo y posterior convenio, no hay problema; pero, si no se alcanza el acuerdo, el especialista queda atado por su deber de confidencialidad y no podría emitir dictamen pericial. Debe regularse expresamente esta posibilidad y su engarce en el procedimiento, pues muchos jueces están exigiendo a tales técnicos su testimonio pericial, produciéndose un claro conflicto de deberes. Creo indispensable informar al juez y a los letrados de tal cambio de función y, si el resultado del intento de mediación es negativo, el propio servicio debería proceder a designar un nuevo técnico que se responsabilice del peritaje correspondiente. La cuestión a dilucidar será si las partes empezarán de cero, con el desgaste que eso supone, o, por el contrario, el nuevo perito contará con alguna información básica del anterior.

La mediación en ejecución de sentencia

En muchas ocasiones, tras un convenio de separación aprobado por sentencia se inicia un trámite de ejecución extremadamente complejo, en el que los recursos legales son claramente insuficientes para poner fin a la contienda. También las sentencias contenciosas dan pie a larguísimas ejecuciones, con resultados altamente insatisfactorios para todos los afectados.

El poco definido procedimiento de ejecución de las sentencias matrimoniales o de las sentencias que regulan el fin de la pareja de hecho resulta inapropiado para solventar las siguientes dificultades:

A. Los cambios provisionales de situación. Por ejemplo, el acceso a trabajos remunerados pero de carácter estrictamente temporal por parte de hijos mayores de edad a los que se ha otorgado una pensión alimenticia o por parte de los consortes con derecho a una pensión compensatoria; las estancias temporales de los menores, normalmente adolescentes, en el domicilio del progenitor visitador, pero sin ánimo de permanencia definitiva; los posibles momentos de colapso económico para uno de los progenitores, que pueden ser solventarse con aplazamientos o compensaciones que son inaceptables jurídicamente, pero que puedan ayudar a superar un momento concreto de crisis...

B. Los incidentes en el desarrollo del derecho de visitas. En muy pocas ocasiones los problemas en el cumplimiento del derecho de visitas se fundan en estrictos problemas de relación entre el menor y el progenitor visitador. Un porcentaje muy elevado de tales conflictos es fruto del enfrentamiento entre los progenitores por

cuestiones distintas al régimen. Desde una no-aceptación de la nueva pareja del progenitor visitador por parte del custodio, hasta un enfrentamiento por cuestiones económicas, pasando por el simple deseo de dañar al otro a través del menor, los problemas del cumplimiento del régimen de visitas son resueltos de forma desafortunada por la ley. Requerimientos personales, apercibimientos de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial, amenazas de cambiar la custodia del menor o incluso de ingresarle en un centro de protección, son medidas de escaso valor si no se resuelve el verdadero conflicto. La respuesta que está dando mejor resultado a este tipo de problemas es el recurso a los denominados *puntos de encuentro*, que en Barcelona ha empezado a promover la Asociación Catalana para el Desarrollo de la Mediación y el Arbitraje (ACDMA, 2000).

Este servicio consiste en ofrecer a las familias un espacio físico cálido y adecuado en el que poder ejercitar el derecho de visitas o en el que poder entregar y recoger al menor cuando existan graves enfrentamientos y continuas denuncias recíprocas sobre incumplimientos. Ello, obviamente, con el asesoramiento, supervisión y, si es necesario, control de personal especializado. Los objetivos de tales *puntos de encuentro* son:

- *Restablecer los lazos paterno-filiales* pese a la separación, proporcionando un espacio neutro dentro del que puedan relacionarse los padres con sus hijos y estimulando la confianza entre unos y otros, tan necesaria para que se cumpla el régimen de visitas de forma eficiente.
- *Reducir los efectos negativos del incumplimiento* del régimen de visitas, aligerando las tensiones provocadas en

el momento del intercambio y responsabilizando a las partes con las decisiones personales y judiciales.

- *Prevenir nuevos litigios.*

C. Las controversias en el ejercicio de la patria potestad. La elección de centros escolares, el seguimiento de tratamientos médicos o psicológicos concretos, la realización de gastos de naturaleza extraordinaria, las actividades lúdicas del menor... todas ellas son materias que no puede resolver el juez con la aplicación de la ley. Podrá buscar criterios lógicos y objetivos; pero su decisión ignorará las especiales concreciones morales, éticas, culturales en las que se desarrolla esta comunidad familiar. Si nos resulta absurdo plantearnos que, en épocas de normalidad familiar, pueda un tercero imparcial tomar decisiones cotidianas sobre nuestros hijos, igualmente absurdo nos ha de parecer que ese tercero las resuelva tras la crisis. La mediación pretende devolver al entorno familiar el protagonismo en las decisiones que le afectan, por ser los integrantes de la familia las personas más indicadas para solventarla.

En esta fase de ejecución es tal vez cuando más eficazmente puede intervenir la mediación para dirimir los conflictos entre las partes, puesto que el momento de la crisis ya ha pasado, las posiciones se han clarificado y los problemas se concretan y, por tanto, pueden atacarse con mayores recursos. Además la posibilidad de pactar es muy amplia.

La intervención judicial tras el convenio

Aunque pudiera pensarse que, una vez redactado y ratificado el convenio, la intervención judicial es exactamente la misma

que en estos momentos se produce al presentarse un convenio por la disposición adicional sexta, o por el cambio del procedimiento, entiendo que cuando una pareja ha recorrido el largo camino de la mediación y ha alcanzado un convenio que tiende a regular su situación concreta, el juez no puede dejar de considerar esa labor. Quiero decir que, si bien la tendencia judicial es aprobar lo estándar, de modo que las regulaciones originales o inusuales suelen producir la desconfianza -razón por la cual muchos letrados aconsejan la redacción de un convenio que nada tiene que ver con la realidad, a los meros efectos de conseguir superar el control judicial-, lo cierto es que siempre, y especialmente en estos casos, el juez debe esforzarse por comprender que la solución que se le da al conflicto trata de solucionar un caso concreto y particular y, por muy extrañas que sean las relaciones entre los implicados, si es vivida sin conflicto y de forma armoniosa, puede ser sin duda la más positiva. No olvidemos que cuando una familia vive su cotidianidad, en tanto los menores no se encuentren en una verdadera situación de riesgo determinante de desamparo, la familia es libre y soberana para estipular su forma de ordenación (una familia pasará buenamente el verano haciendo nudismo, otros se irán a una romería y otros decidirán quedarse en casa). Los padres deciden ciertamente la educación, la cultura y los valores personales y morales de sus hijos. Evidentemente, cuando los padres entran en conflicto y son incapaces de consensuar una solución a sus problemas, el juez deberá decidir por ellos. Pero si esa misma familia, con sus valores, toma un determinado camino de mutuo acuerdo, entiendo que el juez debe darles un voto de confianza, adoptando, si es necesario, medidas de control o, mejor, de

asistencia, como podría ser el seguimiento para poder valorar la adecuación del pacto. Estimo absurdo que el juez remita a las partes a mediación y, cuando regresan con un convenio, rechazarlo.

Como dice Ignacio Bolaños (s.f.), la mediación familiar parte de un presupuesto esencial: las familias tienen recursos para tomar sus propias decisiones. Cuando éstos se bloquean temporalmente en una situación de crisis es posible promover su nueva puesta en funcionamiento. Constituye una paradoja que se pretenda resolver el conflicto mediante el enfrentamiento.

Sin embargo, como el control fiscal y judicial debe existir en interés de los menores, entiendo que los convenios reguladores deberían contener una especie de *exposición de motivos* en la que pudiera explicarse detalladamente el porqué de los pactos. Los jueces son profesionales pero, antes que eso, son personas razonables que cumplen con una misión y, cuando no se produce una vulneración de la ley, cuando el pacto no es esencialmente nulo, se mueven en el terreno de lo más adecuado más con criterios sociológicos, morales, o empíricos, que con criterios estrictamente jurídicos. En esos terrenos es donde el letrado deberá convencerles. Hoy en día no está claramente regulado el camino para ese convencimiento, pero entiendo que, junto al convenio que contenga una exposición de motivos, los letrados pueden ofrecer al juzgador en escrito aparte ofrecer la información, ya documental -informes escolares- o testifical, dirigida a esa labor de convencimiento. El nuevo texto de la LEC apunta precisamente en esa dirección en su artículo 777.

Los acuerdos alcanzados pueden presentar algunos problemas:

- 1) *Son convenios parciales.* Lógicamente deberá proseguir el procedimiento contencioso sobre la partes o aspectos no consensuados pero, ¿qué hacemos con la parte sí convenida? Si la materia entra dentro de las de obligado examen judicial, se estima más adecuado llamar a las partes a ratificación; e incluso el juez podría dictar una resolución declarando tal o cual cuestión no litigiosa. No podemos olvidar que estamos modificando el objeto procesal tras los trámites de demanda y contestación. Pero si la materia escapa de las que deben ser examinadas por el juzgador, si bien es necesario que el juez conozca el pacto para poder considerar las posiciones globalmente, la mera firma de las partes del convenio privado lo dotan de eficacia como contrato privado y, por tanto, no debe ser ratificado, ni mucho menos aprobado por el juez.
- 2) *Son convenios que afectan a terceros.* Otro problema que puede plantearse -y no es nuevo, porque en ocasiones ya aparece en los convenios reguladores ordinarios- es que los acuerdos contengan compromisos con terceras personas implicadas en los juegos de intereses (abuelos propietarios de los domicilios conyugales, etc.), o que constituyen un elemento de presión esencial para uno de los progenitores... Si la materia afectada es estrictamente patrimonial, entiendo que los terceros implicados podrían firmar el convenio o un anexo al mismo pero en cualquier caso, como no son partes procesales, no deberían ser llamados a ratifica-

ción en el Juzgado. El juzgador debe estar atento al dictar sentencia y excluir expresamente de su contenido los pactos que afecten a terceros, que serán exigibles ante la vía que corresponda.

Más complicada es la solución a los temas en los que los menores se ven afectados por la intervención de estos terceros, abuelos o parientes que asumen guardas o que ejercen visitas en sustitución de hijos, o incluso obligaciones alimenticias. Proce-salmente veo difícil solucionarlo. La única vía sería través de una interpretación muy amplia de las previsiones excepcionales del artículo 103.1 del Código Civil, e interpretar que estamos ante una intervención adhesiva.

El anteproyecto de ley de mediación familiar

Como dice su exposición de motivos, esta ley da respuesta al artículo 79.2 del Código de Familia y a su disposición final tercera, regulando la mediación familiar de acuerdo con las bases establecidas en dicha disposición (voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad) y con los principios básicos que informan esta institución. Dice también la exposición de motivos que su finalidad es institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar. Siendo ese el fin de la ley, el anteproyecto me merece la siguiente valoración:

1. Estructuralmente no comparto la *distribución de su articulado*, pues mezcla las disposiciones generales con aspectos más ligados a sus características y, al entrar en el desarrollo de la mediación, se

incluyen los deberes del mediador junto a sus aptitudes y a la forma de su designación, su retribución y su responsabilidad aspectos que entiendo que deberían formar un capítulo aparte.

2. Sin embargo, tal vez lo más destacable es que, tras su lectura, queda una cierta sensación de expectativas frustradas pues entiendo que aporta poco a lo ya dispuesto en el Código de Familia dejando sólo esbozadas las *cuestiones básicas* de la mediación y remitiendo a un reglamento posterior. Estas cuestiones son:

- a) Quiénes van a ser los mediadores.
- b) Qué órgano homologará los títulos, qué composición tendrá y con qué criterios hará las homologaciones.
- c) Cuál va a ser exactamente el trámite para tener acceso a la mediación gratuita.
- d) Cómo se va a estructurar la mediación mixta.
- e) Regular claramente la mediación pública, con reconocimiento de gratuidad si es posible, y diferenciarla nítidamente de la mediación privada. Comparto con la Sección de Resolución Alternativa de Conflictos del Colegio de Abogados de Barcelona su crítica al planteamiento general; no se sabe con certeza si el objetivo de la Ley es la creación del denominado *Centro de Mediación Familiar* o la organización en general de la mediación. Entiendo que debería haberse inclinado por la segunda opción, dando preferencia a las características de la mediación.

3. *El Centro de Mediación Familiar*. Personalmente estimo que debería buscársele un nombre distinto, pues "centro" se

liga más a la ubicación física de un servicio que al verdadero órgano. Además, entiendo que se asemeja demasiado a centros de planificación familiar y aún puede darse alguna confusión.

En cuanto a sus funciones, destacar favorablemente las de fomento y difusión que estimo imprescindibles para el éxito de su implantación, así como su carácter investigador e incluso consultivo. De igual forma me parecen acertadas sus funciones como registro de personas mediadoras y como entidad que homologará los títulos y gestionará el derecho a la gratuidad y que designará al mediador en caso de falta de acuerdo. El problema es que estos dos aspectos básicos han quedado meramente esbozados y ello dificulta enormemente su aplicación.

La crítica más clara que va a realizarse a su regulación es la relativa a la función de *evaluación*, pues difícilmente puede casarse esa finalidad evaluadora con la confidencialidad de las sesiones y más si lo ligamos a su función de elaboración de informes que le pida el titular del Departamento de Justicia. Este mecanismo de control me parece absolutamente rechazable y puede frustrar la aceptación de la mediación. Sinceramente, no comprendo su necesidad. El control del contenido de los pactos es estrictamente judicial y sobre el funcionamiento material de la mediación, la información al público es la mejor garantía de un buen servicio. Si lo que pretende realizarse es una labor estrictamente estadística, el término "evaluación" no es correcto o, cuando menos, induce a error. Nuevamente en el artículo 23 se habla de la necesidad de remitir un impreso normalizado al centro con los datos relativos a la mediación a los efectos de *verificación*, lo que produce sensación de fiscalización.

4. *Las personas legitimadas y el ámbito de la mediación.* El artículo 3 diferencia entre las parejas casadas y las que mantienen otro tipo de uniones (reconocidas legalmente o no). En relación con las primeras, admite la mediación en los siguientes supuestos:

- En las crisis de convivencia previas al procedimiento judicial, bien sea una mediación dirigida a su superación (terapia familiar), bien a la canalización consensuada de su resolución.
- En la elaboración de acuerdos dentro de una separación o divorcio contenciosos.
- En la elaboración de acuerdos respecto de las medidas y efectos de las sentencias de nulidad de matrimonio civil o de la homologación de las sentencias eclesiásticas de nulidad de matrimonio canónico.
- En ejecución de sentencia de separación, divorcio o nulidad o resoluciones homologando resoluciones canónicas de nulidad.
- En modificación de sentencia por cambio de circunstancias.

En relación con las parejas casadas, la ley recorre los múltiples procedimientos posibles y no parece descartar conflictos estrictamente patrimoniales.

Contrariamente, otras uniones legales y de las parejas de hecho que caen fuera de la ley, limita la controversia a los problemas que afecten a los hijos comunes, sin que pueda comprenderse la discriminación a las parejas homosexuales -que forman relaciones familiares-, ni a la posibilidad de mediar en cuestiones patrimoniales, admitidas a la pareja casada.

Como se ha dicho al principio, se descartan los problemas directamente con terceros, aunque sean familiares, e incluso los problemas dentro del propio seno familiar no necesariamente ligados a una separación (por ejemplo, las controversias en el ejercicio de la patria potestad).

5. *La gratuidad de la mediación.* El artículo 2 dice que es el centro quien debe gestionar el reconocimiento del derecho a la gratuidad de la mediación a los que no tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Ligando este artículo al 7, se deduce claramente que las personas que ya tengan este derecho, en el curso del procedimiento familiar que sea, acceden directamente a la gratuidad. Es un acierto. Los términos generales del artículo 7 son acertados, pero incompletos:

- ¿Cuáles son las condiciones necesarias para acceder a la mediación gratuita?
- Si una de las partes no tiene reconocido el derecho y se ha utilizado mediación pública, ¿qué es exactamente lo que tiene que pagar?
- El límite de la nueva gratuidad -un año- me parece correcta sobre todo por la posibilidad de excepcionarla.
- Falta por resolver el trámite, el órgano que resuelve, el recurso o impugnación.

6. Al hablar del carácter tan personal de la mediación, me parece excesivo limitar absolutamente la intervención de representantes porque puede llevar a entender que la ley prohíbe la *mediación mixta* que personalmente estimo básica

7. Dentro ya del desarrollo de la mediación, en cuanto a su inicio, ¿sería más

adecuado introducir la intervención judicial del artículo 79.2, aunque sea por fidelidad al texto y a la realidad?

8. En relación a la duración, ya aclara que el cómputo del plazo arranca con la sesión inicial, de la cual estimo que debería informarse al juez.

No comprendo porqué la prórroga tiene que acordarla el Centro; debería quedar en las manos de las partes y del mediador.

Tampoco entiendo porqué la prórroga ha de ser de un mes cuando el CF dice claramente que la prórroga lo será por otros tres meses más

9. El artículo 20 habla del acuerdo, acuerdo que si debe acceder a un proceso deberá ir firmado por el letrado. La ley no regula esa intervención del letrado ni en la parte final. Insisto en la necesidad de aclarar esta mediación mixta o esta intervención.

Asimismo se habla de la necesidad de que el mediador comunique los acuerdos al juez en un plazo de ocho días, pero *acuerdos* no es exactamente lo mismo que *convenio*. ¿Cómo deberán contarse esos 8 días? Y ¿qué sucede si se incumplen? Imponer un plazo sin prever la respuesta a su incumplimiento es un tanto absurdo.

Referencias

- ACDMA (2000). *Proyecto Marco de Puntos de Encuentro*. Barcelona.
- Bolaños, I.J. (sin fecha). *Mediación Familiar de procesos contenciosos de separación y divorcio en el contexto judicial*.
- Bustelo Eliçabe-Urriol, D.J. (1999). *Mediación y Derecho, encuentros y desencuentros. Congreso Internacional de Mediación Familiar*. Barcelona, Octubre.

- Coy Ferrer, A. (1999). La Mediación: Una nueva metodología profesional. *Congreso Internacional de Mediación Familiar*. Barcelona, Octubre.
- Mastropaolo, L. (1995). *Mediación Familiar en la Asistencia Pública*. Curso de mediación y terapia familiar impartido por el Hospital de San Pablo en Marzo de 1995.
- Méndez, E. (1996). *La experiencia de mediación intrajudicial en la Administración de Justicia*. Informe resumen del encuentro realizado en el Centro de Estudios del Menor y de la Familia.
- Ortuño Muñoz, P. (1999). *La Mediación familiar intrajudicial. Un reto para la práctica del derecho de familia*. Curso de Formación continua del CGPJ. Valladolid, Marzo.
- Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la Víctima (2000). *Programa de mediación civil en el ámbito de la familia*. Barcelona