

El abogado ante la Mediación Familiar.

Por Gracia Morales Fernández. Abogada

Sumario. 1.-Introducción y acercamiento. 2 Definición. Fases. Objetivos y principios. 3. Marco normativo de implantación. 4. Acuerdo de Mediación. Intervención del mediador en procedimiento .5. Abogacía y mediación. 6. Foro por la Justicia: Propuestas de la Comisión de Arbitraje y Mediación. 7. Reflexión final.

1. Introducción y acercamiento.

Interesantes y oportunas las reflexiones planteadas por la máxima autoridad de la Abogacía española, D. Carlos Carnicer Díez (1), en cuanto a la Abogacía española, Justicia y propuestas para mejorarla.

La abogacía es una profesión sensibilizada con la función social y auxiliadora de los derechos fundamentales y pionera en servicios penitenciarios, inmigración, menores, violencia de género, tercera edad y discapacidad.

Pues bien, siendo opinión mayoritaria de los españoles según barómetro de opinión del CGAE, que es preferido en un porcentaje altísimo (83%), un acuerdo antes que un procedimiento, es muy interesante y para seguir siendo pioneros, trabajar con propuestas para mejorar el funcionamiento y calidad de la justicia (Carnicer enumera diez propuestas) tales como la que reseña de esta forma :

"Frente a una justicia judicializada, sobrecargada de trabajo, es imprescindible, como sucede ya en Europa, promover e impulsar mecanismos y normas legales de mediación, arbitraje y conciliación, como una vía extrajudicial y una fórmula real de descongestionar los juzgados, y de ofrecer no una justicia rápida o lenta, sino ágil y eficaz. En esa labor de prevención extensible a todos los ámbitos pero sobre todo al derecho de familia, accidentes de circulación, controversias entre entidades de crédito y sus clientes, arrendamientos urbanos los abogados deben tener un papel primordial y su regulación supondría un interesante ahorro a la administración de Justicia"

También a destacar entre las propuestas de la máxima autoridad de la abogacía, la participación de todos en los proyectos de Justicia: **Foro por la Justicia.**

Más adelante me referiré a las propuestas que desde el Foro, y en concreto en **la comisión de arbitraje y mediación**, se han aprobado para su presentación al Ministerio de Justicia-

Los abogados, pioneros y adivinando el futuro que viene, que ya es presente arraigado en países de nuestro entorno europeo (Francia, Suiza, Inglaterra, Bélgica, Holanda, Italia, Alemania) y allende los mares Argentina, Canadá, Estados Unidos, hemos de trabajar y dar entrada, para paliar los efectos devastadores y nocivos del divorcio, que Irrumpe cual "tsunami emocional", a fórmulas como la mediación, que supondrían el complemento necesario en los procedimientos de familia para conseguir la mejor gestión de los conflictos familiares que se desencadenan antes, durante o post ruptura de pareja, y que sin una sólida gestión del conflicto emocional de fondo, más tarde o más temprano, desembocará en fracasos e incumplimientos de frágiles negociaciones.

Al final, todos pierden:

1.- se sobrecarga a los Tribunales que pasan a actuar como agentes esenciales en la solución de unos problemas sumamente complejos que las familias padecen y respecto de los cuales se necesita ayuda especializada,

2.- también pierden los verdaderos protagonistas de la crisis de familia, que no lograron comunicarse y ven las soluciones como impuestas desde fuera, acrecentando el sentimiento de fracaso personal.

Por ello, es sumamente importante, difundir y acercar a la práctica cotidiana, la mediación, herramienta que facilitará la comunicación y el diálogo y donde lejos de escenarios de confrontación, se "escuche" al otro y así lograr los mejores acuerdos con garantías de cumplimiento.

Al hilo de estas reflexiones, quiero destacar las consideraciones siempre sabias y oportunas, de dos figuras clave en la andadura de la Mediación en España:

- a.- Pascual Ortuño, Magistrado de la Audiencia de Barcelona e impulsor del Proyecto Piloto del CGPJ para la implantación de la Mediación Familiar e
- b.- Ignacio Bolaños, Psicólogo y Mediador (2), vertidas en artículo del diario ABC recientemente publicado.

Señalan la progresiva escalada del divorcio desde que en 1981 se aprobó la Ley en España. En la actualidad, por cada 2 matrimonios que se celebran, otro se rompe, pero las previsiones señalan que en el 2010, será de 1 a 1.

Si en las cifras somos coincidentes con Europa, no tanto en las formas de abordar las rupturas, pues en España sigue siendo preferente la vía judicial, dejando la solución en manos de otro.

La mediación apela a la responsabilidad de las personas, que tras la separación, tienen que tomar decisiones importantes la mayoría de las veces referentes a los hijos.

A diferencia de los procedimientos judiciales, basados en el enfrentamiento, la mediación facilita el diálogo, para que **la propia pareja, de mutuo acuerdo**, decida sobre la custodia de los hijos y cómo harán frente a las necesidades económicas, atribución de la vivienda o liquidación del régimen económico. Todo ello, con la ayuda especializada que la mediación supone, y que tras las últimas reformas, posibilita la Ley 15/2005.

A pesar de esta reciente reforma, muchas parejas que tienen que afrontar la ruptura, desconocen esta vía, complementaria y altamente eficaz a la que pueden acudir en cualquier momento del proceso judicial, donde cualificados profesionales del campo de la Psicología, Derecho o Trabajo Social, les ayudarán a compartir reflexiones que tengan en cuenta las necesidades del otro.

2. Definición. Fases. Objetivos y principios

¿Qué se pretende con la Mediación?

Sencillamente, facilitar la vía del diálogo, pasar de la confrontación a la cooperación utilizando técnicas para asistir a los miembros de la pareja o familia en conflicto, ayudando a la búsqueda de soluciones, pero serán las partes las que voluntariamente diseñen como auténticos protagonistas de su problema la solución definitiva, que se plasmará en un documento o acuerdo, con satisfacciones mutuas y ganancias bilaterales, abandonando la formula ganar-perder.

Todo este proceso con la ayuda profesional de un mediador, imparcial, que escuchará a las partes y manejará habilidades y herramientas oportunas de comunicación, y cuya

Función no debe confundirse ni con la del abogado de las partes ni con la intervención del juez en su función conciliatoria ni con la intervención de un terapeuta.

Rol del Mediador.

No defiende particularmente los intereses de ninguna de las 2 partes

Gestiona lo aportado en las sesiones de mediación

Evita formular los temas de manera unilateral

Se expresa neutral e imparcialmente evitando tensiones y agresividad

Ayuda en el diseño de soluciones

No permite ocultación de datos o engaño

Procura una atmósfera que maximiza las posibilidades de acuerdo

Hará un esfuerzo por diferenciar lo manifiesto de lo latente.

Rol del Abogado.

Asesora jurídicamente a las partes

Revisa acuerdo de mediación y redactará el convenio

Rol del terapeuta.

Atenderá los conflictos emocionales apoyando a las partes en la comprensión de la experiencia

Trabaja con la pareja en la construcción de nuevas formas de relación desde la nueva perspectiva

Ayudará a las partes a establecer nuevas formas de organización familiar

Para comprender mejor el enorme valor de la mediación, al ofrecer espacios de encuentro y diálogo, es muy aclaratorio un breve resumen de fases en el proceso, sin que esta clasificación sea rígida, sino meramente indicativa de cómo se desarrolla un proceso de mediación.

Antes de empezar una mediación propiamente dicha es necesario valorar la adecuación al caso que se plantea, quién será la persona que se reunirá con las partes y si las reuniones serán conjuntas o individuales, duración de las sesiones y si estarán presentes otros profesionales que vayan a tener relación con las partes (abogados)

1. **Entrada.** Será el mediador quien deba proporcionar la estructura inicial y obtener la confianza y cooperación de las partes, fomentando su participación activa en el proceso demostrando su neutralidad. En esta etapa se recaba toda la información sobre la percepción del conflicto que tienen los participantes, sus expectativas.
2. **Explica.** Se pretende traer a la superficie los problemas, se definen los mismos, las partes se explican y se sienten escuchadas por el mediador. Este a su vez, escucha, parafrasea, y anima a los participantes a que expongan.
3. **Situarnos.** Se trata de centrar el problema, clasificar y ordenar los temas, identificar el conflicto y llegar a una definición compartida del conflicto aceptada por todos.
4. **Arreglar.** ¿Hacia dónde queremos ir? ¿Cómo queremos relacionarnos en el futuro? El mediador debe mantener la neutralidad, no debe ofrecer soluciones, pero sí debe promover: La generación de ideas, por poco realistas que parezcan; que no "desechen, que busquen propuestas integradoras y que reformulen las posiciones en intereses. Después de revisar los problemas, debe hacer lista de todas las opciones que se han barajado y cuales son los criterios sobre los que van a valorar.
5. **Acuerdo.** Opciones que van a ser aceptadas y pueden funcionar, quien hace, cómo, cuándo y dónde. Será el acuerdo final que será satisfactoriamente aceptado y permitirá si se desea, preservar las relaciones en el futuro.

Todo el sistema familiar estaba afectado e intentos anteriores de solución habían fracasado.

Las partes, necesitaron acudir al proceso de mediación porque tal vez la ausencia de comunicación había cronificado el conflicto.

La mediación hará que las partes dejen de verse como "adversarios". La pareja irá colaborando en la toma de decisiones, con responsabilidad. La mediación les va a ayudar a definir el problema y organizar su propio esquema. Indudablemente todo ello supone un enorme beneficio para los hijos con la consecución de los mejores acuerdos bien estructurados y duraderos.

Todo ello, en definitiva, posibilitando la mejor reestructuración familiar que hay que abordar tras una ruptura.

3. Marco Normativo de implantación.

Tradicionalmente, se había otorgado al sistema judicial en exclusividad la resolución de los conflictos familiares.

Se reconoció expresamente la función conciliadora del juez en los procesos de familia (Art. 415, 428 Ley Enjuiciamiento Civil), el juez debía procurar una solución negociada o acordada.

El Juzgador, tras examinar la pretensión de parte y delimitar el objeto del debate, habría de exhortar a las mismas a un acuerdo evitando el contencioso.

También cabe la posibilidad de ofrecer a las partes que hablen y negocien fuera de la presencia judicial, con sus abogados. En cualquier caso, se consignará en el acto del juicio el contenido del acuerdo alcanzado para poder ser aprobado en sentencia...

Pero todo esto, es a menudo insuficiente, por la compleja problemática que las rupturas familiares presentan. Es frecuente que se alcancen acuerdos sin dificultad pero que los problemas empiecen en ejecución de sentencia.

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

Cuando se ha trabajado en mediación, por difícil y laborioso que haya sido, los acuerdos son altamente satisfactorios y se respetan y cumplen. ¿Por qué esta diferencia?

En las crisis familiares confluyen los aspectos emocionales y los jurídicos, y la mediación va a ayudar a resolver ese fondo emocional, procurando la cooperación y modificando la percepción del conflicto que cada parte tiene.

Posibilita a las partes ser los auténticos protagonistas y realizar con responsabilidad un trabajo "propio", que no es impuesto desde fuera y alejado de escenarios de confrontación.

Podríamos decir, incluso, que se estaría produciendo una crisis en el procedimiento judicial contencioso de resolución de conflictos familiares, y como consecuencia de ello, una renovación profunda en el ámbito del Derecho de Familia, siendo cada vez más importante la colaboración de otros profesionales.

Toda esta renovación se va concretando en reformas legislativas y aportaciones desde la praxis judicial.

Frente al proceso civil clásico, claramente adversarial, el proceso de familia debe girar en torno a la pacificación familiar.

Ya la Ley 1/200 de 7 de Enero supuso un avance frente al proceso que configuraba la Ley 30/81.

Pero es con la modificación introducida por la Ley 15/2005 de 8 de Julio, por la que se modifica la Ley procesal en materia de separación y divorcio, el momento en el que se inicia una clara apuesta por la vía del mutuo acuerdo y soluciones auto compositivas entre las partes, mediante un mandato expreso al juez para que intente el acuerdo a la vista de la solicitud de medidas previas o provisionales (771,2ª y 773).

La citada reforma, introduce (770,7º y 777,2º) la posibilidad de solicitar la suspensión del procedimiento para acudir, voluntariamente, a una mediación.

Ello en cualquier momento del proceso.

"Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar la suspensión del proceso de acuerdo con lo previsto en el Art. 19,4º de esta Ley, para someterse a mediación" (770,7º)

Los beneficios de la mediación han sido reconocidos por la Unión Europea:

- 1.- Recomendación 1/98 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de Enero (3),
- 2.- Libro Verde sobre Mediación y Directiva del Parlamento Europeo y Consejo sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de Octubre de 2004, cuyos objetivos entre otros, promover entre los países miembros el recurso a la mediación o ADR.

Es importante el avance de la Ley 15/2005, en su disposición Final IIIª, *"El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley sobre Mediación, basado en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión europea, y en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades autónomas"*.

Es deseable una Ley estatal que armonice la dispersión normativa de las Comunidades, (la última en contar con Ley de Mediación es Baleares, que entró en vigor el 20 de Diciembre 2006), todo ello una vez aprobada la Directiva europea.

Pues bien, a tenor del Art. 770,7º de la Ley procesal, como acertadamente señaló **el Magistrado de Familia 7 de Sevilla, Francisco Serrano**, (4) se han de extraer las siguientes reglas.

- El juez que conozca de los litigios familiares, cuando aprecie de oficio, a instancias de fiscal o de parte, que es posible un acuerdo, podrá derivar a los litigantes a mediación familiar en cualquier fase del proceso, incluso en ejecución de sentencia.
- La resolución que acuerdo ir a mediación, previa audiencia de parte y de acuerdo con ella
- Las partes podrán acudir a un mediador privado o el que corresponda de la administración pública, para lo cual será preciso que la Ley estatal dote y prevea unos servicios públicos a los que acudan quienes tengan derecho a justicia gratuita, todo ello con el establecimiento de turno de oficio de mediadores y actuación colegiada de ellos, inscritos en el correspondiente registro.
- Se pondrán en conocimiento del juzgado el inicio de las sesiones de mediación, centro al que asisten y duración de las mismas. En base al principio de confidencialidad, no podrá el mediador ser llamado a juicio posterior ni facilitar información de lo acontecido en las sesiones.
- Son de aplicación a los mediadores las causas de abstención y recusación prevista en Ley de Enjuiciamiento Civil. (124)

- La resolución que acuerde la mediación, regulará la suspensión del procedimiento, estableciendo si se refiere a todas o parte de las medidas controvertidas objeto del proceso, pudiendo acordarse medidas provisionales o cautelares para dar cobertura a los intereses de orden público durante el desarrollo del proceso de mediación.
- En cualquier momento, a instancia de parte, del mediador o del fiscal, se puede poner fin a la mediación, alzando la suspensión del procedimiento.
- Cuando exista acuerdo, se haya agotado el plazo o la posibilidad de lograrlo, el mediador presentará informe al juzgado dándose traslado a los litigantes y al ministerio fiscal.
- La tramitación del procedimiento se ajustará a lo que proceda, bien porque se reconduzca el contencioso aportándose a la propuesta de convenio el acuerdo de mediación, o bien continuando por vía contenciosa ante la imposible pacificación.

4. Acuerdo de mediación. Intervención del mediador en procedimiento.

La transacción que en materia de familia puede contenerse en convenio regulador, no puede calificarse como un puro negocio privado sólo por la voluntad de parte, sino que la aprobación judicial es condición de eficacia plena en el ámbito del derecho de familia, sin perjuicio de la mayor o menor eficacia Inter. Partes según la materia.

Excepción del Art. 1814 del CC, matizada por la Jurisprudencia para negociar sobre aspectos patrimoniales o personales derivados de la separación o el divorcio.

Si el proceso de mediación finaliza con un acuerdo, éste vendría a ser un pacto (1255 CC), a partir del que se crearán reglas que vinculan de futuro, acuerdo sujeto a límites de ese artículo pero cuyo límite más potente sería el artículo 751 de la Ley procesal: todo aquello que es materia indisponible por las partes.

La propuesta que se documenta, en el caso de existencia de menores, si es aceptada por el Ministerio Fiscal, entonces se eleva como acuerdo coercible y vinculante.

Si por el con erario es materia disponible, económica-patrimonial, se traslada al convenio, Igual se procede en temas mercantiles.

Otra posibilidad respecto al acuerdo de mediación es trasladarlo a escritura pública y solicitar ejecución en caso de incumplimiento. Lo mejor, en todo caso, sería que el acuerdo final sea revisado por el letrado de parte y acompañado a la propuesta de convenio para su ratificación a presencia judicial.

Algunas consideraciones a lo que, en relación a la mediación e intervención del mediador, pudiera plantearse en procedimiento.

- Documentos que tengan por objeto lo desarrollado en sesiones de mediación. Las actas que documenten las sesiones son documentos privados, confidenciales, podría plantearse no admisión de prueba (283 y 287 LEC).
 - Interrogatorio de parte. Todas las cuestiones planteadas en sesiones de mediación de mediación podrían ser consideradas preguntas improcedentes (303 y 307 LEC).
- Existe obligación legal de guardar secreto, no revelar contenidos, es una obligación Inter-Partes que vincula y no se puede alterar en un posterior procedimiento (7 CC)
- El mediador no podrá ser llamado a juicio como testigo (371 LEC), confidencialidad como principio básico de la función del mediador.

Por tanto, nada de lo que ocurra en mediación puede ser llevado a pleito, con la salvedad del acuerdo final al que se llegue, que con el visto bueno de letrado de parte, se acompañará a la propuesta de convenio.

5. Abogacía y mediación.

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

La abogacía, los Colegios y por supuesto el Consejo General de la Abogacía Española, desempeñan un papel importante para el éxito o fracaso de la mediación en España, pues no puede olvidarse que en la mayoría de los conflictos familiares, el abogado sigue siendo el primer interlocutor al que las partes acuden.

Por tanto, en nuestras manos estará el saber encauzar y derivar a mediación la ruptura familiar como paso fundamental para después ser guiado por los cauces jurídicos que correspondan. Difícilmente prosperará la mediación al margen de los abogados y es importante implicar al colectivo en la difusión y práctica de la misma.

En esta línea, están las Conclusiones Definitivas del Proyecto Piloto del CGPJ para la implantación de la Mediación, no sólo familiar, sino también en la esfera penal en adultos (5)

Los abogados, con relación a la mediación, se muestran en un espectro que va desde el rechazo a una clara apuesta, pasando por la desconfianza o indiferencia.

No debe ser percibida como merma de expectativas profesionales pues el papel del letrado seguirá siendo fundamental como experto jurista y cuya colaboración en el desarrollo de la mediación en su fase final sobre todo, es imprescindible para visar el acuerdo de mediación.

También puede el abogado desempeñar un nuevo "rol", de mediador formando parte de un equipo en co-mediación.

En este cometido, no defiende ni asesora a las partes, actúa imparcialmente canalizando el proceso, obviamente, será incompatible para una posterior intervención letrada con esas mismas partes.

6. Foro por la Justicia: Propuestas de la Comisión de Arbitraje y Mediación.

Constituido el Foro por la Justicia en sede del CGAE en junio de 2004, como ámbito de reflexión para aportar ideas o actuaciones de interés general jurídico y canalizar propuestas, recientemente, en sesión plenaria el 19 de Diciembre 2006, se aprobaron las elaboradas por las distintas comisiones de trabajo que lo integran, y en concreto, nos referimos a la comisión 3 referente a arbitraje y mediación, para ser presentadas al Ministerio de Justicia.

Uno de los fines por los que se constituye el Foro es "incentivar el conocimiento y la utilización de los procedimientos que facilitan la solución amistosa o extrajudicial de los conflictos con todas las garantías, así como los procedimientos y mecanismos de seguridad jurídica preventiva"

Propuestas sobre Mediación familiar a presentar al Ministerio de Justicia (Comisión 3)

- **Objetivo fundamental.** Impulsar y aprobar una Ley estatal de Mediación, (que contemple la mediación familiar y penal) si bien hay que esperar a la transposición de la Directiva comunitaria 2004/0251-COD y se solicita que dicha transposición se vea impulsada activamente por el Ministerio de Justicia-

• Propuestas en el marco de la Ley 15/2005

1. Introducir en Art. 771 de LEC "la facultad del juez de derivación a una sesión informativa previa antes de iniciar la tramitación del procedimiento en vía de mediación intrajudicial"
2. Introducir referencia a mediación en fase de ejecución de sentencias (demandas ejecutivas)
3. Registro General de mediadores familiares
4. Establecimiento de servicios de orientación a la mediación (SOM)
5. Ampliación de equipos técnicos en los Juzgados de Familia, incluyendo mediador familiar así como psicólogos con conocimientos en mediación.
6. Contemplar el principio de confidencialidad
7. Establecer el desarrollo de un Observatorio de Mediación civil familiar y penal, en el que estén incluidos CGPJ, CGAE(Foro por la Justicia), Fiscalía, Administraciones Públicas, Ministerio de Justicia
8. Coordinar por el Ministerio de Justicia y CCAA, la inclusión dentro de la justicia gratuita de mediación familiar y penal.
9. Que el Ministerio de Justicia promocióne, en coordinación con CGPJ, CGAE, Colegios de abogados, ayuntamientos, programas de difusión y formación de Mediación familiar y penal para personal adscrito a los juzgados, abogados, procuradores y ciudadanía.
10. Por la Fiscalía del estado, se dicten Instrucciones en mediación civil y penal
11. Se impulse, por el Ministerio de Justicia, la suscripción de convenios de colaboración entre organismos judiciales y agentes sociales para sensibilizar e informar sobre mediación familiar a

parejas que presenten demandas

Igualmente se aprobó una extensa propuesta sobre mediación penal y arbitraje pero por razones obvias del contenido de este artículo, se omite

7. Reflexión Final.

Es importante que los implicados en una ruptura de familia, de pareja, comprendan que son sólo ellos los que tienen en sus manos la mejor garantía para el buen desarrollo de sus relaciones de futuro y las de sus hijos.

Ni el abogado, por magnífico profesional que sea, ni el juez por justo e imparcial en su trabajo, ni la ley que es genérica y abstracta, les va a solucionar verdaderamente el problema.

Serán ellos, los que en responsabilidad y cooperación serán los mejores artífices de soluciones que de otro modo, serán impuestas desde fuera, y nunca será bien aceptada.

Una solución dialogada, adaptada a las necesidades, generosa con los hijos, basada en interese de todos, será la mejor garantía de la estabilidad de toda la familia.

“En situaciones de conflicto, arrégalo bien y vivirás mejor”

(1) Intervención de Carlos Carnicer Díez, en los Desayunos de Europa pres. Hotel Villa magna 26 Enero 2006.

(2) Mediación: Paz en la guerra del divorcio. Los domingos de ABC 24 Diciembre 2006

(3) Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil presentado el 19 de Abril de 2002 por la Comisión de Comunidades Europeas a solicitud del Consejo. Dictamen (2003/C85/02) de 8 de Abril de 2003. Directiva. Bruselas 22 octubre 2004 (2004/0251COD)

(4) Ponencia del Magistrado de Familia Francisco Serrano Castro, en Jornada sobre Mediación Familiar celebrada en Colegio de Abogados de Sevilla el 18 Abril 2004.

(5) Conclusiones aprobadas en el encuentro del CGPJ Proyecto Piloto para Mediación Familiar y Penal, celebrado en Barcelona en Noviembre de 2006 , en coordinación con la Fiscalía General del Estado