

MEDIACIÓN CIVIL. MEDIACIÓN INTRAFAMILIAR.

Dra. D^a Leticia García Villaluenga.

Profesora Derecho civil. UCM. Directora del Instituto Complutense de mediación y gestión de conflictos.

l.g.villaluenga@trs.ucm.es

www.mediacion-ucm.es

Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO: I.- Conflictos, Familias y Mediación. I.1. Introducción a la teoría de los conflictos familiares. I.2. Algunos apuntes sociológicos sobre la familia. II.- Justicia, jurisdicción y ADR. III. La mediación familiar: concepto y efectos jurídicos. IV.- Bibliografía.

I.- CONFLICTOS, FAMILIAS Y MEDIACIÓN

I.1.- Introducción a la teoría de los conflictos familiares.

Los conflictos familiares exceden, sin duda, del ámbito de las crisis matrimoniales y de pareja, y aunque es un hecho que la mediación familiar ha tenido y tiene su máximo desarrollo en esos contextos, cada vez se vislumbra en mayor medida la necesidad y la conveniencia de extender los beneficios que tiene este sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos a todos los miembros del sistema familiar y a la diversa tipología de conflictos que en ella se presentan.

Hablar de conflictos es referirnos a situaciones habituales de la convivencia humana. Ciertamente, el conflicto se presenta en todas las actividades humanas y sociales de todo tipo de sociedades y épocas, adquiriendo un valor universal¹; se trata, pues, de un género común del que las distintas clases de conflicto se presentan como especies². Es decir, el conflicto está presente en todas las manifestaciones de nuestra vida (familia, amigos, trabajo,

¹ Vid. Por todos, ENTELMAN, R.F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, págs 25 y 29.

² Vid. TOUZARD, H. *La mediación y la Solución de los Conflictos*. Herder, Barcelona. 1980, pág. 75.

relaciones de vecindad...) y en todos los niveles del comportamiento humano: intrapersonal, interpersonal y grupal.

Los conflictos familiares se encuentran ubicados dentro de los conflictos interpersonales, afectando, además de a la identidad de los individuos en ellos inmersos, a la de la propia familia como sistema interpersonal, económico y social.

Se ha definido el conflicto, como “la divergencia percibida de intereses, o la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente”³, pudiendo encontrar en su estructura elementos que se muestran como constantes⁴. Percepción, interdependencia e incompatibilidad tienen que estar presentes para que podamos hablar de conflicto.

Aunque el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiera al conflicto de un modo negativo⁵, en nuestra opinión, no tiene este carácter ni el contrario, ya que si bien es cierto que al existir un conflicto las relaciones se suelen deteriorar, la comunicación se interrumpe y los sentimientos se resienten, también lo es que el conflicto está en la raíz del cambio personal y social, evitando estancamientos. Asimismo, ayuda a establecer identidades personales y grupales y puede traer consigo un nuevo modo de responder a los problemas⁶. Por tanto, más que atribuirle cualidades en uno u otro sentido, entendemos que éstas vendrán dadas por el modo en que se aborde el conflicto⁷;

³ Vid. RUBIN, J.Z., PRUIT, D. G y HEE KIM, *Social Conflict: escalation, stalemate and settlement*. (2ª edic). McGraw-Hill, New York, 1994.

⁴ En opinión de LEDERACH, J.P. *Enredos, pleitos y problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*. Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita. Guatemala, 1992. pág. 98, las personas, el proceso y el problema, son los elementos que interactuando entre sí, se encuentran en cualquier conflicto interpersonal configurándolo.

⁵ Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1984, vigésima edición. “Lo más recio de un combate.2.- Punto en que aparece incierto el resultado de la pelea.3.fig. Antagonismo, pugna, oposición.4.fig. Combate y angustia de ánimo. 5.fig. Apuro, situación desgraciada y de difícil salida”.

⁶ ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Servicio Editorial UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. Bilbao, 1998.

⁷ Vid. MOORE, C. W.: *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Ediciones Granica S.A., Buenos Aires, 1995. Págs.62 y ss. El análisis del conflicto

de ahí la importancia de apostar por modelos de gestionarlo más cooperativos, como es la mediación, que permitan hacer surgir de las crisis las oportunidades, tender puentes, restañar relaciones, en vez de romperlas definitivamente.

La trascendencia de aplicar estos métodos a las disputas que surgen en las relaciones familiares es evidente, ya que tratar de generar alternativas que atiendan las necesidades de todos los implicados y les permitan obtener satisfacción mutua, redundará en una mayor garantía de continuidad de la relación entre las partes, y, por ende, en un mayor cumplimiento de los acuerdos a los que lleguen, que si el problema hubieran tratado de resolverlo por sistemas confrontacionales.

Respecto a las dinámicas de los conflictos familiares hay que tener en cuenta que, por lo general, funcionan como lo hacen el resto de ellos, pero hay una diferencia vital, “los conflictos familiares son, quizás, los más personales de todos los conflictos”⁸.

Las peculiaridades de las relaciones familiares determinan que los conflictos que en ellas se producen tengan también especificidades propias, sin embargo, pueden encontrarse caracteres comunes en ellos. Como *características propias de los conflictos familiares* señalaremos las siguientes⁹:

- El conocimiento cotidiano de los miembros de la familia permite tener herramientas suficientes para construir relaciones positivas, o para destruir de un modo extremo, dada la importante información de la que se dispone, precisamente, por ser familia.
- Los conflictos familiares tienen en común una historia compartida. Hay que tener en cuenta que los comportamientos pasados, las experiencias, las conversaciones y las percepciones, tomadas en su conjunto definen el conflicto.

desde las categorías de relación, de información, de intereses, estructurales, o de valores, ayudará a desarrollar una estrategia de solución del conflicto con mayor probabilidad de éxito.

⁸ Vid. ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R., *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Servicio Editorial UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. Bilbao, 1998 .

⁹ ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”. Conferencia pronunciada en las *Jornadas sobre mediación*, organizadas por el Ayto. de Vitoria, mayo, 2003. Desarrolla los parámetros elaborados por COHEN, para referirse a los ítems de los conflictos familiares.

Se trata no de sucesos aislados, sino de un proceso. Cada reacción de una parte sirve para ayudar a determinar la de la otra; como resultado, el nivel de tensión o intensidad de un conflicto no es estático. La tensión entre las partes escala o desescala durante el curso del conflicto¹⁰, por eso, se entienden mejor los momentos álgidos de los conflictos si los consideramos como el resultado de una serie de sucesos que lo preceden.

- Las partes tienen necesidades psicológicas particulares y los desencadenantes del conflicto no suelen estar relacionados con el problema básico subyacente que es la auténtica causa del conflicto, es decir, el conflicto se enreda con la intención de los sujetos de dar satisfacción a sus necesidades psicológicas y personales (sentirse a salvo y seguro, ser amado, tener el control de la propia vida, pertenencia, etc...)¹¹.
- La percepción del conflicto y el papel de los participantes no implicados son también importantes parámetros de los conflictos familiares e interpersonales. Así, la percepción es el modo en que interpretamos y damos sentido a lo que nos rodea. Se trata, pues, de un proceso complejo y subjetivo, es decir, todo lo que percibimos se filtra desde nuestras experiencias pasadas, valores, ideas y prejuicios, por lo que no es extraño que distintas partes en conflicto, ante unos mismos hechos, les atribuyan diferente significado. Importante es también el papel de las personas que, sin ser protagonistas del conflicto, indirectamente influyen en él. De los denominados “participantes no implicados”, depende en buena parte que los conflictos escalen o desescalen.
- El contexto familiar es seguramente el que más perdura a lo largo del tiempo, aunque se transforme en su estructura, pero las personas que lo componen cambian y los ciclos que atraviesa la familia también¹²; por ello, no es de

¹⁰ En los procesos de escalada de un conflicto, como señala el propio autor, los problemas específicos tienden a dejar paso a problemas genéricos, por lo que la relación global entre las partes se deteriora. Un aspecto particular de esta transformación, es el desplazamiento del desacuerdo a un antagonismo personal. Una vez que el conflicto ha escalado hasta este punto, es muy difícil una marcha atrás.

¹¹ Vid. MASLOW, A.: *Motivation and Personality*, en el que se plantea el concepto de la jerarquía de necesidades.

¹² Son ilustrativos los cuadros sobre los ciclos vitales de la familia y la pareja recogidos por RÍOS GONZÁLEZ, J.A., “El ciclo vital de la familia”. *Mediación y Orientación familiar*. Coord.. BOUCHÉ PERIS J.H, E HIDALGO MENA, F. Ed. Dykinson, S.L. Madrid 2003. págs. 152, 153; BOSZORMENYI-NAGY, I. y SPARK, G. *Lealtades Invisibles*. Amorrortu. Buenos Aires. 1994; HALEY, J. *Terapia no convencional. Las técnicas psiquiátricas de Milton H. Erickson*. Amorrortu. Barcelona. Tercera reimpresión, 1991. MINUCHIN, S. Y NICHOLS, M.P. *La recuperación de la familia. Relatos de esperanza y renovación*. Paidós. Buenos Aires. 1994; RÍOS GONZÁLEZ, J.A. (coordinador) *La familia realidad y mito*. Centro de estudios

extrañar que conflictos que se creían resueltos en una época anterior cobren nueva vida en otra etapa. Ciertamente, cada etapa del ciclo vital de la familia encierra sus conflictos nucleares específicos, pero también abre unas nuevas expectativas. No es extraño, por tanto, que muchos de los conflictos en la familia surjan en los momentos de tránsito de una etapa a otra del ciclo vital.

- Los conflictos familiares pueden recaer tanto sobre elementos tangibles, como intangibles, afectando las disputas familiares tanto a las identidades personales como a las sociales, y a las necesidades psicológicas, no sólo de los disputantes, sino también de los otros afectados por la disputa: niños, abuelos, y otros familiares.

I.2.- Algunos apuntes sociológicos sobre la familia.

La familia, como hemos señalado, está en continuo proceso de cambio, debido tanto a factores internos, como a los externos, siendo ella misma agente socializador por excelencia¹³.

Tal vez, la familia sea la institución que más se ha visto afectada por los procesos de transformación social¹⁴, y ello, debido a su permeabilidad a todos los factores que la rodean: religiosos, jurídicos, políticos, económicos, sociales...No se puede hablar, por tanto, de un concepto de familia válido para todos los tiempos, siendo más preciso hablar de “familias” para referirnos a los modelos con arreglo a los cuáles los grupos humanos se han organizado históricamente.

Ramón Areces. S.A. Madrid. 1998; SATIR, V. *Nuevas relaciones humanas en el núcleo familiar*. Pax México. México. 1988; SLUZKI, C. E., *La red social: Frontera de la práctica sistémica*. Gedisa. Barcelona. 1996; WATZLAWICK, P. y otros. *Teoría de la Comunicación Humana*. Herder. Barcelona. 1989.

¹³ Vid. DEL CAMPO, S. *La “nueva” familia española*. Ed. EUEDEMA, Madrid, 1991.

¹⁴ Sobre la necesaria reestructuración de la familia para adaptarse a sus tiempos, vid. el interesante artículo de OCHAITA, E., ESPINOSA, M.A. “Nuevas Relaciones en el Seno de las Familias de Finales del Siglo XX: las Relaciones entre Miembros de Generaciones Alternas”. *Infancia y Sociedad*, 29 (27-45). 1.995

La familia se contempla en la CE de 1978 como institución abstracta, evitando definirla, al igual que ocurre en el Código civil, y entendemos que con base en las mismas razones. No resulta fácil dar un concepto de familia, dada la temporalidad y relatividad del mismo, así, la familia como institución natural, pero también social, se ve afectada por los cambios y movimientos que en la misma sociedad se producen, y en ese proceso la institución familiar se va configurando y transformando¹⁵. Tampoco aparece determinado en la Norma Suprema el tipo de familia que en ella se protege, lo que permite, en mayor medida, una interpretación del texto constitucional más acorde a la evolución social de las formas que la institución familiar adopte. Parte, por tanto, la Constitución, de la idea de familia histórica, en un momento concreto, que es en el que se legisla, y deja abierto su sistema y mecanismos de protección a distintas formas familiares¹⁶.

En la sociedad actual, el modelo de familia que parece predominar es la nuclear, pero, habida cuenta de la importancia que van adquiriendo *las relaciones intergeneracionales*, debido a la existencia de estrechos lazos afectivos, del intercambio bilateral de bienes y servicios y de la ayuda mutua, podemos afirmar que la denominada *familia extensa modificada*, cuyas relaciones entre sí se califican como “*intimidad en la distancia*”, y que pretende conciliar el deseo individualista por la autonomía y la necesidad de apoyo mutuo que hace posible la vida familiar, va adquiriendo cada día mayor importancia. Sin embargo, no se presenta dicha familia como contradictoria ni excluyente de la familia nuclear; muy al contrario, constituye una descripción realista y adecuada de la dinámica familiar dentro de las sociedades contemporáneas¹⁷.

¹⁵ Tampoco da ningún concepto de familia el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (www.constitucion europea.es), que dentro del título II, relativo a las libertades, en su art.II.69, garantiza el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, según las leyes nacionales que regulen su ejercicio y en el art. II.93, se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. También se contempla la familia en el art. II.67, al recoger el respeto a la vida privada y familiar.

¹⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. ET ALTER, *Elementos de Derecho civil*, T IV. Familia. Edición revisada por RAMS ALBESA, J. DYKINSON, Madrid, 2002. pág.301.

¹⁷ Vid. BAHR, H., DECHAUX, J-H, STIEHR, K. “Evolución de los vínculos familiares: padres e hijos adultos”, en la obra *¿Convergencia o divergencia?. Comparación de tendencias*

Por otro lado, hay que tener en cuenta que matrimonio y familia son dos realidades; la primera institución es una de las puertas de entrada a la segunda, pero no la única, ya que cada vez resultan más numerosas y diversas el tipo de uniones que se constituyen como alternativa al matrimonio, no a la familia. Así, en determinados países noreuropeos, el número de uniones de hecho supera al de matrimonios, sin olvidar la importancia que en la creación de familias monoparentales está teniendo la procreación a través de técnicas de reproducción asistida o la adopción.

Familias monoparentales, familias recompuestas o reconstituidas, o simplemente, relaciones familiares, van consolidando su legitimidad social y jurídica, articulándose como modelos familiares gracias al reconocimiento pluralista de esta importante institución y gozan, junto a modelos de familia más tradicionales, de una notable protección constitucional. Todas ellas tienen gran trascendencia al estudiar la mediación familiar, ya que, tanto en la práctica, como en las leyes de mediación vigentes, son las familias en sentido amplio y las relaciones familiares referidas las destinatarias de esta institución.

Como se desprende de lo anterior, la familia no es ajena a los cambios que se vienen produciendo en la sociedad¹⁸, y ella misma, como vemos, también está en continuo proceso de cambio, siendo muchos los conflictos que pueden surgir a lo largo de la vida de la familia, variando los sujetos y el objeto de la disputa, por lo que sus miembros deben enfrentarse a nuevos retos para adaptarse a las nuevas circunstancias¹⁹.

sociales recientes en las sociedades industriales. Eds LANGLOIS, S, Y DEL CAMPO, S. Fundación BBV. Madrid, 1995.

¹⁸ Piénsese v.gr., en la incidencia que tuvieron en los cambios de las relaciones familiares que la Constitución, primero, y luego el Código civil admitieran y regularan la disolución del matrimonio por divorcio, o en la producida en 2005 relativa a matrimonio de personas del mismo sexo .

¹⁹ Sobre la necesaria reestructuración de la familia para adaptarse a sus tiempos, vid. el interesante artículo de OCHAITA, E., ESPINOSA, M.A. “Nuevas Relaciones en el Seno de las Familias de Finales del Siglo XX: las Relaciones entre Miembros de Generaciones Alternas”. *Infancia y Sociedad*, 29 (27-45). 1.995

II.- Justicia, jurisdicción y ADR

El hecho de que tradicionalmente se haya considerado la vía jurisdiccional como la única posible para dar respuesta a las disputas, responde a modelos autoritarios de Estado que actualmente están dando paso a otros más democráticos²⁰, éstos, apuestan por una mayor participación en la toma de decisiones de las personas directamente afectadas por la controversia. Sin embargo, en algunos periodos históricos, principalmente hasta la Revolución industrial, existían junto a los Tribunales otros sistemas para resolver los conflictos que surgían entre los individuos y se caracterizaban por la intervención de una o varias personas de prestigio o autoridad que generalmente actuaban con carácter privado, como eran la conciliación o el “hombre bueno”, tradicional en las sociedades agrarias. Algunos de estos sistemas han perdurado hasta nuestros días (Ejemplo de ello es, sin duda, el Tribunal de las Aguas de Valencia, que viene actuando desde el siglo XIII. Dicho Tribunal, cuyos miembros son popularmente elegidos por los campesinos, tiene como función resolver problemas referentes a la repartición equitativa del agua en la comunidad, por lo que los campesinos de Valencia pueden regular sus conflictos recurriendo a un tribunal arbitral formado por personas respetadas de su propia clase y contexto socio-cultural).

Tras la “Revolución Industrial” se produjo un profundo cambio que afectó al ámbito económico, y que a su vez fue modificando las propias relaciones sociales. La creciente complejidad de las sociedades industriales hizo que los conflictos que surgían en su seno exigieran, cada vez más, que las personas que intervenían en su resolución fueran especialistas en las diversas materias que se les presentaban, por lo que los sistemas tradicionales privados fueron perdiendo importancia.

²⁰ ORTUÑO MUÑOZ, P.: “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”. *Revista de Derecho de Familia*, nº 7, abril, 2000. Ed. Lex Nova., pág. 45.

Otra circunstancia que contribuyó a que estos sistemas quedaran en buena parte relegados por los públicos fue el intervencionismo del Estado a través de políticas paternalistas, que, justificándose en la máxima garantía que ofrecían al justiciable, copaban en buena medida la resolución de conflictos, distanciando la justicia de sus destinatarios, trayendo consigo una excesiva judicialización de la sociedad, y, por ende, una importante saturación de la Administración de justicia.

En España, tras la Constitución de 1978, el Poder judicial tiene el reconocimiento de ser garante de los derechos fundamentales e intereses legítimos de las personas, a tenor del art. 117.3 CE: “*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”.

No obstante, ante la denominada “crisis de la Administración de justicia”, debida a la aprobación constante de normas, la mayor conciencia de los ciudadanos para exigir sus derechos, los nuevos tipos de conflictos o la demanda de una mayor agilidad y eficacia del sistema jurisdiccional por parte del justiciable, se están valorando ampliamente las ventajas que presentan las denominadas ADR (dichas siglas se utilizan universalmente para denominar las “*Alternative Dispute Resolution*”, también conocidas como M.A.R.C. (Methodes Alternatives de Resolution de Controversies) y M.A.S.C. (Métodos Alternos de Solución de Conflictos). De estas fórmulas destacan, v.gr., la mediación, la negociación y la conciliación²¹.

En efecto, estos métodos descongestionan los Tribunales; economizan tiempo; aumentan la participación de los actores y con ello su responsabilidad para comprometerse y cumplir dichos pactos, posibilitando relaciones posteriores entre ellas y favorece que las partes adquieran la capacidad de solucionar otros futuros conflictos del mismo modo. Por todo ello, es natural que

²¹ Utilizamos las siglas ADR, por identificarnos con las que se recogen en el resto de los países de la U.E. Vid la Directiva 2009/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que habrá que trasponer a la legislación española antes de 21 de mayo de 2011.

tenga tan amplio predicamento en contextos tan diversos como la familia, la responsabilidad penal de adultos y menores, los conflictos interculturales, los laborales o los organizacionales o los que se producen en el ámbito educativo, desde la escuela a la Universidad²².

Este interés que suscitan estos métodos se reflejaba ya en La Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales, de 22 de octubre de 2004 (*COM (2004) 718 final*)²³ y se consagra en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 (DOUE 24-5-2008)²⁴

Por todo ello, junto a las fórmulas tradicionales *heterocompositivas*, como vías de solución de conflictos a través de un tercero que adopta la decisión por las partes, cada vez adquieren mayor relevancia las fórmulas que implican *autocomposición*. Es decir, son las propias partes las que, con la intervención o no de un tercero, que en ningún caso tiene poder decisorio y sí funciones de aproximar intereses, toman las decisiones convenientes sobre sus conflictos.

²² Es reseñable la experiencia pionera de la Universidad Complutense de Madrid en la gestión y resolución cooperativa de conflictos intrauniversitarios, desde el año 2005, ofrecida primero de la Inspección de Servicios de la Universidad y actualmente desde el Instituto Complutense de Mediación y Gestión de conflictos (IMEDIA). La apuesta por difundir la cultura de paz y las técnicas de negociación y mediación entre el personal docente e investigador, al mismo tiempo que entre los miembros del personal de administración y servicios y los alumnos; el ofrecimiento del servicio de mediación para distintos tipos de disputas, incluidas algunas que afectan al ámbito disciplinario, están permitiendo que los conflictos puedan abordarse cada vez en fases más incipientes y puedan dar lugar a una mejor convivencia en la citada comunidad. (Vid. Memoria de la inspección de servicios 2004-2007, www.ucm.es)

²³ Así, en su Exposición de Motivos, apartado 1.1.3, señalaba: “*La utilidad de ampliar el recurso a la mediación la constituyen esencialmente las ventajas del propio mecanismo de solución de litigios: una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos*”.

²⁴ En el Considerando 2) señala: “(2) *El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial*” y en el 5) “*El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La presente Directiva debe contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación*”.

En cualquier caso, hay que tener presente que los sistemas no confrontativos, denominados ADR, no tienen, ni han de tener como finalidad reemplazar al sistema judicial, que necesariamente ha de existir, sino que, al configurarse como complementarios de aquél, pretenden ampliar el abanico de opciones para que los ciudadanos puedan resolver los conflictos según su naturaleza y características, y ello, siempre, con la garantía de la tutela judicial efectiva que preconiza el art. 24 de la Constitución española²⁵.

La *mediación presenta características coincidentes con otras instituciones*, como *el arbitraje*, del que también se aleja en aspectos esenciales. Así, en relación a estas figuras, hemos de apuntar que comparten el hecho de que las partes han de tener voluntad previa de someterse a las mismas para resolver el conflicto, que ha de ser de derecho disponible. Ambas son también sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos y atienden a los criterios de mayor prontitud, economía y reserva que los Tribunales. Asimismo, estas instituciones ofrecen la posibilidad de que el acuerdo de las partes pueda dar por terminada la controversia, obligándose éstas a mantener la confidencialidad respecto de las informaciones que conozcan a través de los respectivos procesos. Sin embargo, junto al carácter heterocompositivo del *arbitraje* y autocompositivo de la *mediación*, *difieren* porque el laudo arbitral tiene *fuera ejecutiva*, de la que carece el acuerdo de mediación. En efecto, en el arbitraje, el laudo que pone fin al conflicto tiene efectos de cosa juzgada, aunque el árbitro carezca del “imperium” necesario para hacer ejecutar lo juzgado, que sí tienen por Ley los Tribunales.

En cuanto a la *naturaleza del contrato del que trae su origen*, si el arbitraje presenta una naturaleza híbrida y compleja, al tener al mismo tiempo características del contrato y del juicio, a modo de una “justicia privada”, considerándose por gran parte de la doctrina como un contrato con eficacia procesal (en el sentido apuntado de que el laudo que soluciona el conflicto tiene los mismos efectos que una sentencia (ejecutoriedad incondicional y cosa

²⁵ Art. 24 CE: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

juzgada), dichos caracteres no corresponden en modo alguno a la mediación, a pesar de que ésta también surja de un contrato, como expondremos.

Se diferencian, también, por la mayor *formalidad* que presenta el arbitraje frente a la mediación, a pesar de que aquél sea más sencillo que los procedimientos ordinarios. En efecto, la mediación es un proceso estructurado, pero sus fases son flexibles y tiene un *iter* que se pauta en atención al hecho de que el mediador considere que la negociación fluye entre las partes. Finalmente, hay que reseñar que en el arbitraje el árbitro actúa de modo parcial, reconociendo la razón de las pretensiones de una parte e imponiendo la decisión, sin embargo, en la mediación, el mediador ha de ser absolutamente imparcial, sin dar la razón a ninguna y sin posibilidad de imponer su decisión.

Otra de las figuras con perfiles similares a la *mediación*, pero con rasgos distintivos, es la *conciliación*. Téngase en cuenta que el párrafo primero del apartado 2 del artículo 771, tras la reforma introducida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la Ley 15/2005, de 8 de julio, queda redactado del siguiente modo : “2. *A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su Procurador*”.

Ciertamente, la potestad conciliadora que reconoce la Ley al Juez para que intente un acuerdo de las partes, no debe confundirse, en ningún caso, con la labor mediadora (en el sentido estricto que le venimos dando al término), que no realiza, ni debe realizar en ningún caso, la autoridad judicial cuando actúe investida con tal carácter. Distinto es que el Juez pueda utilizar técnicas que faciliten la comunicación entre las partes para que éstas conecten sus intereses y puedan llegar a acuerdos²⁶.

²⁶ Valórese el hecho de que la Directiva 2008/52/CE referida, contempla la posibilidad de que el Juez pueda ser mediador en un proceso que sea ajeno a aquél en el que él actúa revestido de autoridad (El Considerando 12 señala: “ *La presente Directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional*

La **mediación** también presenta *semejanzas con el contrato de transacción*, en el que las partes mediante recíprocas concesiones, ponen fin a una controversia jurídica, ex art. 1809 C.c.: “*La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”.

Parte la transacción, al igual que la mediación, de una relación jurídica conflictiva, que tiene por objeto un derecho disponible. Se trata, asimismo, de un sistema autocompositivo, que permite a las partes satisfacer el interés común, a pesar de renunciar de algún modo a sus pretensiones. Sin embargo, una de las *diferencias esenciales* entre la transacción y la mediación viene determinada por la necesaria intervención del tercero. El mediador canaliza los intereses de las partes en su negociación, sin embargo, esta figura está ausente en el contrato de transacción, que tiene carácter bilateral, en el que sólo participan como sujetos las partes afectadas (cabe la transacción a través del mandatario con mandato expreso, ex art. 1723 C.c. y, sin embargo, la mediación tiene un carácter personalísimo).

Como venimos apuntando, el desarrollo de la mediación y del resto de las ADR responden a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia como apuesta política de la Unión europea. No obstante, la mediación se perfila también como instrumento de paz social que conlleva una mayor participación cívica, por ello, no sólo debe atender a la finalidad de “aliviar la carga de los juzgados”, sino que responde, más bien, a un concepto amplio de hacer *justicia* desde y para sus protagonistas.

En lo que respecta a nuestro país, hemos de apuntar que han sido muchas e importantes las reformas que, como la LEC 1/2000 o la 15/2005 de 8 de julio, se han llevado a cabo en los últimos años, a fin de agilizar y simplificar los

prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que

no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente)

procesos jurisdiccionales. También hay que recordar el hecho de que la jurisdicción se constituye como la “ultima ratio” a la que todos los ciudadanos pueden acudir para obtener la tutela de sus derechos fundamentales e intereses legítimos, evitando cualquier situación de indefensión. No obstante, abrir cauces a procesos no jurisdiccionales, como la mediación, permite ofrecer vías idóneas para abordar las disputas dentro de un concepto amplio de justicia, basado en un mayor protagonismo y responsabilidad de los individuos, pero que en ningún caso se puede convertir en un “sucedáneo del poder de tutela, con menos garantías para el justiciable”²⁷ como pudiera temerse por algunos.

Así, entre los colectivos que más se opusieron a la mediación en EEUU en sus inicios fueron los grupos de “feministas”, ya que argumentaban que la mujer era la parte más débil en un conflicto matrimonial y este método no ofrecía las suficientes garantías de equilibrio e igualdad para ella. En este sentido, señala SUARES ²⁸ que entre las investigaciones importantes que se han llevado a cabo por *pensadoras feministas* destaca la de Jannet Rijkín. En dicho estudio se sostiene que las mujeres logran *peores acuerdos* cuando concurren al sistema de mediación que cuando solucionan sus conflictos en el sistema judicial formal. En materia de dinero, dice Rijkín, las cuotas que obtienen las mujeres son menores, y además, apunta, no se ventilan casos de violencia. La razón que argumenta Rijkín es que en los encuentros de mediación se mantiene la misma “pauta interaccional” que existía en la pareja, y por lo tanto, si lo que predominaba era el temor de las mujeres hacia sus maridos, este mismo temor se va a manifestar en la mediación. Critica SUARES estos extremos aludiendo a la experiencia de Sara Coob, de cuyas investigaciones se desprende que el tema de la violencia se aborda en el 80 % de las mediaciones.

Respecto al equilibrio de hombres y mujeres en las mediaciones, si bien se entienden las suspicacias que generó en su día, hay que considerar que una de las labores más importantes que ha de desarrollar el mediador en las sesiones, y en la que ha de poner mayor interés, es precisamente la de equilibrar el poder de las

²⁷ Vid. BARONA VILAR. S.: *Solución extrajudicial de conflictos, “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Pág.172

²⁸ SUARES, M.: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós Mediación, nº 4, Buenos Aires, 1996, páginas 53-55

partes. En el caso de situaciones de violencia, para favorecer el equilibrio, se suele permitir a la persona más débil venir acompañada de su abogado/a o de algún familiar que le inspire confianza, modificar turnos y tiempos de intervención, e incluso ubicar a las partes en el espacio físico en que se encuentren más seguras (cerca de la puerta, etc). En cualquier caso, hay que tener en cuenta que La *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (BOE 29 de diciembre), dispone en el art. 44.5º que “*en todos estos casos, está vedada la mediación*”, aunque esta cuestión no deja de ser controvertida.

La importancia de educar en valores de resolución no adversarial de conflictos, para prevenir situaciones de desigualdad y de violencia de género, se pone de manifiesto en la referida Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, al afirmar, en el art. 4º, que el sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación para prevención de los conflictos y para la resolución pacífica de los mismos. Se vincula, por tanto, la prevención de la violencia con el aprendizaje de formas no confrontativas de resolver los conflictos, que pretenden incorporarse al sistema educativo desde Educación infantil.

La medida nos parece realmente acertada, y consideramos que con ello se potenciará, sin duda, que las personas desde su infancia vayan aprendiendo el valor de resolver por ellos mismos sus conflictos y que puedan hacerlo de un modo más razonable y menos violento. Hay que tener en cuenta que las instituciones educativas han sido uno de los espacios que se han visto más beneficiados por una de las formas de resolución no adversarial de conflictos: la mediación. Todas estas acciones permitirán que, no pasando mucho tiempo, la cultura de paz que genera la mediación y, también, la protección a la familia y a las relaciones familiares y sociales que se derivan de ella, sean una realidad para todos los ciudadanos.

III. La mediación familiar: concepto y efectos jurídicos.

El importante reconocimiento de las ADR en todo el mundo, como fenómeno global, se ha puesto de manifiesto también en Europa, tal como queda

patente en las numerosas Directivas, Recomendaciones y demás Instrumentos de Derecho comunitario que se han dictado al respecto.

En el ámbito de familia es de referencia obligada la R.(98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar²⁹.

Aunque, ciertamente, las Recomendaciones no son fuentes de derecho en sentido estricto y carecen de fuerza obligatoria, al contrario que los Tratados (Derecho primario) y los Reglamentos, Directivas o decisiones (Derecho derivado), la referida R (98)1 ha marcado un punto de inflexión en mediación familiar en toda Europa, pudiendo considerarse como “documento fundacional” de la misma en nuestro continente³⁰. En ella se contienen tanto la fundamentación de aquella institución, como los principios que han de presidirla y recomienda a los gobiernos de los Estados miembros “*Instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente*”.

El concepto de mediación familiar que ofrece la R (98)1 es amplio, entendiéndola como “*proceso en el que un tercero -el mediador-, imparcial y neutro, asiste a la partes de la negociación sobre las cuestiones que son objeto del litigio con vista a la obtención de acuerdos comunes*”.

La figura del mediador, que define en buena medida la propia figura de la mediación, tiene reconocida en la R (98)1 otras funciones, tales como velar por el interés de los menores en el proceso, detectar situaciones de violencia y valorar si en cada caso es viable o no la mediación; informar a las partes de la posibilidad que tienen de recurrir a cualquier tipo de ayuda para resolver sus problemas conyugales y familiares, o de consultar a un abogado o a cualquier otro profesional que consideren necesario (v.gr. asesor fiscal), ya que el mediador no es un asesor jurídico, tal como se reconoce en el propio Texto.

Respecto a la formación del mediador, parece desprenderse de la R (98) 1, la necesidad de que éste tenga una adecuada capacitación y de que se ajuste a un Código deontológico, imponiéndose a los Estados la necesidad de velar por ello.

²⁹ Adoptada por el Comité de Ministros, en la reunión 616 de los Delegados de Ministros, celebrada el 21 de enero de 1998.

³⁰ LÓPEZ GONZÁLEZ, R. Y MARÍN LÓPEZ, J.J.: *Legislación sobre mediación familiar*. Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 11.

En cuanto al concepto amplio de mediación familiar, al que atiende la referida Recomendación, permite afirmar que tanto los ámbitos que pueden ser objeto de la mediación familiar, como los sujetos destinatarios de la misma, responden igualmente a un carácter extenso, dejándose a la iniciativa de los Estados la potestad de determinarlos. Así, se pueden considerar incluidos en el citado concepto no sólo los conflictos que surjan de separaciones y divorcios, a los que la Recomendación alude expresamente, sino todos aquellos que resulten perjudiciales para las familias y especialmente para el interés de los menores, para los que la mediación cobra un significado especial, ex apartado 6 de la Recomendación, y III.viii.

De lo anterior resulta que la Recomendación hace suya la conveniencia de extender la mediación familiar a todas las posibles relaciones familiares, para que se beneficien de este sistema, lo que atiende, sin duda, a un concepto global y extenso de familia, fiel reflejo en la realidad social europea. Asimismo, se pretende favorecer en el texto la oportunidad de que las partes puedan solicitar la mediación en cualquier fase del proceso, permitiendo incluso interrumpirlo para instaurarla³¹, adquiriendo así la voluntariedad un carácter notable en aquél. Por último, la necesidad de que los acuerdos a que lleguen las partes puedan ser aprobados por la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente cuando lo soliciten aquéllas y se proporcionen mecanismos de ejecución de dichos acuerdos, se plantea como exigencia a cumplir por los distintos Estados de la Unión.

Instrumento internacional de notoria trascendencia, es la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 21 de mayo de noviembre de 2008*, a la que ya hemos aludido. Se trata de un documento de mínimos que pretende dar homogeneidad a los principios esenciales que han de regir en este ámbito en los países de la Unión.

Como señala la Directiva, sus disposiciones “*solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe*

³¹ Vid. Ap. II, a y b, y A.p. V. a y b. Recomendación (98) 1.

*impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional*³². En este marco, ha de aplicarse a “*a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles. No obstante no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente*”³³.

En cualquier caso, La Comisión ha partido de una amplia concepción de la mediación, reconociéndola como un procedimiento que puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, adaptado a las necesidades de las partes. A tal efecto, valora expresamente los beneficios que conlleva, tales como el mayor cumplimiento voluntario de los acuerdos o el hecho de que se preserven las relaciones (que inciden en mayor medida cuando existen elementos transfronterizos)³⁴. Por todo ello, la Comisión ha tenido como finalidad dotar a la mediación de un marco jurídico estable y fiable, equiparable, en buena medida, al proceso judicial³⁵.

Por nuestra parte, entendemos que *se puede definir la mediación familiar* como un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial posibilita la comunicación entre las partes, para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atienda, también, a las

³² Considerando 8 de la Directiva 2008/52/CE.

³³ Vid. Considerando 10 de la Directiva 2008/52/CE.

³⁴ Vid. Considerando 5 y 6 de la Directiva 2008/52/CE.

³⁵ Así, Artículo 3 de la referida Directiva 2008/52/CE, señala que “*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) «mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio*”.

necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados. Dicho proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión³⁶.

En España, la mediación ha sido definida, además de en las distintas disposiciones que las Comunidades Autónomas han dictado al efecto³⁷, en la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*. Dicha norma es una de las que mayor trascendencia ha tenido a estos efectos en los últimos tiempos, y parte de la protección del interés del menor y de la importancia de mantener la comunicación y el diálogo en el sistema familiar, incidiendo en el carácter alternativo de la mediación y en los principios que son su eje y su esencia (voluntariedad, imparcialidad y neutralidad y confidencialidad), en la línea planteada por la R (98)1.

Efectivamente, la ley faculta a las partes para pedir al Juez, en cualquier momento del proceso, la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y “*tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio*”. Derivado de lo anterior, modifica los arts 770.7 y 777.2 de la LEC, comprometiéndose en su Disposición final 3ª a remitir a las Cortes un Proyecto de Ley sobre mediación, basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad (es decir, los recogidos en la R (98) 1, y en la Directiva de 21 de mayo de 2008, a las que nos hemos referido anteriormente) y que respete “los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”³⁸.

Echando ligeramente la vista atrás, podemos afirmar que, en los últimos años, se ha avanzado mucho en el desarrollo de la mediación en nuestro país. Así, tras la Constitución de 1978 y en cumplimiento de su mandato, se dictaron leyes que, v.gr. reconocían la igualdad de los cónyuges, que garantizaba el art.

³⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Ed. Reus, Madrid, 2006. pág. 274.

³⁷ Vid. *Infra*.

³⁸ Más que los servicios de mediación creados, entendemos que el legislador se ha querido referir a las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas dentro del marco de sus competencias.

32 CE, y que permitieron a éstos negociar en equilibrio ante cualquier conflicto existente entre ellos o en relación con sus hijos (ex Ley 11/81 de 13 de mayo), o disolver el matrimonio por divorcio (ex Ley 30/81 de 7 de julio de 1981). Ambos presupuestos fueron fundamentales para la incardinación de la mediación familiar en España.

La protección máxima de la familia y del interés del menor, a partir del art. 39 CE, y en el marco de las competencias transferidas, determinó que la institución mediadora tuviera un franco apoyo por parte de la Administración en sus tres vertientes (Central, Autonómica y local). Así, si en un primer momento se subvencionaron servicios de mediación de distinta índole³⁹, en un segundo momento, el proceso normativo para configurar los perfiles de la mediación comenzó su andadura.

La Ley 1/2001 de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, introdujo la mediación familiar en España como institución jurídicamente normada⁴⁰, a ella le han seguido, hasta el momento, otras leyes en las Comunidades Autónomas de Galicia⁴¹, Valencia⁴², Canarias⁴³, Castilla-La Mancha⁴⁴, Castilla y León⁴⁵, Baleares⁴⁶, Madrid⁴⁷, Asturias⁴⁸ y País Vasco⁴⁹, tomando todas como referente fundamental la Recomendación (98)1 y los principios que la inspiran.

³⁹ Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Ed. Reus, Madrid, 2006, p.318-327

⁴⁰ Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar (DOGC nº 3.355, de 26 de marzo de 2001) y Dec.

⁴¹ Ley 4/2001 de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia, B.O.E. nº. 157 de 2 de julio de 2001.

⁴² Ley 7/2001, de 26 de noviembre DOGV nº 4138, de 29 de noviembre de 2001 (BOE nº 303, 19 diciembre 2001).

⁴³ BOE nº 134, de 5 de junio de 2003 y Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar.

⁴⁴ Ley de la C.A. de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar. B.O.E. 25-08-2005.

⁴⁵ Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. (BOE núm 105, 3 de mayo de 2006)

⁴⁶ Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares (BOE nº 303, de 20 de diciembre de 2006. BOID, núm 170, 30 de noviembre de 2006).

⁴⁷ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid

⁴⁸ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias (BOPA Nº 81 - Lunes, 9 de abril de 2007)

Parten las referidas normas de un notable reconocimiento de la institución mediadora, conceptuándola como un instrumento de paz social en apoyo a la familia y de los intereses superiores de los niños, con capacidad de promover la participación ciudadana en la Administración de justicia, pero con un importante reconocimiento como servicio social especializado⁵⁰. De ahí que dependa en la mayoría de las Comunidades Autónomas de las Consejerías que tienen competencia en materia de servicios sociales⁵¹.

Todas las leyes coinciden en definirla como un proceso voluntario, extrajudicial, complementario a la vía jurisdiccional, a pesar de que puede utilizarse en evitación de ella, dirigido a ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio.

La importancia de la *figura del mediador* queda patente en todos los textos legales⁵². Este tercero, desde el máximo respeto a las partes y a la autonomía de la voluntad de éstas, ya que no decide, ni asesora, ni propone (a pesar de lo que pueda señalarse en alguna Ley de mediación, como la Gallega)⁵³, facilita la comunicación entre aquéllas, en el respeto a los principios rectores de la mediación.

Algunas leyes se hacen eco también de la actuación del mediador dirigida a “obtener acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos” (v.gr. Art. 2 de la Ley de mediación familiar de Canarias). Sin embargo, entendemos que el mediador, más que comprometido con el resultado del proceso lo está con el proceso mismo. Es decir, lo que ha de garantizar no es que las partes concluyan la

⁴⁹ Ley 1/2008, de 8 de febrero de mediación familiar del País Vasco. BOPV, nº 34, de 18 de febrero de 2008.

⁵⁰ Vid. La Ley de mediación familiar de Castilla La Mancha.

⁵¹ Como excepción, v.gr. vid. Ley de mediación familiar de Cataluña y la de Canarias que la hacen depender de Justicia.

⁵² La Directiva de 21 de mayo de 2008 define al mediador como: “*todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación*”.

⁵³ Vid. Preámbulo y art. 3 de la Ley de mediación familiar de Galicia.

mediación con un pacto, si no que de llegar a él, éste sea realmente querido y adoptado desde el equilibrio de poder de los sujetos y con plena voluntariedad.

En cuanto a las *personas legitimadas para instar la mediación*, hay que apuntar que se encuentran íntimamente vinculadas a los ámbitos a los que las leyes dan cobertura y que, según las normas, tienen mayor o menor extensión, afectando a los miembros del sistema familiar (cónyuges, parejas de hecho, padres-hijos, hermanos, abuelos, acogedores, titulares de tutela, alimentistas...). Así se desprende de la consideración amplia que de la mediación familiar tienen dichas leyes, al seguir el camino abierto por la R (98) 1, que, como hemos expuesto, contempla una mediación global no circunscrita al ámbito de las crisis matrimoniales o de pareja (V.gr., la Ley de mediación de Castilla y León hace referencia a las personas unidas por vínculo matrimonial; personas que forman una unión de hecho, personas con hijos, no incluidas en los apartados anteriores, para promover que encuentren soluciones satisfactorias a los conflictos familiares que surjan respecto a ellos, personas incluidas en los apartados anteriores o entre cualesquiera otras personas con capacidad de obrar que tengan entre sí cualquier relación de parentesco, en los que el procedimiento de mediación sirva para prevenir, simplificar o poner fin a un litigio judicial (art. 3).

En efecto, *los ámbitos de la mediación familiar* se extienden a aquellas materias de derecho disponible, en el ámbito de las relaciones familiares, respecto de las cuáles las partes tengan interés en negociar, dentro del respeto a la ley, a la moral y al orden público⁵⁴. Así, alimentos, emancipación, capitulaciones matrimoniales, algunos efectos personales del matrimonio, como la elección del domicilio, el convenio regulador en crisis matrimoniales o de

⁵⁴ Vid, por todas, la Ley de mediación familiar de Islas Baleares, que al señalar los ámbitos de la mediación, dispone: “En cualquier caso, las cuestiones que pueden someterse a la mediación familiar deben referirse siempre y necesariamente a materias de derecho civil de familia, que sean disponibles por las partes de acuerdo con este derecho y que sean susceptibles de ser planteadas judicialmente” (art.8). Aunque no estamos de acuerdo con lo propugnado “in fine”, ya que la mediación familiar debe ser un recurso para ayudar a gestionar cooperativamente los conflictos familiares, todos los que surjan de las relaciones interpersonales entre los miembros de la familia, aunque pudieran no tener trascendencia jurídica (v.gr. el encuentro entre familia biológica y adoptiva a través de la mediación, que se contempla como ámbito específico en la Ley de mediación familiar Valenciana, Canaria, Castilla y León, Madrid, Asturias y País Vasco. Vid a este respecto GARCÍA VILLALUENGA,L.: “Mediación en sede de adopción” en *Los menores en protección*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad. S.A. Madrid , 2007.

pareja con hijos, el derecho de visita con abuelos y otros parientes del hijo menor y ciertas cuestiones relativas a instituciones tutelares, sucesiones, acogimiento y a adopción, entre otras, pueden beneficiarse de este proceso no adversarial de resolver los conflictos.

Los principios de la mediación recogidos en las leyes son unánimemente aceptados por distintos instrumentos internacionales (V.gr. Recomendación (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Código de Conducta Europeo para los Mediadores, Directiva 2008/52 CE de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles...).

Voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad, junto a la buena fe, la flexibilidad del proceso, el carácter personalísimo del mismo, ya que las personas son las verdaderas protagonistas del proceso, o el interés del menor y de la familia⁵⁵, son los puntos cardinales entre los que se configura y ha de desarrollarse la mediación.

La importancia que *la voluntariedad* adquiere en el inicio⁵⁶, desarrollo y conclusión de la mediación viene determinada por participación de las partes en el uso pleno y constante de su capacidad para tomar decisiones, comprometiéndose con cada etapa del proceso. La necesidad de que el espacio de mediación garantice la autonomía de los mediados, al mismo tiempo que permita al mediador evaluar el interés y buena fe de las partes por permanecer en el mismo, es una exigencia que delimita rotundamente los perfiles de esta institución.

Este principio está consagrado en todas las leyes de las CCAA, en similares términos, así, v.gr., la Ley de mediación familiar de Castilla La Mancha, señala en su art. 8: “*Las partes gozan de entera libertad para iniciar el procedimiento de mediación familiar, para desistir de él en cualquier momento del mismo sin*

⁵⁵ Vid. BOLAÑOS CARTUJO, I.: *Hijos Alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*. Ed. Reus, Madrid, 2008.

⁵⁶ Sin que sea inconveniente, se entiende, que pueda ser preceptiva una sesión inicial de información que en modo alguno les conmina a continuar el proceso.

necesidad de alegar causa alguna y para alcanzar los acuerdos que estimen más convenientes para sus intereses, con respeto, en este último caso, a las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación vigente”.

La actitud del mediador a lo largo del proceso, manteniéndose equidistante de los mediados, garantizando el equilibrio de poder e igualdad de éstos, en una alianza continua y simultánea con los intereses de ambos, denota su *imparcialidad*, que ha de ser percibida como tal por las partes⁵⁷. Asimismo, se presenta como valor fundamental *la neutralidad*, que no sólo implica que la mediación es una figura autocompositiva, sino que los valores, criterios y posibles soluciones que el mediador tiene ante los problemas que se le presentan no han de condicionar la decisión a que lleguen las partes. Probablemente, sólo desde la conciencia de que no se es neutral se puede uno aproximar a este principio⁵⁸. Vid. Por todas, la Ley de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Madrid, que en su art. 4 señala que el *“mediador actuante, que no podrá adoptar decisiones alineándose de forma interesada con parte alguna, influirlas o dirigirlas hacia la consecución de soluciones conforme a su criterio personal o imponer soluciones”*.

La conveniencia de que las partes pongan en común sus necesidades, así como las circunstancias que les permitan tomar decisiones acordes a la realidad que se les presenta, requiere de la *confidencialidad* del mediador⁵⁹, al menos, y

⁵⁷ Aunque las leyes hablan de “imparcialidad”, dicho concepto lo entendemos en el sentido de “multiparcialidad”, es decir, como la alianza del mediador con los intereses de todas las partes.

⁵⁸ Cada uno tenemos nuestra experiencia de vida que configura nuestros valores y la representación de la realidad propia y ajena, lo que hace que la idea de la neutralidad sea compleja.

⁵⁹ Se exceptúa de esta obligación al mediador, en todas las Leyes de las CCAA, cuando se trate de supuestos en que exista riesgo para la vida o se trate de datos que revelan una infracción delictiva. Vid. A este respecto el art. 7 de la Directiva de 21 de mayo de 2008 que señala que: *“1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o*

de las mismas partes, salvo que se dispensen mutuamente de dicha obligación. Por tanto, el mediador no es perito, ni testigo, para que no pueda servir en modo alguno a posibles intenciones torticeras de las partes, si quisieran utilizarle a tal fin (la Ley de mediación familiar de las Islas Baleares, art. 2, dispone: *“la persona mediadora y la parte familiar en conflicto tienen el deber de mantener la reserva sobre los hechos conocidos”*).

Como se viene reiterando, la calidad del proceso de mediación y de la propia institución mediadora pasa porque los mediadores que la lleven a cabo estén *cuilificados* para ello, reconociéndose la profesionalidad como principio fundamental en todos los Instrumentos internacionales relativos a esta materia⁶⁰. Las autoridades públicas han de promover y fomentar la formación del mediador, cerciorándose de que existen garantías mínimas de competencia.

La formación del mediador es pieza clave en la consolidación de la mediación, sin embargo, los criterios heterogéneos seguidos por las leyes dictadas hasta el momento en España hacen que resulte difícil determinar no sólo el perfil del mediador en su formación de origen (que suele coincidir con Abogados, Psicólogos, Diplomados en Trabajo Social y Asistentes sociales, Educadores sociales y Pedagogos, a pesar de que no debería haber un número clausus) y en la formación específica que ha de recibir a tal finalidad (número de horas, contenidos, prácticas), sino, también, qué institución ha de llevar a cabo tal formación (Universidades, Colegios profesionales, Centros de la Administración...), a qué organismo le corresponde acreditar la capacitación (Ente creado al efecto en la Consejería competente en la respectiva CCAA).

Todas estas cuestiones aparecen reflejadas en los distintos textos normativos. Así, v.gr., en la Ley de mediación familiar de la Comunidad de Madrid, para ejercer la mediación familiar e inscribirse en el Registro de

psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

⁶⁰ La Directiva de 21 de mayo de 2008 es tajante en esta cuestión. Así se pone de manifiesto la importancia que da a la cualificación del mediador, tanto al definir esta figura y requerir su “competencia” (ex art. 3.b), como al exigir la calidad de la mediación y la necesidad de que los Estados fomenten la formación inicial y continua de mediadores (ex art. 4.1.y 2).

Mediadores Familiares de dicha Comunidad se adopta una fórmula amplia, ya que no se exige formación concreta, pero deberá acreditarse que se está en posesión de un título universitario de grado superior o medio, con validez en territorio español, además de acreditar las acciones formativas teórico-prácticas específicas de mediación, en los términos que reglamentariamente se determine (ex art 12).

El interés que cada vez se va afianzando más porque exista una profesión de mediador, suscita también recelos y críticas, pero en lo que suelen coincidir todas las instituciones y las personas que se dedican a trabajar en este ámbito, es que se necesita determinar de una manera más homogénea los conocimientos y habilidades que ha de tener quien pretenda desempeñar estas funciones, ya que de dicha capacitación depende, en buena parte, el futuro de esta institución.

En otro orden de cuestiones, hemos de hacer referencia a los diversos actos jurídicos que se realizan a lo largo del proceso de mediación y a sus efectos. Así, el *contrato de mediación*⁶¹, que firman todas las partes (mediador y mediados), sometiéndose en su virtud a los principios de la mediación, se caracteriza por ser *típico* (contemplado en diversas leyes autonómicas); *consensual*, al perfeccionarse por el solo consentimiento de las partes que intervienen en el proceso de mediación; *bilateral*, ya que produce obligaciones recíprocas para las partes (mediador y mediados); *oneroso*, al ser recíproca, también, la contraprestación entre aquéllas, a salvo el derecho de justicia gratuita y *personalísimo*, ya que el protagonismo de las partes es fundamental en el proceso. Se trata, asimismo, de un contrato en el que *la forma*, en principio, no es esencial, sin embargo, algunas leyes de mediación familiar dictadas por las Comunidades Autónomas hacen referencia expresa a la forma escrita del Acta inicial (que podemos considerar como contrato de mediación), sin que ello sea

⁶¹ Destaca la trascendencia y significación especial que reconoce expresamente la Ley de mediación familiar de Baleares al contrato de mediación familiar, regulándolo, al amparo de la competencia legislativa en materia de derecho civil propio (artículo 10.23 EAIB).

Como señala dicha Ley, en su Exposición de motivos, “*se adopta la forma contractual porque es la que se adapta a esta institución de acuerdo con su naturaleza jurídica. En caso de no regularse expresamente y dada la novedad de la figura, debería recurrirse a la analogía con otros contratos -por ejemplo, el contrato de arrendamiento de servicios o el contrato de mandato*”.

incompatible con los principios de flexibilidad y antiformalismo que rigen este proceso.

Cuestión de notable importancia es la relativa a la *responsabilidad de las partes derivada del incumplimiento del contrato de mediación*, que entendemos será contractual (ex arts 1101 y ss. del C.c), con los efectos que de ello se derivan. Al mediador, sin embargo, le es aplicable el criterio de la diligencia profesional, al haber asumido su obligación en calidad de experto. En este sentido hay que tener en cuenta que las Leyes de las Comunidades Autónomas contemplan expresamente el régimen sancionador que, en su caso, les haya de ser aplicado (sanciones deontológicas junto a sanciones administrativas), sin perjuicio de las acciones civiles y penales que correspondan. Así, si es la Administración la que ofrece el servicio de mediación, la responsabilidad de ésta por los daños que causen las personas a su servicio se exigiría directamente a aquélla, quedando sujeta al régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas, de la LRJPAC, salvo que exista responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración.

En el caso de que se trate de un servicio de mediación ofrecido por una empresa, ésta será quien responda ante las partes por el posible incumplimiento del contrato del mediador, sin perjuicio de las acciones que pudiera tener frente a él.

Para concluir, señalaremos que en el supuesto de que las partes así lo deseen, la mediación puede terminar con el que denominamos *negocio jurídico mediado*⁶² o negocio jurídico de Derecho de familia que es fuente de relaciones jurídicas familiares (puede crearlas, modificarlas o extinguirlas según el caso) o contrato en sentido amplio con origen en el proceso de mediación.

Firmado exclusivamente por los miembros de la relación familiar en conflicto, contiene los acuerdos a los que aquéllos hayan llegado respecto de la cuestión objeto de controversia, que sea de derecho disponible, y les obligará en lo que hayan suscrito, siempre que en el concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos (consentimiento, objeto y causa, ex art. 1261 C.c.).

⁶² Vid, GARCÍA VILLALUENGA, L. Op. Cit, p. 493 y ss.

Sin embargo, la necesidad de que el referido acuerdo reciba la homologación judicial para que tenga carácter ejecutivo⁶³, y no esté en desventaja con el proceso judicial, se presenta como constante en los instrumentos internacionales, incluso en los más recientes como la Directiva, anteriormente aludida, reconociendo la necesidad de que los Estados aseguren la confirmación del acuerdo a través de resolución, sentencia, o instrumento auténtico por un órgano jurisdiccional o entidad pública (v.gr. ejecución en bienes gananciales ex. Art. 541 LEC)⁶⁴.

Como se apuntaba anteriormente, si en los últimos años se han dado pasos realmente trascendentes para que la mediación adquiera carta de naturaleza y se consolide como instrumento de paz social, también para las familias, aún son muchos los retos que tiene pendiente. Entre ellos se encuentra, sin duda, una mayor difusión desde las distintas Administraciones para dar a conocer este importante recurso, así como una regulación nacional de la mediación que, desde el respeto a las competencias transferidas, permita identificar nítidamente su perfil con la globalidad y al mismo tiempo la flexibilidad que esta figura requiere.

IV.- Bibliografía

⁶³ La homologación judicial se contempla como preceptiva, v.gr. respecto de los extremos contemplados en la propuesta de convenio regulador a tenor del art. 90 del C.c. Es decir, la propuesta de acuerdo sobre materia no disponible, requiere homologación judicial para que sea ejecutiva, ex art. 777 LEC

⁶⁴ El art. 6 de la Directiva de 21 de mayo de 2008, señala, en relación al carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación: “1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. 2. El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud. 3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2. 4. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1”.

ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R.: *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Servicio Editorial UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. Bilbao, 1998, pág. 16.

BARONA VILAR. S.: Solución extrajudicial de conflictos, “Alternative dispute resolution”(ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Pág.172.

BOLAÑOS CARTUJO, I.: *Hijos Alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*. Ed. Reus, Madrid, 2008.

GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Ed. Reus, Madrid, 2006. pág. 274.

GARCÍA VILLALUENGA, L.: “Mediación en sede de adopción” en *Los menores en protección*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de actualidad. S.A. Madrid , 2007.

LÓPEZ GONZÁLEZ, R. Y MARÍN LÓPEZ, J.J.: *Legislación sobre mediación familiar*. Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pág. 11.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”. *Revista de Derecho de Familia*, nº 7, abril, 2000. Ed. Lex Nova., pág. 45.

RUBIN, J.Z., PRUIT, D. G y HEE KIM.: *Social Conflict: escalation, stalemate and settlement*. (2ª edic). McGraw-Hill, New York, 1994.

SUARES, M.: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós Mediación, nº 4, Buenos Aires, 1996, páginas 53-55.