

LA MEDIACIÓN FAMILIAR: UNA APROXIMACIÓN NORMATIVA

THE FAMILIAR MEDIATION: A NORMATIVE APPROACH

LETICIA GARCÍA VILLALUENGA
l.g.villaluenga@trs.ucm.es
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

La mediación es una forma de entender las relaciones humanas, pero es también un modo más participativo de hacer justicia, ya que son las partes en conflicto las verdaderas protagonistas del proceso que busca dar satisfacción a sus intereses. Ésta es una de características principales que la distinguen de figuras afines.

Se nutre la mediación de diversas disciplinas para configurarse, cada día más, como una institución con caracteres propios; asimismo, produce efectos jurídicos de los que, sólo en parte, se hacen eco las leyes dictadas en España. Sin embargo, la necesidad de determinar el alcance de aquéllos aspectos se plantea como un reto necesario, pues en la medida que la consolidación de la mediación responda más a la demanda social de la misma que a la necesidad de ella, se plantearán situaciones y problemas jurídicos que conviene prever y tratar de dar respuestas. A la reflexión sobre estas cuestiones se dedica el presente artículo.

ABSTRACT

Mediation is a way of understanding human relations, but it is also a more participative way of doing justice, since the individuals involved are the real protagonists of the process that seeks to give satisfaction to their interests. This is one of main characteristics that distinguish it from related concepts.

As a discipline, mediation is influenced by several ones but is increasingly being distinguished by its own characteristics. It also produces juridical effects that are partly echoed by Spanish laws. Thus, the need to determine the scope of such aspects becomes a necessary challenge. Since the consolidation of mediation answers to its social demand rather than the factual need of it, there will be situations and legal problems in need of solutions.

PALABRAS CLAVE: Conflicto, Justicia, ADR, Mediación, Normativa

KEYWORDS: Conflict, Justice, ADR (Alternative Dispute Resolution), Mediation, Regulation

1. JUSTICIA, JURISDICCIÓN Y ADR

Como todos sabemos, el conflicto es consustancial al ser humano y forma parte de nuestra realidad cotidiana en todos los ámbitos en que nos realizamos como personas¹.

¹ Contextos familiares, profesionales o, v.gr, como miembros de una comunidad.

La consideración del conflicto como divergencia percibida de intereses, o la creencia de que las aspiraciones actuales de las partes no pueden ser alcanzadas simultáneamente (Rubin, Pruitt, y Hee Kim, 1994), permite reconocerlo no sólo como una fuente de crisis, sino, también, de oportunidades. Como señala Alzate Sáez de Heredia (1998), el conflicto “*Evita los estancamientos, estimula el interés y la curiosidad, ayuda a establecer las identidades tanto personales como grupales. Asimismo, en un plano más concreto, el conflicto ayuda a aprender nuevos y mejores modos de responder a los problemas, a construir relaciones mejores y más duraderas, a conocernos mejor a nosotros mismos y a los demás*” (p. 16). Por ello, se pueden derivar de aquél valores positivos en la medida que se gestione y resuelva de modo satisfactorio para las partes.

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 democráticos (Ortuño Muñoz, 2000); 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.

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 conciliación².

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.

En el mismo sentido se expresa 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, que en la Exposición de Motivos, apartado 1.1.3, señala: “*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*”.

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.

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 española³.

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

² Utilizamos las siglas ADR, por identificarnos con las que se recogerán en la Directiva de la U. E. que a estos efectos habrá que trasponer a la legislación española.

³ 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*”.

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 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 acuerdos.

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 con un significado específico, tal como se contempla en La Exposición de Motivos de la referida Propuesta de Directiva de 2004⁴, recogiendo la necesidad de que los Estados, además de impulsar estos métodos, garanticen, en todo caso, un sistema jurídico eficaz y justo que cumpla los requisitos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, La mediación, como instrumento de paz social que conlleva una mayor participación cívica, 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 procesos jurisdiccionales. También hay que recordar el hecho de que la jurisdicción se constituye como la “última 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” (Barona Vilar, 1999), 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 (1996), 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 partes. En el caso de situaciones de violencia, para favorecer el equilibrio, se suele permitir a la persona más débil venir acompañada

⁴ E.M. 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: “*la mediación tiene un valor propio como método de resolución de litigios al que los ciudadanos y empresas debieran poder acceder fácilmente y merece promoverse independientemente de su efecto de descarga de la presión sobre el sistema judicial...*”.

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 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.

2. LA MEDIACIÓN: 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 familiar⁵.

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 continente (López González y Marín López, 2003). 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*”.

⁵ Adoptada por el Comité de Ministros, en la reunión 616 de los Delegados de Ministros, celebrada el 21 de enero de 1998.

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.

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 instaurarla⁶, 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.

Otro instrumento internacional de notoria trascendencia, y que una vez que se convierta en Directiva habrá que trasponer a la legislación de los estados miembros de la unión, es la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales (COM (2004) 718 final) de 22 de octubre de 2004*. 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.

La Comisión parte de una amplia concepción de la mediación que, además de configurarse como un procedimiento alternativo al proceso judicial, se valora como un importante método para la resolución de determinados litigios, de ahí que la Comisión tenga como finalidad dotar a la mediación de un marco jurídico estable y fiable, equiparable, en buena medida, al proceso judicial.

En consecuencia con el marco fijado, principalmente, por la R(98) 1, *se puede definir la mediación familiar* como un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre

⁶ Vid. Ap. II, a y b, y A.p. V. a y b. Recomendación (98) 1.

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 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 decisión (García Villaluenga, 2006).

En España, la mediación ha sido definida, además de en las distintas disposiciones que las Comunidades Autónomas han dictado al efecto⁷, 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.

Dicha norma 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, a la que nos hemos referido anteriormente) y que respete “los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”⁸.

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. 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 índole (García Villaluenga, 2006, p.318-327), 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 normada⁹, a ella le han seguido,

⁷ Vid. *Infra*.

⁸ 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 su competencias.

⁹ Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar (DOGC nº 3.355, de 26 de marzo de 2001) y Dec.

hasta el momento, otras leyes en las Comunidades Autónomas de Galicia¹⁰, Valencia¹¹, Canarias¹², Castilla-La Mancha¹³, Castilla y León¹⁴, Baleares¹⁵, Madrid¹⁶ y Asturias¹⁷, tomando todas como referente fundamental la Recomendación (98)1 y los principios que la inspiran.

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 especializado¹⁸. De ahí que dependa en la mayoría de las Comunidades Autónomas de las Consejerías que tienen competencia en materia de servicios sociales¹⁹.

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 legales. 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)²⁰, 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 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

¹⁰ 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.

¹¹ Ley 7/2001, de 26 de noviembre DOGV nº 4138, de 29 de noviembre de 2001.(BOE nº 303, 19 diciembre 2001).

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. (BOE núm 105, 3 de mayo de 2006)

¹⁵ 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).

¹⁶ Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid

¹⁷ Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias (BOPA Nº 81 - Lunes, 9 de abril de 2007)

¹⁸ Vid. La Ley de mediación familiar de Castilla La Mancha.

¹⁹ Como excepción, v.gr. vid. Ley de mediación familiar de Cataluña y la de Canarias que la hacen depender de Justicia.

²⁰ Vid. Preámbulo y art. 3 de la Ley de mediación familiar de Galicia.

(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 aquéllas 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 público²¹. Así, alimentos, emancipación, capitulaciones matrimoniales, algunos efectos personales del matrimonio, como la elección del domicilio, el convenio regulador en crisis matrimoniales o de 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 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, Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y comerciales...).

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

La importancia que *la voluntariedad* adquiere en el inicio²², 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.

²¹ 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 y Madrid).

²² 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.

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 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 partes. 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 principio. 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 dirigir las 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 mediador²³, al menos, y 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 *cualificados* para ello, reconociéndose la profesionalidad como principio fundamental en todos los Instrumentos internacionales relativos a esta materia. 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 *numerus 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, administración del Estado, etc.).

²³ 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.

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 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.

Diversos son los actos jurídicos realizados a lo largo del proceso de mediación y distintos, también sus efectos. Así, el *contrato de mediación*²⁴, 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; *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 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.

²⁴ 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-*”.

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 por el 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* (García Villaluenga, 2006, p 493 y ss), 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, dicho contrato 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 concurran los requisitos necesarios para la validez de los contratos (consentimiento, objeto y causa, ex art. 1261 C.c.). Sin embargo, la necesidad de que el referido acuerdo reciba la homologación judicial para que tenga carácter ejecutivo²⁵, y no esté en desventaja con el proceso judicial, se presenta como constante en los instrumentos internacionales, incluso en los más recientes como la Propuesta de 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).

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 regulación más homogénea de la mediación que permita identificar su perfil no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, con la globalidad que esta figura requiere.

3. REFERENCIAS

- ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. (1998): *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Universidad del País Vasco. Bilbao.
- BARONA VILAR. S.(1999): Solución extrajudicial de conflictos, “Alternative dispute resolution”(ADR) y Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. (2006): *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Reus, Madrid.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, R. Y MARÍN LÓPEZ, J.J. (2003): *Legislación sobre mediación familiar*. Tecnos, Madrid.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2000): “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”. *Revista de Derecho de Familia*, nº 7, 45.
- RUBIN, J.Z., PRUITT, D. G y HEE KIM. (1994): *Social Conflict: escalation, stalemate and settlement*. (2ª edic). McGraw-Hill, New York.
- SUARES, M. (1996): *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós Mediación, nº 4, Buenos Aires, 53-55.

²⁵ 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

