

¿Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial?

José Luis SARIEGO MORILLO
Abogado de familia

Resumen

La disyuntiva en la que se mueven actualmente los poderes públicos involucrados en legalizar o dar una cobertura legal a la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos en procesos de familia, es la decisión de establecer la mediación como un servicio más, adscrito y dependiente de los juzgados, o simplemente como un sistema verdaderamente alternativo, que no dependa de la estructura orgánica de los juzgados y que quedaría fuera de sus competencias. Se discute si los equipos responsables de la mediación deben estar integrados por funcionarios adscritos a los juzgados o, por el contrario, deben ser independientes de la estructura jerárquica de la Administración de Justicia y trabajar con las partes en conflicto desde la imparcialidad, la igualdad y la confidencialidad.

Palabras clave: mediación familiar, mediación intrajudicial, mediación extrajudicial.

Abstract

Legislators involved in establishing legal coverage for mediation in family law procedures are at the present moment facing an important dilemma. They must choose between defining mediation as a service ascribed to and dependant of the Courts of Justice, or as a truly alternative and independent system, not integrated in their structure and thus out of their jurisdiction. The position of the mediators is also discussed in similar terms, analysing whether they should be civil servants assisting the Courts of Justice or teams independent of the hierarchical structure of the Justice Administration, assisting the parties in conflict and subject to the principles of impartiality, equality and confidentiality.

Key words: family mediation, in-court mediation, out-of-court mediation.

El autor es miembro de la Asociación para la Promoción de la Mediación en España y de la Asociación Promedia, de Andalucía.

Dirección: c/ Imagen, 10, 6°. 41003 Sevilla. *Correo electrónico:* sariego@arrakis.es

Somos pocos los profesionales del derecho que hemos trabajado en técnicas de mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos. Esto ocurre porque la abogacía, en general, trabaja dentro de un sistema legal donde hay que tomar partido, ya que se deben defender los intereses de los clientes y, por ende, es muy difícil actuar con imparcialidad y neutralidad ante un conflicto. Se escucha a muchos letrados decir que llevan años haciendo mediación; pero no es cierto, porque los abogados que logran acuerdos en casos de rupturas matrimoniales únicamente proponen a sus clientes (parejas en conflicto) las soluciones que la ley permite y, fundamentalmente, buscan lograr acuerdos justos, equilibrados desde el punto de vista económico y legalmente aceptables.

Experiencias de mediación intrajudicial en nuestro país

Ya desde hace bastante tiempo se han llevado a cabo en nuestro país experiencias piloto de mediación dentro y fuera de los juzgados. En mi opinión y a la vista de los datos disponibles, las experiencias que mejor resultado están dando son aquellas en las que intervienen equipos multidisciplinarios al margen de cualquier estructura orgánica o de poder, como la que existe en un juzgado.

Así, la UNAF (Unión de Asociaciones Familiares) emplea desde hace varios años equipos que trabajan en mediación conformados por profesionales de la abogacía, la psicología y el trabajo social; con cuya intervención se alcanzan acuerdos que parten de una visión global de la situación de todos los miembros de la familia, se proyectan hacia el futuro y, tras el seguimiento

que de ellos se hace, apenas dan problemas en su puesta en marcha.

Otra experiencia muy positiva, aunque en mi opinión basada excesivamente en el marco de la psicología, es la llevada a cabo desde hace años por el centro *Apside* dentro del programa de *ATYME*, subvencionado por el Ministerio de Asuntos Sociales. Esta experiencia tuvo muy buenos resultados ya que, al ofrecer una mediación extrajudicial, las personas acuden a él de forma totalmente voluntaria y en pie de igualdad con los mediadores. Según Bernal (1998), los resultados de esta experiencia son patentes: el 80,7% de las parejas que acudieron a este servicio llegaron a acuerdos y en las fases de seguimiento que se hicieron la mayoría obtuvo un menor grado de incumplimiento que en otros procesos de separación y/o divorcio no sometidos a mediación.

Las experiencias llevadas a cabo en juzgados a través del recurso a sus equipos psicosociales, sobre todo en Madrid y Barcelona, han resultado muy satisfactorias, sobre todo teniendo en cuenta los datos ofrecidos por dichos juzgados y por los profesionales de los equipos intervinientes; pero no son del todo fiables, por cuanto no existen estudios sobre el seguimiento de dichos casos.

Así, contamos por ejemplo con la experiencia del juzgado número 22 de Madrid, donde se han llevado a cabo experiencias piloto en las comparecencias de medidas provisionales y otros procesos familiares, en las que el juez, auxiliado por un psicólogo de los juzgados, invita a las partes a llegar a acuerdos, si no totales, al menos de forma parcial. Se les conmina luego para que dejen los desacuerdos para el proceso principal o incluso para que,

durante el proceso y con más tiempo, las partes puedan ponerse de acuerdo.

La bondad de este tipo de sistema puesto en marcha en el juzgado de Madrid es que las personas en conflicto sienten que se les da un trato más humano. Sin embargo, esta experiencia se puede calificar más como conciliación que como mediación, ya que al menos una de las partes no está allí voluntariamente, por lo que no podemos hablar de mediación.

La valoración que hace Ibáñez (1999) de esta experiencia me parece discutible. Señala el beneficio que representa para el juzgado en términos de ahorro de tiempo, de trabajo, etc. Esto es, como siempre que se hace una experiencia piloto desde la Administración, se valora por encima de todo con criterios administrativistas, como son eficacia, agilidad, etc. No se indica, en esa elevada proporción de acuerdos, cuántos han tenido validez en el tiempo, o si, por el contrario, las mismas familias se han visto abocadas a solicitar modificaciones de esos acuerdos. En esta experiencia no existe dato alguno sobre el seguimiento que debe darse en todo proceso de mediación, porque no estaba prevista en estos programas la fase del seguimiento, ya que va más allá de la intervención de la Administración de Justicia.

Entiendo que es erróneo querer ver en la mediación un sistema para agilizar los juzgados. Si lo que se pretende es utilizar la mediación como un órgano más de la Administración de Justicia, caeremos de nuevo en la trampa de tener dos opciones para resolver los conflictos con objetivos idénticos, estos es, aceptables desde el punto de vista jurídico, pero no en el resto de los ámbitos. Así, tendremos el sistema judicial puro (procedimiento y sentencia) y el judicial con ayuda de un equipo psicoso-

cial que utiliza técnicas de mediación; pero, a la postre, las partes se seguirán viendo sometidas a las estructuras de poder de la administración y las soluciones que se propondrán serán acordes a lo que la ley pide, no a lo que las partes puedan decidir, como por ejemplo establecer la custodia biparental, o compensar la pensión de alimentos de los hijos.

La mediación en nuestro país no es una especialidad profesional definida como tal. Lo que ha ocurrido es que, al afrontar conflictos en rupturas de parejas e incluso en otros ámbitos sociales (laboral, penal, familiar, asistencia social, educación, etc.), los profesionales que tenían contacto con este tipo de conflictos sociales descubrieron que las respuestas que el Estado o la Ley daban y siguen dando como solución a los conflictos generados, no son del todo satisfactorias.

Basta ojear la prensa diaria, los manifestos, propaganda y reivindicaciones de las asociaciones de mujeres separadas, por un lado, y, por el otro, las de las asociaciones de hombres separados para comprobar que ambas partes se quejan de los problemas que surgen a quienes pasan por este tipo de conflicto social y que las soluciones que dan las leyes no satisfacen a casi nadie. Incluso en asociaciones de hijos de padres separados o divorciados, también se quejan de que los Juzgados no solucionan sus problemas. Esto es, nuestra actual Ley del Divorcio, no está dando respuestas a los problemas de la gente que acude a un juzgado. Estamos en lo mismo, los equipos de mediación intrajudicial no podrán proponer soluciones distintas a las que dicta la ley y por ello serán insatisfactorias.

Una experiencia interesante, que recoge Ibáñez, De Luis, Coy y Benito (1994), es la del Estado de California, donde la

mediación intrajudicial es preceptiva. Según estos autores, sería interesante implantar en nuestro país un sistema similar dentro de la organización de los Juzgados de Familia. Esta experiencia no se ha desarrollado en nuestro país más que de una forma permisiva y de carácter voluntario, pero no cumpliendo el mandato judicial que se les remitió. Esto es, determinadas personas de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados han aplicado estrategias de mediación cuando se les había pedido una valoración psicológica por parte del Juzgado y han logrado que las partes acercaran sus posturas e incluso que llegasen a acuerdos. Creo que la mediación preceptiva es un logro al que le quedan muchos años por llegar ya que, hoy por hoy, con la poca cultura de mediación existente en nuestro país, para que la mediación tenga futuro deberá comenzarse por un sistema voluntario; aunque si viene sugerida por un juez, puede perder desde ese mismo momento su carácter voluntario. Una crítica que se hace muy a menudo del sistema preceptivo de mediación es que las partes se pueden ver obligadas a realizar una mediación en casos donde se han ocultado datos en la solicitud de divorcio o separación y, ya dentro del proceso de mediación, se detecta que han existido abusos o violencia, que se han creado grandes desigualdades. Entonces la mediación no es posible, pero ¿podrá utilizarse esa información más tarde en el proceso contencioso?

Estas experiencias llevadas a cabo por determinados equipos psicosociales son loables en cuanto a sus fines y objetivos, pero creemos que vuelven a confundir mediación con estrategias de mediación utilizadas dentro de una estructura orgánica de la Administración de Justicia, que hacen que la verdadera dimensión de la

mediación se pierda, ya que, hemos de recordarlo, al menos una de las partes no se encuentra allí voluntariamente.

Nos encontramos también con el programa piloto que se intenta poner en marcha desde el Juzgado número cinco de Familia de Málaga, en el que se informa sobre la existencia de la posibilidad de que las partes en conflicto puedan acudir al servicio de mediación que desarrolla el equipo psicosocial adscrito al Juzgado. Ésta es una buena idea, pero tiene, además de los inconvenientes mencionados, el problema de que si sólo existe un equipo psicosocial y las partes no llegan a un acuerdo, no podrá intervenir en ninguna valoración posterior que se haga después a dicha familia en la fase de prueba psicosocial.

Creo, por tanto, que estas experiencias no son mediación, a pesar que determinados autores de prestigio (Ibáñez, De Benito, etc.) sigan insistiendo que sí lo son. Cuando se trabaja desde la administración se podrá poner mucha voluntad, pero no se puede evitar que las personas que acuden a estos equipos por mandato judicial no se sientan del todo libres.

En mi experiencia profesional he podido comprobar que personas que habían sido sometidas a tentativas de mediación por parte de los equipos psicosociales de los juzgados, en el momento de la prueba judicial de valoración por parte del equipo adscrito a los Juzgados, dentro de un proceso contencioso, decían sentirse examinadas por profesionales que ya tenían una idea preconcebida de cada parte y del conflicto. Algunas personas han firmado o llegado a acuerdos a través de estos equipos, pero salían con la sensación de haber renunciado a derechos que creían poseer, o se habían sentido forzados/as a firmar acuerdos con los que no estaban del todo

conformes porque temían que, si se negaban, pudiera ser utilizado en su contra ante el juez.

Otra cuestión detectada en este tipo de acuerdos firmados por mediación de los equipos psicosociales es que se circunscriben a problemas planteados ante el juzgado y se olvidan de otros aspectos de la situación familiar que más tarde provocan conflictos no previstos o no planteados.

A los despachos de abogados de familia nos llegan, más a menudo de lo que parece, casos de familias que firmaron acuerdos elaborados por abogados y que, al poco tiempo, han comenzado a dar problemas. Entre estos casos, algunos que habían sido consensuados a través de los equipos psicosociales de los juzgados y a los que los abogados de las partes no se opusieron quizá por temor profesional a ser considerados poco conciliadores.

En resumen, a la hora de evaluar los resultados de las experiencias llevadas a cabo en nuestro país, la balanza se inclina a favor de las experiencias que se han podido hacer fuera del ámbito judicial, porque han trabajado la mediación desde la imparcialidad y neutralidad absoluta, con una metodología multi e interdisciplinar y, sobre todo, porque las familias y/o parejas han acudido a la mediación de forma totalmente voluntaria. Las experiencias intrajudiciales han sido muy positivas, pero han sido eso, experiencias piloto, donde se ha contado con la experiencia de equipos que llevan años trabajando sobre conflictos familiares, pero que tan sólo podían utilizar estrategias de mediación, pero no mediación en mi opinión, ya que faltaban elementos propios de la mediación, y coincidían con sistemas de conciliación y técnicas de gestión de conflictos.

Insisto en que he escuchado a personas que trabajan en la Administración de Justicia, jueces o psicólogos, decir que hacían mediación en sus juzgados, pero creo que es hora de dejar claro que desde una estructura judicial, no se puede hacer mediación; se podrá utilizar técnicas de mediación, de negociación, gestión de conflictos y llegar a soluciones que deben ser aceptadas en última instancia por los jueces, y por ende, jurídicas. Pero la mediación va más allá de lo que la ley, los jueces y fiscales pueden decretar y aceptar.

Sostiene Antonio Coy, y estoy de acuerdo totalmente en ello, que la mediación consiste fundamentalmente en educar en una forma distinta de regular las relaciones interpersonales y por ende, de aprender a resolver los conflictos de otra forma.

Se puede decidir desde un juzgado someter un conflicto familiar a mediación; pero, ¿quién lo decide?, ¿el juez, por serlo?, ¿las partes en conflicto? Si es el juez quien decide, ya no se podrá hablar de mediación, sino de trabajo en mediación a través de un órgano del juzgado. Y si son las partes, serán los abogados los que decidan aconsejar hacerlo o no. Algún abogado/a con el que he podido hablar de este tema, mantenía en privado que él/ella aconsejaba a sus clientes que se sometieran a la mediación sugerida por el juez, porque así el juez valoraría en un futuro su carácter conciliador. ¿O acaso un abogado se va a enfrentar a un juez que sugiere que su cliente debe ir a un proceso de mediación? Esto es, estos abogados asesoraban o aconsejaban la mediación intrajudicial, olvidando el interés de su cliente. Nos topamos con la ética profesional, en el sentido que los abogados deberán renunciar defender lo que creen que son los intereses legítimos

de sus clientes. ¿Cómo evitaremos que esto ocurra?

Carencias que plantea la mediación intrajudicial

Hay que partir del hecho que en cualquier resolución de un conflicto social el Estado responde con la aplicación de la ley y, por ende, los jueces dictan resoluciones de conflictos acorde a lo que establecen dichas leyes. Está demostrado que las leyes van muy retrasadas respecto a la realidad social y, las más de las veces, su aplicación a casos concretos se hace del todo insostenible.

Así, por ejemplo, no se puede desde un juzgado de familia establecer el derecho de visitas al ex-marido de la madre de un menor si no existe otro vínculo legal que una a dicho menor con el ex-marido de su madre. Pero, ¿cuántas veces hemos visto a un hombre casado con una mujer que tenía un hijo de una relación anterior, que este hombre ha vivido y convivido con ese menor durante años y, cuando llega el momento de la ruptura, no es posible establecer de forma legal un derecho recíproco de visitas y contacto entre el menor y el que ha sido esposo de su madre?

Como éste, existen multitud de casos que no contempla la ley, como -otro ejemplo- el de parejas que conviven con los padres de uno de sus miembros. Supongamos el caso de una pareja que tiene a la madre del esposo conviviendo en la misma casa, se produce una ruptura matrimonial y la solución legal es que el marido salga del domicilio conyugal; ¿qué derechos tiene la madre del esposo a permanecer en dicha casa?, ¿podría el esposo visitar a su madre en la casa de su ex-esposa?

La casuística en asuntos de familia es ilimitada, ya que existen y surgen modelos

de familias distintas a las tradicionales que no encuentran ninguna respuesta o solución a sus problemas y conflictos en la ley ni en los juzgados. Entonces, ¿cómo resolverán estos casos los equipos de mediación intrajudicial si no llegan al juzgado?

Es positivo que la mediación pueda ser un servicio público, pero no que su sede y dependencia funcional esté bajo la autoridad de un juzgado, porque es discriminatorio para aquellas personas cuyos problemas no pueden presentarse por ley ante un juzgado de familia. Pensemos, por ejemplo, en las personas que viven en ciudades y pueblos donde existen Juzgados que no tienen equipos psicosociales en su estructura organizativa. Nunca podrían tener acceso a este sistema de mediación.

La Ley de Protección de Menores de 1996 ha desarrollado determinados supuestos en los que se puede acudir a un juez a pedir que resuelva una situación conflictiva en la que está involucrado un menor, sea cual sea su situación familiar; pero en la práctica judicial tampoco este tipo de sistema resulta lo mejor para los menores involucrados y pocos son los casos susceptibles de mediación cuando entran en un Juzgado.

En Cataluña, como resultado del desarrollo del Código de Familia, está en curso la aprobación de la Ley de Mediación Familiar que, en mi opinión, adolece de un defecto esencial: la mediación se podrá llevar a cabo en los casos en los que estén implicados menores, pero no se contempla en otros supuestos, como por ejemplo en el caso de las parejas sin hijos (al menos esto es así en el texto del anteproyecto).

En ninguna ley aparecen recogidos los derechos de los hijos mayores de edad cuando sus padres deciden divorciarse. Con la puesta en marcha de la nueva Ley

de Enjuiciamiento Civil parece que esto va a cambiar, pero habrá que esperar unos años a ver cómo se va haciendo. Tampoco pueden ser objeto de proceso de mediación intrajudicial los casos en los que padres y madres se enfrentan a las autoridades de protección de menores, en los casos de oposición a declaraciones de desamparo, de oposición a propuestas de adopción, etc. El fiscal que interviene en este tipo de procesos no podría admitir en ningún caso una resolución al margen de su defensa del interés de los menores. Una característica de la mediación es que se tiene en cuenta el interés de los menores involucrados en el conflicto familiar, pero hasta cierto punto, ya que últimamente se discute cuál es el interés de un menor y quién decide cual es lo mejor para los menores. A veces, las partes en conflicto encuentran soluciones tales como la custodia biparental conjunta y, en estos casos, las fiscalías se suelen oponer sistemáticamente a este tipo de soluciones. ¿Cómo podrá proponer el equipo de un juzgado soluciones que no son aceptadas desde el ámbito judicial o fiscal? Esto es, como quiera que partimos de la base que los conflictos se desarrollan en familias de perfil tradicional, sólo se permiten soluciones tradicionales, pero no soluciones realmente alternativas.

Otra carencia que no se tiene muchas veces en cuenta por parte de los defensores de la mediación intrajudicial, es la tesis mantenida por Parkinson (1987) cuando llega a la conclusión de que hay familias que cronifican de tal forma sus disputas que no sabrán relacionarse más que dentro de un contexto conflictivo (procedimiento judicial).

Se está defendiendo la posibilidad de reconducir a través de la mediación intrajudicial cualquier proceso familiar desde

los juzgados de familia, sea cual sea la fase en la que se encuentre (medidas provisionales, fase probatoria, ejecución de sentencia, etc.) pero ante esta tesis, planteo algunas cuestiones que hemos de tener en cuenta, antes de defender a ultranza este sistema:

- Existen muchos casos en los que las familias llegan enfrentadas tras meses de soportar situaciones conflictivas.
- Existen escritos de las defensas presentados en los juzgados donde se han empleado frases acusatorias entre las partes.
- Existen menores, en muchos casos, que son objeto de disputa entre las partes y, por tanto, las relaciones familiares y parentales están muy deterioradas.
- Las partes no se sienten con libertad de expresión ante un juez y se sienten coartadas ante la presencia judicial.
- La realidad judicial de la familia y de los problemas planteados no tiene en muchas ocasiones que ver con los problemas reales (maltrato oculto, situación de penuria económica simulada, utilización de pruebas preconstituidas que no recogen la realidad, maltrato simulado, acusaciones falsas sobre alcoholismo, drogadicción, violencia, etc.).
- Opiniones encontradas de las defensas (abogados/as).
- Cada parte piensa que tiene unos determinados derechos mínimos exigibles, a los que no piensan renunciar.
- Lejanía de las posiciones y de los derechos reclamados (por ejemplo, una parte exige una pensión de 100.000 ptas. y la otra sólo está dispuesta a pagar 30.000 ptas.).
- Si no existen equipos psicosociales en los juzgados, ¿de dónde sacamos equipos de mediación?

- Escasa o nula preparación de los equipos existentes en la práctica de técnicas de mediación con una preparación adecuada y una metodología expresa.

Estos son sólo algunos de los inconvenientes que nos podemos encontrar cuando se le propone a las partes desde el juzgado acudir al servicio de mediación intrajudicial. Por ello los jueces deberían de ser asesorados previamente por profesionales de la psicología y, siguiendo la tesis de Haynes y Haynes (1989), tendrían que valorar varios aspectos antes de tomar en consideración si un caso puede ser sometido a mediación:

1. Que los niveles de conflicto sean moderados.
2. Que exista una motivación real de las partes para llegar a acuerdos.
3. Grado de confianza que ofrece el proceso a las partes, en el caso que sea obligatorio.

También debería tener conciencia el juzgado a la hora de remitir un conflicto judicial a la mediación, si de verdad contamos con garantías para que la mediación cumpla los principios mínimos para ser considerada mediación como, por ejemplo, los establecidos en el Congreso Internacional sobre Mediación celebrado a finales de 1999 en Barcelona, en el que entre sus conclusiones recogía que la mediación deberá cumplir como mínimo con los siguientes principios:

- Voluntariedad
- Libre decisión de las partes
- Neutralidad
- Imparcialidad
- Confidencialidad
- Profesionalidad

Veamos otra serie de problemas que se nos plantean, desde otros ámbitos.

Cuando defendemos los intereses de los padres y maridos, nos encontramos con la poca fe que éstos tienen del trabajo de los equipos psicosociales de los juzgados, que siguen en el 95% de los casos aconsejando la custodia monoparental a favor de las madres. Desde asociaciones de hombres separados se da la consigna de evitar al máximo el acudir a estos equipos psicosociales. ¿Cómo vamos a convencerlos que acudan a los mismos para un intento de mediación?

Por otro lado, las asociaciones de mujeres acusan a los equipos psicosociales de ser muy benévolos con los hombres, ya que incluso se permiten visitas de los hijos, cuando han existido malos tratos en el parecer de la madre. Algunas asociaciones de mujeres no están por la labor de acudir a la mediación, porque entienden que las leyes les dan más derechos que los que obtendrían en un proceso de mediación.

Si en asociaciones de uno u otro tipo se orienta a las partes sobre sus derechos respecto al otro, ¿cómo podrá trabajarse la mediación con estas personas si tienen esa idea preconcebida, porque se lo ha dicho su asociación?

Creo que para iniciar una mediación, las partes deben estar de acuerdo de partir de cero, ya que desde la mediación se trabaja como si la separación fuera una solución en sí misma y no un problema a resolver. Otra cosa es, que la separación trae consigo problemas de distinta índole para los cuales habrá que buscar una respuesta aceptable para el conjunto de la familia.

Un problema que creo insalvable es el hecho de que los equipos psicosociales podrán ayudar a encontrar soluciones a los problemas familiares planteados, pero ¿y a

los no planteados? ¿Cómo podrán ayudar a familias que viven de un negocio, o que no tienen recursos para sobrevivir, o afrontar situaciones de desempleo, etc.? Esto es, los problemas familiares desde el punto de vista psicosocial se podrán afrontar, pero los equipos psicosociales necesitarán a su vez expertos en otros temas que puedan asesorar en temas de reparto de beneficios industriales, asesores fiscales que prevean las consecuencias fiscales de los acuerdos, o cómo repartir o administrar los ahorros, garantizar que se haga una administración de los bienes de la familia de forma honrada y sin posibilidad que uno de los miembros pueda aprovecharse del desconocimiento de determinadas materias de la otra parte y del/a mediador/a. Si dejamos que, tras la mediación, los abogados tengan que dar su opinión, siempre estarán de acuerdo con soluciones que sobre una negociación de tipo humanista se haya realizado la mediación; pero habrá los flecos legales (mercantiles, bancarios, hipotecarios, fiscales, civiles, administrativos, de salud, etc.) que quedarán en el tintero. Y esos flecos serán aprovechados más tarde, provocando que los acuerdos fracasen, porque la mediación proporcionó soluciones en apariencia terminales, pero en la realidad poco duraderas.

¿Por qué la mediación extrajudicial obtiene tan buenos resultados y perduran en el tiempo más que el resto de acuerdos no realizados desde la mediación privada? Porque la mediación privada trabaja desde la voluntariedad y a estas personas no sólo se les gestionan sus conflictos y se buscan soluciones, sino que se les educa en una forma distinta de relacionarse y, por ello, se resuelven las disputas y conflictos de forma distinta a la tradicional.

Posibilidades de la implantación de la mediación dentro de la Administración de Justicia

La Justicia está en crisis. A 31 de diciembre de 1998 existían 1.963.246 asuntos sin resolver en los juzgados españoles, esperando sentencia (CGPJ, 1998). La Administración de Justicia no está dando respuesta a los problemas de la gente y ello hace que aparezcan otras formas de resolver los problemas (arbitraje, mediación, etc.)

Según datos del Consejo General del Poder Judicial, el número de jueces y magistrados con los que cuenta la Justicia española es de 3.591. Si tenemos en cuenta que en los tres últimos años han entrado en los juzgados una media de seis millones de pleitos al año, tenemos que cada juez, en teoría, tiene que dictar 1.671 sentencia anuales; sin contar las numerosas decisiones que deben tomar en cada una de las fases procesales.

Sabemos que desde el Consejo General del Poder Judicial, así como desde la oficina del Defensor del Pueblo y de instancias autonómicas que tienen competencias en materia de Administración de Justicia, se piden más recursos, ya que los actuales son del todo insuficientes. Se piden más jueces, más funcionarios, más equipos psicosociales, etc.; pero el dinero no llega. Al parecer, existe otro tipo de prioridades.

La encuesta realizada por el CGPJ a los jueces y magistrados da como resultado que un 38% opina que la Administración de Justicia no anda bien por falta de recursos y que un 35% lo achaca a las leyes que tenemos y un 26% a la intervención de los abogados, que dilatan los procesos con argucias legales. (CGPJ, 1998). Los pro-

pios jueces y magistrados opinan en un 70% que la justicia española es muy mala o mala, mientras sólo el 30% opina que es buena o muy buena.

Los equipos psicosociales adscritos a juzgados de familia (sólo en capitales de provincia y no en todas) tienen un atasco que media entre los seis y diez meses. Si pensamos que antes de llegar al equipo psicosocial las partes en conflicto se han llevado casi seis meses de proceso legal o preparación para el mismo, se entiende que lleguen enconadas y enfrentadas a la intervención del equipo psicosocial.

Si se encarga hacer mediación familiar a los equipos existentes, lograremos que tengan más trabajo que ahora (cuando ya son insuficientes) y, en cualquier caso, no garantizamos que el procedimiento acabe en un acuerdo con visos de futuro.

Si seguimos las tesis de Marlow (1999) y otros expertos en mediación, para que ésta tenga posibilidades de salir adelante con visos de ser efectiva en el futuro, es más que aconsejable que las partes sean asesoradas por un solo abogado mediador, ya que si existe un abogado asesorando a cada parte en conflicto, los puntos de partida en la fase de negociación serán muy dispares como para permitir llegar a acuerdos.

Los datos del Estado de California (donde la mediación previa al proceso es obligatoria) nos dan la respuesta: En la mayoría de los casos donde existen dos abogados, defendiendo o asesorando cada uno a una de las partes antes de entrar en la mediación, el resultado de la mediación es parcial o inexistente. ¿Por qué? Porque los abogados habían dado a cada parte consejos de cuáles serían sus derechos mínimos exigibles tan dispares entre sí que las soluciones intermedias que encontraban en el

proceso de mediación suponían una renuncia muy grande a lo que las partes creían ser sus derechos.

Por ello, antes de comenzar a establecer equipos de mediación en los juzgados, deberíamos afrontar con seriedad la preparación de los abogados para este futuro, ya que en caso contrario, la indisposición de los abogados a este tipo de sistema puede dar lugar a un rechazo y, a la postre, a un fracaso de los intentos de poner en marcha la mediación en los juzgados.

Otra cosa que deberíamos hacer es comenzar a trabajar con los jueces y fiscales, a fin de que fueran aceptando que la mediación puede dar respuestas a conflictos; respuestas distintas a las que ofrece la ley, pero no por ello menos aceptables. Si se apuesta por la mediación, no tiene sentido que luego se echen para atrás los acuerdos por no ajustarse a los criterios de bondad legal de jueces y fiscales.

Si no somos capaces de ser algo más imaginativos estaremos abocados al fracaso en el intento de poner en marcha sistemas de mediación en los juzgados de familia. Ya tenemos en nuestro país la experiencia de los centros de mediación, arbitraje y conciliación en los problemas de tipo laboral y sabemos que en muchos casos sólo son un funcionario más, que está más preocupado por tomar los datos estadísticos que el Ministerio de Trabajo le exige registrar que por lograr cualquier intento de mediación. La ley laboral obliga a las partes a acudir a los centros de mediación, pero sólo como paso previo para ir al juzgado. Sólo se consiguen conciliaciones en aquellos casos en los que las partes previamente se han puesto de acuerdo porque necesitan el acta de conciliación para resolver la situación administrativa del conflicto.

Por ello, nos podemos ver abogados a una situación similar a la de otros países donde existen mediadores intrajudiciales, que ayudan a resolver algunos conflictos, pero sin un seguimiento correcto, por lo que muchos casos regresan a los tribunales; bien sea por incumplimiento de alguna de las partes, o bien porque no se previeron con antelación los problemas de poner en marcha los acuerdos, o porque una de las partes sintió luego que no firmó libremente el acuerdo.

La mediación debe ser un campo de trabajo multidisciplinar, donde tengan cabida la psicología, la abogacía, el trabajo social e incluso, la medicina.

Hemos comprobado que muchos acuerdos logrados por abogados tras una negociación, que aparecen como casos resueltos por mutuo acuerdo en las estadísticas judiciales, la mayoría de las veces se prolongan de modo inesperado. Se suceden incumplimientos de acuerdos, denuncias, enfrentamientos, etc. porque las partes y sus abogados consideran que lo establecido en el convenio ha de aplicarse de forma inflexible, ya que un juez ha dado su visto bueno con la sentencia, o porque realmente no se solucionaron los conflictos, sino que sólo se lograron acuerdos que no resolvían, de verdad los problemas.

Y, cuando el conflicto no está resuelto, la personas son capaces de agarrarse a un trozo de papel. Hemos visto denuncias penales puestas porque uno u otro ha tardado más de cinco minutos en ir a recoger a los niños o en devolverlos. Hemos visto otras denuncias porque uno no ha pagado el recibo de la hipoteca en la fecha prevista, o su banco se equivocó al hacer la transferencia y ninguna de las partes quiere pagar los intereses de demora. Otro caso es aquel en el que quien paga la pensión se

retrase excepcionalmente unos días en enviarla.

¿Por qué ocurre esto? Porque los abogados que elaboran el convenio se preocupan de dar una forma jurídica aceptable a los acuerdos y prevén sólo los temas que tienen solución jurídica, pero no tienen en cuenta que una familia no puede desenvolverse en una rutina inamovible y estar pendiente cada día de lo que dice un convenio aprobado por el juzgado.

Otro motivo por el cual este tipo de acuerdos suele dar lugar a problemas es que las partes firman el acuerdo como mal menor, para evitar males mayores, o mayores gastos judiciales, pero lo hacen de una forma forzada. Muchas personas manifiestan que no tenían otra opción, que el caso se hacía interminable, que llevaba demasiados días sin poder ver a sus hijos, etc.; esto es, que actuaron bajo distintas presiones, fundamentalmente por las jurídicas, porque la ley obliga a ciertas decisiones que deben recoger en su acuerdo. Ante esto, la mediación ofrece la oportunidad de tratar a las partes como iguales, o al menos se intenta equilibrar la desigualdad detectada antes de negociar y estudiar vías de llegar a acuerdos.

No debemos olvidar que los convenios que se firman son propuestas que se hacen al juzgado para que éste las examine y, en su caso, apruebe. Si hay menores, debe pasar asimismo por el examen del ministerio fiscal. Esto representa un gran inconveniente para la mediación intrajudicial, ya que las partes no van a encontrar apoyo para tomar decisiones que el mediador considere que puedan tener dificultades para ser admitidas por quienes tienen que dar su conformidad legal.

Así, aunque las partes crean que lo mejor para ellos es decidir que los niños

vivan de una determinada forma, puede ocurrir que el fiscal se oponga y que el juez rechace los acuerdos. Creo que está clara mi postura. Insisto, por ello, en que no sólo hay que trabajar con el colectivo de los abogados, sino también con el de jueces y fiscales, para que podamos decir que existe una posibilidad de éxito en la implantación de la mediación intrajudicial.

Hoy por hoy, poner en marcha un sistema de mediación que dependa de los juzgados es muy delicado, porque puede dar lugar a que cambiemos los atascos judiciales, por atascos en los equipos psicosociales; que cambiemos la figura administrativa y poderosa del juez, por la figura administrativa del mediador, y porque, a la postre, el Estado de Derecho se trague de un plumazo el futuro de la mediación como una nueva forma de interacción personal y, con ello, una nueva forma de la gestión y de la resolución de conflictos.

Por todo ello, el sistema que, al parecer, va a poner en marcha la Generalitat de Cataluña, basado en centros de mediación, debidamente acreditados pero independientes de los juzgados, a los que se derivan los casos en los que se entienda que existe alguna posibilidad de mediación, es más acorde con la realidad social de nuestro país. Asimismo, se permite que la mediación previa al proceso pueda ser llevada a cabo por equipos profesionales privados e independientes, siempre y cuando sean reconocidos de alguna forma por la Administración. Se podrá controlar desde dicha Administración (no desde el juzgado) que se está haciendo bien el trabajo. Será además un servicio gratuito (subvencionado) para aquellas personas que tengan derecho a justicia gratuita y no para las que puedan costearlo.

De esta forma las partes no sentirán que van a hablar con funcionarios, ni con personas que están bajo la dependencia de un juzgado, sino en pie de igualdad funcional con el juzgado, ya que colaborarán con mismo, pero sin ser parte de él. Otra ventaja de este sistema es que el mismo juzgado podrá trabajar con distintos centros de mediación, no siempre con el mismo, por lo que la calidad de la mediación será más alta, ya que al existir distintos centros, éstos estarán en competencia por hacer bien su trabajo y obtener el mayor número de éxitos, puesto que si un centro no trabaja bien podría ser desautorizado. También la mediación será de mayor calidad porque los centros deberán tener a profesionales especializados según las directrices de la Comunidad Europea, y se esforzarán en tener al día a sus profesionales y en dar un servicio óptimo, sin que puedan alegar exceso de trabajo, atrasos, dilaciones, etc., sino que, al ser independientes, deberán poner ellos mismos los remedios a los problemas que les surjan, sin tener que depender de decisiones de la Administración, que casi siempre llegan tarde y mal.

Por el contrario, en los equipos psicosociales de los juzgados ya existen atrasos, porque su función es auxiliar como peritos a un juzgado para evaluar una situación familiar determinada, teniendo la última palabra el juzgado, con la anuencia de la fiscalía en su caso. Las partes saben y sienten que están ante un funcionario sin incentivos, ya que en su sueldo no se verá reflejado si alcanza acuerdos o no. Las partes sentirán que el funcionario está por debajo del juez, y que es una extensión del juzgado al que acuden. Sentirán que están allí no porque lo hayan aceptado voluntariamente, sino porque ¿cómo no van a aceptar una

sugerencia del juez? y, si una de las partes no quiere llegar a acuerdos, ¿será utilizado en su contra?; o, si el procedimiento sigue adelante por lo contencioso, ¿podrán los mediadores judiciales actuar en el informe psicosocial?, ¿tendrá el juzgado otro equipo a su disposición para evaluar a la familia? Si un equipo actúa de mediador, más tarde no podrá evaluar a dicha familia si el proceso sigue adelante, ya que rompería su imparcialidad, porque podría tener prejuicios sobre la parte que no aceptó llegar a acuerdos. Esta parte podría no tener derecho a pedir que se haga una evaluación por parte del equipo y ello podría dar lugar a indefensión.

En conclusión, creo que la mediación no es sólo una moda, sino una evolución del propio sistema social que, ante la falta de respuestas a sus problemas por parte de la Administración de Justicia, ha hecho evolucionar a los profesionales hacia prácticas distintas a las tradicionales para la búsqueda de resolución de conflictos. Se está generando, a través de la idea de la mediación, una función educativa en algunos sectores profesionales, sobre todo a través de la psicología y en menor grado de las jurídicas, que logra transmitir al resto de los ciudadanos y ciudadanas que existe otra forma de establecer normas de convivencia y, por ello, otras formas de resolver los conflictos.

La justicia tradicional no responde a los nuevos tipos de problemas que surgen de los nuevos modelos de agrupación familiar que conforman, cada vez más, nuestra sociedad (Ortuño 1995). Por ello, creo que incardinar la mediación en las mismas estructuras de la Administración de Justicia

no ayudan a que la mediación sea de verdad una sistema alternativo, sino que lo convertiremos en un eslabón más de la maquinaria de hacer justicia y perderemos la posibilidad de que la mediación sea realmente un paso más para la humanidad, para aprender a vivir de otra forma y a resolver sus conflictos de forma distinta a la tradicional.

Referencias

- Bernal, T. (1993). Primer programa público de mediación familiar: resultados 1993. *Anuario de Psicología Jurídica*, 3, 43-53.
- Bernal, T. (1998). *La Mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Madrid: Colex.
- Consejo General del Poder Judicial (1998). *Memoria*. Madrid: CGPJ.
- Haynes, J. y Haynes, G. (1989). *Mediating divorce*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Ibáñez, V.J. (1999). Mediación familiar intrajudicial. *Papeles del Psicólogo*, 73, 55-58.
- Ibáñez, V.J., De Luis, P., Coy, A. y Benito, F. (1994). Mediación intrajudicial. Concepto y criterios para su implementación en la Administración de Justicia. *Apuntes de Psicología*, 41-42, 105-120.
- Marlow, L. (1999). *Mediación familiar*. Barcelona: Granica.
- Ortuño, P. (1995). El dictamen de especialistas como prueba pericial sui generis en el Derecho de Familia y la Mediación. *Poder Judicial*, 37, 193-212.
- Parkinson, L. (1987). *Separation, Divorce and Families*. Londres: MacMillan Education.