

LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

**Por José Luis Utrera Gutiérrez.
Juez de Familia de Málaga**

1. INTRODUCCIÓN.

Cualquier observador atento que se mueva habitualmente en el campo de la aplicación práctica del Derecho de Familia y concretamente en el ámbito de los procesos de familia, habrá detectado que en los últimos tiempos “algo se mueve” en esta parcela del derecho.

Tras veinticuatro años de vigencia de la Ley 30/81, comienza a abrirse paso la idea de que es necesario un cambio profundo en la forma de abordar la solución jurídica de los conflictos familiares y en los instrumentos con los que jueces y abogados “gestionamos” los procesos en los que se proyectan esos conflictos.

No se trata ya de reformas mas o menos amplias del marco jurídico de los procesos de familia como las plasmadas en la Ley 15/2005, sino de un replanteamiento de la propia finalidad de tales procesos, cuyo objetivo último debería ser, en la medida de lo posible, la pacificación del conflicto familiar que subyace bajo ellos¹.

En esa línea de renovación profunda de la praxis del Derecho de Familia, es en la que se inscribe la mediación familiar como método alternativo a la solución judicial de los conflictos familiares junto con la conciliación y el arbitraje, sistemas todos ellos que están contribuyendo muy eficazmente en el “entorno” de tales procesos a la pacificación de los conflictos y a mejorar la calidad de la respuesta jurídico-legal a los ciudadanos en este campo del derecho.

1.1 La crisis del proceso judicial contencioso como instrumento para la solución de los conflictos familiares.

No es aventurado apuntar que en el origen de este movimiento renovador está la profunda insatisfacción que el resultado final de los procesos contenciosos de separación, divorcio o ruptura de parejas de hecho genera no ya en los operadores jurídicos que intervenimos habitualmente, sino sobre todo en los propios ciudadanos que los protagonizan.

Esa inadecuación entre el problema a resolver (conflicto familiar) y el instrumento que se utiliza (proceso contencioso) se manifiesta de muy diversas formas, siendo las mas significativas una agudización del conflicto interpersonal de los adultos, un deterioro cuando no ruptura de las relaciones paterno-filiales y un rosario de incumplimientos post-sentencia (económicos y de régimen de guarda y visitas sobre todo) que ha llevado a

¹ En las primeras Jornadas de Jueces de familia (CGPJ 31 de junio, 1 y 2 de julio) se aprobaba entre otras conclusiones “Se propugna un cambio cultural en los operadores jurídicos que intervienen en el proceso de familia (jueces y abogados) con el fin de impulsar el proceso de familia como instrumento pacificador de los conflictos familiares y superar concepciones culpabilísticas que agravan esos conflictos. En ese sentido se propone la modificación del artículo 82 del Código Civil.”.

acuñar esa máxima de los procesos contenciosos de familia de que "... tras la sentencia empieza el verdadero pleito"².

1.2. Una hipótesis que explica esa crisis: singularidad de los conflictos y de los procesos de familia

La explicación a esta crisis del proceso contencioso de familia ha de buscarse necesariamente en las notas distintivas que singularizan a este tipo de conflictos y a los procesos sobre los que se proyectan, que entre otras muchas, podemos resumir en las siguientes notas:

a) Por su finalidad.

Como ya hemos dicho la finalidad esencial de este tipo de procesos ha de ser la pacificación del conflicto familiar que subyace bajo el mismo, ayudando a la redistribución de los nuevos roles familiares. Son procesos cuya sentencia debe tener más de proyección de futuro, fijando nuevas reglas de juego, que de análisis del pasado (salvo el estrictamente necesario), resultando por tanto especialmente inadecuado para ello el reparto de los papeles tradicionales que genera la dinámica del proceso civil contencioso de víctima/culpable, ganador/perdedor y que tiende a poner el acento en criterios de negativización del contrario, pues ello provoca una mayor dificultad para las relaciones personales futuras de todo el núcleo familiar³. En esta línea pacificadora de los conflictos familiares y de superación de dinámicas culpabilísticas ha de inscribirse la supresión de las causas de separación efectuada por la Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

b) Por la naturaleza de las relaciones jurídicas de que se ocupan.

Las relaciones jurídicas que se ventilan en los procesos de familia son en muchos casos de carácter personalísimo y todas están teñidas de una inevitable carga emocional que ha de ser tenida en cuenta por todos los operadores jurídicos que de una u otra forma intervenimos en ellos. Desconocer esta característica nos hace a veces incurrir en planteamientos / soluciones irreales, tanto a la hora de instar por los letrados como a la hora de resolver por los jueces.

Ese carácter personalísimo apuntado tiene su primera manifestación en una cierta crisis del decisionismo judicial imperativo que es la base de todo el sistema judicial en los supuestos de incumplimientos (¿ como se obliga a un menor adolescente a cumplir un régimen de visitas no querido?). Desde la perspectiva de los jueces de familia ha de traducirse en un sano realismo consistente en asumir que el Juez de familia "no lo puede todo" en el proceso y que el cumplimiento in natura es a veces imposible.

² FULLEDA ANTONIO (Magistrado de Familia de Beziers, Francia) "La mediación familiar como cambio social", comunicación presentada en el I Congreso Internacional de Mediación celebrado en Las Palmas de Gran Canarias los días 20-22 de marzo de 2003 "... en las familias en situación de ruptura brota el exceso y los desbordamientos. La separación y el empeño en un procedimiento judicial a veces tiene el riesgo de engendrar una violencia inesperada contra los otros y contra uno mismo. De esta confrontación surge la desilusión, resulta una transformación de los sentimientos, se transmutan los efectos positivos en negativos. Con la ruptura se instala el tiempo del tormento, del lamento, del rechazo, de la amargura y del rencor"

³ Mediación: Una visión judicial, en Diez años de abogados de familia 1993-2002, La Ley, 2003..

Una segunda consecuencia del tipo de relaciones jurídicas sobre las que se opera es su carácter evolutivo y dinámico, evolución que se manifiesta incluso al compás del propio proceso o mejor dicho como consecuencia del propio proceso. Normativamente son reflejo de estas peculiaridades los procesos de modificación de medidas y el artículo 752 de la LEC sobre hechos nuevos que tiende a evitar el lamentable espectáculo de resoluciones judiciales que en el momento de ser dictadas nada tienen que ver con la realidad del conflicto familiar al que se refieren.

Frente a la foto fija que viene a representar la sentencia en el proceso civil clásico al retratar generalmente la situación existente al tiempo de la demanda, la sentencia en el proceso de familia se asemeja más a una foto movida que se ha ido impresionando a lo largo del proceso a fin de reflejar lo mejor posible la situación familiar no en el momento inicial del proceso sino en el inmediatamente anterior a la sentencia.

c) Debilitamiento del principio de legalidad positivista.

Las amplias facultades discrecionales de que goza el juez que conoce de los procesos de familia, por ejemplo en el ámbito de las medidas personales, unido a la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados en el campo del Derecho de Familia (“interés o beneficio del menor” de los artículos 2 LO 1/96 y 92 del Código Civil, “interés familiar más necesitado de protección” de los artículos 96 y 103 del Código Civil, “incumplimiento de los deberes de protección” del artículo 172, “desequilibrio económico” del artículo 97 o la proporcionalidad de que habla el 146 para la fijación de los alimentos por citar solo algunos ejemplos), suponen un claro debilitamiento del principio de legalidad en su acepción positivista. Correlativamente esa discrecionalidad del juez acarrea un incremento notable de la imprevisibilidad en la respuesta judicial que en la práctica se traduce en una cierta litigiosidad contenciosa innecesaria.

d) No coincidencia entre partes procesales y partes en conflicto.

La presencia de menores, incluso de familia extensa (abuelos sobre todo) en la mayoría de estos litigios que sin ser parte procesal estricta se ven afectados muy directamente por las resultas de los mismos, es una característica de los procesos de familia que marca notables diferencias con el proceso civil ordinario y que explicaría una parte importante de esa insatisfacción que antes hemos apuntado. No todas las partes del conflicto familiar hablan ni son escuchadas en el proceso.

e) Carácter interdisciplinario del Derecho de Familia e intervención de profesionales no jurídicos.

Finalmente, por el tipo de relaciones humanas y sociales de las que se ocupa el Derecho de Familia, es cada vez más importante el papel que desempeñan en este tipo de procesos profesionales no jurídicos, especialmente Psicólogos y Diplomados en Trabajo Social. En el ámbito de las medidas personales respecto a hijos menores (guarda y custodia y régimen de estancia con el progenitor no custodio, adopción de medidas de protección) el dictamen que emiten estos especialistas (artículo 92 del Código Civil), sobre todo si forman parte de los Equipos Psicosociales de los Juzgados, es prácticamente determinante de la resolución judicial que se adopte, no siendo excesivo afirmar que en estos supuestos el Juez de Familia “delega” en tales profesionales la adopción de las decisiones correspondientes, algo lógico si tenemos en cuenta que las

perspectivas no jurídicas en ese tipo de decisiones son claramente predominantes. Estamos ante una parcela de estos procesos que se escapa al rígido formalismo del proceso y que suscita a veces encendidas críticas de los letrados intervinientes pues no resulta fácil articularla con el derecho a la defensa en su concepción más tradicional.

1.3. El estado de la cuestión en Europa. El “Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil” de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas.

La crisis del proceso judicial como única forma de resolución de los conflictos ha generado desde hace años en los países de nuestro entorno jurídico-cultural, una profunda reflexión sobre sus posibles alternativas, habiéndose acuñado las siglas A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) o M.A.R.C. (Methodes Alternatives de Resolution de Controversies) para designar el conjunto de métodos alternativos no judiciales para la resolución de conflictos y entre los que se incluye la mediación, el arbitraje y la conciliación.

El “Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil” de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas, supone el estudio más amplio y riguroso sobre el tema y pretende, desde la perspectiva de un espacio judicial común europeo y tras reconocer la crisis que padece la administración de justicia, hacer de la implantación de los ADR un signo de identidad de la nueva Europa.

Resumiendo muy brevemente su contenido El Libro verde aborda las siguientes cuestiones:

a) Necesidad de implantar y generalizar los ADR como vía complementaria a los procesos judiciales, pues contribuirían a la paz social al restablecer el diálogo entre las partes y mantener las relaciones de futuro.

b) Es necesaria la homogeneización de los distintos sistemas alternativos al proceso para garantizar una mayor seguridad jurídica. Pese a que la mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten la posibilidad de que se intente la conciliación entre las partes antes del juicio, el grado de obligatoriedad es distinto y los jueces por lo general no realizan esa función, por lo que sería necesaria una formación específica al respecto.

c) Los principios generales sobre los que debe asentarse la implantación de los ADR, han de ser la voluntariedad de las partes para someterse a los mismos, la autonomía para organizar el procedimiento, la imparcialidad del tercero (árbitro, mediador, conciliador) y la importancia de la equidad en su actuación evitando que se genere la sensación de victoria / derrota, así como en materia de mediación la necesidad de la confidencialidad.

d) Para la implantación de los ADR es necesario que su acceso sea fácil y no se dificulte por requisitos burocráticos innecesarios además de ser asequible económicamente.

e) Los ADR han de garantizar el equilibrio real entre las partes, evitando los acuerdos suscritos por miedo, presión psicológica o desconocimiento real de la trascendencia de los compromisos asumidos.

2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

2.1. Introducción.

2.1.1. La mediación familiar en España.

Partiendo de esa crisis del proceso contencioso como medio idóneo para la solución de los conflictos familiares que subyacen bajo este tipo de procesos y siguiendo una corriente que ya tiene cierta tradición en otros países, desde hace unos años y cada vez con más fuerza se viene hablando en el nuestro de la mediación, y especialmente de la mediación familiar, como método alternativo para la solución consensuada de los conflictos.

Ya en el año 1990 se pone en marcha una primera experiencia por la psicóloga Trinidad Bernal bajo la denominación “ Programa de Mediación para la Separación y el Divorcio” que es subvencionado por el Ministerio de Asuntos Sociales, seguido de otros similares gestionados por la UNAF⁵.

No obstante es a partir de la conocida Recomendación R(98)1 sobre Mediación Familiar aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998 cuando los poderes públicos comienzan a dar un impulso importante a la mediación familiar en España, especialmente con la promulgación de leyes de mediación en distintas comunidades autónomas (Cataluña, Valencia, Galicia, Canarias y Castilla la Mancha) o en fase de elaboración (Castilla y León, Andalucía y Madrid). Dicho impulso ha culminado con la Ley 15/2005 que en su Exposición de Motivos señala “ *Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral*”.

En el campo de la mediación familiar intrajudicial se han desarrollado distintas experiencias en los Juzgados de Barcelona, Madrid, Cádiz, Málaga y otros con distinta duración y resultados⁶.

2.1.2. Ventajas de la mediación familiar.

La mediación familiar en cuanto permite un abordaje mas profundo de las cuestiones interpersonales que subyacen en el conflicto familiar en comparación al proceso judicial, presente indudables ventajas que podemos resumir en las siguientes:

a) Minimiza en los hijos los problemas derivados de la separación o divorcio, evitándoles culpabilidades, protagonismos y manipulaciones. Los hijos se sienten protegidos por ambos padres aumentando su autoestima y seguridad.

⁵ LUCIA GARCIA GARCIA “En los conflictos familiares ¿Por qué deberíamos acudir a la mediación?”, Revista de Derecho de Familia nº 14 , Lex Nova 2002.

⁶ En los Juzgados de Familia de Málaga se cuenta desde el año 2000 con un Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial atendido por los profesionales de los Equipos Psicosociales y apoyado por la Junta de Andalucía, que ha intervenido desde su puesta en funcionamiento en unos sesenta casos.

b) Disminuye el coste afectivo, emocional y económico de los procesos de familia.

c) Con la mediación las partes asumen responsabilidades y compromisos por sí mismos frente a la imposición que supone la resolución judicial de un proceso no consensual.

d) Desaparecen sentimientos de ganador/perdedor, se evitan dinámicas de negativización del otro, se favorece la flexibilidad y la colaboración ante posibles cambios e incidencias.

e) A los abogados les permite centrar su trabajo en la configuración legal de los acuerdos que se presentan ante el juez, evitándoles las continuas actuaciones judiciales tan frecuentes en los procesos contenciosos y a la larga y en muchos casos la insatisfacción de sus clientes.

f) Para los órganos judiciales, se disminuyen los incumplimientos de sentencias y resoluciones, descongestionándose los Juzgados y mejorando en definitiva la respuesta judicial en el campo de los procesos de familia .

2.2. Conceptos básicos de la mediación familiar.

Aunque un estudio amplio de la mediación familiar se sale del objeto de este trabajo, sí me parece necesario hacer referencia a unos conceptos básicos que permitan trazar posteriormente el marco jurídico actual de la mediación familiar en España e incluso poder ubicar la praxis judicial en este campo.

2.2.1. Definición y diferencias con el arbitraje y la conciliación.

La mediación puede ser definida como el método de resolución de conflictos donde las partes a través de un profesional imparcial y neutral (mediador), voluntariamente negocian sus desacuerdos y toman sus propias decisiones ajustadas a sus necesidades.

La mediación se diferencia del arbitraje en que en éste el tercero que interviene (árbitro) tiene poder para resolver la disputa, lo que no ocurre con el mediador. De la conciliación se distingue en que el conciliador tiene poder frente a las partes aunque no lo ejerza.

2.2.2. Notas esenciales de la mediación.

Se vienen aceptando como notas esenciales a la mediación las siguientes:

a) La voluntariedad.

En principio la mediación no debe ser obligatoria. Ese carácter voluntario no obstante empieza a ser cuestionado en el campo del Derecho de Familia, especialmente cuando el conflicto familiar involucra a menores de edad cuyo interés ha de ser prioritario frente a cualquier otro. Así el propio Libro Blanco de la Justicia elaborado por el Consejo General del Poder Judicial opta por el carácter obligatorio siguiendo ciertas corrientes del Derecho comparado (California, Francia, Portugal o Gran Bretaña), justificándose esta

obligatoriedad en el argumento de que el porcentaje de acuerdos en las mediaciones voluntarias y en las obligatorias es muy similar según recientes estudios⁷.

Personalmente considero que si bien la remisión a los servicios de mediación podría no ser voluntaria, especialmente cuando hay menores, la propia esencia de la mediación casa mal con un desarrollo posterior de la mediación no aceptado voluntariamente y que fuese más allá de unas primeras sesiones informativas sobre desarrollo y ventajas de la misma. En todo caso la Ley 15/2005 ha optado por la voluntariedad de la mediación familiar.

La mediación esta excluida siempre en los supuestos de malos tratos en la pareja, dependencia de sustancias psicotrópicas y enfermedad o tratamiento psicológico o psiquiátrico al estimarse que en estos casos falta el requisito de la igualdad entre las partes. Así ha sido recogido en el nuevo artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducido por la Ley orgánica 1/2004 de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, que en su apartado 5 veda la mediación familiar en los procesos de familia competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Se desaconseja cuando hay excesiva tensión en el conflicto o una de las partes no desea separarse e incluso en la mediación intrajudicial si alguno de los letrados de las partes se muestra contrario o reticente a ella.

b) Imparcialidad.

El mediador ha de ser imparcial respecto a las partes, estando previsto en alguna de las leyes autonómicas de mediación familiar la posibilidad de recusar al mediador⁸.

c) Confidencialidad.

Las partes y el mediador se comprometen a guardar secreto de todo lo que se hable y a no utilizar la información que se revele en un posterior procedimiento judicial o una parte contra la otra.

Este requisito de la mediación plantea algunas cuestiones prácticas importantes. Así en las mediaciones familiares intrajudiciales desarrolladas por los Equipos Psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia, el profesional que ha intervenido como mediador queda inhabilitado para realizar posteriormente funciones de perito-especialista en el proceso subsiguiente si la mediación fracasa, cumpliendo esa función pericial otro de los profesionales de dichos equipos.

No obstante este planteamiento inicial de la confidencialidad es cuestionado por algunos autores⁹ cuando no hay medios humanos para esa duplicidad mediador / perito, admitiéndose que en aquellos supuestos en que fracasa la mediación pueda el mediador efectuar al tribunal “recomendaciones” en materia de custodia de hijos menores.

⁷ MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos” en “Evitación del proceso”, Cuadernos de Derecho Judicial XXIV, CGPJ 1997.

⁸ Artículo 12-3 Ley 1/200, de 15 de marzo de Mediación Familiar en Cataluña.

⁹ GARISEIS LOPEZ, Ana y RODRÍGUEZ DAVILA, M^a Dolores, “La mediación familiar en España ¿Fuera o dentro de los Juzgados?”

En todo caso es unánime la opinión de que el mediador no puede ser citado como testigo por ninguna de las dos partes y a sí se recoge expresamente en la legislación autonómica sobre la materia¹⁰.

d) Carácter personalísimo.

Finalmente la propia esencia de la mediación exige que las partes asistan personalmente a las sesiones de mediación, no siendo posible que sean representadas por terceros.

No obstante esta exigencia no debe excluir, especialmente en la mediación intrajudicial, que los letrados de las partes puedan participar en algunas de las sesiones siempre y cuando así lo estime el mediador y a requerimiento expreso de éste.

2.2.3. Desarrollo de la mediación.

Generalmente viene aceptándose que la mediación familiar no debe tener una duración superior a los tres meses¹¹ y su desarrollo suele comprender las siguientes fases:

Fase inicial.

- Información a las partes de la forma en que se desarrollará la mediación (con posibilidad de levantar acta en la que se hagan constar la necesaria confidencialidad y voluntariedad)
- Identificación del conflicto y evaluación de la problemática presentada.

Fase de recogida de información.

Se realiza una "historia de la pareja" procurando que salgan a relucir los aspectos positivos de la relación.

En algunos casos (cuando los planteamientos iniciales de las partes sean muy tajantes) será necesario una "fase educativa" para que cada uno tenga en cuenta al otro y a los hijos y hacer posible la negociación.

Fase de negociación.

En ella se describen las distintas opciones, se plantea cada uno de los puntos en los que hay acuerdo y el plan de reorganización familiar, tratando de conseguir una evolución personal de las partes.

Fase final.

Se redactan los acuerdos alcanzados plasmándolos en el acta final de la mediación y los letrados de las partes podrán trasladarlos al convenio regulador correspondiente y aportarlo en su caso con la demanda consensual (artículo 777.2 de la LEC en su nueva redacción por la Ley 15/2005).

¹⁰ Artículo 13 Ley 1/200, de 15 de marzo de Mediación Familiar en Cataluña

¹¹ Artículos 20 Ley 1/200, de 15 de marzo de Mediación Familiar en Cataluña; artículo 18 de la Ley 7/2001 de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana y 14 de la Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia.

2.3 El marco jurídico de la mediación en España.

2.3.1. Ausencia de una legislación estatal uniforme.

Hasta la ley 15/2005 la mediación familiar carecía de un marco jurídico estatal pues solo se habían promulgado leyes de ámbito autonómico. Este vacío normativo no suponía una imposibilidad de articular la mediación familiar dentro del ordenamiento jurídico estatal, pues podía apoyarse en los artículos 39 de la Constitución (protección de la familia), artículo 158 del Código Civil (medidas innominadas de protección a los menores) y en la ya precitada Recomendación de 21 de enero de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Igualmente se fundamentaba la mediación familiar en el denominado “criterio prevalente”¹² que el Código Civil otorga al mutuo acuerdo como forma de resolución de las controversias familiares sometidas a la consideración del Juez (artículos 81-1º, 86 in fine, 90, 91, 96, 97, 99, 103, 156 y 179 del Código Civil entre otros, 770-5ª, 771-3, 773-1, 774-1 y 2, 775-1, 777, 806 y 810 entre otros de la LEC), teniéndose siempre presente que la prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales del artículo 1814 del Código Civil, como veremos más adelante, solo afecta al núcleo duro de estos procesos esto es lo concerniente al vínculo matrimonial pero no a las medidas personales y patrimoniales que puedan acompañar a ese pronunciamiento principal.

Con la Ley 15/2005 la mediación familiar tiene ya un respaldo legal a nivel estatal. Dicha norma además de la declaración programática general contenida en la Exposición de Motivos a la que nos hemos referido, ha modificado mediante la Disposición final primera tres, el artículo 770 de la LEC añadiendo una nueva regla (la 7ª) en la que se establece “*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 someterse a mediación*”. Por su parte el artículo 777.2. señala que con la demanda consensual se acompañarán además de los documentos allí especificados “*...en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*”. Igualmente la Disposición final tercera establece que “*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*”.

Vista la normativa estatal propia de la mediación familiar, debe señalarse ahora su articulación jurídica con el proceso de familia correspondiente, debiéndose a tal efecto diferenciar la denominada mediación prejudicial (se desarrolla antes del inicio del proceso judicial) de la mediación intrajudicial que es aquella que tiene lugar una vez iniciado el proceso.

2.3.2. Mediación prejudicial.

Si iniciada una mediación familiar esta culmina con éxito, el resultado de la misma debe ser plasmado en el correspondiente Convenio Regulador de la separación o el divorcio conforme al artículo 90 del Código Civil y 777.2 de la LEC, aportándose en su caso dicho acuerdo final con la demanda consensual.

¹² ORTUÑO MUÑOZ Pascual, “La mediación familiar Intrajudicial” en Revista de Derecho de Familia nº 7. Lex Nova 2000.

En el caso de que solo se haya logrado un acuerdo parcial, nada obsta para que las partes en el seno del proceso contencioso posterior propongan y el Juez apruebe en la resolución que ponga fin al proceso, el acuerdo parcial respecto a aquellas medidas consensuadas, centrándose así el litigio contencioso exclusivamente en los aspectos sobre los que exista discrepancia.

Se detectan algunas carencias jurídicas importantes en determinados Convenios Reguladores surgidos de procesos de mediación que pondrían de manifiesto disfunciones en la plasmación legal de los acuerdos alcanzados y que sugerirían la necesidad de potenciar la presencia letrada al menos en la fase inmediatamente postmediacional o de concreción jurídica de los acuerdos logrados por mediadores no letrados.

2.3.3. Mediación intrajudicial.

Si al amparo del nuevo artículo 770. 7ª de la LEC, en el curso de un proceso de familia las partes de mutuo acuerdo solicitasen acogerse a un servicio de mediación, ya sea interno del propio órgano judicial (desempeñado normalmente por alguno de los miembros de los Equipos Psicosociales) o como sería deseable ajeno al mismo, deberán instar conforme al artículo 19 de la LEC la suspensión del proceso acordándola el Juez mediante auto. El plazo de suspensión será por el plazo máximo indicado en dicho artículo o hasta que cualquiera de las partes inste su reanudación por haber fracasado el intento de mediación. Si cumplido el plazo de sesenta días continuase la mediación entiendo que dada la naturaleza de las relaciones jurídicas que se ventilan y especialmente si hay hijos menores afectados por las resultas de la mediación, y previa solicitud y acreditación de que la mediación continua, debería concederse por el Juez un nuevo plazo de suspensión del proceso con apoyo en el artículo 158 del Código Civil.

Finalizada con éxito la mediación cabría plasmar los acuerdos en el correspondiente Convenio regulador o acuerdo final y solicitar el cambio de procedimiento a consensual (artículo 770-5ª y 777.2 de la LEC) o bien proponer los acuerdos alcanzados como medidas que deben regir entre ellos conforme a lo previsto en los artículos 773-1 y 774-1 de la LEC.

En los casos de mediación en fase de ejecución de sentencia las partes podrán someter al Juez los acuerdos alcanzados a fin de que consten en dicha ejecutoria, desistiendo de la misma, sin perjuicio de que si los acuerdos alcanzados suponen una modificación de las medidas acordadas en su día deba instarse el procedimiento de modificación consensual previsto en el artículo 775 de la LEC. en relación al artículo 777 de la misma.

2.3.4. Legislación autonómica.

Ante el vacío legislativo dejado por el legislador estatal durante mucho tiempo en el campo de la mediación y concretamente de la que se refiere a los conflictos familiares, cinco Comunidades Autónomas han promulgado leyes sobre mediación familiar. Estas son:

- Ley 1/2001, de 15 de marzo de Mediación Familiar en Cataluña.
- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la

Comunidad Valenciana.

- Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia.
- Ley 15/2003 de 8 de abril de la Mediación Familiar de Canarias.
- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha

Otras comunidades, caso de Castilla y León, Andalucía o Madrid, tienen borradores o anteproyectos de leyes de mediación en distintas fases de elaboración.

Veamos aunque sea de forma sintética el contenido de esta normativa autonómica..

a) Ley 1/2001, de 15 de marzo de Mediación Familiar en Cataluña.

Como se indica en su preámbulo, esta Ley da respuesta al artículo 79.2 y a la disposición final tercera de la Ley 9/1998 de 15 de julio. El artículo 79 del Código de Familia de Cataluña establece que “...si atendidas las circunstancias del caso la autoridad judicial considera que determinados aspectos todavía es posible que sean resueltos por acuerdo, puede remitir a las partes a una persona o a una entidad mediadora, con la finalidad de que intenten resolver las diferencias”.

La mediación en Cataluña se configura conforme a esta ley como una actividad gestionada por el Centro de Mediación Familiar de Cataluña(artículos 2º y 3º), si bien se reconoce la iniciativa privada en este campo y un cierto papel a los colegios profesionales (artículo 4º). Respecto a quienes pueden ser mediadores la ley menciona a los abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales y pedagogos (artículo 7º) que cuenten con la experiencia profesional o formación determinada en el Decreto 139/2002 de 15 de mayo de 2002.

La ley catalana concede un papel importante a los letrados en el proceso de mediación y así lo recoge expresamente en diversos artículos. El artículo 17-2 al referirse al contenido de la reunión inicial, señala que el mediador informará a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de la intervención letrada a fin de asesorar en la redacción del convenio, si éste es procedente. Por su parte los artículos 21 y 22 indican que la copia del acta final entregada a los interesados podrá trasladarse a sus letrados quienes a su vez si se ha logrado acuerdo podrán plasmarlo en el convenio regulador que se incorporará al proceso judicial en curso (mediación intrajudicial) o que se inicie (mediación prejudicial).

b) Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

La ley valenciana, dada la falta de competencias de la Comunidad en materia de Derecho Civil, articula la mediación familiar como un servicio social y se refiere tanto a la mediación extrajudicial como a la intrajudicial (artículo 13), siendo una novedad su referencia explícita a la búsqueda de los orígenes en los casos de adopción como uno de los objetos de la mediación (artículo 3).

Respecto a quienes pueden ser mediadores esta ley deja la puerta abierta a cualquier licenciado universitario con formación específica de postgrado. (artículo 7).

Resulta igualmente destacable la referencia que hace el artículo 11 a la posibilidad de

que la mediación se realice por más de una persona (equipos mediacionales interdisciplinarios), en cuyo caso una de los mediadores actuará como coordinador.

Finalmente la intervención de algún letrado en las sesiones de mediación podría tener cabida al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 que prevé la posibilidad de que la persona mediadora proponga la presencia de otras personas en calidad de consultores, si bien en ese caso el letrado consultado no podría actuar profesionalmente en caso de litigio entre las partes.

c) Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia.

La ley gallega de mediación familiar no difiere en esencia de las dos anteriormente reseñadas, si bien contiene, en mi opinión un error importante que es incluir como mediación lo que en realidad es terapia familiar. En efecto, es unánime la opinión en considerar que es necesaria la decisión de separarse para poder utilizar la mediación, debiendo conceptuarse como terapia familiar todas aquellas actuaciones tendentes a solucionar el conflicto manteniendo la convivencia¹³. El artículo 4º 1. a) de esta ley, desconociendo esa diferencia básica, señala que uno de los objetivos de la mediación es ofrecer propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo.

d) Ley 15/2003 de 8 de abril de la Mediación Familiar de Canarias.

La ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Canarias sigue el esquema de las anteriores, debiendo destacarse que entre los fines de la mediación (artículo 2) menciona expresamente "...evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos".

Por su parte el artículo 5 y recogiendo las disfunciones que se han apuntado en ciertas mediaciones (véase 2.4.1.1. párrafo final) establece la obligación de que los mediadores que carezcan de la titulación de Derecho, deben contar en el ejercicio de sus funciones con el debido asesoramiento legal.

e) Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha.

La última de las leyes autonómicas promulgadas presenta como notas más relevantes que extiende el campo de la mediación familiar no solo a las rupturas matrimoniales sino también a las de parejas de hecho, alimentos entre parientes, relaciones de los menores con parientes y allegados y finalmente ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela (artículo 3). El artículo 5 hace referencia a la mediación familiar internacional entendiendo por tal aquella que se manifiesta por un elemento personal de extranjería. La mediación familiar en Castilla La Mancha se conforma como un servicio social compatible con su ejercicio en forma profesional y privada.

¹³ BERNAL, Trinidad, "El conflicto en las relaciones de pareja", en Boletín Mediación y cambio nº 6, junio 2000.

2.4. Mediación y abogacía.

Finalmente antes de concluir este apartado sobre la mediación familiar, me ha parecido interesante hacer una reflexión sobre la mediación y la abogacía que sirva sobre todo para generar un debate primero y un posicionamiento del colectivo después ante un tema que empieza a ser importante, dejando claro que las consideraciones que seguidamente se exponen son producto de la reflexión personal y del análisis de los datos obtenidos en distintos foros sobre mediación en que se ha abordado este tema., dada la escasez de estudios sobre el mismo nota ¹⁴.

En primer lugar habría que destacar la importancia que la abogacía desempeñará en el éxito o fracaso de la mediación en España, pues no puede olvidarse que la mayoría de los conflictos familiares se canalizan hoy todavía por cauces estrictamente jurídicos y el abogado sigue siendo el primer interlocutor de quien se ve afectado por ellos. La posibilidad de que ese conflicto familiar pueda tener una solución no solamente jurídico-procesal sigue estando por tanto mayoritariamente en manos del abogado. Conclusión lógica de esa premisa es que difícilmente prosperará la mediación familiar en España “contra” o al margen de la abogacía y que es imprescindible implicar a los abogados como colectivo en la difusión y práctica de la mediación, realizando las correspondientes campañas de sensibilización sobre las ventajas que en general, y también para ellos, ofrece este método de resolución de conflictos.

La abogacía se mueve respecto a la mediación inicialmente en un amplio abanico que va desde un rechazo más o menos explícito hasta una clara apuesta por ella, pasando por la desconfianza, la indiferencia o la curiosidad y el interés de diverso grado¹⁵. Posiciones todas ellas que además de por otros factores creo que están determinadas sobre todo y como es lógico por la percepción que los letrados tienen del efecto que la implantación generalizada de la mediación familiar pudiese tener sobre sus expectativas profesionales. En ese sentido creo que la mediación no debe ser percibida ni suponer una merma de esas expectativas o más concretamente una pérdida de clientela, pues considero que cualquiera que sea el camino elegido para la resolución del conflicto el papel del abogado sigue siendo esencial como experto jurista cuya colaboración en el propio desarrollo de la mediación y sobre todo en su fase final es imprescindible. En este sentido la praxis diaria de los juzgados de familia pone de manifiesto importantes errores en los convenios reguladores de separación o divorcio en los que culminan determinadas mediaciones familiares, precisamente por haberse postergado en ellos la perspectiva jurídica o no haberse otorgado al abogado en la mediación (especialmente en su fase final) el papel que le corresponde.

Para evitar esas disfunciones y el recelo con el que otras profesiones ven la presencia de los abogados en el campo de la mediación, creo que habría que hacer una apuesta decidida por los denominados equipos de mediación interdisciplinares, (tal y como lo recoge el artículo 11 de la ley valenciana de mediación), en los que debidamente coordinados intervienen más de un mediador (uno de ellos debería ser jurista) pues no

¹⁴ EZAMA GARCIA-CIANO, GOMEZ FONTANIL, Yolanda y FERNANDEZVALDIVIA M^a Teresa “Los abogados ante la mediación. Un estudio exploratorio en el Principado de Asturias” en Anuario de Psicología Jurídica, 1997, Págs. 121 a 149.

¹⁵ Una posición “crítica” respecto a la mediación familiar puede verse en GUILARTE GUTIERREZ Vicente, “La mediación familiar: panacea cuestionable”, Revista de Derecho de Familia n^o 6.Lex Nova 2000.,

debe olvidarse la complejidad de nuestro sistema jurídico-legal en materia de familia que casa mal con un solo mediador que abarque a la vez las perspectivas psicológicas y las jurídicas.

Creo que superados iniciales recelos, el futuro pasa porque los abogados en los procesos de familia puedan ofrecer a sus clientes la mediación familiar como una alternativa más dentro del abanico de posibilidades que se abren ante un conflicto de este tipo, articulando esa oferta no como un servicio externo, ajeno o distante, sino como propio del despacho, garantizando así de una parte una mayor satisfacción de su cliente y de otra el mantenimiento de las lógicas expectativas profesionales.

3. OTROS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES: CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.

3.1. La conciliación.

3.1.1. Introducción.

La conciliación es sin duda el método alternativo de resolución de conflictos de mayor tradición en nuestro país, habiendo tenido incluso una profusa regulación jurídica.

Ya en la Constitución de 1812 se aludía expresamente a la conciliación en los artículos 282 a 284 pues suponía una ruptura “revolucionaria” con la justicia del antiguo régimen. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la reguló profusamente e inició el camino de su desnaturalización y su transformación en un trámite procesal más, previo al juicio.

La reforma de la LEC de 6 de agosto de 1984, convierte en voluntaria la conciliación previa y se introduce una especie de conciliación intrajudicial con la comparecencia de los artículos 691 y siguientes; concretamente el artículo 692 establecía que el Juez, abierto el acto y en primer término, exhortará a las partes para que lleguen a un acuerdo. Todos sabemos como la falta de intermediación judicial y la ausencia personal de las partes provocaron la inutilidad de dicho trámite que terminó convirtiéndose en puro formulismo vacío de todo contenido efectivo salvo raras excepciones

A diferencia de lo que ha venido ocurriendo en la jurisdicción civil, en la laboral la conciliación si ha tenido una gran importancia sobre todo a partir del Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979 por el que se creó el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC) que introdujo la conciliación institucional como paso previo y obligatorio al proceso laboral.

Por último es necesario recordar que la Recomendación 12/86 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia propugna las siguientes:

a) Proveer, con las ventajas apropiadas, procedimientos de conciliación que antes del planteamiento del litigio o en el marco del mismo puedan evitar el pleito.

b) Imponer al Juez, como una de sus tareas principales, la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, en todos los asuntos que se planteen, al inicio del proceso o en cualquier fase apropiada del mismo.

c) Consagrar como una de las normas deontológicas de los abogados, e invitar a las

instancias competentes a reconocer como tal, la búsqueda de la conciliación con la parte contraria antes de recurrir a la vía judicial, así como en cualquier fase del litigio. Estatuto Abogacía.

3.1.2. La conciliación en la nueva LEC.

La nueva LEC ha vuelto a mantener un trámite similar al de la anterior comparecencia del artículo 691, en el actual artículo 415, al señalar como primera finalidad de la audiencia previa al juicio ordinario intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso.

Igualmente es necesario recordar que la Disposición derogatoria única 2ª de la LEC 1/2000 declara en vigor el Título I del Libro II, así como el artículo 11 de la LEC anterior que se refieren a los actos de conciliación hasta que se promulgue la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria.

Dada la regulación tan sumamente tímida de esta posible conciliación que no hace una apuesta clara por el Juez conciliador, la práctica está arrojando muy diversos resultados. Si bien la generalizada efectividad de la inmediatez judicial (¿gracias a la grabación de las vistas?) y la presencia personal de las partes o de sus representantes procesales con poder suficiente para renunciar, allanarse o transigir está dotando de mayor operatividad la actual audiencia previa como forma de finalización anticipada del proceso, es la predisposición “conciliadora” o no del Juez respectivo e incluso su mayor o menor dominio de las necesarias técnicas de comunicación (que no de persuasión) lo que en definitiva está generando que la conciliación intrajudicial recogida en nuestra nueva LEC esté dando mejores o peores resultados (al menos numéricos) según los distintos Juzgados.

La nueva redacción del párrafo primero del apartado 2 del artículo 771 de la LEC conforme a la Ley 15/2005, ha dado carta de naturaleza a la función conciliadora de los jueces en los procesos de familia, al establecer expresamente que el primero de los objetivos de dicha comparecencia es intentar “...un acuerdo entre las partes”, obligación judicial de favorecer la autocomposición que entiendo ha de extenderse a la vista de los juicios verbales del artículo 770 de la LEC pese a no estar prevista en dicho precepto.

3.1.3. El Juez conciliador: Pros y contras.

Sentada pues la falta de una regulación precisa de la conciliación en el ámbito de la jurisdicción civil y de familia, alcanza un protagonismo especial la figura del Juez como conciliador, habiendo suscitado enconados debates ese nuevo papel de quien , si la conciliación fracasa, deberá sentenciar el proceso.

Como inconvenientes de la función conciliadora del juez se señala lo “delicada”¹⁶ que ha de ser la exhortación que realice el juez que debe estar desprovista de todo asomo impositivo pues lo contrario sería convertirlo en un Juez “prevenido” que se vea obligado en contra de su voluntad a fallar un litigio que desde el principio vio clara la posibilidad de acuerdo.

¹⁶ MARCOS SAAVEDRA, Antonio “La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía”, en “Arbitraje, mediación, conciliación”. Cuadernos de Derecho Judicial, XXVII. CGPJ, 1995.

Junto a ello se señalan los riesgos de “coacción” judicial, anticipación de sentencia, contaminación del juez o temor a las consecuencias de contrariar al juez en este trámite para desaconsejar esta función judicial

No obstante la modalidad de conciliación asistida, como propiamente ha de denominarse la intervención del juez para lograr un acuerdo en el seno del proceso, exige una determinada actividad por parte del juez que debe consistir esencialmente en un incremento o mejora de la información que las partes tienen del proceso, consecuencias más comunes de los procesos contenciosos incluida la duración de éstos, propiciando en su caso que las partes puedan someterse a un servicio de mediación, suspendiendo el curso de los autos si ambas partes muestran su conformidad a dicha sugerencia.

Considero que entraría dentro de las posibles funciones de ese juez conciliador informar sobre criterios jurisprudenciales que se siguen en el juzgado sobre alguna de las cuestiones en litigio, incluso en la segunda instancia, siempre que exista identidad fáctica con el precedente y la jurisprudencia sea unánime o al menos claramente mayoritaria.

3.1.4. Praxis judicial en los procesos de familia.

Era habitual hasta ahora en muchos Juzgados de Familia y debe ser obligatorio desde la Ley 15/2005 que las vistas, ya sea de las medidas provisionales previas o coetáneas y de los procesos verbales comiencen precisamente con una exhortación a las partes para llegar a un acuerdo, especialmente cuando hay hijos menores, precisamente por el alto coste emocional, psicológico y en definitiva personal que los procesos contenciosos de familia tienen, no solamente para los adultos que son partes sino sobre todo para los menores afectados por los resultados del proceso. Debe obviarse no obstante tal exhortación en los supuestos de procesos de familia en los que hayan existido malos tratos y sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Debe dirigirse la misma inicialmente a las partes directamente, propiciando un diálogo parte / juez que se salga del formalismo del posible interrogatorio en la fase probatoria y que permitirá al Juez un mayor acercamiento al conflicto familiar que subyace bajo el proceso.

El contenido de la intervención del juez debe referirse precisamente a los efectos “colaterales” de los procesos de familia y a las ventajas de los de mutuo acuerdo frente a los contenciosos en la asunción de los nuevos roles familiares. Se debe escuchar a las partes siempre que se expresen en un sentido positivo y favorecedor de acuerdos, evitando por el contrario entrar en las dinámicas culpabilísticas en que tan a menudo se deslizan las partes. Este diálogo (o intento de diálogo) directo juez / parte trataría también de disminuir el habitual reproche que los ciudadanos hacen a la administración de justicia de no favorecer el contacto directo con el juez (“no he podido o no me han dejado hablar con el juez” es una expresión reiteradamente manifestada en las quejas sobre su funcionamiento).

A continuación debe oírse a los letrados sobre la viabilidad de un acuerdo, incluso con posible breve suspensión de la vista para que las partes puedan negociar sin la presencia del juez. Si finalmente no es posible el acuerdo se les concederá la palabra a los letrados

para alegaciones.

Una vez finalizado el trámite de alegaciones iniciales es recomendable que el juez fije las cuestiones que son objeto del litigio, a fin de que la prueba verse exclusivamente sobre ellas, lográndose así al menos acotar el conflicto. Si como suele ser frecuente, se concluyera que la disputa se centra exclusivamente en la cuantía de las pensiones económicas, podría ponerse de manifiesto por el juez los criterios del juzgado al respecto y en su caso, si se hace uso de las denominadas tablas orientadoras para la fijación de pensiones, cual sería la cuantía que podría corresponder con arreglo a ellas. En el caso de que existan discrepancias sobre cuestiones procesales, a falta de jurisprudencia sobre la cuestión, los conocidos “criterios unificados en materia procesal de familia” pueden servir de referencia para evitar el proceso contencioso.

Igualmente las funciones de juez conciliador en los procesos de familia tienen un amplio campo de actuación en fase de ejecución de sentencias donde tan frecuentes son los incumplimientos en materia de régimen de visitas y donde la vista que se celebre puede ser el momento para la búsqueda de soluciones de consenso o en su caso para que las partes hagan uso de un servicio de mediación.

3.2. Arbitraje y procesos de familia.

3.2.1. Introducción

La cuestión más espinosa que surge al hablar del arbitraje como método alternativo de resolución de los conflictos de familia es determinar qué materias de las que abarca el Derecho de Familia pueden ser objeto de arbitraje, o en otras palabras y por remisión de lo previsto en el artículo 2 de la ley 60/2003 cuales de tales materias son de libre disposición; incluso habrá que plantearse si el ámbito del arbitraje en el Derecho de Familia es más restringido que el de las materias de libre disposición, al no ser susceptible de arbitraje en Derecho de Familia todas las materias sobre las que se pueda transigir en este campo del derecho.

3.2.2. Las materias de libre disposición en Derecho de Familia.

Aunque el artículo 1814 del código Civil establece la prohibición de transigir sobre el estado civil de las personas, o sobre las cuestiones matrimoniales, o sobre alimentos futuros, tal prohibición ha sido matizada por la Jurisprudencia (S. S^a 1^a 4-XII-1985 por todas) y por la doctrina¹⁹ en el sentido de que el artículo 1814 lo que prohíbe es transar sobre la existencia o subsistencia del matrimonio pero no sobre las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio y su ruptura, o incluso sobre aspectos personales a la vista de la admisión tras la ley 30/1981 de 7 de julio de la denominada separación de mutuo acuerdo y de los convenios reguladores en los procesos de separación y divorcio. En definitiva los artículos 81.1, 86 párrafo último, 90 y 103 del Código Civil, suponen una excepción a la norma general contenida en el artículo 1814 del Código Civil al permitir en definitiva la transacción sobre el estado civil en los procesos de separación y divorcio aunque no en los de nulidad.

¹⁹ NIETO ALONSO, Antonia, “El convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas”, en Revista de Derecho de Familia nº 17. Lex Nova 2002.

No obstante es necesario precisar que la transacción que en materia de familia puede contenerse en un convenio regulador de separación o divorcio, no puede calificarse como un puro negocio jurídico de derecho privado que nace y se perfecciona solo con la voluntad de las partes, sino que requiere (véase STS S^a 1^a 22-IV-1977) la aprobación judicial como condición imprescindible para su eficacia jurídica plena en el ámbito del Derecho de Familia, sin perjuicio de reconocérsele una mayor o menor eficacia inter partes según la materia a la que se refiera.

3.2.3. El arbitraje en los procesos de familia.

Delimitado sucintamente el campo de la transacción en los procesos de familia, debemos plantear ahora si la correspondencia establecida en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje entre arbitraje y materias de libre disposición puede ser trasladado automáticamente al ámbito del Derecho de Familia, debiendo llegarse a una conclusión negativa a la vista de que existe un interés público en los procesos de familia que limita la capacidad dispositiva de las partes sobre el conflicto familiar y en definitiva sobre el proceso en que se proyecta. Ese interés público se manifiesta, entre otras especialidades, en la frecuente intervención del M. Fiscal como parte en estos procesos (artículo 749 de la LEC), en la indisponibilidad o limitada disponibilidad de su objeto (artículo 751 de la LEC) o en las amplias facultades discrecionales del Juez (véase 1.2. c).

Esa limitación, que no exclusión como hemos visto antes, de la posibilidad de que las partes autorregulen la solución de sus controversias, impide que las partes confieran a un tercero con potestad decisoria (árbitro) distinto del Juez la posibilidad de que dirimir ese conflicto, supuesto que no se da en caso del mediador que carece de esa facultad decisoria.

El propio articulado de la LEC parece excluir el arbitraje de los procesos de familia. En efecto, así como el artículo 19 de la LEC menciona el arbitraje como una de las manifestaciones del derecho de las partes a disponer del proceso, junto a la renuncia, el desistimiento, el allanamiento o la transacción, el artículo 751 de la LEC al referirse específicamente a la indisponibilidad del objeto en los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, no menciona el arbitraje entre los supuestos de disponibilidad limitada sobre el objeto que permite dicho artículo, que solo habla de la renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento.

Por tanto ha de concluirse que no cabe arbitraje en los procesos especiales de familia a que se refiere el artículo 748 de la LEC y regulados en el título I del Libro IV.

Por el contrario y al regularse en Título distinto, el II, entiendo que no habría obstáculo para admitir el arbitraje en los denominados procesos para la liquidación del régimen económico matrimonial comprendidos entre los de división judicial de patrimonio, pues de una parte se refieren a materias de libre disposición en el ámbito del Derecho de Familia y de otra no estarían afectados por la exclusión del arbitraje que parece contener el artículo 751 de la LEC respecto a los procesos contenidos en el Título I. Por tanto cabría someter a arbitraje la formación de inventario (artículo 809) y las operaciones liquidatorias (artículo 810) y consecuentemente oponer la excepción de arbitraje conforme al artículo 63 de la LEC en los juicios verbales de los artículos 809-2 y 787-5 de la LEC así como en el juicio declarativo a que se refiere este último artículo.