

La inserción de los MASC en el aniversario de la ley de eficiencia. Especial referencia a los procesos de Derecho de familia

The incorporation of ADR on the anniversary of the Efficiency Act. Special reference to Family Law proceedings

Este trabajo ofrece un análisis exhaustivo de la interacción entre la mediación y el arbitraje como mecanismos clave para la resolución de controversias en el contexto internacional contemporáneo. Sobre el trasfondo de una crisis estructural de los sistemas de justicia estatal, caracterizada por la litigiosidad excesiva, las dilaciones procedimentales y la creciente complejidad de las relaciones económicas transnacionales, pone de relieve la relevancia creciente de los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), en particular la mediación y el arbitraje, tanto como instrumentos autónomos cuanto como procesos integrados. El estudio examina la evolución, los fundamentos conceptuales y los marcos jurídicos que rigen ambos mecanismos, destacando las razones que explican su progresiva complementariedad prestando especial atención a los modelos híbridos, como Med-Arb, Arb-Med y Arb-Med-Arb, valorando sus potenciales ventajas en términos de eficiencia, flexibilidad y preservación de las relaciones comerciales, al tiempo que se abordan los desafíos que plantean en materia de imparcialidad, confidencialidad y control judicial. Asimismo, analiza el impacto de la digitalización, la mediación y el arbitraje en remoto, la inteligencia artificial y los sistemas de resolución de disputas en línea (ODR), poniendo de relieve los nuevos retos jurídicos y éticos derivados de la innovación tecnológica y de la evolución del papel del tercero neutral. Desde una perspectiva comparada e internacional, el estudio evidencia una clara tendencia hacia la integración funcional de la mediación y el arbitraje como mecanismos complementarios de la justicia estatal, contribuyendo a la configuración de un modelo de justicia más eficiente, participativo y adaptable a las exigencias de la resolución de controversias internacionales del siglo XXI.

Mediación, arbitraje, métodos híbridos, ADR, justicia internacional, digitalización, resolución de controversias

This work provides a comprehensive analysis of the interaction between mediation and arbitration as key mechanisms for resolving disputes in the contemporary international context. Against the backdrop of a structural crisis of state justice systems—characterised by excessive litigation, procedural delays and the growing complexity of transnational economic relations—the book highlights the increasing relevance of alternative dispute resolution methods (ADR), particularly mediation and arbitration, both as independent tools and as integrated processes. The study examines the evolution, conceptual foundations and legal frameworks governing both mechanisms, emphasising the rationale behind their growing complementarity. Special attention is given to hybrid models such as Med-Arb, Arb-Med and Arb-Med-Arb, assessing their potential benefits in terms of efficiency, flexibility and the preservation of commercial relationships, while also addressing the challenges they pose regarding impartiality, confidentiality and judicial control. The impact of digitalisation, remote mediation and arbitration, artificial intelligence and online dispute resolution (ODR) systems is also explored, highlighting the new legal and ethical challenges arising from technological innovation and the evolving role of the neutral third party. Through a comparative and international perspective, the work demonstrates a clear trend towards the functional integration of mediation and arbitration as complementary mechanisms to judicial proceedings, contributing to the development of a more efficient, participatory and adaptive model of justice suited to the demands of twenty-first-century international dispute resolution.

Mediation, arbitration, hybrid methods, ADR, justice international, digitalisation, dispute resolution



Pascual Ortuño

Jurista y escritor

Ha sido magistrado-presidente de la sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (1)

I. LA NECESIDAD DE UN PRÓLOGO

La reforma del sistema de justicia que representa la LO 1/2025, necesaria y postpuesta desde la primera década del siglo XXI, ha sido calificada de nuevo paradigma, por cuanto supone de innovación organizativa con la inserción, entre otras cosas, de los tribunales de instancia colegiados que se reclamaban desde las reformas de Alonso Martínez. También por las medidas de dinamización procesal en las jurisdicciones civil, penal y social que, con los avances tecnológicos, necesitaban una puesta al día en el entramado de leyes procesales vigentes. La finalidad de las reformas tiene como objetivo último dotar de eficiencia a un servicio público colapsado.

Aun siendo menos importantes que las anteriores, lo que ha cosechado una mayor crítica por parte de la abogacía es la implantación obligatoria de un requisito de procebilidad: la acreditación del intento de una negociación previa a la interposición de las demandas en la jurisdicción civil. Se ha dejado para una fase posterior determinados aspectos de la reforma de la jurisdicción laboral, por la implicación de los denominados agentes sociales, y la de lo contencioso administrativo, por su complejidad y por la enorme dimensión de los conflictos entre las diferentes administraciones públicas, los litigios del funcionariado y la seguridad social.

De forma paralela el ministerio de justicia ha tenido la osadía de plantear una nueva regulación que afecta al ámbito orgánico judicial tales como las formas de acceso a la carrera judicial y al papel de la fiscalía en la investigación de los delitos, para que en ambos casos puedan homologarse nuestros decimonónicos sistemas a los estándares vigentes en Europa. En estas materias se ha conseguido cosechar una oposición frontal corporativa por parte de las asociaciones judiciales y fiscales mayoritarias. El clima de confrontación política, respecto a unas materias que requieren un consenso mayoritario, permite vaticinar que, de momento, no prosperarán las iniciativas legislativas mencionadas.

En cuanto al objeto de estas reflexiones, que se limita a la recepción de los MASC (ADR en la terminología internacional) la reforma ya entró en vigor el día tres de abril de 2025, por lo que ya existe una cierta experiencia, aun cuando sumamente limitada en relación a la magnitud de su significado para la comunidad jurídica en general (abogados, procuradores, jueces, letrados de la administración de justicia, notarios y fiscales) y también para la ciudadanía, en general, que precisa acudir a los tribunales para que le sean resueltos sus conflictos cotidianos.

Con motivo del aniversario de la promulgación es oportuno realizar algunas reflexiones, pese a que la

muestra con la que contamos es sumamente reducida y poco significativa. Un ejemplo de lo que señalamos es que en la página web del CGPJ todavía no encontramos ninguna estadística relativa a los MASC. Únicamente se hace referencia a la mediación y a las guías de buenas prácticas ya desfasadas, elaboradas por un grupo de expertos que han ido acumulando las enseñanzas de la práctica forense en la referida materia.

Lo único que ya circula por las redes un informe reciente de uno de los colegios de abogados más importantes de España, que concluye rotundamente que la inserción los MASC ya puede decirse que ha fracasado. Bien es cierto que esa conclusión se basa en la utilización de unas estadísticas cuyo diseño no científico no costa, pero que se basa en la opinión genérica de las contestaciones de los encuestados (se dice que han sido 1.000). A este respecto, es de general conocimiento que para que estos sondeos tengan un mínimo de credibilidad deben estar fundados en una recogida de datos razonable y sin sesgos que predeterminen el resultado. En este caso la muestra es poco fiable por varias causas: la cercanía de su realización a la reciente entrada en vigor de la norma, con solo seis meses —y con el verano por medio— que es un lapso de tiempo insuficiente desde la entrada en vigor: por ejemplo, la similar reforma italiana se ha realizado a los tres años de la promulgación de la ley que introdujo la obligatoriedad y, pese al inicial rechazo de la abogacía italiana, arroja ahora un resultado positivo en cuanto a la utilización de la mediación, en más de 230.000 casos, y con un 45% de acuerdos alcanzados.

Por otra parte, se ha de valorar que la entrada en vigor de la ley española fue precedida por un «*sálvese quien pueda*», que provocó la presentación de miles y miles de demandas en la semana anterior al día 3 de abril de 2025 (entrada en vigor) para evitar que les afectara la exigencia del requisito de procebilidad. A lo anterior se ha de sumar tanto el temor de los profesionales a lo desconocido, como a la natural resistencia al cambio y a la inseguridad que provoca toda innovación en los operadores jurídicos, que es lógica, y que tardará en consolidarse, cuando menos, hasta que se haya producido un mínimo de pronunciamientos jurisprudenciales; lo que requiere que los procesos sean tramitados desde su inicio hasta su finalización. También son necesarios ajustes imprescindibles (la LEC del 2000 ha necesitado setenta y dos reformas hasta le fecha).

II. LA BUROCRACIA DE LOS MASC QUE ENERVA A LA ABOGACÍA

El texto legal genera muchos problemas, desde luego, y adolece de una dosis mínima de sentido pedagógico. El precedente normativo en este ámbito es la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que se traspuso la Directiva (CE) 52/ 2008, que fue fruto del consenso mayoritario entre las fuerzas parlamentarias: el primer borrador fue del ministro socialista Caamaño, cuya redacción final fue obra del popular Ruiz Gallardón, pero que dejaba las partes la iniciativa para negociar, sin ningún aliciente para su utilización por la abogacía. Ante el escaso éxito de la mediación, se elaboró un anteproyecto de ley de impulso por Rafael Catalá, durante el gobierno último del partido popular, cuyo texto decayó con el final de aquella legislatura, pero sirvió de base a la ley vigente en esta materia, bajo la égida del ministro socialista Félix Bolaños que, ha supuesto un paso cualitativo al retomar las conclusiones del primitivo Libro Verde de los ADR, elaborado por la Comisión de la CE en 2002 e incluyó, junto a la mediación, otros métodos alternativos ya consolidados en el ámbito anglosajón.

El problema mayor es la inserción de los MASC en un macro texto legal, la LO 1/2025 que puede

calificarse de miscelánea, con lo que se ha diluido su significado propio específico, perdido en un maremágnum de otras muchas reformas heterogéneas.

Este pecado original se ha visto agravado por uno de los muchos males de la justicia española, que es la magnificación de la burocracia, hasta el punto de que, a menudo, se olvida que el proceso es una vía para la realización del derecho y no un fin en sí mismo. Son muchos los juristas que, a propósito de la LO 1/2025 expresan metafóricamente su opinión en el sentido de que les gusta la música, pero no la letra. Incluso en fechas recientes se ha aprobado en el Congreso de los Diputados una ILNV (iniciativa legislativa no vinculante) impulsada por determinados colectivos de la abogacía, que no cuestionan una norma que, en términos generales, consideran positiva, sino que critican algunos aspectos de la misma, fundamentalmente la inseguridad jurídica que se genera por las interpretaciones dispares de los LAJ y los tribunales en la aplicación burocrática de la exigencia del denominado requisito de procebilidad, y singularmente a la extensión del mismo a determinadas materias a las que consideran que no se les debería exigir. Entre otras se mencionan el proceso monitorio, los desahucios, la reclamación de cuotas en las comunidades de propietarios y específicamente, a los procedimientos de derecho de familia cuando existan hijos menores.

El balance inicial de la entrada en vigor de la LO 1/2025 muestra una recepción problemática de los MASC, marcada por resistencias profesionales, incertidumbre interpretativa y una aplicación todavía incipiente. Con todo, en el ámbito del Derecho de familia comienza a perfilarse su potencial para contener la litigiosidad impropia y favorecer soluciones dialogadas que atenúan la conflictividad cuando existen menores afectados

Respecto a la falta de seguridad jurídica que se alega, es de tener en cuenta que no solo incide en el trámite inicial de calificación del cumplimiento del requisito de procebilidad, sino también en los diferentes criterios que en futuro aplicarán los jueces al evaluar la predisposición de las partes a participar en una negociación, y a la apreciación de la buena fe de las partes respecto a la negociación que se recomienda, y su repercusión en materia de costas. Los tribunales de Inglaterra y Gales han tardado más de veinte años en consolidar criterios respecto a la razonabilidad exigible a las partes respecto a la negativa a intentar una mediación o una conciliación, puesto que pueden influir múltiples factores.

De todas formas, tal como señala el profesor chileno Guillermo Pickering, el principio de la seguridad jurídica es un concepto impreciso en sí mismo y, desde luego, no es absoluto, sino que cambia según la conciencia social, tal como se manifiesta en la irrupción de la protección al consumidor, las relaciones económicas empresariales, la economía o el incremento de los arbitrajes de equidad. La propia jurisprudencia no es un producto matemático que pueda resultar de la IA: para que se produzca el efecto vinculante es preciso la identidad de la base fáctica entre dos casos similares. La previsibilidad del resultado de un litigio siempre dependerá de la complejidad del mismo y, en definitiva, de la percepción del tribunal.

Lo más reseñable hasta la fecha de la trayectoria de la ley, es la obcecación de una buena parte de la abogacía en sortear y, en lo posible, burlar con inimaginables artimañas, la exigencia del requisito de procebilidad. En parte obedece a un defecto de técnica legislativa porque, si en lugar de otorgarle importancia al establecerlo en el capítulo inicial de la norma se hubiese ubicado en una disposición adicional, probablemente los problemas que se plantean por la intervención burocrática de los LAJ hubiesen sido significativamente menores. Puede decirse en este aspecto que *los árboles no dejan ver el bosque*, puesto que la medida realmente importante y eficaz para la implantación de los MASC no es el dichoso *semáforo*, sino la modificación del criterio legal del vencimiento respecto de la imposición de las costas, su flexibilización que se deja en parte a la apreciación del tribunal, y las sanciones que se prevén por el indeterminado *abuso del servicio público de la justicia*. Por otra parte, desde el punto de vista técnico procesal incluso se podría haber omitido la carga burocrática de exigir la acreditación anticipada del intento de negociación, que ya está en el estatuto deontológico de la abogacía. La ley francesa, por ejemplo, no lo exige, pero con la reforma de agosto de 2025 se faculta a los tribunales a imponer multas a los abogados de hasta 10.000 € cuando han planteado un proceso judicial sin haberse molestado en negociar en aquellos casos que podrían haberse resuelto por mutuo acuerdo si lo hubiesen intentado.

III. EL CONCEPTO DE LITIGIOSIDAD IMPROPIA

Los ADR no son una ocurrencia española, su origen está en la propia práctica tradicional de la abogacía en la que, antes de entablar un litigio ante los tribunales, se procuraba buscar el entendimiento entre las partes cuando no existían graves problemas fácticos o jurídicos. Los índices de litigiosidad que reflejan las estadísticas judiciales del TS, hasta el último cuarto del siglo XX eran asumibles en gran parte por esa labor que se realizaba por los abogados. En una sociedad eminentemente rural, acudir a los tribunales era la última opción. Ha sido la eclosión de la conflictividad en las sociedades post industriales la que ha multiplicado geométricamente la necesidad de un servicio público de la justicia masivo. El colapso de los tribunales ha sido menor en el ámbito de la justicia anglosajona por el pragmatismo propio del modelo del precedente jurisprudencial, en lugar del férreo apego al positivismo derivado de la primacía de la ley. De esta forma en EE UU, Canadá y el norte de Europa se fomentó el uso de protocolos informales de negociación potenciados por los tribunales.

Ante la inoperancia de la justicia burocrática en determinados países latinoamericanos, por influencia de EE UU se fomentaron los medios alternativos a la justicia tradicional por el impulso de diversos organismos internacionales, como métodos idóneos para la reducción del elevado índice de litigiosidad que condiciona la eficacia del trabajo en los tribunales. En 1992 el Banco Mundial exigió a Argentina la inserción de los MASC como condición para financiar la construcción de edificios judiciales. En México se reformó la constitución para insertar estas metodologías en su carta magna, con especial énfasis en la justicia restaurativa. En Colombia se ha desarrollado la conciliación como elemento posibilitador de la pacificación de los conflictos sociales y en las secuelas del proceso de paz; en Brasil se han instalado diversos métodos alternativos como solución a los problemas en los condominios y en las relaciones paterno filiales y familiares.

En EE UU y Canadá se han generalizado los MASC con la creación de los denominados, por el profesor de Harvard Michael Sandel, «*multidoor justice houses*», cuya denominación expresa gráficamente la

imagen de unos tribunales dotados de múltiples puertas, que reflejan la idea de un sistema de justicia amplio que integra a los diferentes ADR, flexibles y adaptados a la realidad social y económica actual, con mecanismos más dúctiles, incluido el arbitraje en sus diversas formas, y con la finalidad de dar respuesta eficaz y más rápida a la gran diversidad de supuestos de hecho. Eso sí: junto a los clásicos juzgados contenciosos tradicionales configurados como la última ratio para los casos en los que, por sus características, se precisa una respuesta en derecho.

El objetivo es la obtención de un resultado práctico mediante la utilización de los modelos tradicionales de resolución de controversias que habían sido relegados por los métodos adversariales, tales como la conciliación, la negociación positiva (no la dirigida a obtener la victoria sobre la otra parte) y la mediación, entre otros. Además de la utilidad para la ciudadanía y para las empresas de estos modos de autocomposición de intereses basados en el diálogo, se produce el efecto de prestigiar la labor de los tribunales reservando para los mismos los conflictos en los que existen versiones inconciliables respecto de los hechos o discrepancias respecto al derecho aplicable o su interpretación. Por otra parte, como destacó en su día el Lord Chief Harry Keneth Wolf, presidente del TS de Inglaterra y Gales, no es admisible que la ciudadanía en su conjunto tenga que sufragar los gastos de una litigiosidad impropia que se podría evitar con una mínima predisposición negociadora.

Una buena parte de los procesos que en la actualidad colapsan los juzgados y tribunales integran el concepto de *litigiosidad impropia* que se denomina así a la que nunca debió entrar en los tribunales puesto que se podría haber evitado si se hubieran utilizado otros métodos distintos y más adecuados para buscar soluciones aceptables para las partes en conflicto. Para la implantación de estos sistemas es necesario que se instale en la ciudadanía la conciencia de las ventajas de la negociación como alternativa a la lucha por la victoria. Para alcanzar este objetivo juega un papel protagonista la abogacía, que debe ofrecer a sus clientes una más amplia carta de servicios, además de los tradicionales consejo legal y defensa en juicio, si bien se requiere un mínimo esfuerzo por la abogacía para la adquisición de las competencias que son imprescindibles para la buena praxis de la negociación y de sus diversas modalidades.

IV. LA UTILIZACIÓN DE LOS MASC EN CONFLICTOS DE FAMILIA CON HIJOS

La adecuación de los diferentes MASC al Derecho de familia, especialmente cuando existen hijos menores o personas con discapacidad, están especialmente prescritos por la psicología infantil y evolutiva de la familia como se viene afirmando en los sucesivos congresos de psicología jurídica («*La gestión positiva de la ruptura de pareja con hijos*» de Francisca Fariña) y en las conclusiones de los encuentros entre jueces de familia y la abogacía especializada («*Guía para un buen divorcio*» de José Luís Utrera). Con la salvedad de que existan indicios de violencia o de perfiles psicológicos narcisistas.

Acudir directamente y sin negociar previamente a un proceso judicial incrementa la intensidad de los conflictos. Todavía más en la coyuntura actual de colapso en los tribunales. Ni siquiera las medidas provisionales se señalan en un tiempo razonable. Las dinámicas familiares, una vez que los progenitores asumen la ruptura, entran en una fase de degradación que impacta negativamente en los hijos, por lo que la negociación asistida, la conciliación o la mediación pueden contribuir a racionalizar los problemas y a consensuar las diferencias en la gestión de los conflictos más acuciantes. Intentar una negociación nunca es perjudicial y, en cualquier caso, si no se alcanza ningún acuerdo la opción por la interposición de la demanda contenciosa permanece incólume.

La Directiva Europea sobre mediación en esta materia, la Ley 5/2012 estatal, la jurisprudencia y la normativa de las Comunidades Autónomas, vienen insistiendo en la necesidad de la detección temprana de los conflictos que se generan en torno a las rupturas y divorcios cuando afectan a niños, niñas y adolescentes. El superior interés del menor exige que se intente evitar en lo posible la confrontación de los progenitores ante los tribunales de justicia, ya sea en materia de controversias en el ejercicio de las responsabilidades parentales, en materia de alimentos, en casos de cambio de residencia, en la protección de menores, o en los casos de sustracción o retención ilícita. Alcanzar acuerdos razonables es lo más aconsejable para el bienestar de los hijos. Ya la Recomendación de 1998 del Comité de ministros del Consejo de Europa exhortaba a los Estados Miembros a introducir la práctica de la mediación o la conciliación directa entre las partes en los casos de familia y se acaba de publicar por el Parlamento Europeo el vademécum y la guía de buenas prácticas para la mediación en sustracción de menores.

Es evidente que no intentar una solución negociada —salvo en casos de violencia o imposibilidad manifiesta ya previstos en la ley— la formulación directa de una demanda ante los tribunales en este campo *es una verdadera declaración de guerra*, puesto que no se utiliza esta vía para solucionar los problemas, sino con el propósito de ganar el pleito. A tal fin, la parte que lo promueve suele arrojar sobre la parte demandada toda la carga bélica de que dispone: se exagera la realidad de las conductas de la parte contraria, y se ocultan los comportamientos negativos de las acciones propias. La abogacía belicista habla de *estrategias procesales*, otros de *armas*. En estos contextos, aun cuando lo más razonable sea preservar a los hijos del conflicto (y así lo expresan ambos progenitores inicialmente) se termina involucrándolos en la batalla, lo que les provoca un enorme perjuicio. La psicología especializada señaló hace ya muchos años que el proceso judicial genera un estrés en los menores, con unas secuelas indelebles que pueden calificarse de maltrato institucional.

El actor principal de la nueva justicia de familia basada en el fomento del diálogo, es la abogacía, que a nadie le quepa duda. Bien es cierto que su papel requiere la adquisición de una nueva cultura del consenso, de la denominada negociación positiva que incorpora nuevas habilidades a la tradicional función de intentar arreglar un asunto con la parte contraria antes o durante un proceso, para evitar la escalada del conflicto.

La exigencia de diferentes sectores que han promovido la reciente resolución del congreso para que se elimine el requisito de procebilidad, para que los conflictos familiares accedan cuanto antes al proceso judicial, carece de todo fundamento psicológico y práctico. La supresión de la recomendación legal de que se intente una negociación previa entre las partes, puede generar un perjuicio irreparable para el desarrollo de la personalidad de cientos de miles de niños a los que se les aboca a tomar partido por uno de sus progenitores, y a alinearse en la batalla judicial con uno de ellos. Las reacciones de ansiedad, de insomnio, de trastornos alimenticios o de frustración son muy frecuentes.

La psicología especializada señala que la ruptura del vínculo con uno de los progenitores como consecuencia de la batalla ante el tribunal es incluso tan grave como la pérdida de un ser querido. Se advierte por los especialistas que a estos niños y niñas les esperan las noches en blanco, el temor a la ruptura de la relación con su padre o su madre, los problemas alimenticios, el fracaso escolar, la soledad y la predisposición a las adicciones. Este escenario lo ven a diario las juezas y jueces de familia cuando una voz temblorosa infantil les susurra que *no quieren que su padre y su madre se*

separen. ¿Qué conocimientos y habilidades tienen los tribunales para gestionar estos casos?

V. LOS MASC EN LOS CASOS DE FAMILIA TRANSFRONTERIZOS

En la ILNV que aprobó el congreso de los diputados en el pasado mes de noviembre, con la propuesta de eliminación del requisito de procebilidad en los casos en los que existan hijos menores, se utilizan diversos argumentos. El primero de ellos es que la condición procesal impuesta de que se acredite una negociación, podría impedir la inmediata incoación del litigio ante un tribunal español por lo que, cuando la otra parte fuera extranjera, se adelantaría a presentar la demanda en su país, con la generación de un problema de litispendencia, o incluso la consolidación de la competencia judicial en otro estado. Por tal razón se solicita la eliminación del filtro de la negociación previa para poder presentar sigilosamente la demanda en España, sin que la otra parte lo advirtiera, consolidando de esta forma la ventaja de que el proceso se enjuicie en un tribunal español.

El riesgo al que se refiere en este tipo de casos no es tan evidente, en muchos casos porque con frecuencia van unidos a denuncias por violencia y abusos, que tienen fuero necesario por su carácter penal, pero en otros casos, puede evitarse con la solicitud de un acto de conciliación ante un tribunal español, que es uno de los MASC admisibles, lo que permitiría tener la constancia judicial del *primus in tempore*. Pero, aun así, tenemos casos recientes mediáticos, como el de la señora Juana Rivas que ponen de manifiesto que no es tan fácil soslayar las normas que atribuyen la competencia necesariamente a un determinado y concreto tribunal. La *ingeniería procesal* en casos de sustracción o de traslados ilícitos de menores no es tan eficaz porque la doctrina internacionalista reduce considerablemente la prevalencia del *foro de conveniencia* frente al de la residencia habitual del menor. Este es un principio de derecho internacional privado generalizado a nivel mundial —con muy pocas excepciones—. La atribución de la competencia judicial de la residencia del menor en el último año antes de que se produzca el traslado tiene prácticamente carácter de dogma.

Por otra parte, deben tenerse en cuenta las estadísticas de la práctica forense, que ponen de manifiesto que la judicialización de este tipo de conflictos genera resultados claudicantes para quienes optan por apresurarse a poner estos conflictos en manos de los tribunales. En definitiva, los casos que se aducen por el sector de la abogacía reaccionario a la reforma es anecdótico y no puede justificar la excepción que se pretende.

A mayor abundamiento, tanto la Conferencia de La Haya en su actividad convencional para la protección y sustracción de menores, como el Reglamento (UE) de Bruselas II (ter) insisten en la necesidad de evitar la judicialización, y aconsejan que se utilice la mediación o la conciliación especializada, bien con el apoyo de las denominadas «*autoridades centrales*», o con la figura del «*coordinador mediador del Parlamento europeo*». Como en otros muchos conflictos jurídicos o económicos complejos, el sustrato teórico y doctrinal puede ser apasionante como objeto de una tesis doctoral, pero la ineficacia de la confrontación legal suele ser bien distinta. Otro tanto ocurre a nivel transfronterizo en la organización y el cumplimiento del régimen de visitas, en las reclamaciones de alimentos o en las controversias en el ejercicio de la parentalidad. La experiencia jurisdiccional pone de relieve que, en la mayoría de este tipo de casos, cuando se opta por la vía judicial contenciosa, se produce un fracaso claudicante ante la complejidad de la casuística, la imprevisibilidad de los criterios de los tribunales en la concreción del interés superior del menor, la incidencia de las alegaciones de malos tratos, abusos o violencias y, finalmente, las dificultades en la ejecución en el

caso de que se obtenga una resolución favorable. En la práctica suele ocurrir que estos niños, que ya habrán alcanzado la edad de la emancipación mientras se resuelve el litigio y sus incidencias, se habrán emancipado y habrán interiorizado un odio imborrable contra uno de sus progenitores.

VI. LA CUESTIÓN DEL CARÁCTER INDISPONIBLE DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En el argumentario de la ILNV ya citada, se sostiene —por otra parte— que la materia de menores pertenece al ámbito del derecho necesario y, por lo tanto, no es negociable, lo que justifica —al entender de los promotores de esta iniciativa— que se suprima la exigencia del requisito de procebilidad en todos los casos de familia en los que existan hijos menores a los que pueda afectar el conflicto entre sus progenitores. La fundamentación es notoriamente errónea.

Esta cuestión ya fue objeto de polémica en la década de los ochenta del pasado siglo tras promulgarse la legislación que modificó el régimen jurídico del matrimonio, la separación y el divorcio, así como la legislación sobre protección de menores. La indisponibilidad de los institutos jurídicos que afectan al estado civil de las personas, a los alimentos y a las medidas de protección, no puede asimilarse conceptualmente a una prohibición absoluta de negociar o consensuar por los progenitores las medidas a adoptar tras las rupturas de las relaciones parentales, o en los casos de personas con discapacidad. La cautela legal no implica una prohibición de negociar, sino que se refiere a la necesidad de homologación judicial de los eventuales acuerdos.

El profesor Diez Picazo calificó el convenio regulador (que ontológicamente implica una actividad negociadora previa) como negocio jurídico típico de Derecho de familia. En cuanto a los acuerdos que puedan alcanzarse, el legislador atribuyó a los jueces la función de homologación de las propuestas consensuadas previamente en las materias relevantes para los hijos o hijas menores relativos a sus necesidades, a las decisiones que incidan en el desenvolvimiento de la personalidad de los hijos cuando existan discrepancias entre los progenitores o de las personas con discapacidad. Mas el presupuesto lógico que precisa informe del ministerio fiscal y que se somete a la aprobación judicial, es el consenso previo entre los progenitores. Tal ocurre incluso con el reconocimiento de la filiación cuando no existe matrimonio entre los progenitores o se inscribe fuera de plazo, o en la constitución de la adopción, o en las discrepancias entre cónyuges respecto a intervenciones médicas, en la elección de colegios, viajes al extranjero, etc. El adjetivo *indisponible* se ha de interpretar sistemáticamente en relación con los preceptos de las instituciones jurídicas, en el recto entendimiento del derecho, y en el contexto en el que se han de aplicar las normas jurídicas.

Precisamente en el derecho comparado de familia se ha generalizado un instrumento sumamente útil para facilitar las medidas que posteriormente se someterán a la aprobación del juez, que es el denominado *plan de parentalidad*, que en España se incorporó en el art. 233-9 del libro II del código civil de Cataluña como requisito de procebilidad para la admisión de las demandas (art. 233-2.4-a) y que no solo no ha sido cuestionado ante el TC, sino que ha sido reiteradamente aconsejado por el Tribunal Supremo en diversas sentencias (TS 638/2016 26-10-16, EDJ 188966; 722/2016 5-12-16, EDJ 224685; 280/2017 9-5-17, EDJ 65111).

En resumen, que los estándares que se utilizan en los países de nuestro entorno cultural, no solo prevén que se exija la acreditación de la participación de buena fe en un MASC, sino que el convenio regulador que ha de presentarse con la demanda o la solicitud de medidas relativas a los hijos

menores, debería contener un plan de parentalidad que es lo que se sometería a aprobación judicial.

Por estas razones, cuando se reflexiona sobre lo que hay detrás de la ILNV que comentamos, reforzada por una cuestión previa de constitucionalidad planteada por un determinado juez (cuya inexperiencia en estos temas es patente) en un caso de modificación de medidas post divorcio, aparece de inmediato una concepción judicialista arcaica de las relaciones familiares, heredera de la época del denominado *divorcio sanción*. Es una reminiscencia de aquella cultura en la que se suspendía *ope legis* la patria potestad y los derechos paternofiliales a los adúlteros, de tal manera que además de encarcelarlos, se les desposeía de los derechos paterno y materno filiales, que pasaban a ser atribuidos de inmediato a los jueces. Esta concepción subsiste todavía en el seno de determinadas confesiones religiosas que no admiten el divorcio entre sus feligreses, que desconocen el derecho de las hijas a elegir a sus cónyuges, que separan a los hijos menores de sus progenitores cuando se divorcian, o a sectas más o menos toleradas que ejercen sobre sus adeptos un control de la moral que no es compatible con los principios constitucionales.

Parece que los autores de la ILNV no han reparado en las consecuencias de que la ley no favorezca e impulse que los progenitores reflexionen en común sobre el futuro de sus hijos tras la ruptura de la pareja o el divorcio, y deleguen en los tribunales las responsabilidades que les atañen.

Por el contrario, lo que la ley vigente pretende es que se intente evitar que los niños y niñas afectados por las crisis entre sus padres, y en un momento tan difícil en sus vidas, tengan que comparecer ante un tribunal para mostrar su grado de implicación en las disputas entre los adultos y tomen partido en la batalla judicial. La realidad actual, mientras no exista la especialización de la judicatura en estas materias, es la de que a los jueces y juezas de familia no se les ha proporcionado formación especializada en psicología infantil ni están en el temario de la oposición técnicas para gestionar las situaciones de angustia que padecen los niños y niñas que se ven inmersos en la ruptura de sus progenitores. En la mayoría de los juzgados no existen dependencias especiales para las exploraciones; y no tienen más remedio que practicar las audiencias de los menores en la misma sala en la que se celebran las vistas, incluso en muchas ocasiones revestidos de la toga. También es frecuente que su conocimiento de la problemática familiar y personal en la que está inmerso el menor sea muy superficial. Ya en el primer congreso de psicología jurídica celebrado en Sevilla el 1995 se puso de relieve que el proceso judicial, en estas condiciones, puede calificarse de maltrato agravado hacia el menor.

VII. LA NECESIDAD DE QUE LA ABOGACÍA DE FAMILIA SE IMPLIQUE EN LA PACIFICACIÓN DE LOS DIVORCIOS

La abogacía en su conjunto tiene conciencia plena de que la confrontación ante el tribunal entre los progenitores siempre es un factor que enerva el conflicto en lugar de apaciguarlo, puesto que su objeto es declarar vencedor a uno y perdedor al otro. La Recomendación (98) 1 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar, ya destacaba a finales del siglo XX que los niños deben estar protegidos del conflicto entre los adultos, lo que implica el deber deontológico de evitar en lo posible su judicialización.

El objetivo de la ley, en estos casos, es el de potenciar mecanismos facilitadores de los acuerdos para garantizar la estabilidad emocional de los hijos y protegerlos de las incertidumbres y miedos que se

generan en sus mentes infantiles. La responsabilidad primera no recae en los tribunales, como ya se ha dicho, sino que reside en los padres y madres, puesto que la ruptura de su relación no implica en absoluto que automáticamente queden desapoderados de sus facultades de decisión. Más aún, en los momentos de crisis entre los progenitores no solo permanece intacta la responsabilidad parental, sino que se incrementa el sentido del deber de velar por los intereses de sus hijos, cuidarlos, tenerlos en su compañía y educarlos.

Desde luego, cuando los padres se han esforzado en buscar el mejor interés de su prole, los acuerdos que se llegan a concretar son prevalentes en el trámite de homologación judicial. Estadísticamente la inmensa mayoría de los convenios y propuestas son aprobados, especialmente cuando se pacta un régimen de ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales que permita unas relaciones similares a la época anterior a la ruptura. Las observaciones que pueden advertirse por los jueces en la fase de homologación y las medidas que el tribunal pueda imponer cuando existen discrepancias, son supletorias en los casos en los que se detecte que determinados pactos pueden lesionar el superior interés del menor. En definitiva, en la dinámica normal de los divorcios y rupturas, lo razonable es que se lleve a efecto una negociación entre los progenitores respecto al ejercicio de las responsabilidades parentales.

Para alcanzar acuerdos no suele ser suficiente la negociación entre las partes. El trabajo responsable éticamente de los abogados en estos casos para conseguir consensos antes de la presentación de las demandas es el método más habitual que se desarrolla en la práctica forense, que se complementa, cada vez con más frecuencia, con intervenciones de profesionales de otras disciplinas cuando en el conflicto inciden dimensiones extrajurídicas. Entre ellas son muy útiles las intervenciones de psicólogos, mediadores especializados en la gestión de los factores emocionales en las rupturas cuando aparecen dificultades, tanto en los cónyuges como en alguno de los hijos. También son útiles la colaboración de economistas cuando se plantean cuestiones financieras complejas, o ante la existencia de una empresa familiar que debe reestructurarse. Para estos casos es muy útil la co-mediación, la conciliación, o la abogacía colaborativa.

Está extendida la opinión en la abogacía de que se negocia mejor después de haber presentado la demanda, pero no es cierto. Quienes lo afirman, como ya se ha reiterado, no tienen en cuenta el hecho de que, una vez declarada la guerra, se dispara la escalada de los conflictos *ad infinitum*. En efecto, ya se ha remarcado en párrafos anteriores que, al redactar las demandas es natural que se carguen todas las culpas a la parte demandada, que se exageren las maldades de la misma, y que se saquen los *trapos sucios*. Se deforman los relatos con la finalidad de ganar el juicio a toda costa. Plegar las velas después de haber desatado las hostilidades es muy complicado, porque se suele multiplicar la intensidad del conflicto con la respuesta de la parte demandada, que hará lo propio. El abismo entre las partes ya resulta definitivo y los daños laterales que se producen repercuten en los hijos ante la tesitura de tener que tomar partido.

VIII. LOS MAC: UNA OPORTUNIDAD PARA LA ABOGACÍA QUE NO DEBE DESAPROVECHARSE

Sostiene Richard Susskind en su best seller «*Tomorrow's lawyers*» que la profesión que llegó a su cumbre con los jurisconsultos de la Roma clásica debe adaptarse a las necesidades de la ciudadanía del siglo XXI. Del asesoramiento legal —que ya es ofrecido por la I.A.— y la defensa en juicio, se ha de caminar hacia la gestión integral de los conflictos. Este cambio, necesario en las complejas relaciones

económicas y empresariales actuales, es más patente en los conflictos de las nuevas estructuras de la familia cuyos acuciantes problemas no encuentran fácilmente soluciones únicamente en los textos legales que manejan los tribunales y que, en su mayor parte, por la relevancia de los bienes jurídicos protegidos, deberían ser resueltos por una abogacía moderna y experta en habilidades negociadoras. En el Reino Unido, con un número de abogados que triplica el de España, ingresan en los tribunales de familia un 15 % de los que se han de tramitar en los colapsados juzgados de nuestro país.

Por lo que se refiere a la LO1/2025, son tantas las reformas que se han introducido que es lógico un cierto espanto inicial que induce a recitar una conocida jaculatoria dirigida a una de las Vírgenes más reconocidas por el poder curativo de sus milagros «que me quede como estoy»

Bien es cierto que una condición ineludible es que el papel del abogado en los MASC debe valorarse económicamente tanto, o incluso más, que el trabajo burocrático en los tribunales, y requiere la adquisición de una nueva cultura del consenso. No basta con la tradicional llamada telefónica para sondear la posición de la otra parte e intentar *arreglar el pleito*, sino con la práctica de la denominada negociación positiva, que supone relegar a lo imprescindible la lucha por la victoria — fundamentalmente en conflictos familiares con hijos menores— e incorporar nuevas competencias y habilidades. Esta rama del derecho no solo se aprende en las facultades, sino también con la experiencia del trabajo con equipos pluridisciplinares, con psicólogos, educadores y mediadores.

Realmente es difícil encontrar razones a las posturas que inspiran la solicitud al parlamento de derogación de los MASC en los casos que existen menores, por lo que es posible que haya incidido el ambiente de polarización política que padecemos. También ha influido la premura en la entrada en vigor del requisito de procebilidad, que podría haber sido más gradual respecto a las materias afectadas, y menos burocrático. No obstante, la realidad de la que venimos, anterior a la reforma, es la de que, si no todos, la inmensa mayoría de los abogados de familia negocian habitualmente y con ánimo constructivo antes de interponer las demandas, por lo que ya se tiene debidamente por cumplido el requisito: basta para la admisión de la demanda contenciosa la mera constatación de que se ha intentado negociar de buena fe sin haber podido alcanzar ningún acuerdo. La práctica forense nos está mostrando que se puede acreditar el requisito con gran facilidad: así se constata de la estadística de las escasas inadmisiones contabilizadas durante los meses de vigencia de la ley y la permisibilidad que se advierte en las primeras resoluciones pronunciadas por las audiencias.

IX. LOS MASC Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA ILNV

La natural resistencia a los cambios de los operadores jurídicos, especialmente cuando se insertan nuevos conceptos que exigen un esfuerzo de adaptación, suelen generar opiniones divergentes. La sabiduría popular dice que «*nunca llueve a gusto de todos*». Por lo que se refiere a la LO1/2025, son tantas las reformas que se han introducido que es lógico un cierto espanto inicial que induce a recitar una conocida jaculatoria dirigida a una de las Vírgenes más reconocidas por el poder curativo de sus milagros «*que me quede como estoy*».

En el caso de la inserción de los MASC «*con calzador*» se ha visto afectada la sensibilidad de diversos sectores profesionales. Las opiniones son muchas y muy diversas, y solo el tiempo nos dirá si realmente las medidas son eficaces, o si será necesaria una reforma. Algunas de las medidas drásticas adoptadas ya vienen ensayadas en el derecho comparado, pero con frecuencia ocurre que, aun cuando allá hayan resultado exitosas, el traslado de un modelo extranjero a la idiosincrasia de otra tradición cultural diferente presenta dificultades no solo de adaptación, sino también de diseño y, sobre todo, según la apuesta presupuestaria para poner en marcha el nuevo sistema.

Respecto a los MASC, es constatable que ni el arbitraje ni la mediación han experimentado hasta ahora el éxito esperado, pese a que ya contamos con una dilatada experiencia. Hemos empezado una nueva andadura con un impulso nuevo, pero con unas características arriesgadas: sin dotaciones presupuestarias suficientes, y con división de opiniones en el ruedo ibérico. A este propósito es de destacar el entusiasmo de la consejería de justicia de la Junta de Andalucía, con el magistrado Rondón a la cabeza ha destinado recursos para pagar a los abogados y mediadores del turno de justicia gratuita, que anteriormente no percibían remuneración alguna si no justificaban haber interpuesto la demanda, y ahora se duplica la subvención que reciben si en el trámite de negociación, previo a la interposición de la demanda, obtienen un acuerdo. Cataluña les ha comprado el experimento. Navarra también lo ve positivo, pero Murcia, que no tiene transferidas las competencias en materia de justicia está a la zaga, pese al proyecto de la UMIM que ha conseguido estabilizar un elenco de mediadores con una alta cualificación y experiencia.

Entre la abogacía, depende también del entusiasmo de cada uno de los colegios profesionales. El Consejo de Colegios de la Abogacía de Cataluña viene apostando por los MASC desde hace años junto con el Centre de Mediació de Dret Privat del Departament de Justícia, y las Cámaras de Comercio (han transformado el medieval Consulado del Mar en centro MASC de resolución de conflictos). La más antigua asociación profesional de mediadores, ACDMA, ha cumplido ya treinta años y está desarrollando modelos de intervención especializada cuyo fruto ya se está haciendo ver. Por el contrario, otros colegios de la abogacía españoles han optado por ejercer una oposición al desarrollo de la ley. Son malos tiempos para el diálogo, y el ambiente de crispación y desconfianza respecto a cualquier reforma de la justicia, no despierta grandes entusiasmos.

Por lo que se refiere al ámbito del Derecho de familia, que es el más consolidado a nivel internacional, un sector tradicional de la abogacía ha optado legítimamente por encabezar una cruzada contra la exigencia del ya famoso requisito de procebilidad. Tienen razón en cuanto a la necesidad de pausar la entrada en vigor de la reforma sin que se disponga de una experiencia profesional de excelencia, por lo que convendría acompañar inicialmente el excesivo rigor en la exigencia del filtro MASC establecido puesto que son muchos los partidos judiciales que no cuentan con mediadores experimentados. Desde mi punto de vista confío más en que, como ha ocurrido en el Reino Unido, Francia e Italia, serán los tribunales quienes, con el transcurso del tiempo, hagan ver a la abogacía la conveniencia de negociar para que no caiga sobre su responsabilidad la espada de Damocles de las condenas o exenciones de las costas procesales.

Finalmente, también se ha sumado a la corriente abolicionista de los MASC algunos jueces que de inmediato han sido aplaudidos por los sectores reaccionarios de la abogacía de familia tradicional. Incluso se ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad, al entender que la imposición del requisito de procebilidad vulnera el artículo 24 de la Constitución. Sorprende que este amparo

constitucional no haya sido promovido por ningún otro juez o magistrado de España, y que el ministerio fiscal se haya apartado de la tesis que se desarrolla en el auto de interposición de este recurso extraordinario. Su lectura evoca más bien un ejercicio teórico-práctico de los que se suelen ensayar en la Escuela Judicial que un planteamiento serio y fundado en derecho.

La exégesis doctrinal del art. 24 de la CE es ya muy extensa, junto con la abundante jurisprudencia al respecto. Personalmente el tema del acceso a justicia me ha recordado un caso de mi juventud, cuando después de tomar posesión de un juzgado de familia de Barcelona en 1990, un letrado alegó que la exigencia de procurador era un obstáculo para obtener la tutela efectiva de los jueces. Obviamente le hice ver que con la intervención obligatoria de abogado ocurría lo mismo, y que hay muchos países en los que los ciudadanos pueden acceder a los tribunales directamente. No obstante, la doctrina del TEDH ya sentó criterio aplicable a todos los estados miembros del Consejo de Europa en el sentido de que el derecho fundamental referido es el de obtener tutela efectiva de sus derechos en el sentido más amplio, es decir, a que se le haga justicia. Los requisitos o condiciones de procedibilidad son aspectos adjetivos, y es de general conocimiento que, en cuestión similar a la planteada (la obligatoriedad de acreditar haber intentado una mediación) ya existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Cito dos de ellos en recursos sobre el derecho fundamental del acceso a la justicia instados, precisamente contra la ley italiana que impuso la acreditación del intento mediación obligatoria previa, cuya conclusión es que no se vulnera el acceso a la jurisdicción por establecer un filtro previo al acceso a los jueces y tribunales, como la mediación o la conciliación, siempre que sea razonable, no costoso económicamente, y fácilmente superable. Casos TJUE 14-56-2017 (asunto C-75/2016 y 14-5-2020 (asunto C667/2018). Desde luego, en el caso de Valencia de Alcántara, le bastaba al actor acreditar ante el juzgado que había enviado un correo electrónico a la otra parte invitándole a negociar y, probablemente, ya se podrían haber protegido los intereses superiores de los niños afectados, que deberán esperar ahora al dictado de la resolución pertinente.

X. BIBLIOGRAFÍA

FARIÑA, F., *La Gestión positiva de la ruptura de pareja*. Tirant-lo-Blanc. 2018

ORTUÑO, P., *Justicia sin Jueces*,. Editorial Ariel-Planeta. 2018

ORTUÑO. P., *Los MASC Crisis matrimoniales*, Memento Expert. F. Lefebvre. 2025.

SANDEL, M.J., *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?*, Editorial DEBOLSILLO. 2012

SUSSKIND, R., *Tomorrow's lawyers*, Editado Wolters Kluwer-La Ley. 2024

UTRERA, J.L., *Guía para un buen divorcio*, Editorial LA LEY. 2011

WOOLF, Sir H., «Access to Justice». Editorial HMSO . Londres. 1996

(1)

Pascual Ortuño ha sido magistrado de familia de la Audiencia de Barcelona, director de la Escuela Judicial, representante de España en la Directiva (CE) de mediación en asuntos civiles y comerciales, así

como en las revisiones de los Convenios de La Haya de protección y sustracción de menores. Actualmente, desde su jubilación es vicepresidente de la Asociación de Jueces de Familia Iberoamericanos.

[Ver Texto](#)