

Las perspectivas de la mediación en el marco del derecho de Familia

Los inicios de la mediación en el Colegio de Abogados de Barcelona

1. Los inicios

No podemos esconder que la mediación entró en el Colegio de Abogados de Barcelona no por la puerta falsa, que es la puerta de acceso privilegiada de todo lo que se considera útil y provechoso, sino por la ventana de la claraboya. Es decir, casi no entró y cuando lo hizo se quedó en la buhardilla, mientras que el derecho procesal más duro continuaba paseándose majestuosamente por el salón de amplios ventanales.

A pesar de todo cuando la palabra mediación llamó a la puerta del Colegio de Abogados fue mediante las primeras experiencias provenientes de otras latitudes y generalmente ligadas a la problemática familiar y, de una manera más concreta, a la problemática de la pareja. Los conflictos hereditarios han sido siempre inferiores en número y tienen más relación con las disoluciones de regímenes matrimoniales y liquidaciones de patrimonio, aunque con el tiempo será uno de los campos más propicios para la resolución alternativa, hoy ya persisten la figura del contador-partidor y la del administrador como un mediador-árbitro calificado. En cualquier caso tampoco podemos olvidar, desde una perspectiva del mundo del derecho, que actualmente las técnicas mixtas de mediación y negociación, sobre todo esta última, junto con el arbitraje deben introducirse en poco tiempo en el campo del derecho de la empresa y en el mundo laboral.

En realidad la palabra mediación –con el significado que hemos intentado unificar como intervención de una tercera persona imparcial que no tiene que tomar decisiones– se introdujo en el Colegio de Abogados de Barcelona, prácticamente a principios de 1990, mediante experiencias y resultados provenientes de otros países, sobre todo de los Estados Unidos y del Canadá y posteriormente de Bélgica y Francia siempre en relación con la problemática familiar.

Inicialmente se presentó un claro rechazo por parte de los abogados dedicados al derecho de familia por los siguientes motivos:

- Se trataba de algo diferente que no estaba escrito en los manuales de derecho;
- Los pocos tratados de mediación publicados no iban acompañados



de normativa aplicable y además, algunos de estos manuales eran traducciones muy sencillas, o simplemente muy malas, en clave americana, difíciles de homologar en nuestro país;

- Se trataba de estudios que prescindían inicialmente del procedimiento judicial, lo que podía significar que la figura del abogado podría terminar siendo irrelevante;

- Se alegaba un posible intrusismo de otros profesionales;

- Se podía interpretar que se ocupaba un espacio reservado a los abogados de acuerdo con el principio del derecho a la defensa. ¿Quién, sino el abogado puede defender mejor los intereses de sus clientes? Pero, sin embargo, el abogado utiliza las reglas del juego que permite la diversidad de la normativa, con el fin de que quien juzga lo haga en función de la prueba practicada. Por esto muchas veces no coincide la verdad jurídica con la realidad de los hechos;

- Se hablaba de una reducción de los costos procesales y en cierta medida podían desaparecer fácilmente ciertos procedimientos de los tantos existentes en el derecho de familia, sobre todo en los trámites de separación y divorcio; Medidas Provisionales, Incidente de Oposición, Apelación del Incidente, Pleito Principal, Apelación del Pleito Principal, Modificación de Medidas, Ejecución de Sentencia, etc. Evidentemente la reducción de los costos procesales podía comportar una reducción del tiempo y de los honorarios.

2. La mediación, una alternativa

A pesar de todo había motivos más que suficientes para que algunos abogados entendieran la mediación no como alternativa al proceso judicial sino como una complementación alternativa al mismo, es decir, un mecanismo de ayuda para resolver determinadas situaciones conflictivas. El peligro podía derivar de que sólo se utilizara la mediación como último recurso, es decir, para casos imposibles de resolver.

Pero, ¿por qué se empezó a plantear la mediación si producía tanta reticencia en el mundo del derecho y en especial en el conjunto de los abogados? En primer lugar los casos provenientes del campo del derecho de familia pueden eternizarse. El concepto de cosa juzgada en familia es irrelevante.

En segundo lugar, pero en relación con el anterior, debido a la duración del conflicto el abogado sufre un cansancio respecto al caso que no favorece a nadie. El abogado ha planteado todo el proceso judicial: demanda, contestación, reconvención, proposición de prueba, recursos que considere adecuados y las alegaciones más osadas, pero, a pesar de todo, el cliente

posiblemente no tiene el problema resuelto y no se siente plenamente beneficiado y llega un momento en que también sucede un divorcio entre el cliente y el abogado. También se ha llegado a la crisis de la pareja. ¿Qué más puedo hacer –dice el abogado– si esta mañana mi cliente me ha llamado cuatro veces para pedirme que cambiará el miércoles por el jueves, en relación al régimen de visitas del segundo hijo de su segundo matrimonio?

En tercer lugar, el proceso matrimonial bien llevado, justamente bien llevado, pide tiempo, dedicación y una cierta dosis de paciencia y, por lo tanto, unos ingresos en consonancia que, muchas veces no han lugar.

En cuarto lugar, e incluso en el supuesto de que el cliente esté plenamente satisfecho del resultado del pleito, nadie le garantiza una perdurabilidad del éxito. Cuántas veces se lucha por alcanzar la custodia de los hijos y, una vez alcanzada, por razones a veces inexplicables o simplemente por su propia evolución, los hijos deciden ir a vivir con el otro progenitor?

En Barcelona, por suerte, la mediación también había despertado un interés científico en determinados jueces de instancia. De ahí surgió la Associació Catalana de Mediació que agrupaba diferentes áreas interdisciplinarias: jueces, abogados, psicólogos y trabajadores sociales, con una clara idea de no rechazar a nadie.

Ya faltaba poco para que la mediación fuera discutida en la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados. En aquel momento yo era su secretario. Algunos miembros, diputados de la Junta de Gobierno, intentaban aceptar la mediación en el contexto del arbitraje y otros dentro de la sección de psicología jurídica. El peligro era evidente ya que en ambos casos pasaba a ser una materia absolutamente dependiente de otra supuestamente principal. Finalmente la Junta de Gobierno aprobó la creación, a lo largo de 1994, de la sección independiente de Resolución Alternativa de Conflictos, con las tres actuales ramas de mediación, negociación y arbitraje. A los tres meses de su creación ya había 150 abogados inscritos y, por primera vez en el Colegio de Abogados de Barcelona y en todo el Estado español, en octubre de 1995 se impartían las primeras clases de mediación dentro del programa de Procesal Civil en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados.

En una de las clases se planteó un caso. Era el de una vecina que vivía en régimen de alquiler en el segundo primera de un edificio. La propietaria vivía en el mismo edificio pero en el principal. La arrendataria, una persona mayor, había pagado siempre el alquiler puntualmente, y había aceptado la acomodación de la nueva regulación del alquiler; era modélica. Pero hacía dos meses que no quería pagar el alquiler hasta que la propiedad no arreglara



el problema de las humedades procedentes de unas conducciones defectuosas. La propietaria utilizó las armas del procedimiento judicial por falta de pago, pero también sabía que si quería alquilar nuevamente el piso tendría que hacer las obras que reclamaba la vecina.

El caso se planteó a los alumnos a fin de que dieran una solución por vía de arbitraje, por vía de mediación y por vía judicial. De los 35 alumnos que estaban en clase, más del 70% optó por la mediación. En efecto, la propietaria cobró los meses pendientes, conservó la arrendataria que pagaba puntualmente, se hizo cargo de las obras, e incluso aceptó que la arrendataria tuviera una estudiante en el piso a cambio de un pequeño incremento del alquiler. En realidad se alcanzó otra cosa tal vez más importante: que la propietaria y la arrendataria continuaran saludándose al encontrarse en la escalera.

3. Perspectivas de la mediación en el Derecho de Familia

En el Derecho de Familia la mediación puede significar una herramienta importante como resolución de conflictos. En realidad los abogados dedicados a esta rama del derecho hemos aplicado mediación sin percatarnos de ello y en ningún caso nos extraña la práctica de la negociación, una práctica absolutamente enraizada en los trámites no contenciosos de separación y divorcio y necesaria para formalizar los convenios reguladores. Pero en cualquiera de los casos estamos en los pre-inicios de lo que un día será la mediación.

Con todo querría aclarar que seguramente mi visión de la mediación no es ni mucho menos la visión de la abogacía en general. Por lo tanto, habrá que diferenciar mi visión particular del conjunto de la de mis compañeros de profesión, teniendo en cuenta que mi acceso al conocimiento de la mediación se inició de una manera singular en un momento en que el concepto no comportaba la actual definición divulgada.

En efecto, a finales de 1990 intervine como representante del Colegio de Abogados de Barcelona –era el único Colegio de Abogados invitado en representación del Estado español– en el Primer Congreso Europeo de Mediación Familiar que se celebró en Caén, Francia. Mi participación consistía, como la de los restantes representantes de los demás estados, en explicar el conocimiento que tenía cada uno, en el propio país, de la existencia de la mediación, su práctica habitual y si esta práctica era realizada por entidades privadas o públicas, al margen o en colaboración con los estamentos judiciales.

En el derecho de familia la mediación puede significar una herramienta importante como resolución de conflictos

De mi participación en Caén extraje algunas conclusiones. En primer lugar observé un claro divorcio entre el mundo judicial (abogados, jueces y fiscales) y el mundo psicosocial (psicólogos, trabajadores sociales y educadores). Este último grupo, mucho más numeroso en aquel Congreso, formaba parte de aquello que, utilizando el símil en el campo de la medicina, podría denominarse la medicina alternativa, y que en el campo del derecho podría denominarse la alternativa extrajudicial, parajudicial –utilizando un término casi despectivo– o simplemente no judicial.

El resultado del Congreso no fue excesivamente positivo, principalmente cuando podían verse diferentes asociaciones de padres divorciados defendiendo la mediación como contrapartida al proceso judicial ante la práctica exclusividad de custodias de menores en favor de las madres. Así pues, era más la defensa de un resultado (un cambio de custodia) que una nueva manera de entender y ver las cosas. A pesar de todo, en conjunto, la experiencia me sirvió para acercarme a otra manera de pensar y de trabajar la problemática familiar en el campo del derecho de familia.

A pesar del tiempo transcurrido la práctica habitual es una práctica contradictoria. Para empezar, en las diversas Facultades se estudia el derecho desde una vertiente plenamente contenciosa, diría que únicamente contenciosa, y hasta que no haya una materia, dentro del programa de la carrera de Derecho, que hable de lo que podríamos denominar derecho pacífico o no violento, difícilmente podremos adoptar las formas alternativas como medios de resolución de conflictos.

Simplemente hay que observar -dentro del marco del **derecho civil**- el papel de dos procedimientos dialogantes como son el acto de conciliación previo al procedimiento contencioso (absolutamente ineficaz y desacreditado) y la comparecencia en los juicios de menor cuantía en los que, en el mejor de los casos, asisten los abogados para ratificarse en sus escritos de demanda y contestación.

Personalmente tampoco creo que el arbitraje nos libere del corsé procedimental. En el fondo considero que el arbitraje no deja de ser un proceso contencioso, con un matiz más privado y participativo en el que las partes se someten a la misma idea de conflictividad que en un proceso claramente contradictorio, es decir, con la idea de que una ganará y la otra perderá.

Con todo, en el campo del Derecho de Familia, las sentencias de muchos Juzgados de familia y de 1ª Instancia de fuera de Barcelona han favorecido que el concepto culpa quede relegado a un segundo término, hasta el extremo de convertir el artículo 82 del Código Civil en un simple cajón de sastre, si exceptuamos los casos que pueden poner en peligro el equilibrio

o la salud de los menores. Por eso se ha introducido, en el Derecho de Familia, una concepción de la no culpa, inusual en otras ramas del derecho, introducción que también ha sido favorecida por la práctica habitual de muchos abogados dedicados a esta disciplina jurídica.

Recuerdo que llevé un caso de separación en el que tuve que correr un riesgo, ya que conocía a ambas partes. Él era un médico con una enfermedad degenerativa ósea muscular, de la cual, según la esposa, ya tenía conocimiento y se la había ocultado. Ella era profesora de un centro docente. Ambos tenían un hijo menor de edad. El piso era propiedad del marido, casado en régimen de separación de bienes como es normal en Cataluña. Este piso ya lo tenía el esposo antes de casarse. El planteamiento inicial era grave ya que el hijo menor quería estar con la madre y los ingresos del marido todavía eran superiores a los de la mujer, aunque con motivo de su enfermedad estaba tramitando un expediente de invalidez. Si un abogado actuaba en defensa de la esposa podía pedir el domicilio conyugal en favor de ella debido a la custodia del menor y a la diferencia económica entre una y otra parte.

Por su parte el abogado del marido podía pedir el domicilio en función de que lo que había adaptado a su invalidez, en ocasiones iba en silla de ruedas y podía jugar la baza de la compasión. La contradicción estaba en que el marido no quería dar una imagen de enfermedad y aparentaba firmeza para no perder un amplio régimen de visitas con su hijo. La esposa vivía también en la contradicción de querer el piso y la necesidad de rehacer su vida. Utilicé la mediación.

Apuntaba lo que era positivo para ambos, es decir, aquello en que estaban de acuerdo: que el niño estuviera bajo la custodia de la madre por estar en mejores condiciones físicas y de disponibilidad, que el niño fuera a la misma escuela, que el niño, dentro de las limitaciones normales, no sufriera una sustancial rebaja de nivel social (clases de piano, deporte, etc.) y que hubiera una gran relación entre padre e hijo, es decir, un amplio régimen de visitas.

También se apuntó lo negativo, lo que estaba en contradicción: el hecho de que ambos quisieran el piso; una pensión compensatoria en favor de la esposa por la diferencia económica entre una y otra parte y por el coste de la alimentación en



**El abogado que
actúa como
mediador debe
dejar de lado
su faceta
contenciosa**

favor del hijo que se presumía muy alto por parte del marido. En el proceso contencioso todo era posible, pero por suerte se aceptó la mediación. Los objetivos se alcanzaban lentamente y el rompecabezas se completó aproximadamente en cinco sesiones. El marido retuvo el domicilio conyugal. La madre y el hijo hallaron una nueva vivienda cerca de la escuela y consecuentemente próxima también al domicilio paterno. Con esto se solucionaba el problema de la escuela y la flexible relación padre-hijo, difícil a veces ya que el padre, en ocasiones, no podía salir a la calle. Se vendió la plaza de parking que el marido tenía en el mismo edificio -ya no podía utilizar el coche- y el dinero se entregó a la esposa para pagar la nueva vivienda, además de percibir la totalidad de un saldo que ambos tenían en una libreta indistinta.

Finalmente se acordó una pensión que sería proporcional a los ingresos del marido, teniendo en cuenta su futura reducción cuando percibiera la invalidez. En la actualidad la relación no es óptima ya que la esposa se queja del engaño del marido al no explicarle la enfermedad y el marido del hecho que la esposa le ha abandonado a la primera de cambio. Pero ambos han pactado lo menos malo y un día el hijo lo agradecerá.

A pesar de todo, si la introducción al proceso judicial muchas veces es pacífico (por la vía de la disposición adicional sexta), cuando nos introducimos en el estudio de los efectos, es decir, en los aspectos más materiales, e incluso en la designación de la custodia de los menores, ya que la indicada custodia comporta generalmente la adjudicación del domicilio y una obligación de pago de alimentos, la conflictividad es de primer orden y no se ve de ninguna forma una remisión.

Es evidente que la legislación ha avanzado con el fin de facilitar el mutuo acuerdo, y de esta forma el Código Civil ha proporcionado los mecanismos para la tramitación pacífica de la conflictividad matrimonial mediante su artículo 90. Con esto, la legislación homologa y eleva a la categoría de ejecutable los acuerdos de las partes. Y es en estos acuerdos y en su elaboración en la que los abogados deberemos trabajar la transacción con los mismos argumentos que en el futuro deberemos utilizar cuando hablamos de mediación, es decir, argumentando la conveniencia del acuerdo pacífico fundamental para evitar el desgaste emocional y el elevado coste del procedimiento contencioso, una mayor flexibilidad para concretar los acuerdos y una evidente reducción de los trámites.

Si además el abogado es elegido como abogado único para ambas partes –otra vía de acceso que la ley ha facilitado para favorecer el proceso no contencioso– observemos que su papel incluso podría ser el de un perfecto mediador, utilizando, como dice Norman Brand, la mediación centrada en la información, que es la mediación basada en la posesión de información



superior, por parte del mediador, obtenida mediante el estudio y la experiencia formales. Es el caso del abogado que, después de haber llevado numerosos pleitos matrimoniales, puede hacer una aproximación bastante acertada sobre el éxito o fracaso de un determinado conflicto judicial.

Y esta experiencia puede hacerla valer ante las partes y desde una vertiente de la más absoluta neutralidad, ya que el abogado que actúa como mediador debe dejar de lado su faceta contenciosa y debe optar por acercar las partes hasta llegar a un punto en que ambas se consideren lo más satisfechas o lo menos perjudicadas posible. Esto no significa que pueda llegarse al equilibrio de las pretensiones pero sí al equilibrio de las posibilidades. Desde la perspectiva de su experiencia y conocimiento de las leyes, el abogado-mediador deberá informar a las partes de su situación real pero también de sus ventajas e inconvenientes para llegar a un acuerdo y si éste puede ser realmente factible.

4. Conclusión

Desde una vertiente de la abogacía en general, el mundo de la mediación se ve -y esto cuando se conoce su existencia- lejano e infructuosamente pactista. Esto quiere decir que, incluso un abogado conocedor y partidario de la mediación puede verse conducido al fracaso si ante él hay un abogado convencido de su inutilidad o absolutamente ignorante de su existencia. Imaginemos, además, que el abogado se halla con un rival profesional que está convencido de la razón de su cliente, y éste presenta todos los indicios para ganar el caso, el abogado, desde una perspectiva de ganancias y pérdidas, defenderá hasta el fin el proceso judicial contencioso. Sólo el abogado que lleva un caso poco seguro podrá empezar a entender las ventajas de la mediación.

Y, sin embargo, el éxito del proceso familiar es efímero. Lo que en un principio parecía claro y sencillo con una resolución judicial sin incidencias, con qué facilidad se modifican las circunstancias y el proceso toma otro cariz. Esta carrera de fondo que es el proceso familiar es la que, de cara al abogado escéptico, puede justificar el proceso de la mediación. El convencimiento de que a pesar de haber ganado los primeros cien metros todavía queda mucha carrera hasta la meta, si es que realmente existe un punto y final en los procesos matrimoniales.

Antoni Vidal Teixidó

Abogado. Vice-Presidente de la Sección de derecho de Familia del
Colegio de Abogados de Barcelona
Presidente del Área de Mediación y Vice-Presidente de la Sección
Alternativa de Conflictos del Colegio de Abogados de Barcelona

Las perspectivas de la mediación en el marco del Derecho de Familia

Las perspectivas de la mediación en el marco del Derecho de Familia

Este trabajo no deja de ser una sincera y humilde reflexión sobre lo que significó en su inicio la palabra mediación y su significado actual en el seno del mundo de la abogacía i en especial dentro del marco del Colegio de Abogados de Barcelona, sobre todo aplicada al campo del derecho de Familia donde realmente, a pesar de las iniciales reticencias, más ha enraizado.

Some outlooks on mediation in the field of Right to Family

This essay is basically a humble and honest reasoning about the primary meaning of the word 'mediation'. Also, what it means nowadays in the legal field and, in particular, in the womb of the College of Lawyers of Barcelona. It is especially studied as applied to Right to Family, a field where it has known a real success despite some initial opposition.

Autor: Antoni Vidal Teixidó

Artículo: Las perspectivas de la mediación en el marco del Derecho de Familia

Referencia: Educación Social núm. 8 pp. 58 - 66

Dirección profesional:

Bruc, 6 4^a
08010 Barcelona
Tel. 93/268 31 97
Fax. 268 04 74