

# La mediación en España

*Isidro Niñerola Gimenez,*  
Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia

*Experimentele pilot în materia medierii în Spania s-au desfășurat în cadrul instanțelor de primă instanță pentru litigii de familie din Barcelona, între 1992 și 1997, fiind susținute de psihologi și asistenți sociali ai echipelor tehnice, precum și cele în instanțele din Malaga, Valladolid, Palma de Mallorca, Madrid și Pamplona. Protocoale și experiența acumulată în aceste eforturi de pionierat pentru introducerea medierii au servit drept temei magistraților care au decis să propună comisiei de dreptul familiei a Consiliului General al Puterii Judiciare efectuarea unor experimente sistematice, care se desfășoară acum în diverse instanțe, în scopul de a extrage concluzii și lecții practice pentru punerea în aplicare a acestei metode. Impulsul medierii în Spania a fost dat de GEMME.*

## La Ley 15/2005

La introducción de la Mediación Familiar en la Ley 15/2005, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue una de las más importantes novedades de la nueva regulación de la crisis familiar. Por primera vez, en sede de una norma de Derecho procesal español, la institución de la “mediación familiar” es específicamente citada en tres preceptos:

a) Al introducir una nueva regla, la 7ª, al artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresa: “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someter a mediación”.

b) Al añadir un inciso específico sobre esta cuestión en el apartado 2 del artículo 777 del referido texto procesal, en el sentido de que “al escrito que se promueva el procedimiento se acompañará..., in-

cluyendo, en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación”, y:

c) Al anunciar en la Disposición Final Tercera una futura ley de mediación, en los siguientes términos: “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

Con anterioridad a la citada reforma, la mediación familiar ya estaba presente en nuestro derecho positivo por su inserción en lagunas normas de derecho internacional privado, de entre las que destaca en el ámbito de la responsabilidad parental el Reglamento (CE) 2.201/2003, en cuyo artículo 55.e) se establece que las Autoridades Centrales de los Estados miembros, cooperarán para “facilitar la celebración de acuerdos entre los

*titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*". También esta institución cuenta con una cierta tradición en las leyes forales y autonómicas sobre la materia, desde la primera mención expresa en el artículo 70 del Código de Familia de Cataluña de 1998, hasta las leyes específicas de Cataluña (2001), Galicia (2001), Valencia (2002), Canarias (2004), Castilla-La Mancha (2005), Baleares (2006), Castilla y León (2006), Madrid (2007), Asturias (2007) y Andalucía (2009).

En los últimos años, tanto los colegios profesionales de psicólogos, trabajadores sociales y abogados, como las asociaciones más especializadas de abogados de Familia, y las conclusiones de los encuentros de jueces de familia con otros profesionales colaboradores de esta jurisdicción han comenzado a gestar ese desarrollo necesario que precisa la Mediación.

La reforma del divorcio en la mencionada Ley de 2005 está en la línea de considerar la mediación como metodología singular, completamente distinta del método de controversia judicial contenciosa clásica, pero también claramente diferenciada de la conciliación judicial o de la actividad negociadora que desarrollan los abogados, puede ser definida como la actividad que realiza un tercero imparcial y neutral, que con la idoneidad profesional que la ley determine (10), intenta que las partes racionalicen los conflictos que han generado las discrepancias que les enfrentan, y pacten por sí mismas el mejor acuerdo posible, en un espacio idóneo y seguro

en el que se garantice que las conversaciones que tengan lugar en el ámbito de la mediación no van a tener reflejo en el proceso contencioso, en el caso de que la mediación no fructifique.

Ciertamente, es desde el marco del Derecho de Familia desde el cual la mediación va evolucionando y tímidamente en otras materias.

### **La Recomendación 1/1998 del Consejo de Europa**

En estrecha colaboración con los tribunales, en muchos países se ha tratado de elaborar un protocolo de actuación en lo que se refiere a la mediación intrajudicial, es decir, la que se realiza después de que el proceso judicial haya sido entablado. La metodología y la sistemática implantada ha tenido como referencia en Europa, las orientaciones de la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Desde el campo de la psicología se ha puesto de manifiesto que el proceso de crisis familiar es de naturaleza dialéctica, por cuanto las personas que se ven involucradas en el mismo van pasando por diversas etapas, perfectamente definidas desde las ciencias que estudian la conducta. Tras la ruptura, cada miembro de la familia, no únicamente los miembros de la pareja, va siguiendo su propia evolución, en cuanto a los diversos procesos psicológicos que ya 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.

Los jueces, abogados y fiscales que trabajan en el ámbito del Derecho de familia, son los primeros que perciben que las separaciones y divorcios generan graves conflictos ajenos a la propiamente jurídico, que se ponen de manifiesto con los desencuentros a la hora de regular las consecuencias de la ruptura.

La jurisdicción de familia, cuyo reconocimiento se está reclamando desde muchos sectores, ejerce una función muy diferente a la que realizaba hace unos años. El proceso judicial de familia no es un litigio entre dos partes encaminado a la obtención por una de ellas de una sentencia que le absuelva o le condene, que le otorgue la victoria o la derrota, sino que su objetivo es contribuir a la racionalización de los conflictos que subyacen y, lógica-

mente, procurar que obtengan una solución que salvaguarde los intereses de los hijos menores, que proteja la dignidad de las personas, y que garantice los derechos de las partes implicadas.

Los jueces necesitan la colaboración de profesionales que hace unos años nada tenían que ver con la administración de justicia, y precisan de unos recursos sociales cuya implantación es muy reciente y todavía incompleta, incluso en su configuración dentro del sistema asistencial público de Bienestar Social. Son cada vez más frecuentes los pronunciamientos de los jueces que imponen el seguimiento de una terapia psicológica, que derivan a una mediación familiar, o que prevén que las relaciones paterno filiales se desenvuelvan en un punto de encuentro. Ninguna de estas previsiones puede encontrarse en una Sentencia que date de diez años atrás. Es otro lenguaje. Algo ha cambiado.

### **Disposicion de la Union Europea**

*Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en Asuntos civiles y mercantiles*

Las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional.

La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación. La presente Directiva

debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles. No obstante no debe aplicarse a los derechos y obligaciones de las partes que no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral.

La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole.

El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) n.º 44/

2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de Noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

El Reglamento (CE) n.º 2201/2003 dispone expresamente que los acuerdos entre las partes deben tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para poderse ejecutar en otro Estado miembro. Por consiguiente, si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le de carácter ejecutivo, la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro.

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) "*mediación*": un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Incluye la mediación llevada a cabo por un Juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las

gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el Juez competentes para conocer de él, realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio.

**b) “mediador”:** todo tercero a quien se pide que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.

A más tardar el 21 de Mayo de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe examinará el desarrollo de la mediación en la Unión Europea y el impacto de la presente Directiva en los Estados miembros. Si es necesario, el informe irá acompañado de propuestas de adaptación de la presente Directiva.

Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de Mayo de 2011.

El modelo de mediación por el que opta el legislador español, está definido por los principios de: **a) Voluntariedad, b) Imparcialidad, c) Neutralidad y, d) Confidencialidad**, puesto que la referencia a los mismos, como bases de la futura legislación que se anuncia es incuestionable. También es importante que se reconozca la presencia y la importante labor de los servicios de mediación creados en las Comunidades Autónomas, teniendo consolidados programas de mediación familiar subvencionados por los

presupuestos públicos, y puestos a disposición de los Juzgados.

### **Las experiencias piloto**

*El Encuentro de Jueces y Abogados de Familia de Noviembre de 2005.*

Tras la entrada en vigor de la ley 15/2005, se celebraron en Madrid, dentro de las actividades de formación del CGPJ, unas jornadas de trabajo entre jueces, secretarios y fiscales de Familia, con una nutrida representación de la Asociación Española de Abogados de Familia, que elaboraron unos acuerdos relativos a la reforma publicado en todas las revistas especializadas y en la página web del Poder Judicial, que por su interés, merecen ser transcritas, por lo que se refiere al apartado relativo a la mediación familiar, que ahora nos ocupa:

“Por unanimidad, el grupo de trabajo de la bienvenida a la regulación de la mediación en nuestra LEC. Si bien, entendemos que se precisa de una Ley específica de mediación que la desarrolle.

**a)** La regulación futura de la mediación deberá hacerse en una Ley estatal que armonice la actual dispersión normativa autonómica existente y que establezca con claridad, los principios que la rigen, la preparación de los profesionales, y otras cuestiones esenciales que deben ser abordadas. En este sentido, no nos parece correcto que se aborde la mediación dentro de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

**b)** Nos preocupa unánimemente, que la puesta en práctica de los servicios de mediación se haga con la calidad necesaria. Se debe abordar como prioritaria la cuestión relativa a la titulación y formación del mediador.

**c)** Nos parece esencial propiciar la mediación familiar, desde la judicatura,

la fiscalía, desde el cuerpo de secretarios judiciales y desde la Abogacía, como método adecuado y eficaz de solución de conflictos. No parece además, que resulta muy útil que el Juez incentiva a las partes, a acudir al menos, a una sesión informativa de mediación, en cualquier fase del procedimiento.

**d)** Entendemos que debe crearse una conciencia clara de las distintas funciones entre el mediador y el abogado, y de las diferencias que existen entre el acuerdo de mediación y el convenio regulador. El mediador deberá entregar el acuerdo de mediación al Letrado o Letrados intervinientes para la confección del convenio regulador.

**e)** Creemos que debe incidirse en el carácter confidencial de la mediación, tanto para el profesional de mediación como para el Letrado al que le llega el acuerdo.

Se considera que la mediación debe llevarse a cabo por equipos específicos y distintos de los equipos psicotécnicos de los Juzgados, ya que sus papeles y funciones son distintos. Además debe tenerse en cuenta que con posterioridad al proceso de mediación, si este falla, el equipo no podrá funcionar en ese caso en labores de peritaje.

**f)** Se opina que por acuerdo de las partes, la remisión a mediación se deberá hacer en cualquier fase del procedimiento. En los casos en los que al inicio de un proceso de medidas previas o coetáneas se plantee y se acepte la remisión a mediación, el Juez deberá asegurarse de la existencia de unas reglas mínimas y provisionales en cuestiones relativas a los menores. Estas medidas por acuerdo o por decisión judicial se adoptarán en Auto

de medidas previas o provisionales, y se suspenderá el plazo de 30 días de vigencia de las medidas previas en interpretación del artículo 770.7 de la LEC. Si la remisión a mediación se plantea en el proceso principal y no hay medidas previas o coetáneas, puede ser necesario que el Juez dicte un Auto de Medidas con base en el artículo 158 del Código Civil, para regular la situación de los menores durante el proceso de mediación.

**g)** En relación con la mediación familiar en situaciones de violencia, entendemos por unanimidad que no puede excluirse la mediación familiar de forma absoluta sin hacer distinción entre los casos en los que la violencia es efectivamente relevante, e incide en la posición de igualdad de las partes, de aquellos otros casos en los que el grado de violencia no afecta a la libertad de criterio de la víctima. Esta prohibición general vulnera el propio derecho de la víctima en los casos en los que ésta opte libre, y voluntariamente por aceptar un proceso de mediación, que puede resultar muy positivo, como demuestra el derecho comparado, como elemento de prevención de la violencia y como mitigador de sus perniciosos efectos para la víctima. Se deja constancia de que en materia relativa a sustracción de menores e impago de alimentos el derecho internacional trabaja de forma clara en mediación familiar, como modo de solucionar este tipo de problemas en los que, en muchos casos, existen situaciones de violencia”.

#### *La experiencia jurisdiccional existente*

Se han de destacar las experiencias piloto que se realizaron anteriormente en algunos Juzgados de Familia de

Barcelona, entre los años 1992 y 1997, propiciadas por los psicólogos y trabajadores sociales de los equipos técnicos, así como las realizadas en los Juzgados de Málaga, Valladolid, Palma de Mallorca, Madrid y Pamplona. Los protocolos y la experiencia acumulada en aquellos intentos pioneros de implantar la mediación, sirvieron de base al grupo de magistrados que decidieron proponer a la comisión de Derecho de familia del CGPJ la realización de una experiencia más sistematizada, que se desarrollará en varios Juzgados de forma coetánea, al objeto de poder extraer conclusiones y enseñanzas prácticas para la implantación general de esta metodología.

*El impulso de la mediación desde GEMME (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación)*

El “*Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation*”, GEMME, es una asociación de ámbito europeo, que está conformada en torno a una primitiva asociación constituida al amparo de la Ley de Asociaciones francesa en 2002, a la que se han ido adhiriendo otras asociaciones nacionales europeas, o “*secciones*”.

El objeto y finalidad de este grupo de magistrados europeo es la de promover, desde la jurisdicción, la metodología de la mediación como instrumento útil y complementario del método judicial de controversia clásico, en aquellos litigios en los que una solución mediada puede garantizar una relación futura viable entre las partes.

Un nutrido grupo de más de cuarenta jueces, magistrados y fiscales españoles, así como otros profesionales destacados de la mediación, constituyeron la sección española de GEMME, y se asistió, en calidad de

observadores, al coloquio que se celebró en Roma en Febrero de 2006.

*Conclusiones del III Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia de España, celebrado en la Escuela Judicial de Barcelona, en mayo de 2006.*

Los problemas de la implantación de la mediación en los Juzgados de familia, fue objeto de análisis en profundidad en el curso especial de magistrados de familia celebrado en la Escuela Judicial en Mayo de 2006, bajo la dirección de la Magistrada Dolors Viñas, de la sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Concretamente los trabajos sobre metodología de la mediación, dirigidos por la Magistrada Emelina Santana, del Juzgado de Familia nº 79 de Madrid, y por la Fiscal Carmen Tirado, de la Inspección Fiscal, fueron objeto de un profundo debate, recogándose una serie de conclusiones de enorme importancia, que a continuación transcribimos:

“1.- Se considera necesario potenciar la mediación familiar como instrumento alternativo y necesario para la resolución del conflicto familiar, sin que ello suponga, como señala la Propuesta de Directiva, sustraer la obligación de los Estados miembros de mantener un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye uno de los pilares clave de una sociedad democrática.”.

2.- Se considera necesario potenciar su difusión para que se facilite la resolución y pacificación del conflicto familiar como forma de evitar el proceso judicial.

3.- La mediación se puede iniciar a petición de las partes o a propuesta del

órgano judicial. En todo caso, el Juez podrá requerir a las partes para que asistan a una sesión informativa sobre el uso y fines de la mediación.

**4.** - La remisión a la sesión informativa puede hacerse en todos los procedimientos de familia y en concreto, en los siguientes:

- Medidas previas.
- Medidas provisionales coetáneas.
- Procedimiento de separación o divorcio.
- Adopción de medidas paterno-filiales.
- Modificación de medidas.
- Solicitudes de cooperación judicial internacional.
- Liquidación de patrimonios.
- Es un instrumento eficaz en la fase de ejecución de Sentencias.

**5.** - Se considera que el momento más idóneo para poder derivar a las partes, si procede, a sesión informativa es, en aquellos procedimientos donde la Ley prevé trámite de contestación a la demanda, una vez presentada ésta y antes de la fecha de señalamiento para la vista, procurando no hacer coincidentes en el tiempo la sesión informativa y la comparecencia judicial. Sin perjuicio de que es en esos procedimientos donde se considera más adecuado hacer uso de la facultad de derivación, cuando se acuerde en los procedimientos de medidas provisionales, ya sean previas o coetáneas, la remisión a sesión informativa, podrá realizarse antes de la fecha de señalamiento de la vista que regula el art. 771/773 de la LEC.

**6.** - En ejecución de Sentencias, dado el carácter menos reglado del proceso, se considera como fase más adecuada para la derivación a la sesión informativa, una vez se formalice el trámite de oposición al despacho de

ejecución, salvo que se considere necesario inmediatamente después de presentada la demanda ejecutiva.

**7.** - La remisión a sesión informativa debe efectuarse por el Juez previa valoración del carácter mediable del asunto, excluyéndose aquellos supuestos de falta de libertad en los litigantes por posición de abuso o posición dominante de uno de ellos, alteraciones psicológicas o psiquiátricas que limiten su capacidad de decisión, cuestiones estrictamente jurídicas, o conflictos especiales cronificados.

**8.** - Se considera conveniente la creación de un centro público, en sede judicial, para llevar a cabo la sesión informativa acordada judicialmente, con capacidad para continuar con el proceso de mediación si se acepta por las partes.

**9.** - Se considera necesaria la reforma del art. 19.4 de la LEC, en cuanto al plazo procesal, por considerar insuficiente el de dos meses, entendiéndose precisa su ampliación a 90 días.

**10.** - Se recomienda no suspender en todo caso el curso del procedimiento, aunque las partes hayan aceptado la mediación, para aprovechar los tiempos muertos desde la presentación de la contestación hasta el día de señalamiento de la vista. Si llegada la fecha, continúan en el proceso de mediación, ése sería el momento adecuado para interesar la suspensión y que su procedimiento no se dilate respecto de otros.

**11.** - Se considera esencial que la futura Ley contemple la necesidad de la intervención letrada en la formalización jurídica de los acuerdos alcanzados en mediación, a través de la demanda contenciosa en el caso de

que únicamente se hubiera alcanzado un acuerdo parcial.

**12.** - La Ley debe garantizar el respeto absoluto al principio de confidencialidad, con las excepciones que se recojan en la futura Directiva comunitaria. En todo caso, el mediador está obligado a informar al Juez o al Ministerio Fiscal de los datos que puedan revelar la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio.

**13.** - Dada la discrepancia existente en las legislaciones autonómicas sobre la redacción del acta final del proceso de mediación y su contenido, se considera que en el acta final, si no se ha llegado al acuerdo, no debe dejarse constancia de las causas de la desavenencia, ya que ello vulneraría el principio de confidencialidad y supondría un riesgo de contaminación del Juez.

**14.** - Para el eficaz desarrollo del proceso de mediación intrajudicial, se considera imprescindible la dotación a la Oficina Judicial de los medios materiales y personales necesarios.

**15.** - Se insta al CGPJ a fin de que se muestre receptivo a las iniciativas que para el fomento y desarrollo de la mediación se están llevando a cabo en el ámbito de la jurisdicción. Concretamente se solicita que el CGPJ:

- Reconozca y apoye la Sección española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, facilitando la participación de sus miembros en las reuniones europeas del GEMME.

- Impulse y difunda las experiencias concretas que en diversos Juzgados se están realizando en el campo de la mediación.

- Fomente el conocimiento y estudio de la mediación en toda la jurisdicción, especialmente en la Escuela Judicial y en los planes de formación continua”.

### **Desarrollo de las experiencias piloto**

#### *Ámbito geográfico*

Los magistrados que aceptaron promover la experiencia, fueron los de los juzgados de Barcelona 18, Madrid 29, Málaga 5, Palma de Mallorca 12, Pamplona 3 y Sevilla 8, que ya habían tenido servicios de mediación en un mayor o menor grado de utilización, y que tenían una cierta consolidación de esta práctica así como conocimientos amplios de la metodología. Tanto Isabel Tomás, como Teresa Martín Nájera, José Luis Utrera, Joaquín Andrés, Margarita Pérez Salazar y Francisco Serrano, se mostraron dispuesto con un gran entusiasmo a participar en este proyecto, cuya coordinación correspondió a Pascual Ortuño, que en la actualidad lleva la formación en el Consejo General del Poder Judicial, quien suscribe este informe, magistrado en la actualidad de la sección 12§, especializada en Derecho de Familia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

#### *Metodología*

- Durante el mes de enero de 2006, en cada uno de los Juzgados se adaptó un protocolo de actuación, adaptado a las circunstancias que concurren respecto a los medios materiales y personales de los que dispongan relativos a los servicios de mediación.

- El seguimiento se habría de efectuar en el período de seis meses: de febrero a julio.

- Por el Secretario Judicial se seguirá el control estadístico de los litigios en los que se alcance un

acuerdo o sea solicitada la suspensión para intentar el mismo, con indicación de los ítems relevantes para el estudio.

- Durante el mes de noviembre habría de efectuarse una puesta en común de al experiencia, para su presentación en las Jornadas de Formación Continua previstas para la segunda quincena de septiembre de 2006.

*Diferencias entre la mediación y otras metodologías de solución de controversias.*

Se ha procurado en todo momento diferenciar la mediación de otros métodos alternativos a la vía judicial para la resolución de controversias, como el arbitraje, la negociación o la conciliación.

### Cuadro comparativo de las características esenciales de las diversas metodologías de tratamiento de los conflictos

Punto de vista	Proceso judicial	Conciliación	Negociación	Mediación
PROCEDIMIENTO	Formal y rígido. Regulado por la Ley	Formal/flexible. El juez impone las reglas.	Informal absoluto. Libertad absoluta de las partes	Informa relativo. El mediador pacta las reglas con las partes
PODER DEL TERCERO	Autoridad o <i>imperium</i> . Ejerce el poder actual.	Autoridad referencia. Se abstiene de ejercer el poder actual.	No existe tercero.	La autoridad para ejercer el poder de dirección se la dan las partes
ROL DEL TERCERO INTERVINIENTE	Juzgada y decide coactivamente ( <i>decisionismo</i> )	Propicia el acuerdo entre las partes ( <i>transacción</i> )	No existe tercero.	Facilita la comunicación (solución)
PROYECCION PUBLICA	Publicidad ( <i>luz, taquígrafos, focos y cámaras</i> )	Publicidad Atenuada ( <i>luz, sin taquígrafos ni cámaras</i> ).	La privacidad está en manos de las partes	Confidencialidad. Secreto, intimidad.
LIBERTAD DE EXPRESION	"Todo lo que se diga puede ser utilizado en su contra".	"Lo que se diga no servirá de nada si no hay acuerdo". En el contencioso sólo servirá lo que en él se prueba.	Rige la desconfianza.	Lo que se diga no tendrá relejo en el proceso futuro. Secreto profesional del mediador
ACTITUD DE LA PARTICIPACION	Juego de póker ( <i>no colaboración</i> )	Juego del dominó ( <i>colaboración media</i> ).	Juego del tenis ( <i>competición</i> )	Rompecabezas ( <i>colaboración alta</i> )
CARÁCTER DE LA INTERERENCION	Obligatoria.	Obligatoriedad atenuada.	Voluntaria absoluta.	Voluntaria. Entrevista informativa obligatoria.
PRESENCIA DEL ABOGADO	Permanente. Preceptiva ( <i>es la voz de la parte</i> ).	Papel secundario de asesoramiento ( <i>habla directamente la parte</i> )	Papel principal.	El protagonista es el ciudadano ( <i>el abogado asesorará antes o después</i> ).
	Ganar o perder. Estrategia bélica.	Ganar algo y perder algo ( <i>estrategia negociadora</i> )	Obtener ventajas.	Ganar y ganar ( <i>estrategia de gestión</i> )

*Características de la mediación intrajudicial.*

Este tipo de mediación se suscita y comienza después de que el litigio ya esté en sede de un tribunal de justicia, lo cual significa que tiene unas características que la diferencian del resto de los procesos de negociación, aún cuando por lo que se refiere a la metodología que debe ser utilizada, comparte muchos elementos comunes con la mediación, llamémosle, extra-judicial.

Algunas de las notas definitorias que marcan estos litigios son las siguientes:

**a)** La comunicación entre las partes está interrumpida, puesto que el hecho de haberse decidido a acudir a los tribunales, significa que se han agotado las vías amistosas que tradicionalmente han existido y, al menos una de las partes, ha tomado la decisión de acudir a un abogado, de elaborar una estrategia similar a la bélica para ganar el pleito, y lógicamente ha empezado a considerar a la otra parte como un enemigo a batir, a derrotar. En los asuntos de derecho de familia, con la demanda y con la contestación suelen aflorar datos de la intimidad, que tienen por finalidad desprestigiar a la persona del contrincante, lo que eleva el grado de violencia en la relación familiar. Igual ocurre cuando se ocultan hechos, se falsea la verdad o se cuentan versiones parciales y tendenciosas de determinados acontecimientos familiares, o se utilizan y se manipulan los sentimientos de los hijos.

**b)** Las partes ya han encargado la defensa de sus intereses a sus respectivos abogados, lo que significa que han recibido un refuerzo psicológico importante, pues la estrategia profesional de la abogacía es,

lógicamente, infundir confianza en su cliente de que puede ganar el pleito.

**c)** Los abogados pueden ver en un proceso de mediación que su capacidad de influencia y, en definitiva, su papel, deja de ser protagonista en el litigio, por lo que cualquier derivación hacia la mediación tiene que contar con una predisposición favorable del abogado, lo cual suele constituir un escollo importante a salvar.

**d)** Adoptar la decisión de acudir al Juzgado es cruzar el Rubicón, como Julio César cuando atravesó el río que el senado romano le había impuesto como límite, y pronunció la célebre frase *alea iacta est*.

*Origen de la iniciativa de la derivación a la mediación.*

El origen de la iniciativa puede venir de los abogados, o, en teoría, de las propias partes, y ésta es la opción que se ha introducido en la reforma del divorcio por la Ley 15/2005.

*La sesión informativa previa*

Debe concluirse que, cuando se propugna la mediación desde el ámbito judicial, es conveniente la realización de esta sesión informativa con un marcado carácter la obligatoriedad. De la práctica en el Derecho comparado, en especial en Canadá, Estados Unidos y Francia, así como de las experiencias que se han realizado en España, se extraen las siguientes conclusiones:

**A)** El tribunal debe transmitir con claridad un mensaje en el que se destaquen las ventajas de la mediación, lo que supone un profundo conocimiento de la causa por el Juez, pues de esta forma se evita la primera reacción inconfesada ante la derivación a la mediación, que es la de que el Juez no quiere estudiarse el asunto.

**B)** Los tribunales deben contar con la complicidad de los letrados de las partes. Sin una clara voluntad por parte de la abogacía de utilizar este sistema, con absoluta normalidad, y con el mismo grado de confianza que la vía de controversia judicial, no se implantará nunca la mediación. Es aconsejable, por ello, que los colegios de abogados regulen la intervención y la prevean, en sus diversas modalidades, en las normas orientativas de honorarios. También es necesario que en el proceso de mediación se prevean sesiones conjuntas con los abogados y, especialmente, que su asesoramiento e intervención en la redacción de los acuerdos quede garantizada.

**C)** La sesión informativa previa ha demostrado ser el instrumento esencial para promover la mediación en el ámbito judicial, ahora bien, tampoco debe ser realizada directamente por el propio Juez, cuya intervención es anterior, es decir, facilitadora de que las partes acudan a esta sesión informativa, que será responsabilidad de un tercero, preferiblemente un mediado bien formado, que tenga capacidad de transmisión de las características esenciales del sistema, al objeto de que las partes adquieran confianza en el mismo.

En la sesión informativa, que puede ser realizada de múltiples formas, según el soporte técnico con el que se cuente, como mínimo se han de transmitir los siguientes mensajes: **a)** las ventajas de la mediación para facilitar el mantenimiento de relaciones futuras; **b)** la necesidad de que se implanten mecanismos de colaboración en beneficio de los hijos; **c)** la eliminación de riesgos, puesto que el proceso contencioso puede conducirles a ganar todo, pero también

corren el riesgo de perder todo, incluso las buenas relaciones futuras con el ex-cónyuge y con los hijos; el riesgo de ser condenado, además, al pago de las costas es un elemento que, en ocasiones, no han valorado suficientemente; **d)** desde luego, se ha de hacer ver que la solución del conflicto que les enfrenta, será mucho más rápida a través de la mediación, por cuanto el proceso judicial no finaliza con la Sentencia del Juez de Primera Instancia, sino que contra ella se podrán interponer recursos. Que ni el abogado, por muy bien que realice su trabajo, ni el Juez por muy justo que sea, ni la Ley, que es abstracta y sumamente genérica, van a solucionarles verdaderamente el problema, FOLGER habla del derrumbe de los mitos y, en especial, del mito de la justicia, en el sentido de que el sentimiento de lo justo es sumamente subjetivo, y que toda solución impuesto nunca será bien aceptada, mientras que una solución razonada, adaptada a la realidad y a las necesidades de las partes, generosa para con los hijos comunes, flexible y basada en principios de colaboración, va a ser un elemento fundamental para la estabilidad psíquica de todos los miembros de la familia, con la reducción de costes emocionales y vitales que de ello se derivan.

*Momento procesal óptimo para la derivación a la mediación.*

No puede darse una respuesta simple a esta cuestión. Hay que analizar el desarrollo de las experiencias piloto, y la opinión de los Jueces al respecto, a la vista de los resultados obtenidos. En el ámbito internacional, tanto en Holanda, como en algunos Tribunales de Canadá, se ha

**La introducción de la Mediación Familiar en la Ley 15/2005, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fue una de las más importantes novedades de la nueva regulación de la crisis familiar.**

implantado la mediación con gran éxito en la fase de apelación. En el protocolo de los Juzgados de Barcelona de la experiencia 1992-1997, se propugnaba que la derivación fuese en fase de medidas, y como una medida más de las acordadas, al objeto de no dejar sin regular provisionalmente la crisis familiar. Otras opiniones la sitúan en el momento de presentar la demanda, incluso cuando los ciudadanos solicitan la designación de abogado de oficio (experiencia en Andorra), o en la fase de alegaciones, audiencia previa (en su caso), antes de la vista, o incluso después de celebrado el juicio, cuando las partes han podido ver ya lo que puede dar de sí el proceso judicial, y sus limitaciones. En los incumplimientos de Sentencia, especialmente en materias de régimen de visitas y modificación de medidas, también la mediación se ha revelado muy útil.

*Mediación extrajudicial.*

En todas las Comunidades Autónomas, como ya ha quedado dicho, se ha legislado sobre mediación familiar, echándose en falta una Ley estatal que armonice toda la legislación dispersa que existe en todo el territorio español.

No obstante, los colegios profesionales han tomado el pulso a la mediación y de hecho, los colegios de abogados han establecido, ya algunos

de ellos, e incluso su centro de mediación de entre los que cabe destacar, el Colegio de Abogados de Barcelona, el Colegio de Abogados de Sabadell y el Colegio de Abogados de Valencia.

Esta nueva forma de mediación y de implicar a colectivos profesionales, como son también los psicólogos y los trabajadores sociales, ha producido una difusión también de la mediación en todos los ámbitos, y de hecho, los colegios profesionales, como corporaciones de derecho público, han adoptado una posición de colaboración con las Consejerías de las Comunidades Autónomas, para que la mediación sea una realidad formando a mediadores, aunque su profesión de origen tenga unos matices distintos a lo que es estrictamente la mediación.

*La mediación civil y mercantil.*

Existe un anteproyecto que se presentó por el Ministro de Justicia, en Julio de 2010, en el que se ha querido regular la mediación, centrándose la misma en los asuntos civiles o mercantiles, con inclusión de los conflictos transfronterizos.

No obstante, queda excluida del ámbito de aplicación de este anteproyecto la mediación penal, la laboral y la de consumo.

La primera reflexión que se ha de realizar, es que de la observación de la estadística y frecuencia de la litigiosidad, en el ámbito del derecho civil son cada vez más frecuentes los procesos judiciales en los que las dos partes que mantienen el conflicto, han de seguir relacionándose en el futuro, por cuanto tienen intereses comunes. Tal es el caso de los litigios de propiedad horizontal, de relaciones de vecindad, de sociedades

familiares y pequeñas empresas de relaciones societarias, conflictos entre profesionales que trabajan en un mismo ámbito, e incluso en muchas cuestiones de responsabilidad civil. En estas materias, una razón eminentemente práctica aconseja que deban fomentarse las vías alternativas de resolución de conflictos. La contienda judicial finalizará con un vencedor y un vencido, por lo que el conflicto inicial, indudablemente se agravará.

En particular, nadie pone en cuestión que, en el ámbito del derecho de familia, la mediación es una metodología más adecuada que la confrontación judicial clásica para un gran número de casos, y es precisamente en este ámbito donde está teniendo una mayor aplicación y difusión.

Otras voces propugnan un incremento de la práctica de la conciliación judicial, pero la experiencia ofrece escasos resultados positivos, y no siempre es rigurosa desde el punto de vista técnico. El Juez no tiene por qué tener habilidades negociadoras, e incluso su función puede quedar comprometida en debates que siempre discurrirán en el terreno de las primeras impresiones, la mayor parte de las veces equivocadas. El riesgo de prejuzgar es muy alto, por lo que en muchos países son unos los jueces que intentan la conciliación, y otros los que conocen del proceso contencioso. Más lo cierto es que en muchas ocasiones, estas actuaciones de algunos jueces bien intencionadas, son vividas por los ciudadanos como injustas coacciones que comprometen la imagen de objetividad del tribunal.

Los resultados estadísticos respecto a la aceptación por las partes de acudir a la mediación, tras la

invitación formulada por el Tribunal, muestran que todavía existen grandes reticencias a abandonar la vía contenciosa para intentar el consenso. Las causas analizadas son variadas, puesto que, por una parte, el cambio de perspectiva ofrecida supone un alto grado de frustración de las expectativas de victoria que una y otra parte ha generado y, por la otra, existe una gran desconfianza en la adecuación de un sistema nuevo y tan poco conocido todavía. A ello se añade el temor ante un nuevo retraso judicial injustificado, especialmente si la mediación es ofertada por el Juzgado después de varios meses de espera, o de intentos de negociación infructuosos, que dificultan visualizar las ventajas de un nuevo intento de solución amistosa que ya ven imposible. Es difícil en estos casos retomar la responsabilidad sobre la solución del conflicto, cuando ya se ha descargado la misma en los abogados y en el sistema judicial.

Los abogados y la mediación. Desde luego, lo que la práctica en el Derecho comparado muestra, y las experiencias piloto realizadas corroboran de forma unánime, es que para el éxito de la derivación a la mediación, el Tribunal ha de contar con la colaboración de los abogados. Si la propuesta del Tribunal de derivar a la mediación se produce de forma sorpresiva para el Letrado, es lógico que éste la perciba como una intromisión a su quehacer profesional. Es importante para ello evitar las quejas que pueden generarse en este sentido y procurar en todo momento la complicidad de los abogados con el Tribunal, en el momento de proponer a sus clientes que acudan a un proceso de mediación. De alguna forma, mientras la abogacía no perciba que

existen dos modelos metodológicos para intentar solucionar el litigio, uno el contencioso clásico, y el otro la mediación, y que sea él quien en cada caso aconseje al cliente, según las circunstancias del caso, las ventajas de uno y otro sistema, la mediación no se implantará. Como es obvio, el papel y la función del abogado ha de quedar definida por igual en uno y otro caso, su intervención como asesor y, especialmente, como redactor de los acuerdos o convenios, debe quedar salvaguardada, y garantizada, así mismo, la remuneración de su trabajo.

El Tribunal debe tener medios y recursos para que los ciudadanos, directamente, conozcan que existe una forma alternativa de gestionar y de tratar su conflicto de intereses, que también es ofrecida por el sistema jurisdiccional. Se trata de dar publicidad al servicio. No obstante, y además de la información que reciban de sus abogados y de instrumentos de información indirectos, como trípticos, vídeos informativos o propaganda institucional, es conveniente que se exponga por el propio Juez, el Fiscal o el Secretario Judicial, al complejidad de las soluciones legales previsibles en su caso concreto, de tal forma que el ciudadano se de cuenta de que no se trata de que el Tribunal prefiera evitarse la tramitación de un proceso contencioso y el dictado de una Sentencia, sino de que, efectivamente, como el médico que aconseja al paciente un determinado tratamiento distinto al inicialmente previsto, se transmita que el asunto ha sido estudiado previamente, y que se ha identificado el núcleo o los núcleos de la problemática que ha dado lugar al litigio, lo que ha llevado a diagnosticar que un proceso de mediación puede ser más ade-

cuado. Ello requiere que se expongan sucintamente algunas ventajas concretas que pueden obtener las dos partes si aceptan acudir a la sesión informativa, pero sin que ésta quede sustituida por la actuación del Juez.

Respecto a este punto, hay dos enseñanzas que se extraen de la experiencia: la primera es que se ha de procurar no suspender los actos procesales ya señalados. Pueden aprovecharse los días que median entre los diversos trámites procesales, antes de la comparecencia o vista. Si se informa a las partes con ocasión de la comparecencia de medidas previas o provisionales, es preferible que se celebre comparecencia en la que, además de su contenido normal, se transmitirá la posibilidad de la mediación.

#### *La mediación penal.*

Las experiencias prácticas de mediación evidencian un modo de operar en la justicia penal más humano, ya que permite atender de manera prioritaria a las necesidades de la víctima y apoyar la posibilidad de reinserción de los infractores.

La mediación que se ha analizado en el ámbito penal no significa una alternativa al proceso, ni a la judicialización del conflicto que denominamos delito. La mediación también es un método de intervención que puede operar en el contexto de un proceso abierto –podría imaginarse, si se regulara el principio de oportunidad, la posibilidad de evitar el proceso en la fase de investigación- como un medio de alcanzar fines del proceso penal, reconocidos por el ordenamiento jurídico, que no logra cumplir.

Así, en lo que al tratamiento de la víctima se refiere, se podrían identificar

tres objetivos: la reparación o resarcimiento del daño, la recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica, y la resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo.

Además, la mediación puede apoyar actuaciones vinculadas con el principio de resocialización –uno de los fines de la pena - al propiciar la responsabilización del autor por el hecho y sus consecuencias, así como evitar su ingreso en prisión o propiciar la aplicación de penas o medidas alternativas a la prisión, tales como la suspensión del cumplimiento o la sustitución que multa o trabajos comunitarios.

Se considera necesario acometer reformas de las leyes procesales y penales que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal, cumpliendo así con las obligaciones de transposición que nos incumbe por imperativo de la Decisión Marco de 15 de Marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

**Nota redacției:** Materialul a fost prezentat în cadrul Conferinței internaționale **„Medierea în Uniunea Europeană. Stadiu și perspective”**, organizată la 29 octombrie 2010 la București de GEMME – Secțiunea Română, Consiliul Superior al Magistraturii, Ministerul Justiției, Institutul Național al Magistraturii, Consiliul de Mediere, Academia Română, Universitatea Creștină Dimitrie Cantemir București și Editura Universitară