

La mediación familiar en España

Pascual Ortuño Muñoz
Magistrado
Audiencia Provincial de Barcelona

«Un problema irresoluble, sin duda,
es un problema mal planteado».

EINSTEIN

I. La implantación de la mediación en España

La historia de España, desde el siglo XIX, hasta épocas relativamente recientes, ha estado marcada por intensos conflictos sociales, guerras civiles y enfrentamientos políticos agudos, que han dejado unas secuelas en la sociedad muy singulares, especialmente en la cultura de las relaciones interpersonales y en las relaciones jurídicas. Si en Francia y otros países europeos los ideales de igualdad, libertad y fraternidad de la Ilustración triunfaron y se fueron consolidando durante el siglo XIX, las estructuras de poder en España consiguieron mantener el absolutismo, y el conservadurismo político antidemocrático hasta muy entrado el siglo XX.

El atraso cultural que se derivó de todo este largo proceso supuso la *implantación del autoritarismo* en todas las relaciones sociales y, con ello, la generalización de la idea de que sólo desde el poder podían resolverse todos los conflictos, incluidos los de carácter privado, laboral o familiar, pues se ofrecía a los ciudadanos, desde una perspectiva paternalista, un poder judicial que tenía la solución a todos los problemas. En este esquema es pieza esencial la idea de que sólo los jueces tienen la posibilidad de resolver los conflictos y decidir, en cada caso, lo que era justo o injusto, fomentando una fe ciega en la justicia, al tiempo que una infravaloración de las potencialidades de la propia sociedad para solucionar sus controversias.

Esta mecánica está tan arraigada en nuestra sociedad, que resulta difícil, aun en la actualidad, que otros sistemas alternativos de resolución de conflictos como la conciliación, el arbitraje privado

o la mediación se abran camino como posibilidad de futuro y, hasta la actualidad, las iniciativas para que se promueva una ley que introduzca la mediación, no sólo no han obtenido un reconocimiento legal pleno, sino que son cuestionadas desde diversos ámbitos y perspectivas. La desconfianza hacia lo nuevo, y la defensa montaraz de privilegios gremiales, han provocado la indiferencia del poder legislativo, cuando no el rechazo de sectores de la propia abogacía, que mira con recelo los medios alternativos de solución de controversias, frente a la metodología clásica judicial.

No hay que olvidar que la intensidad de la judicialización de conflictos en España, es muy superior a la de la media europea, pues no existen tribunales de comercio, sino que todos los litigios mercantiles se plantean ante los tribunales ordinarios, no existe práctica de conciliación, se someten a proceso judicial hasta los más insignificantes accidentes de circulación o las discrepancias entre vecinos sobre la calidad de la pintura del ascensor o de la escalera, pertenece al juez la decisión última sobre si los hijos de los padres divorciados han de hacer la primera comunión con traje blanco o azul y, hasta las discrepancias políticas entre el gobierno y la oposición, terminan en los juzgados habitualmente. No conozco otro pueblo que tenga tanta fe en la justicia como el español. Seguramente la razón es que no saben quiénes son los jueces.

II. Una breve historia

Con el desarrollo económico y social, los litigios ordinarios se han multiplicado en España, y sólo en el ámbito civil, los procesos judiciales pasaron de 200.000 casos en 1982 a 700.000 en 2000, por lo que la estructura judicial no puede hacer frente a la resolución de los mismos en un plazo razonable, pese a la creación de nuevos juzgados y la reforma de los obsoletos procedimientos. El colapso de la administración de justicia se ha convertido en un grave problema nacional, que la creación de nuevos juzgados no puede solucionar.

El profesor Muñoz Sabaté, uno de los más reconocidos procesalistas españoles, afirmaba en el acto de presentación del Tribunal Arbitral de Barcelona, en abril de 1990, ante un auditorio de profesionales del derecho, que el modelo judicial en nuestro país es agónico de cara al siglo XXI, al presentar a la justicia sólo en términos de combate. Como propuesta para paliar esta situación, se empieza a abrir camino un regreso a fuentes más naturales de regulación de los conflictos, sobre la base de que *la sentencia judicial no es la fórmula de solución de las discrepancias en un gran número de controversias*, especialmente cuando los litigantes han de seguir manteniendo sus relaciones personales en el futuro (claramente en las crisis familiares, las relaciones de vecindad y el consumo). La deci-

sión judicial, en estos casos, al imponer una solución coactiva, lejos de constituir la solución a los problemas, los agrava. La parte a la que no se concede la razón, nunca dejará de pensar que se ha cometido una injusticia con sus intereses.

La experiencia implantada en otros países, como Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Argentina, o las más recientes de Italia y de Francia, han motivado que se desarrolle en España, bien es cierto que de forma incipiente, un movimiento social importante a favor de la implantación de la mediación en diversos ámbitos de las relaciones sociales, fundamentalmente en el proceso penal de menores, en el derecho laboral, en derecho de familia y en los pequeños conflictos de barrio. Lo más significativo es el desarrollo del movimiento social que, en conexión con las experiencias europeas, está reclamando, trabajando y realizando una interesante tarea de formación de técnicos en el ámbito de la mediación.

A) *La experiencia en la jurisdicción de menores*

En España desaparecieron los Tribunales Tutelares de Menores en el año 1985, como consecuencia de la nueva organización judicial de la LOPJ de 1 de julio de 1985 y se separaron las materias de las que anteriormente, desde el Decreto de 11 de junio de 1949, eran competencia de los mismos. Los procesos relativos a la protección de menores desamparados o en riesgo, se atribuyó a los juzgados civiles, en las grandes ciudades, a los de Familia, mientras que la corrección penal de los jóvenes infractores se encomendó a unos juzgados especializados, llamados Juzgados de Menores. La Ley 4/1992 sobre esta materia introdujo la mediación penal en el ámbito de la justicia juvenil, con unos resultados que, a pesar de su corta vigencia, son enormemente positivos donde se han implantado, y están en pleno desarrollo tras la promulgación de la Ley Penal del Menor (LO 5/2000). En estos casos, y siempre que el infractor tenga menos de dieciocho años, se trabaja por los equipos técnicos de los juzgados, compuestos por un psicólogo, un asistente social y, en casos, un criminólogo, para que el menor infractor, y su propia familia, participen en un programa en el que también interviene la víctima, cuando es conocida, para que los propios interesados busquen una fórmula de reparación del daño causado, y sea aceptada por el menor una medida positiva que compense las consecuencias de su infracción, y favorezca su integración social. En ocasiones la medida sólo consiste en una entrevista de disculpa, en una carta al juez de menores, en el compromiso de participación en un trabajo social en alguna actividad del barrio, de una ONG o en alguna organización de solidaridad, y de los datos publicados por el gobierno de la Generalitat de Cataluña, sólo en Barcelona se han sometido a este programa con éxito un promedio de setecientos jóvenes en los tres últimos años.

B) *La experiencia en mediación penal de adultos*

En algunas ciudades, como Barcelona y Valencia, se están ensayando programas similares en la justicia penal de adultos, respecto a infracciones leves, en delitos derivados de las drogodependencias y en maltrato familiar, pues la experiencia positiva en la justicia juvenil está motivando una reflexión profunda en el ámbito del Derecho penal, sobre la utilidad social de esta vía alternativa a la puramente punitiva. Es de destacar que la voluntaria participación de las víctimas ha sido muy alta, y el nivel de satisfacción de las mismas después del proceso, mucho más positivo que cuando, al no ser posible la mediación, se impone al menor una sanción correccional clásica. Éste es un ejemplo de cómo puede realizarse el ideal de la justicia, con plena satisfacción de la víctima, con la utilización de la mediación como método de resolución de conflictos.

C) *En materia de derecho del trabajo*

Los planteamientos que al inicio de la transición democrática adoptaron como estrategia los sindicatos después de su legalización, basados en la confrontación y la lucha de clases, frente a una patronal temerosa ante la democracia, acostumbrada a estar respaldada por el poder político y policial, también han dado paso a un nuevo modelo de sindicalismo y de relaciones laborales, principalmente por la normalización económica, y la progresiva homogeneización con la situación en los países de nuestro entorno, que en el aspecto de la confrontación de intereses va sustituyendo la afición a recurrir siempre a la jurisdicción, para que el juez dictara sentencia, por la de establecer mecanismos de encuentro y diálogo.

En fechas muy recientes los principales sindicatos del país han alcanzado un acuerdo para reformar los sistemas de contratación laboral y, lo que a mi juicio es más importante, para potenciar el contenido normativo de los convenios colectivos entre los trabajadores y determinados sectores de empresas o actividades productivas. En definitiva, se están abriendo cauces de diálogo que van a representar una disminución importante de los procesos ante la jurisdicción, y deben destacarse experiencias, como la del Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Cataluña, creado en julio de 1992, y que está integrado únicamente por los sindicatos y la patronal, aun cuando el soporte financiero es de la administración autonómica. Aunque el índice de casos que se someten a este tribunal es escaso, el índice de eficacia es muy alto, pues se vienen planteando conflictos colectivos, en los que ha existido un promedio de acuerdo del cincuenta por ciento. Pese a ello las controversias individuales todavía no llegan a este tribunal, y sigue acudiéndose a la vía de la jurisdicción tradicional, por lo que en este campo hay mucho que hacer. Tam-

poco el modelo de mediación que se utiliza es claro, ni se dispone de profesionales bien formados en las técnicas de mediación.

D) *La mediación en los conflictos de consumo*

La Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre Defensa de Consumidores y Usuarios, supuso un cambio importante en el tratamiento de los conflictos en este ámbito, que tiende a propiciar soluciones alternativas, que han sido recogidas especialmente con el desarrollo de los Tribunales Arbitrales de Consumo. La práctica desarrollada hasta ahora ha revelado la utilidad de la mediación para conseguir acuerdos satisfactorios en pequeñas controversias que, sobre la base de la rapidez, la participación y colaboración de los agentes y la satisfacción de los intereses controvertidos permiten el mantenimiento de las relaciones entre las empresas que se adscriben voluntariamente a estos servicios y los consumidores y usuarios. La mejora en la preparación técnica de los técnicos que intervienen como terceros mediadores, está mostrando que este sistema es útil, no sólo para descargar al sistema judicial de la pequeña litigiosidad, sino también para ofrecer un mejor servicio público con menor coste económico.

E) *El movimiento asociativo en torno a la mediación*

El interés suscitado por la mediación en nuestro país ha sido importante. En un principio se introdujo alrededor de la mediación familiar, de la mano de los psicólogos que trabajaban en este ámbito, y en relación con esta materia se crearon entidades, privadas todas ellas, en Madrid, Barcelona y el País Vasco, hacia 1990. El apoyo económico de algunas administraciones públicas, determinó que la experiencia se extendiera a otros puntos del país, y que trascendiera de la primera esfera de los conflictos típicos de familia, a otras más amplias.

Desde la celebración en Madrid del Forum Mundial de la Mediación, en el mes de septiembre de 1994, hasta el Congreso Internacional de Mediación Familiar de Barcelona, de septiembre de 1999, así como la multiplicación de seminarios sobre el tema, la organización de conferencias de divulgación, y la oferta de formación en este campo ha levantado muchas expectativas. Por ejemplo, en el Colegio de Abogados de Barcelona se creó en 1995 una comisión de mediación, que tiene ya más de trescientos asociados.

Una iniciativa en la que participé activamente fue la creación de asociaciones territoriales para el desarrollo de la mediación, cuya primera experiencia se llevó a cabo en Barcelona en 1992, y en la actualidad existen asociaciones de parecida finalidad en Andalucía, Asturias, Valencia, Murcia, Baleares, País Vasco, Madrid, etc., que se

encuentran conectadas entre sí por una estructura de coordinación común, que confiamos servirá para dar un mayor impulso a esta iniciativa.

La filosofía de estas asociaciones es la de servir de punto de encuentro a todos los profesionales que estén interesados en la mediación, en cualquier ámbito, para intercambiar experiencias, fomentar la formación, contrastar experiencias habidas en otros países, organizar congresos y realizar algunas publicaciones.

III. Especial referencia a la mediación familiar

A) *Planteamiento general*

El divorcio en España no tiene una tradición jurídica significativa, pues su implantación data del año 1981. Antes la jurisdicción competente, incluso en materia de separación matrimonial, eran los Tribunales Eclesiásticos. El fuerte incremento de las crisis familiares fue abordado por los profesionales del Derecho, tanto abogados como jueces, con los mecanismos clásicos del Derecho civil económico, y con una metodología procesal absolutamente inadecuada, pues la judicialización de estos conflictos agrava todavía más las relaciones entre los esposos, y coloca a los hijos menores en medio de una batalla psicodramática irreversible, y con graves daños psicológicos.

Desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se fomentó una reflexión sobre estas cuestiones, en la que tuvo una extraordinaria importancia la realización de cursos, congresos y actividades de formación, importando fundamentalmente la experiencia habida en Francia, y realizando algunas publicaciones. A partir del año 1991 se han fomentado programas de mediación familiar en algunas ciudades como Madrid, Bilbao, San Sebastián, Baleares, Sevilla, Madrid, Valencia o Barcelona, que en los primeros años muy tímidamente, y con mayor éxito después, vienen implantando la mediación familiar que, desde el pasado año 2000 ha encontrado también un marco de referencia en los Puntos de Encuentro para el desarrollo y de los regímenes de visitas conflictivos en familias divorciadas. En el ámbito de la justicia, concretamente en Barcelona, donde trabajo como juez de familia, se está llevando a cabo desde el año 1992 una experiencia muy interesante de mediación familiar y, sobre todo, se está desarrollando un importante movimiento en este campo en el que participan abogados de familia, psicólogos y asistentes sociales. Asimismo se han puesto en funcionamiento servicios de mediación familiar, que incluso están siendo subvencionados por las Comunidades Autónomas, algunos Ayuntamientos e incluso la Seguridad Social, en el ámbito de la terapia familiar.

En las Universidades de Madrid, Barcelona, Valencia y Murcia se imparten másters de mediación familiar. Sin embargo, la realidad legal no ha asumido todavía plenamente las ventajas de propiciar esta metodología de solución de conflictos, aun cuando el panorama está en pleno desarrollo y ya han sido promulgadas dos leyes autonómicas de mediación familiar en Cataluña, Galicia (Ley 4/2000, de 31 de mayo, del Parlamento gallego) y Valencia. Ciertamente es un ámbito en el que todavía pesan muchos prejuicios ideológicos, y son muchos también los que piensan que este sistema favorece el divorcio y, por consiguiente, hay que cerrarle el paso, y que si alguien quiere divorciarse, que pague las consecuencias y que sufra por sus pecados.

B) *La mediación familiar, como alternativa a la decisión judicial de los conflictos*

Desde el campo de la psicología se ha puesto de manifiesto que el proceso de crisis familiar es de naturaleza «diacléctica», por cuanto los sujetos van pasando por diversas etapas perfectamente definidas. Tras la ruptura, cada miembro de la familia va siguiendo su propia evolución, en cuanto a los diversos procesos psicológicos que F. Kaslow analizó ya en 1983, poniendo de relieve que, junto al divorcio legal, se produce la separación física, que implica una revolución del sistema de apoyos emocionales, hábitos sexuales, sustrato económico y entorno social, así como una ruptura de los «roles» clásicos en relación a los hijos. Esta perspectiva global del hecho de la separación muestra claramente la insuficiencia del modelo judicial clásico, que se limita a acoger la pretensión de una parte y a condenar a la otra, imponiendo unas reglas rígidas para regular las consecuencias de la ruptura.

La experiencia del Derecho comparado, especialmente de las soluciones que se han implantado en EE UU, Inglaterra, Francia, Canadá, Argentina, Alemania, etc., han llevado a concluir que en los procesos de familia «es preciso dar a las partes una oportunidad para convenir los términos de lo que está ocurriendo en sus vidas, reflexionando sobre el futuro de la familia, y renegociando su marco de relaciones», tal como destacó la Comisión Legal del Parlamento británico en el informe previo a la reforma de la «Divorce Reform Act» de 1990.

Desde la experiencia que aporta el Derecho comparado, fundamentalmente la regulación de la mediación en Canadá, en el estado de California y en Francia, se ha tratado de elaborar un protocolo de actuación en lo que se refiere a la mediación intrajudicial, en el que han participado una comisión de expertos, tras el análisis del proyecto «piloto» que fue implantado en los juzgados de familia de Barcelona y las orientaciones de la Recomendación 1/1998 del Comité

de Ministros del Consejo de Europa. Por su interés, siquiera sea para que pueda servir de base para el debate, es ilustrador reproducir sus líneas esenciales: se trata de un proceso abierto y participativo, en el que un tercero neutral, el mediador, experto en técnicas de negociación, restablece la comunicación entre las partes en conflicto y les ayuda a descubrir sus respectivos intereses objetivos, deslindándolos de las posiciones emocionales, para procurar alcanzar el mejor acuerdo posible que garantice, en lo necesario, la colaboración en la resolución de problemas futuros.

C) *Las distintas clases de mediación familiar*

La mediación familiar puede ser privada o pública. Tiene aquella consideración la que se desarrolla con la intervención de un mediador profesional libremente elegido por las partes y tiene la naturaleza pública cuando el mediador profesional presta sus servicios en el ámbito de la administración de justicia, o de las administraciones autonómica, local o institucional. En el primer caso, los honorarios que se devenguen por la intervención del mediador han de ser libremente concertados entre el mismo y las partes. Los honorarios del mediador público serán regulados por la administración correspondiente.

Desde otro punto de vista, la mediación tiene la consideración de intrajudicial aquella que se desenvuelve dentro del ámbito de la sustanciación de un litigio ante los tribunales, tanto si es en fase de medidas provisionales, como si lo es en fase de ejecución de sentencia o durante la tramitación del proceso declarativo. En este caso se suspende el curso de los autos mientras la mediación tiene lugar, sin perjuicio de que el juez, de oficio, a instancias de las partes o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas provisionales, cautelares o tutelares que estime convenientes para salvaguardar los intereses de las partes y de los menores o incapaces. La mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito del proceso y sin interferencia alguna en el mismo, ya sea anterior a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma.

Existen otras clasificaciones de mediación, atendiendo a diversos criterios. Se habla de mediación abierta o cerrada, según que el proceso pueda ser más o menos publicitado; de mediación completa o parcial, según su ámbito; de mediación sistémica, terapéutica, circular o grupal, según las escuelas que han desarrollado su metodología, de mediación voluntaria u obligatoria, aun cuando ésta obligatoriedad se circunscribe a la asistencia a una primera sesión informativa, etc.

D) Reglas comunes aplicables a todo proceso de mediación familiar

D1) Del acta inicial de la mediación

Toda mediación familiar ha de iniciarse con el levantamiento de un acta, suscrita por ambas partes en litigio y por el mediador que intervenga en la misma, en la que se expresará la fecha del inicio del proceso, la obligación de confidencialidad de todo lo que se trate en las sucesivas sesiones y la renuncia a utilizar la información que se desvele o los pormenores que resulten de las mismas en un posterior proceso contencioso ante los tribunales, en el caso de que la mediación, en todo o en parte, fracasase. También se hará constar la voluntariedad del sometimiento al método de la mediación que, en cualquier momento, podrá darse por concluida por la manifestación de voluntad fehaciente de cualquiera de las partes ante el mediador. En caso de que la mediación sea intrajudicial, el mediador deberá poner de inmediato tal desistimiento en conocimiento del juzgado que la haya acordado.

D2) De la presencia de las partes en la mediación y la intervención de los letrados

Es imprescindible la presencia directa de las propias partes en las sesiones de mediación familiar, sin que puedan éstas valerse de apoderados o intermediarios. Los abogados de las partes pueden, en todo momento, recabar del mediador la información que precisen sobre el desenvolvimiento del proceso, y también interesar del mismo la celebración de reuniones de trabajo conjuntas, complementarias de las que el mediador haya realizado directamente con las partes, en cuyo caso, si ambos litigantes contasen con su propia dirección letrada, deben asistir necesariamente los abogados de las mismas. Fuera de estos casos, la presencia de los letrados en las sesiones de mediación junto con sus representados sólo podrá ser acordada por el mediador, si apreciara la conveniencia o necesidad de esta modalidad de entrevista, sin perjuicio del derecho individual de cada parte a contar con el asesoramiento jurídico que precisase, que no podrá ser limitado en modo alguno por el mediador.

D3) La presencia de terceros en la mediación

A las entrevistas y sesiones de un proceso de mediación pueden ser llamadas otras personas vinculadas a las partes, cuyos intereses estén en juego en el conflicto que trate de resolverse. La presencia de los hijos menores de edad, no obstante, deberá tener carácter extraordinario y el mediador deberá procurar que los hijos no se vean involucrados en las disputas entre sus progenitores.

D4) El acta final de la mediación familiar

La mediación finalizará con un acta en la que se ha de hacer constar: *a)* La imposibilidad de alcanzar un acuerdo global sobre todos los puntos en litigio. En este caso no puede hacerse constar la causa del fracaso, ni ninguna otra valoración que condicione la resolución judicial futura; *b)* Los acuerdos parciales alcanzados, debidamente pormenorizados y especificados, haciendo mención a aquellos extremos sobre los que el acuerdo no haya sido posible; *c)* Si se ha alcanzado una solución respecto a todos los puntos del conflicto sometidos a mediación, se reflejarán los pactos en párrafos separados y con la necesaria claridad, para evitar futuras discrepancias interpretativas. Siempre que las partes contasen con asesoramiento jurídico, el letrado de cada una de las mismas deberá asesorar en la redacción final de los acuerdos.

D5) Eficacia de los acuerdos alcanzados en la mediación familiar

En los casos de mediación extrajudicial, los acuerdos alcanzados tienen la misma consideración que los contratos privados interpartes y su eficacia queda sometida al régimen general de los contratos, salvo en el caso de que afecten a los intereses de menores o incapacitados que, en todo caso, precisan la homologación judicial. Sin embargo, cuando se trate de mediación intrajudicial, el mediador deberá remitir el acta en la que se recoja el acuerdo al juzgado correspondiente, para la prosecución del litigio por vía consensuada. Si el acuerdo fuera parcial, se continuará el litigio por la vía contenciosa, sólo respecto a los extremos en los que persistiese el desacuerdo. Si la mediación se hubiese producido en los trámites de ejecución de sentencia, su ratificación ante el juzgado pondrá fin al incidente correspondiente, una vez que se apruebe u homologue por el juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

E) Reglas específicas de la mediación familiar intrajudicial

E1) Remisión del conflicto a la mediación

El juez competente para el enjuiciamiento de un litigio de naturaleza familiar cuando aprecie de oficio, a instancia de parte o por propuesta del Ministerio Fiscal, que todavía es posible que se alcance una solución consensuada entre las partes en relación con las medidas reguladoras de los efectos de la crisis familiar, podrá remitir a las partes, en cualquier fase del procedimiento, a que se sometan a la mediación familiar de una tercera persona física o jurídica.

La mediación familiar podrá ser acordada, igualmente, en los litigios entre uniones civiles no matrimoniales, cuando se ventilen intereses de menores o incapacitados.

E2) Propuesta y designación de las personas mediadoras

La resolución por la que se disponga el sometimiento a la mediación familiar deberá ser adoptada previa audiencia de ambas partes, que serán convocadas al efecto, siempre que no sea posible la conciliación ante el mismo juez, en cuya comparecencia se intentará que las partes designen a un mediador privado y a su costa y, si no fuese posible, se designará el que corresponda de los servicios de asistencia técnica judicial o de la administración pública correspondiente. Si el mediador fuera una persona jurídica, su representante legal propondrá a la persona o personas físicas que habrán de llevar a término la mediación. El mediador familiar designado deberá poner en conocimiento del juzgado su aceptación, en el término más breve posible. Así mismo, podrá examinar las actuaciones judiciales en la secretaría del juzgado. Son de aplicación a los mediadores familiares las causas de abstención y recusación previstas para los peritos judiciales en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

E3) Alcance de la mediación

La mediación puede referirse a todo o parte de la materia litigiosa, quedando exceptuadas las cuestiones sobre estado civil. La resolución judicial por la que se acuerde el sometimiento de las partes a la mediación familiar determinará la suspensión del curso del proceso en el estado en el que se encuentre, como consecuencia del pre-acuerdo entre las partes. No obstante lo anterior, la existencia de una mediación en curso no impide que el juez, de oficio, a propuesta de las partes o del Ministerio Fiscal, adopte las medidas provisionales, cautelares o tutelares que considere oportunas.

E4) Duración de la mediación

La duración del procedimiento de mediación, desde la fecha en la que sea aceptado el cargo por el mediador designado, no puede exceder de tres meses. A instancias del mediador familiar, y mediante petición motivada que cuente con el asentimiento de ambas partes, este período podrá ser prorrogado por una sola vez y por igual período de tiempo.

E5) Finalización anticipada de la mediación familiar

En cualquier momento el juez puede poner fin al procedimiento de mediación, a instancias de cualquiera de las partes, del Ministerio Fiscal o del propio mediador. El juez también puede poner fin de oficio a la mediación iniciada, previa audiencia de las partes, si considera que la continuación del procedimiento puede suponer un daño o perjuicio para alguno de los participantes, o para los menores o incapacitados cuyos intereses se ventilen en el proceso, o si advirtiera que, atendidas las circunstancias, es inútil y puede determinar el retraso injustificado del litigio contencioso. En este caso, la resolución deberá ser notificada al mediador familiar designado en el plazo más breve posible.

E6) Finalización definitiva de la mediación

Cuando se haya alcanzado acuerdo entre las partes, o una vez que se haya agotado el término establecido en la resolución judicial, el mediador familiar presentará el informe correspondiente ante el juez o tribunal, del que se dará traslado a las representaciones de los litigantes y al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de tres días, formulen las alegaciones que tengan por conveniente. Si se hubiese alcanzado un acuerdo, una vez ratificado, el juez lo homologará, salvo que resulte perjudicial para los intereses de los menores o incapacitados, o para una de las partes. Si las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo, el juez levantará la suspensión decretada y fijará la fecha para la prosecución de las actuaciones judiciales en el estado en el que se encontraran. En el caso de que el acuerdo fuese parcial, ratificadas las partes en los pactos de los que se trate, se proseguirá el proceso para el enjuiciamiento de aquellos extremos en los que no se hubiese alcanzado acuerdo.

F) Inserción de la mediación intrajudicial en el Derecho español vigente

F1) El mutuo acuerdo, como criterio prevalente

Todas las instituciones jurídicas que tienen por objeto la regulación del ejercicio de la patria potestad compartida sobre los hijos menores de edad, como las medidas consecuentes con la separación o el divorcio, establecen como criterio prevalente, el común acuerdo entre las partes. Así el artículo 159 del Código civil, a propósito del ejercicio de la patria potestad, señala que «si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá...», y el artículo 90 del mismo texto legal introduce la figura del «conve-

nio regulador», instrumento necesario para las separaciones y divorcios consensuados —artículos 81, 1.º y 86, último párrafo, del Código civil—, en el que las partes han de reflejar los acuerdos que hayan alcanzado sobre el cuidado de los hijos, la atribución del uso de la vivienda, la contribución a los alimentos y cargas, la liquidación del régimen económico del matrimonio y la pensión compensatoria. La conclusión que cabe extraer es que, aun cuando expresamente el texto legal no lo proclame, es necesaria una actividad previa de negociación entre las partes, que propicie la autorregulación de los conflictos de familia. Conviene realizar esta precisión, por cuanto los preceptos aludidos matizan y sitúan dentro del ámbito que le es propio la prohibición a la que se refiere el artículo 1.814 del Código civil, que establece que «no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre los alimentos futuros», toda vez que, como ya fuera fijado por la jurisprudencia clásica (STS 17-6-1944, 13-10-1966 y 31-1-1985, entre otras), este precepto no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse del estado civil de persona determinada, ni afecta al orden público que los cónyuges suscriban un documento de separación de hecho y atribución de los hijos, ya que tal materia no afecta a la sustancia del vínculo matrimonial.

Nada impide que este proceso de negociación, que en la mayor parte de los casos es previo a la interposición del litigio, prosiga o se inicie después de planteado el pleito ante los tribunales, pues el «desidetarum» legal sitúa siempre el mutuo acuerdo como criterio prevalente respecto a la resolución judicial dirimente, que sólo debe producirse cuando sea imposible el pacto entre las partes, y sin perjuicio de las facultades que, por lo que se refiere a la homologación judicial de los acuerdos relativos a los intereses de los menores, conserva el juez, y ha de vigilar el Ministerio Fiscal.

La apertura de un proceso de mediación por voluntad común de los litigantes, previa solicitud de la suspensión del curso de los autos, es facultad inalienable de las partes, que disponen en todo momento de la posibilidad de detener de consuno el curso del proceso judicial, con la garantía, para cualquiera de ellas, de que basta la solicitud del demandante o del demandado, para que se levante la suspensión y prosiga el litigio, si de las sesiones de mediación iniciadas se desprendiera su previsible inutilidad. Las modalidades de insertar la mediación intrajudicial por solicitud de las partes son, en consecuencia, muy diversas y comprenden desde la posibilidad de someter, de mutuo acuerdo, las controversias a un mediador privado, como de nombrar, en sede del propio litigio, a un miembro de los gabinetes psicosociales, en los tribunales que estén provistos de los mismos, o de una tercera persona, del ámbito público o privado, en virtud de la práctica que haya podido instaurarse en cada partido judicial. Es de consignar, a tal respecto, que por medio de convenios entre los colegios de abogados, juzgados, servicios sociales, instituciones públicas o

privadas, universidades, centros de terapia familiar o asociaciones que promueven la mediación, se están generando en nuestro país sistemas muy diversos e imaginativos de colaboración, para introducir la mediación como método alternativo a la decisión judicial dirimente, que desde luego, cuentan con el impulso y apoyo de los jueces, salvo en casos muy puntuales y anecdóticos, y que ponen de manifiesto que la realidad de la práctica forense está abriendo nuevos caminos, a pesar de la ausencia de una norma legal expresa que propicie la mediación intrajudicial, por cuanto es claro que ninguna prohibición existe en cuanto a la implantación del sistema.

F2) La imposición judicial de la mediación familiar

Todas las experiencias que han venido desarrollándose en determinados juzgados de España, en cuanto a la remisión a la mediación, por decisión judicial, han encontrado su base y fundamentación jurídica en el artículo 158, 3.º del Código civil, que otorga al juez amplias facultades para adoptar las medidas que estime convenientes para apartar a los menores de cualquier peligro grave. La convicción que puede alcanzar el juez, en un caso concreto, de que la situación de confrontación entre los progenitores puede deparar unos perjuicios irreparables, especialmente de índole psicológica, a los hijos menores de edad, sirve de sustrato a la remisión de las partes a la mediación, aun cuando no medie solitud expresa de ninguno de los litigantes. En ocasiones la solicitud puede provenir, bien del Ministerio Fiscal, bien de los técnicos del gabinete psico-social que están interviniendo en un caso para la realización de un dictamen psico-social. Al igual que el juez dispone de la facultad de ordenar un internamiento urgente del menor en un centro de acogida, o puede disponer la necesidad de una intervención quirúrgica, aun en contra de la opinión de sus progenitores, tiene también la facultad de imponer a los mismos el sometimiento a la mediación, cuando advierta que es necesario, para salvaguardar el superior interés del niño, que se intente una solución consensuada de las disputas entre las partes.

F3) Límites de la decisión judicial introductoria de la mediación familiar

Mientras no exista una previsión legal en el Código civil, como la que se ha introducido en el artículo 79 del Código de Familia de Cataluña, el primer límite que existe para la remisión de las partes a un mediador es que sólo puede ser acordada esta medida cuando existan hijos menores de edad, pues el sentido teleológico del artículo 158 del Código civil es el de dar la necesaria protección a los hijos menores de edad.

La segunda limitación viene impuesta por la naturaleza esencialmente voluntaria del proceso de mediación. Es evidente que no se puede obligar a nadie a negociar si, de forma clara y rotunda, se expresa ante el juzgado la negativa a entablar conversaciones con la otra parte. Esta posición no siempre es infundada, pues existen casos en los que se han padecido malos tratos físicos, abusos sexuales o las consecuencias del alcoholismo o la drogadicción, se han agotado realmente las vías del entendimiento y es necesaria una decisión judicial impuesta, incluso, de forma coactiva. En los ordenamientos jurídicos en los que la mediación ha sido incorporada a los textos legales, la voluntariedad del sometimiento a la misma es, en todo caso, uno de los principios fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, la heterogeneidad de las legislaciones presenta peculiaridades significativas y así, a título de ejemplo, la postura más drástica es del *California Code of Civil Procedure* —arts. 1730-1772—, que establece la mediación familiar obligatoria (también denominada imperativa «mandatory»), aunque limitada a las materias relativas a la patria potestad, sistema al que han de someterse las partes en todo caso y que sólo finalizará cuando el mediador certifique la imposibilidad del acuerdo, lo que dejará libre la vía contenciosa, mientras que un modelo intermedio puede encontrarse en la *Family Act Law de Gran Bretaña* —parágr. 3.11—, que para la admisión a trámite de la demanda de divorcio, exige que se acredite haber asistido a una «sesión informativa» sobre la mediación, o el sistema introducido en *Canadá* por la *Children's Law Reform Act* —parágr. 31—, en el que el sometimiento del litigio a la mediación sólo depende de la voluntad de las partes, si bien en virtud de la reforma del código de procedimiento de 9 de marzo de 1993 —artículo 815.2—, el tribunal, en cualquier momento del litigio, puede suspender la tramitación para remitir a las partes a un mediador, modelo que también fue acogido por la *Family Law Council Report de Australia* y es muy similar al definitivamente aprobado por la Ley de 8 de febrero de 1995 de la *República francesa*, que, en sede de la Ley de procedimiento civil, establece que «el juez, después de haber obtenido el acuerdo de las partes, puede designar a una tercera persona que reúna los requisitos fijados por el Consejo de Estado, para proceder a: 2.º una mediación, cualquiera que sea el estado en el que se encuentre el proceso, para intentar que las partes alcancen un acuerdo». Finalmente ha de remarcarse que la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, al establecer los principios sobre los que se deberá regir la mediación familiar, menciona: ... II.a. «La mediación, en principio, no deberá ser obligatoria», y viene a recoger la experiencia habida hasta ahora en los países en los que se encuentra implantada, en el sentido de que se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos que ha de introducirse mediante la convicción social de su bondad, y no por la imposición legal que, en definitiva, puede deparar el riesgo de que se convierta en un trámite burocrático más, determinante de su desprestigio.

IV. Una mirada al futuro

Si se observa la evolución de la mediación en España en los últimos diez años, la perspectiva es optimista. Desde un desconocimiento absoluto de lo que representaba esta metodología, a las importantes posibilidades de desarrollo en los últimos años, hay un camino recorrido en el que se han ido sentando los cimientos de un verdadero cambio de mentalidad. La inclusión de la mediación en diversos textos legales no es más que el preludeo de su regulación a nivel de todo el Estado, bien sea con ocasión de la anunciada Ley de la Jurisdicción Voluntaria, o de una ley especial que recoja los principios por los que ha de regirse, las características del método, los requisitos para el ejercicio de esta profesión y su inserción en el sistema jurisdiccional.

Interesa destacar que existe una corriente europea que ha adoptado la mediación como signo de identidad de los nuevos tiempos, de la necesidad de la cultura del entendimiento. El *Consejo de Europa* cuenta en su haber con dos textos de extraordinaria importancia, el primero la *Recomendación n. 12/1986*, que tiende a implantar en los Estados miembros, como tarea primordial de los abogados y de los tribunales, la búsqueda de soluciones de consenso, con el desarrollo de la conciliación, y una segunda más específica, la *Recomendación n. 1/1998*, sobre la mediación familiar, que es el texto más importante que en el ámbito europeo se ha promulgado sobre esta materia, que ha inspirado las leyes catalana y valenciana y que, sin duda alguna, supone un referente para el desarrollo legislativo futuro. Dentro de la Unión Europea se ha apostado de forma clara y decidida por esta vía: a) la *Recomendación de 30 de marzo de 1998*, de la Comisión Europea, sobre implantación de métodos alternativos en los conflictos de consumo, propugna la implantación de un sistema alternativo al judicial para la resolución de conflictos basado en la intervención de un tercero mediador, ante la desproporción de los costes económicos del juicio contencioso y la peculiaridad de los intereses ventilados en los mismos; b) la *Recomendación de 29 de mayo de 2000* recoge el acuerdo de los ministros de Justicia de los Estados que la integran para el desarrollo de métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito civil y comercial, convencidos de la eficacia del conocimiento sobre los métodos coercitivos. La apuesta por la mediación en el ámbito de la UE se refleja en actuaciones muy recientes, de gran calado, como el *Acuerdo de 15-3-2001* de la Comisión, sobre la implantación de la mediación en los derechos penales para salvaguardar los derechos de las víctimas; la *Encuesta de 30-3-2001*, en la que el grupo de expertos que ha trabajado en esta materia ha propuesto la redacción del *Libro verde sobre los MARC (methòdes alternatives de resolution des conflicts) en materia civil y mercantil*, con referencia específica a la mediación; el *Acuerdo de 9-4-2001* sobre mediación y arbitraje de consumo y, el

más reciente, el *Acuerdo de 7-5-2001* de creación de la *red Finnet*, para la resolución alternativa de conflictos en el ámbito financiero.

Parece, en consecuencia, que el futuro de la mediación es optimista, aunque no ha de olvidarse nunca que la piedra angular de toda mediación es la figura del mediador: no existe la mediación, sino los buenos mediadores, y únicamente una formación sólida de los mismos en las técnicas de gestión de conflictos, en las técnicas de negociación, en el conocimiento de las instituciones jurídicas y de los intereses en juego puede garantizar el prestigio social de esta vía alternativa de resolución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bastard, Benoit: «L'irresistible difusión de la médiation familiale», *Anales de Vaucresson*, n. 29, Paris 1988.
- Bernal, Trinidad: «Primer programa Público de Mediación Familiar: resultados», *Anuario de Psicología Jurídica* 3, Madrid 1993.
- Bolaños, Ignacio: *El síndrome de alineación parental*, tesis doctoral Facultad de Psicología, Universidad Autónoma de Barcelona, 2001.
- Coy, Antonio, y otros: «Volumen 18: monográfico sobre la mediación en España», *Apuntes de Psicología*, nn. 2 y 3 de 2000, Edit. Universidad de Sevilla y Colegio de Psicólogos de Andalucía.
- Charles Perelman: *La lógica jurídica y la Nueva Retórica*, Edit. Civitas, Madrid 1988.
- Martín Casals, Miquel: *La mediación familiar: líneas generales para una visión comparada*, Justiforum. Centre D'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya, Barcelona 1994.
- Ortuño, Pascual: «La mediación familiar intrajudicial, un reto para la práctica del derecho de familia», *Revista de Derecho de Familia* n. 7, abril 2000, Lex Nova.
- Ripoll, Alex: *La evolución de los modelos de mediación familiar*, Edit. Aranzadi-CEJFE, Documentos del Congreso Internacional de Mediación Familiar, Barcelona 1999.