

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA: CONCEPTO, CARACTERES Y PRINCIPIOS INFORMADORES

M.^a Elvira Afonso Rodríguez

RESUMEN

La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario de resolución de conflictos familiares, especialmente en materia de parejas con hijos, que se ha incorporado recientemente al panorama legal de nuestro país, primero con la aprobación de la Ley catalana sobre Mediación familiar, a la que le han seguido otras normativas autonómicas, y segundo con la aprobación de la ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, de forma que además de la previsión sobre una futura ley estatal sobre mediación familiar, contempla ahora el acuerdo de las partes para suspensión del proceso judicial en curso para someterse a la mediación.

PALABRAS CLAVES: técnica extrajudicial, voluntaria, resolución conflictos, familiares.

ABSTRACT

«Family Mediation in Spain: Concept, Characteristics and Informative Principles». Family mediation is an extrajudicial and voluntary procedure to solve family conflicts, specially regarding couples with children. It has been recently incorporated into our country's legal panorama, firstly with the passing of the Catalanian Law of Family Mediation, which has been followed by other regional regulations. Secondly, with the passing of the 15/2005, 8th July law of the modification of the Civil Code and the Law of Civil Prosecution. Thus, in addition to the forecast of a future national law on family mediation, it now considers the agreement of the parts in order to call off the ongoing judicial proceedings to submit to mediation.

KEYS WORDS: Alternative Voluntary Technique to Solve Family Conflicts.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En materia de mediación familiar, el planteamiento inicial no puede ser otro que el reconocimiento de la innegable importancia y difusión que en el ámbito jurídico de nuestro país está alcanzado la mediación familiar, pero al mismo tiempo, el reconocimiento de que, al menos por lo que respecta a España, nos enfrentamos con una técnica extrajudicial y alternativa de resolución de conflictos familiares ciertamente novedosa. Novedosa, por lo menos para el jurista, ya que hasta el



año 2001, en que se publica la primera ley autonómica sobre mediación familiar, reinaba un vacío legal prácticamente absoluto¹.

Ahora bien, no obstante lo dicho, no debemos olvidar que la mediación familiar no es más que la aplicación al ámbito de las relaciones familiares de una técnica de gran raigambre histórica, como es la de resolver los conflictos por los propios implicados, asumiendo éstos la realidad del conflicto, y buscando la solución más adecuada a los intereses en juego. Y éste es precisamente el principal atractivo que ofrece la mediación familiar respecto al procedimiento judicial: el que son los miembros de la pareja o de la familiar en crisis los que se van a responsabilizar de la situación y los que, con la orientación adecuada de la persona mediadora (fundamentalmente psicológica y jurídica), van a encauzar una situación emocional difícil, las más de las veces de enfrentamiento, de crispación, hacia acuerdos que ofrezcan el marco adecuado a las futuras relaciones entre los miembros de la pareja y de éstos con los hijos², o de los miembros de la familia en general.

Pero además, la apuesta por esta forma de afrontar los problemas de pareja se entiende aún mejor si tenemos en cuenta que la tutela del interés superior de los hijos —como principales sufridores de las situaciones de conflicto familiar— es la idea central que ha suscitado el interés del jurista y de distintas instancias gubernamentales por esta fórmula de resolución de las crisis familiares³. Cuantos avances y

¹ Vacío normativo que contrasta con una experiencia práctica que iniciada en 1990 se ha venido desarrollando decididamente a través de distintos programas y servicios de mediación familiar, gestionados fundamentalmente por equipos de psicólogos y trabajadores sociales. Sus inicios se sitúan, al margen de otras experiencias pilotos, en el «Programa de Mediación para la Separación y el Divorcio», diseñado por Trinidad Bernal y promocionado por la asociación Atención y Mediación a la Familia en Proceso de Cambio, aprobado por el Ministerio de Asuntos Sociales, desde la Dirección de Protección al Menor, en septiembre de 1990. Subvención que también han merecido otras iniciativas, como la de la Unión de Asociaciones Familiares (USAF). Además de estas iniciativas privadas, distintas Comunidades Autónomas cuentan desde hace años con servicios de mediación familiar, como la Comunidad Vasca, donde el departamento de justicia, economía, trabajo y seguridad social, puso en funcionamiento en 1996 el primer servicio de mediación familiar en el ámbito de dicha comunidad. Por lo demás, los beneficios de la mediación han sido reconocidos por la Unión Europea en la Recomendación N° R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero, en el Libro Verde sobre Mediación Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil presentado el 19 de abril de 2002 por la Comisión de Comunidades Europeas a solicitud del Consejo y en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y Consejo sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de 22 de octubre de 2004, cuyos objetivos son, entre otros, promover entre los países miembros el recurso a la mediación o ADR (métodos alternativos de resolución de conflictos)

² Esta intervención externa dirigida a propiciar que sean los propios implicados los que concilien sus intereses no puede decirse que sea ajena a los objetivos de nuestro legislador, como lo demuestra el interés por la regulación de los actos de conciliación, y en su día del Consejo de Familia, y otros institutos análogos. Espíritu pacificador al que obedece también la introducción en 1984 en nuestra ley ritaria de la comparecencia regulada en el art. 692 y que comienza por la exhortación del juez a las partes para que lleguen a un acuerdo.

³ La tutela del interés del menor es precisamente uno de los principales objetivos que se propone la importante Recomendación N° R (98)1 del Consejo de Europa.

progresos se hagan en pro de la solución amistosa a los conflictos convivenciales, redundarán en la protección integral del menor, en la medida que, sin lugar a dudas, se les aleja de las situaciones de riesgos que para éstos representan los procesos contenciosos de separación o divorcio o las contiendas sobre su guarda y custodia. Razones todas ellas que alientan sobre la necesidad de constituir la mediación familiar como un servicio público a prestar por la Administración competente en cada caso⁴.

Por último, una precisión básica dentro de este planteamiento inicial. Como he adelantado y veremos a continuación, la mediación familiar se concibe legalmente como una técnica extrajudicial y alternativa de resolución de conflictos familiares. Por lo tanto, no sólo de los problemas que se anudan a las crisis convivenciales de las parejas con hijos, matrimoniales o no (guarda y custodia, prestaciones alimenticias, atribución del uso de la vivienda familiar, etc.), sino a otros espacios familiares (entre hermanos, entre familias acogedoras y biológicas, entre abuelos y nietos, etc.). Ahora bien, aun siendo ello así, es lo cierto que, en sus orígenes y en la práctica actual, la mediación familiar se está empleando básicamente para la resolución de los conflictos que origina la ruptura de la vida en común de las parejas con hijos, de ahí que, aunque concebida como técnica de resolución de conflictos familiares, en general, me referiré muy especialmente a este tipo de problemas familiares. En tal sentido, conviene subrayar cómo la legislación vigente, al tiempo que amplía el ámbito de aplicación de la mediación a todas las relaciones familiares, destaca muy especialmente la idoneidad de esta técnica en el ámbito de los problemas de pareja⁵.

⁴ En tal sentido la práctica totalidad de la legislación autonómica sobre Mediación Familiar dedica una especial atención a la conformación de un servicio de Mediación Familiar adscrito a la administración competente en cada caso. A tal efecto sirva de ejemplo la reciente Ley Castellano-Leonesa de mediación familiar que se refiere en su Exposición de Motivos a la mediación familiar como una «manera particularmente idónea para dispensar, a través del acuerdo, una protección global y adecuada a los hijos menores que involuntariamente se ven envueltos en la ruptura y afectados de modo más o menos intenso por sus consecuencias. De este modo, la mediación familiar entronca directamente con el deber que pesa sobre los poderes públicos impuesto por el artículo 39.1 y 2 de la Constitución...». Es por ello que esta normativa configura la mediación familiar como un servicio social especializado incardinado en el programa de familia, cuyo objeto, según el artículo 11 de la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, es orientar y asesorar a las familias favoreciendo el desarrollo de la convivencia.

⁵ Sirva de ejemplo, en tal sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, al declarar que «la mediación familiar se inserta como una fórmula adecuadamente contrastada para encauzar de forma óptima los conflictos familiares y, en especial, los de pareja», así como la de la ley gallega, al destacar la eficacia de este instrumento de resolución de conflictos familiares para resolver los que surgen en las situaciones de crisis matrimoniales o de pareja. De esta especial vinculación entre la mediación familiar y los problemas de pareja es también un excelente ejemplo las manifestaciones de la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación Familiar de Castilla la Mancha al disponer que «la mediación constituye no sólo una benéfica forma de solventar los conflictos familiares, sino también, y sobre todo, una manera particularmente idónea para dispensar, a través del acuerdo, una protección global y adecuada a los hijos menores que involuntariamente se ven envueltos en la ruptura y afectados de modo más o menos intenso en sus consecuencias».



II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA MEDIACION FAMILIAR

1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Aunque es una tarea arriesgada y compleja la concepción de esta figura, por ser muchos los enfoques desde los que se puede abordar y muy diversos los modelos de resolución de conflictos que se engloban bajo esta rúbrica, sin embargo, en este caso —incluso más que en otros— una delimitación conceptual inicial se revela necesaria, yo diría imprescindible, no sólo por lo novedoso de esta técnica en el ámbito de los conflictos familiares, sino por su escaso arraigo en la praxis jurídica.

Ahora bien, en esta tarea de delimitación conceptual debe ser referencia obligada, por constituir el punto de partida para la doctrina jurídica, la perspectiva ofrecida por aquellos autores que, aunque adscritos al ámbito de la psicología, se han ocupado en primer lugar y en profundidad de este mecanismo de resolución de conflictos.

Lugar destacado ocupa la concepción de Bernal Samper T.⁶, pionera y especialista nacional en la materia, que alude a la mediación como un tipo de negociación donde los disputantes cuentan con una tercera parte imparcial que introduce elementos para modificar la confrontación planteada de forma que evite los malos entendimientos, aclare los problemas y facilite a las partes la búsqueda de soluciones aceptables para ambos. Intervención de un tercero —siga razonando esta autora— que, a diferencia de lo que ocurre con otros mecanismos de resolución de conflictos, se produce a iniciativa de las partes y sin detrimento del poder de éstas para decidir, ya que el mediador se limita a ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente su propio arreglo.

Según esta concepción, la mediación origina un procedimiento de negociación integrado por una serie de fases o etapas, conducido y organizado por un

⁶ *La mediación familiar. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid 1998, p. 63. En parecidos términos se expresa PARDAVILA, B. («La mediación familiar», *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, núm. 18, p. 92 y ss.) al definir la mediación familiar como el proceso de resolución de conflictos que permite a las parejas que desean separarse disponer de un lugar, al margen del juzgado, para dialogar y llegar a soluciones satisfactorias respecto al futuro de los hijos. Por su parte MARTÍN FRANCISCO, G. («Conferencia marco: la mediación como alternativa Extrajudicial, en *Mediación: una alternativa extrajudicial*», Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid 1995, p. 12), se refiere a la mediación en general como una forma pacífica de resolución de problemas, que supone la posibilidad de que las partes en conflicto puedan solucionar sus controversias mediante la negociación llevada a cabo en presencia de una tercera persona neutral —el mediador—, que carece de poder de decisión y cuya misión sería facilitar la búsqueda de una solución al conflicto. Esta forma de conceptualizar la mediación familiar es compartida por otros autores fuera de nuestras fronteras. A modo de ejemplo, sirva como botón de muestra la definición ofrecida por HAYNES, John M. (*Fundamentos de la Mediación Familiar*, España 1995, p. 11), que habla de la mediación familiar como un «proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto».

tercero competente e imparcial, en el que las partes conservan su protagonismo y capacidad de decisión y cuya finalidad es no sólo alcanzar una serie de acuerdos sobre aquellos aspectos de la convivencia que demandan una solución, sino también establecer un cauce para el diálogo, el entendimiento y superación de las discrepancias. Aparece así la mediación integrada por una serie de componentes, como son la negociación, la voluntariedad, la competencia e imparcialidad del mediador, y la falta de poder de decisión del tercero.

Al mismo tiempo se subraya cómo la mediación en el campo del derecho de familia es una técnica para ayudar a las parejas casadas o no, que han decidido su separación o divorcio, a negociar sus desacuerdos y poder resolverlos de una manera pacífica, posibilitando al mismo tiempo que los padres sigan actuando como tales después de la separación y que en consecuencia los hijos puedan desarrollar una relación adecuada con ambos, garantizándose de esta manera el derecho que tiene el menor a conservar a ambos progenitores pese a su ruptura como pareja.

Y con planteamiento ciertamente coincidente con el expuesto, Martín Casals, M.⁷, siguiendo la concepción mayoritaria, define esta figura como «un procedimiento no contencioso de resolución de conflictos en el que los miembros de una pareja (u otros miembros de una familia), con la ayuda de un profesional imparcial y neutral (la ‘persona mediadora’), pretenden alcanzar por sí mismos un acuerdo que les permita resolver el conflicto que les enfrenta sin necesidad de someterlo a la decisión de un tercero, ya sea un autoridad judicial u otra persona».

En parecidos términos se expresan Villagrosa Alcaide, C. y Vall Rius, A.⁸ al referirse a la mediación como un «proceso extrajudicial por el que un profesional imparcial, cualificado y sin poder decisorio, asiste a las partes en conflicto, principalmente para facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de una solución voluntaria y duradera».

Por su parte, Torrero Muñoz M.⁹, destaca de la mediación su carácter de procedimiento extrajudicial y voluntario. Extrajudicial, en cuanto que su realización está vedada a la autoridad judicial y, voluntario, porque su fuerza radica en la voluntad de las partes.

Desde esta perspectiva, además de la profesionalidad, la imparcialidad y neutralidad que caracterizan la función mediadora, son las notas de la extrajudicialidad y la voluntariedad los aspectos que mejor definen a la mediación; quedando fuera de ésta otras intervenciones de terceros que se producen en el marco del pro-

⁷ «La mediación familiar: Concepto y Principios Generales en las iniciativas legislativas españolas», *Rivista di Diritto della Famiglia e delle successioni in Europa* (4), oct-dic 2001, p. 1.125.

⁸ «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares», en *La Ley*, 2000-3, p. 1.794.

⁹ «La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares», *Actualidad Civil*, núm. 23, 5 a 11 de junio de 2000, p. 859. En parecidos términos LUQUIN BERGARECHE, *Teoría y Práctica de la Mediación Familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Madrid 2007, p. 58; TORRES ESCÁMEZ, «Mediación Familiar: estado actual en España», *Boletín de información del Colegio Notarial de Granada*, 245, enero 2002, p. 223.



cedimiento judicial a instancia judicial o por imperativo legal (es el caso de los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia).

De cuanto queda dicho podemos concluir que la mediación familiar nos sitúa ante un técnica o procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos¹⁰, que prestado por una entidad pública o privada y desarrollado por un equipo de profesionales, básicamente abogados y psicólogos, tiene como objetivo que los miembros de la familia, y muy especialmente de las parejas con hijos, den a su crisis convivencial una solución amistosa, pactada, conviniendo acuerdos, de cuya ejecución se van a responsabilizar, eliminando o paliando en gran medida las situaciones de riesgo en que los conflictos familiares sitúan a los hijos.

Y situándonos ya en la perspectiva que ofrece la legislación vigente¹¹, apreciamos que al margen de cualquier construcción conceptual, la mediación familiar se presenta como un mecanismo de resolución de los conflictos familiares, muy especialmente de los matrimoniales o de pareja de hecho con hijos, de carácter voluntario, que se opera por la intervención de terceras personas, que, lejos de asumir el protagonismo en la solución de los problemas, se limita a ayudar y en definitiva a facilitar a la pareja la consecución de unos acuerdos.

En tal sentido se expresa el legislador catalán en la Exposición de Motivos de la Ley al referirse a la mediación como «un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, [...] que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio»; o la Ley Gallega, al declarar que este medio de recomposición ágil y flexible de discordias, principalmente provenientes de supuestos de separación y divorcio, consiste en «la intervención de un tercero, ajeno a las partes en conflicto y experto en la materia, para ofrecerles, [...] propuestas de solución a sus desavenencias». La normativa valenciana llega aún más lejos al incorporar al texto de la norma una definición de la mediación como «un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para

¹⁰ Aunque según la praxis y la legislación autonómica, la mediación familiar se desarrolla fuera del ámbito judicial, la reciente Ley 15/ 2005, de 8 de julio, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, contempla por primera vez en el ámbito de nuestra legislación estatal, el recurso a la mediación, al regular la suspensión del procedimiento judicial en curso, al admitir que, una vez iniciados los trámites judiciales de separación o divorcio, puedan las partes de común acuerdo solicitar la mediación familiar (ex art. 770, regla 7 de la LEC).

¹¹ El panorama legislativo en materia de mediación familiar se caracteriza por la ausencia de legislación estatal y la proliferación de normativas autonómicas, casi tantas como Comunidades Autónomas existen. Tales son: la Ley 1/2001, de 15 marzo de mediación familiar catalana; la Ley 4/ 2001, de 31 de mayo de mediación familiar de Galicia; la Ley 7/ 2001, de 26 de noviembre valenciana, la Ley 15/2003, de 8 de abril canaria; la Ley 4/2005, de 24 de mayo de la Comunidad de Castilla La Mancha; la Ley 1/2006, 6 de abril de Castilla León; la ley 18/2006, 22 noviembre de las Islas Baleares; la Ley 3/2007, 23 de marzo de la Comunidad Asturiana; la Ley 1/2007 de 2 febrero de la Comunidad Autónoma de Madrid.

tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo»¹².

Por su parte la normativa canaria, ciertamente influida por la legislación valenciana afronta en el art. 2 la definición de la mediación familiar como «un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a las familias en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables 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».

Más allá de nuestras fronteras, la RECOMENDACIÓN n° R (98) 1 sobre mediación familiar aprobada por el Consejo de Europa el 21 de enero de 1998, se refiere a la mediación familiar como un «proceso en el que un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones que son objeto de litigio, con vistas a la obtención de acuerdos comunes»¹³.

Más recientemente, la Comisión de las Comunidades Europeas ha aprobado (22-10-2004) la Propuesta de Directiva 2004/0251 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la que se dispone que a los efectos de la presente directiva se entiende por mediación: «todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro. No incluirá los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio».

¹² En parecidos términos se expresa la Ley de Castilla-La Mancha, que comienza declarando en su Exposición de Motivos que «La mediación es una forma de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizada por la intervención de una tercera persona, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que las auxilia en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambos».

¹³ El interés suscitado por la mediación familiar en Europa arranca de la tercera conferencia europea sobre Derecho de Familiar celebrada en 1995, en la que se recomendaba a dicho organismo examinar el fenómeno de la mediación familiar así como otros mecanismos de solución de los litigios familiares. Objetivo que se alcanza en la cuarta conferencia europea sobre Derecho de Familia, la cual, siguiendo aquella recomendación propicia la preparación de un instrumento internacional que contenga los principios básicos de la mediación. Y es así como, siguiendo este objetivo, el Comité de expertos en derecho de familia, bajo la autoridad del Comité Europeo de Cooperación Jurídica, se encarga de ejecutar dicho mandato, constituyéndose al efecto un grupo de trabajo que preparó un proyecto de recomendación, que tras las correspondientes revisiones y estudios, fue aprobada el 21 de junio de 1998, por el Comité de Ministros, como la Recomendación N°. R (98) 1.



2. CARACTERES

A la luz de la normativa autonómica sobre mediación familiar, así como de su antecedente más importante e inmediato, la RECOMENDACIÓN n° R (98)1 sobre mediación familiar del Consejo de Europa de la que aquélla trae causa, podemos destacar como elementos caracterizadores de la figura: su carácter no terapéutico al tiempo que su configuración como una alternativa a la judicialización de los conflictos familiares. Caracteres que paso a desarrollar.

A. El carácter no terapéutico de la mediación

Entre los caracteres definitorios de la mediación familiar, tal y como ésta ha sido recibida en el ámbito jurídico, ocupa un lugar relevante su caracterización como un sistema de resolución de conflictos distinto de la terapia psicológica. Esto es, en la mediación se parte como presupuesto previo de la existencia de un conflicto familiar (la mayor de la veces de parejas con hijos) a cuya adecuada consecución sirve este mecanismo de intermediación, pero un conflicto convivencial que pone en cuestión la supervivencia de la relación de pareja, por cuanto la mediación como tal no sirve a la reconciliación o restablecimiento del orden familiar roto, sino que va a operar a partir de esa situación fáctica de conflicto y enfrentamiento de intereses, para culminar con un proceso de separación o divorcio, no contencioso —en caso de relación matrimonial—, o con un acuerdo entre los miembros de la pareja que regularice para el futuro sus relaciones con los hijos. De este modo podemos decir que la ruptura de la pareja es lo que justifica el expediente de la mediación familiar, dejando de lado todas aquellas situaciones en las que la intervención o mediación de terceros esté dirigida al restablecimiento de la paz familiar rota.

A este carácter no curativo o terapéutico se refiere expresamente la doctrina, tanto jurídica como la adscrita al campo de la psicología¹⁴.

En tal sentido, García García, L.¹⁵, explica que la mediación familiar no es posible si las partes no tienen la convicción de que la relación ha llegado a su fin, es decir, si no están decididas a separarse o divorciarse.

¹⁴ Por todos, BERNAL SAMPER, T., *ob. cit.*, p. 30, y GELBENZU MENDIZÁBAL E. y SALABERRÍA IRIZAR, K., «Intervención en el proceso de separación conyugal: un caso de mediación familiar», en *Anuario de Psicología Jurídica*, 1998, p. 83.

¹⁵ *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid 2003, p. 65. En el mismo sentido, TORRES ESCÁMEZ, «Mediación familiar: estado actual en España. Un apunte sobre la situación de la mediación familiar en España», *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, (246), enero 2002, p. 224. Enfoque que si bien constituye un elemento caracterizador comúnmente admitido, no es compartido por todos. De hecho para TORRERO MUÑOZ, M. («La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos», *Actualidad Civil*, núm. 23, 5 al 11 de junio 2000, p. 858) la mediación familiar deberá tender siempre y en todo momento a la reconciliación, dicho de otro modo, debe unir antes que separar.

Del mismo modo se expresan Villagrasa Alcaide C. y Vall Rius, A.¹⁶, para quienes la mediación se ha alejado de su originario carácter de mecanismo de recomposición de los conflictos familiares dirigido a la reconciliación, para evolucionar hacia una fórmula de resolución amistosa o pactada de controversias sin necesidad de acudir a un proceso judicial contencioso.

Esta caracterización ha trascendido a los textos legales, como lo demuestra la referencia contenida en la Exposición de Motivos de la Ley catalana al declarar que «...si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura...».

Y aunque distinto parece en cambio el enfoque seguido por las leyes canaria y valenciana, que se refieren en sus respectivas Exposiciones de Motivos a la mediación familiar como un instrumento que persigue la recomposición y preservación de la unidad de la pareja, o bien la minimización de los efectos negativos de su ruptura, es lo cierto que a lo largo de su articulado nada queda de este aspecto terapéutico al centrarse su regulación en el desarrollo de una técnica concebida para la solución pactada de los conflictos familiares que tiene como presupuesto fáctico la ruptura de la pareja¹⁷.

B. Su carácter alternativo

Tanto en la concepción doctrinal de la mediación¹⁸ como en su caracterización legal, la referencia al carácter alternativo de esta técnica respecto del procedimiento judicial es una constante que, a mi juicio, precisa de cierta concreción, toda vez que dicho carácter no puede entenderse como una exclusión de la intervención judicial, imprescindible, según los casos, ya que ello sería tanto como atentar contra el derecho fundamental de todo ciudadano a recabar la protección de los Tribunales de Justicia, reconocido en la Constitución así como en normas internacionales (art. 6 Convención Europea de Derechos Humanos).

¹⁶ *Ob. cit.*, p. 1.794.

¹⁷ Distinto es por el contrario el planteamiento seguido por la ley gallega, que en relación con las personas unidas por el vínculo matrimonial, no así para las parejas no casadas, admite que la actuación de la mediación previa a la incoación del proceso judicial puede estar dirigida tanto a buscar propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo como medidas que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial. Se contempla así a la mediación como un instrumento al servicio de la reconciliación, además de como un mecanismo que, partiendo de la ruptura de la convivencia y el cese de la relación, trata de aproximar las posiciones de las partes para buscar así una salida pactada al conflicto de separación, divorcio o nulidad planteado.

¹⁸ Por todos, TORRES ESCÁMEZ, S. («Mediación familiar: estado actual en España. Un apunte sobre la situación de la mediación familiar en España», *Boletín de información del Colegio Notarial de Granada*, (246) enero 2002, p. 223) afirma que la mediación familiar es un «método extrajudicial (o alternativo al proceso) de resolución de conflictos, caracterizado por la intervención de un tercero (mediador), neutral y experto, que intenta acercar las posiciones antagónicas de las partes de una controversia y, eventualmente, a proponer un acuerdo de solución».





Así, debemos distinguir aquellos casos en que el recurso a la mediación familiar se utiliza para la consecución de unos acuerdos que pongan fin a los conflictos matrimoniales (fundamentalmente separación o divorcio), en los cuales dicho procedimiento no puede en ningún caso excluir la preceptiva intervención judicial en orden al pronunciamiento judicial de nulidad, separación o divorcio, según los casos. De aquellos otros en los que el expediente de la mediación se utiliza para resolver los conflictos familiares de parejas no matrimoniales (guarda y custodia, prestaciones alimenticias, liquidación de bienes, etc.) u otros problemas familiares, en los cuales la consecución de los acuerdos que persigue la mediación pondría fin al conflicto, sin que resulte preceptiva la intervención judicial. Pero en cualquier caso, y al margen de esta distinción, la mediación familiar no puede verse como un sustitutivo del procedimiento judicial, sino como un mecanismo complementario.

Desde este punto de vista sería más preciso y correcto hablar de la mediación no tanto como una técnica alternativa, sino complementaria de la vía judicial, ya que aunque su institucionalización pretende evitar la judicialización de los conflictos familiares —al dejar en manos de las partes la consecución de unos acuerdos satisfactorios—, de otro no margina la autoridad de los Tribunales de Justicia, únicos competentes para decretar la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, según los casos¹⁹. En este sentido pues, no habiendo alternativa a esta exclusividad, lo que compete a la mediación familiar es su función preventiva del proceso judicial, ayudando a las partes en conflicto a adoptar las medidas que pongan fin al mismo y que regulen para el futuro los efectos de la ruptura de convivencia. O dicho de otro modo, lo que se persigue con la institucionalización de la mediación es promocionar desde las instituciones públicas otras alternativas, que permitan a las partes ventilar sus conflictos, a base de la favorecer la autocomposición de los problemas²⁰.

De cuanto se ha dicho, resulta claro que la alternatividad de este procedimiento quedaría exclusivamente reservado para aquellos conflictos de parejas no matrimoniales, en los que la marginación de la intervención judicial deriva de la libre disponibilidad de las partes sobre las materias objeto de los acuerdos, tales como la atribución de la guarda y custodia, fijación de régimen de visitas, prestaciones alimenticias, uso de la vivienda familiar o liquidación del patrimonio común, entre otros.

III. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA MEDIACIÓN

El atento análisis de la vigente legislación española sobre mediación nos revela que la mediación familiar está asentada sobre una serie de principios, que se

¹⁹ Esta forma de concebir la desjudicialización que representa la mediación familiar ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por TORRERO MUÑOZ, M., *ob. cit.*, p. 858.

²⁰ Por lo demás es de hacer notar que la reforma del régimen de separación y divorcio en España, si bien incorpora importantes novedades al sistema vigente, muchas de ellas dirigidas a su simplificación y flexibilización, no consagra en cambio el divorcio convencional, que dejaría en manos exclusivas de los interesados la disolución del vínculo matrimonial.

erigen a su vez en fundamentos de la institución. Tales son: la voluntariedad, la imparcialidad, la confidencialidad, la neutralidad, la profesionalidad, la gratuidad, la buena fe, el carácter personalísimo y la flexibilidad.

A. VOLUNTARIEDAD

La configuración de la mediación como un mecanismo voluntario de resolución de conflictos ofrece una doble vertiente. De una parte, la voluntariedad determina que su puesta en funcionamiento responda a la exclusiva iniciativa de los interesados, pero al mismo tiempo esta voluntariedad implica la libertad de las partes para desistir en cualquier momento del proceso de mediación ya iniciado.

A esta doble vertiente de la voluntariedad —expresamente contemplada en la Recomendación N^o R (98) 1—, se refiere igualmente la reciente Propuesta de Directiva 2004/0251, así como, dentro de nuestras fronteras, toda la normativa vigente. En tal sentido, sirva de ejemplo la normativa canaria al proclamar el art. 4 que la voluntariedad y rogación de las partes en conflicto significa que «el procedimiento sólo podrá iniciarse a instancia de todas las partes en conflicto, pudiendo éstas apartarse o desistir en cualquier fase del procedimiento ya iniciado, siempre que no hubieran suscrito acuerdo alguno sobre los conflictos objeto de la mediación». En parecidos términos se expresa la normativa catalana, al afirmar que la «mediación familiar está basada en el principio de la voluntariedad, según el cual las partes no solamente son libres de acogerse o no a la mediación, sino también de desistir en cualquier momento»²¹.

Dicho esto, hemos de subrayar también que la voluntariedad así entendida es perfectamente compatible con la posibilidad de que sea la autoridad judicial la que pueda proponer o recomendar a las partes en conflicto esta medida, tal y como expresamente se contempla, fuera de nuestras fronteras, en la Propuesta de Directiva anteriormente citada, la que después de declarar en su Exposición de Motivos que al objeto de facilitar el acceso a la resolución de litigios mediante el recurso a la mediación se establecen dos tipos de disposiciones: en primer lugar, las destinadas a asegurar una relación dinámica entre la mediación y el proceso judicial y, en segundo lugar, proporcionando las herramientas necesarias para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan activamente el uso de la mediación, pero sin hacerla obligatoria ni sujetarla a sanciones específicas, dispone en su art. 3 que «El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes el uso de la mediación para solucionar el litigio. En todo caso, el órgano jurisdiccional podrá requerir que las partes asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación».

²¹ En el mismo sentido se expresa también la legislación gallega (ex art. 7.1), la valenciana (ex arts. 1.1 y 4), la canaria (art. 4.1), el art. 2.1 de la ley de Castilla La Mancha; la madrileña (art. 4), el art. 10 de la Ley de Castilla León, y el art. 4 de la Ley asturiana.





Por lo demás, a esta forma de entender la voluntariedad se refieren en España la normativa gallega (art. 4.3), catalana (art.2-2 in fine) y asturiana (art. 10), al compatibilizar la voluntariedad de este proceso con la posibilidad de que sea la autoridad judicial la que proponga a las partes la iniciación del mismo. Previsiones normativas que si estaban huérfanas de la necesaria incorporación de la mediación al ámbito procesal, cuenta hoy ya con el respaldo legal que le ha dado la reciente Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, al contemplar la mediación como causa de suspensión del proceso, a petición de ambas partes.

De cuanto queda dicho, resulta que el recurso a la mediación por disposición de la autoridad judicial no se configura como fase preceptiva u obligatoria del proceso, ni siquiera como paso previo, sino como una técnica alternativa que el juez puede ofrecer a las partes en conflicto, en atención a las circunstancias del caso y cuya utilización está sometida a la libre decisión de éstas. En estos términos la imperatividad de la medida tan sólo podría plantearse, cuando así lo convenga la autoridad judicial, como obligación de las partes de asistir a una sesión informativa sobre el uso de la mediación. Tal parece ser, por lo demás, la orientación que pudiera seguir la futura ley estatal sobre mediación, según resulta de los trabajos preparatorios que se están desarrollando en tal sentido.

Este modelo de mediación, en el que son las partes en conflicto las únicas legitimadas para iniciar el proceso de mediación, contrasta con otros modelos en los que la mediación se instituye como una fase obligatoria del correspondiente proceso judicial²². En esta mediación, conocida como preceptiva, es la autoridad judicial de oficio la que propicia la intervención del mediador, bien con carácter previo al inicio del procedimiento, o bien en cualquier otro momento de su tramitación²³.

Frente a las bondades que se atribuyen a la mediación voluntaria, son muchas y muy severas las críticas que ha merecido este otro modelo. Desde aquellas que destacan el riesgo de convertir a la mediación en un mero trámite burocrático hasta las que denuncia la contradicción que con sus propios principios implicaría su obligatoriedad, ya que si lo que se pretende es alcanzar acuerdos voluntarios, no parece lógico imponer a las partes que se sometan a dicho procedimiento.

²² Tal es el caso de algunos estados de los Estados Unidos, en los que actualmente coexisten la mediación voluntaria con aquella otra que se establece con carácter obligatorio y previa al proceso. También en Europa encontramos ejemplos de mediación obligatoria, como es el caso de Noruega, donde la Ley de Matrimonio vigente desde 1993 dispone que los cónyuges con hijos menores de 16 años deben acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso de separación o divorcio.

²³ Estas dos formas de concebir la mediación, como fase preceptiva del procedimiento, también llamada intrajudicial, y la mediación estrictamente voluntaria, no son, a juicio de GARCÍA GARCÍA, L., (*ob. cit.*, p. 135 y ss.) irreconciliables ya que es posible establecer la mediación como una fase previa y obligatoria, al inicio del juicio y, al mismo tiempo, salvar la voluntariedad, admitiendo que se sometan a este procedimiento quienes no hiciesen constar explícitamente su negativa.

En tal sentido se pronuncia Martín Casals, M.²⁴, para quien la voluntariedad es uno de los principios más importantes de la mediación, de modo que «nada aparece más alejado de la finalidad propia de todo procedimiento de mediación, que no es otro que alcanzar un acuerdo de modo voluntario y autónomo, que imponer a las partes que se sometan a un procedimiento de esas características».

Este y otros muchos son los argumentos que se han esgrimido en favor de su voluntariedad. El principal y más decisivo conecta con la propia génesis del fenómeno. La mediación familiar surge como una alternativa a la vía judicial, precisamente para superar las dificultades y formalidades que todo procedimiento judicial conlleva. La praxis judicial ha evidenciado, que el procedimiento judicial no sólo es costoso y excesivamente largo, sino, lo que es más grave aún, inútil para resolver muchos de los problemas que subviene a la crisis de pareja y que perduran en el tiempo (guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, pensiones alimenticias, vivienda, etc.). En la medida que las soluciones adoptadas a los diversos problemas planteados no son fruto del consenso entre las partes, sino impuestas por la decisión judicial, las partes no la asumen como una responsabilidad propia, lo que produce y explica los continuos incumplimientos de las medidas adoptadas. Es precisamente para superar estas dificultades que surge la mediación familiar, que —al margen de los rígidos esquemas del proceso y con la adecuada ayuda y asesoramiento— está dirigida a responsabilizar a las partes en conflicto para que concensúen las necesarias medidas que deben adoptarse en orden a regularizar las situaciones en que la crisis de la pareja coloca la convivencia familiar. Incorporar la mediación como fase del procedimiento judicial, además de contradictorio con la propia naturaleza de la figura, conlleva el peligro de institucionalizar un mecanismo de resolución de conflictos que debe su origen a la propia iniciativa de las partes. Sin olvidar por lo demás los peligros que su incorporación al proceso podrían originar, que además de restar espontaneidad e iniciativa a las partes, podría percibirse como una etapa más del conflicto judicial, caracterizado por el enfrentamiento de intereses y la beligerante posición de los contendientes.

B. IMPARCIALIDAD

Otro de los principios que inspiran la mediación es la imparcialidad de la persona mediadora. Esto es, el mediador es un tercero que ayuda, orienta a las partes a alcanzar unos acuerdos, pero sin tomar partido por ninguna de las partes implicadas. A este principio expresamente contemplado en la Recomendación Nº R (98) 1, se refiere la generalidad de los autores, así como la legislación vigente.

²⁴ *La Mediació Familiar*, Justicia i Societat, Catalunya 2001, p. 19. En el mismo sentido GARCÍA GARCÍA, L. (*Mediación Familiar, Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid, 2003, p. 137), para quien la única nota de obligatoriedad de la mediación reside en la obligación de las partes de asistir a una sesión informativa previa sobre la mediación.



Dispone así la legislación catalana (art. 12) que «La persona mediadora tiene el deber de la imparcialidad y, en consecuencia, ha de ayudar a los participantes a alcanzar los acuerdos pertinentes sin imponer ninguna solución ni medida concreta ni tomar parte»²⁵. Entre los principios rectores de la mediación familiar, lo sitúa igualmente la legislación de Castilla La Mancha, al declarar su art. 8. 4 que «La persona mediadora respetará las posiciones de las partes y preservará su igualdad y equilibrio en la negociación», al igual que la restante legislación autonómica²⁶.

En idénticos términos se expresa la Ley gallega que, si bien no contempla la imparcialidad entre los principios informadores de la mediación recogidos en su artículo 8, sí alude al mismo su Exposición de Motivos al referirse a la figura del mediador. Y junto a este carácter básico, la imparcialidad también se describe entre los deberes que asume el mediador²⁷, articulándose su incumplimiento, según los casos, como una infracción grave o muy grave²⁸.

El concepto de imparcialidad exige para su viabilidad la ausencia de todo conflicto de intereses entre las partes y el mediador, lo que trae consigo la articulación de una serie supuestos de incompatibilidad o causas de abstención y recusación por concurrencia de dicho conflicto. Tales son, según la normativa vigente²⁹: a) tener interés personal en el asunto objeto de mediación o en cualquier otro que pueda influir directamente o indirectamente en él; b) la existencia de algún vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado (la normativa castellano manchega limita el parentesco de afinidad al segundo grado art. 12. 1); c) la amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y una de las partes, extendiendo la

²⁵ Deber de imparcialidad al que se refiere el art. 22. 4-5 del Reglamento al establecer que «El mediador o mediadora ha de mantener durante todo el proceso imparcialidad total respecto a las partes. En el caso de que no pueda, por algún motivo, o crea que no puede ser absolutamente imparcial ya que hay algún vínculo de parentesco, afectivo o familiar con alguna de las partes o bien amistad o enemistad con alguna de ellas o con algunos de sus familiares, tiene que informar a las partes de este hecho y dejar la mediación. Estas circunstancias se extienden también a las personas profesionales que comparten despacho con la persona mediadora. La persona mediadora no puede aceptar una mediación en que su intervención sea incompatible con sus intereses. Los conflictos de intereses entre la persona mediadora y las partes también se extienden a las personas profesionales que comparten despacho con el mediador o mediadora. Tampoco puede llevar a cabo ninguna actividad profesional con una de las partes o las dos, salvo de la estricta actuación que mantenga como persona mediadora».

²⁶ Así por ejemplo, la legislación asturiana (art. 4), la legislación madrileña (ex art. 4), la legislación balear (ex art.6), y ley de Castilla y León (art. 4).

²⁷ Así la ley valenciana (ex art. 9), la canaria (ex art. 8), la asturiana (art. 22).

²⁸ Así la Ley de Castilla La Mancha tipifica como infracción grave el incumplimiento del deber de imparcialidad, a la que anuda las siguientes sanciones: suspensión de la financiación pública por un plazo máximo de tres años, suspensión temporal para ejercer como mediador por un periodo de un año, y multa desde tres mil cinco euros con siete céntimos hasta quince mil veinticinco euros con treinta céntimos, acumulada en su caso, a la suspensión temporal.

²⁹ En la normativa catalana el art.12 de la ley y el 22. 4-5 del Reglamento; en la gallega, el Decreto 159/2003, de 31 de xanerio; art. 11 de la normativa de Castilla-León; art. 11 de la legislación de las Islas Baleares.

legislación castellano manchega esta causa de abstención al supuesto de que la amistad o enemistad se tenga con las personas que asuman su representación o defensa; y d) la existencia de cualquier otra actividad profesional con una de las partes o las dos, salvo la estricta actuación que mantenga como persona mediadora³⁰. La falta de vinculación profesional del mediador con las partes la sitúa la legislación castellano manchega en todo momento anterior al procedimiento de mediación. Estas circunstancias se extienden también a otros profesionales que comparten despacho con la persona mediadora.

C. NEUTRALIDAD

De la imparcialidad distingue la Recomendación N° R (98) 1 del Consejo de Europa, la neutralidad, que relaciona con la actitud del mediador frente al resultado del procedimiento de mediación. La neutralidad, entiende Martín Casals, M.³¹, significa «que el mediador no imponga acuerdos ni que oriente a las partes para alcanzar acuerdos que sean más conformes a su propia escala de valores».

Distinción de la que se hace eco la normativa gallega (ex art. 8), valenciana (ex art. 8 -2), canaria (ex art. 8), asturiana (art. 5), madrileña (art. 4 apart. c) y de Castilla-La Mancha, (art. 8) al imponer a la persona mediadora la obligación de respetar los puntos de vista de las partes, de modo que los acuerdos se alcancen sin imponer ni tomar parte por una solución o medida concreta.

De lo dicho resulta pues que así como la imparcialidad se procura con un comportamiento que no se identifique con los intereses de ninguna de las partes, la neutralidad se desenvuelve en el campo del respeto del mediador a los acuerdos de las partes, que deben ser fruto de su propia iniciativa e interés y no reflejo de las convicciones o valores de la persona mediadora.

D. CONFIDENCIALIDAD

La recomendación N° R (98) 1 tantas veces citada señala que la mediación debe llevarse a cabo en privado y lo que en ella se trate debe ser considerado confidencial, estableciendo a tal efecto que «las condiciones en las cuales se desarrolle la mediación familiar deberán garantizar el respeto a la vida privada», «Las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser ulteriormente utilizadas, salvo con el acuerdo de las partes o en el caso permitido por el derecho nacional».

³⁰ Esta vinculación profesional puede derivar, según alude expresamente la legislación vigente: del peritaje, o de cualquier prestación de servicios derivada de la titulación universitaria que dio lugar a la adquisición de la condición de mediador familiar (art. 11 Ley Castilla y León).

³¹ «La mediación en el Derecho Comparado», Congreso Internacional de Mediación Familiar, Pamplona 1999, p. 13.



La confidencialidad se impone pues como una consecuencia del deber de garantizar la privacidad de la información utilizada: de los datos personales, económicos e íntimos de los sujetos implicados que se manejen en el proceso de mediación.

A la confidencialidad así entendida se refiere la legislación autonómica, que la consagra la más de las veces como un principio informador de la mediación familiar, como es el caso de la ley catalana (art. 13), la ley gallega (art. 8), la ley de Castilla-La Mancha (art. 8), la ley de Castilla y León (art. 4), la ley madrileña (art. 4), la ley de las Islas Baleares (art. 2) y la ley asturiana (art. 7), al tiempo que como un deber del mediador (por ejemplo, art. 9 ley valenciana).

Pero este deber de confidencialidad no sólo alcanza al mediador, sobre el que pesa la obligación de no revelar la información obtenida a lo largo del proceso de mediación —quedando consiguientemente imposibilitado para actuar como perito en el proceso judicial que en su caso pueda incoarse—, sino igualmente obliga a las partes, que en ningún caso podrán traer al proceso al mediador como testigo en defensa de sus pretensiones³².

Ahora bien, la admisión y consagración legal de este principio, dirigido a preservar la privacidad de la información, puede ceder, tal y como prevé la ley vigente³³, no sólo en aquellos supuestos en los que la información utilizada no sea personal, sino también en aquellos casos en que comporte una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona. De concurrir dichas circunstancias, se impone al mediador la obligación de informar a las autoridades competentes de los datos que pueden revelar la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio. Excepciones al deber de secreto que la ley gallega (art. 11) amplía hasta comprender los supuestos en que la información relativa al procedimiento de mediación sea requerida por el juez, por el Ministerio Fiscal.

Es evidente pues que el principio de confidencialidad puede sufrir cierta atenuación en atención a la efectiva tutela de intereses superiores³⁴ o por razón de

³² En tal sentido se expresa la propuesta de Directiva ya citada, cuyo art. 6, sobre admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales civiles, veda toda intervención testifical de los mediadores al disponer que: «1. Los mediadores, así como las personas implicadas en la administración de los servicios de mediación, no darán testimonio ni presentarán pruebas en procesos judiciales civiles en relación con ninguno de los siguientes extremos: (a) la propuesta de una parte de recurrir a la mediación o el hecho de que una parte estuviera dispuesta a participar en la mediación; (b) opiniones expresadas o sugerencias propuestas por una parte en una mediación relativas a una posible solución del conflicto; (c) declaraciones o confesiones hechas por una parte en el curso de la mediación; (d) propuestas del mediador; (e) el hecho de que una parte hubiera manifestado su deseo de aceptar una propuesta de solución del mediador; (f) documentos elaborados a los solos efectos de la mediación».

³³ Art. 13-3 de la Ley catalana; art. 7 de la Ley asturiana; art. 16 Ley de las Islas Baleares; art. 10 de la legislación de Castilla y León; art. 9 de la legislación valenciana.

³⁴ Estas excepciones al deber de confidencialidad están previstas también en la tan citada Propuesta de Directiva al disponer que «tal información podrá revelarse y admitirse como prueba (a) en la medida requerida a efectos de la aplicación o ejecución de un acuerdo alcanzado como resultado directo de la mediación; (b) para eliminar las consideraciones de orden público, en particular

que el levantamiento de la reserva sobre los hechos conocidos sea compatible con la legislación vigente en materia de secreto profesional, o exista aceptación expresa de ambas partes.

E. PROFESIONALIDAD

La crisis o conflicto familiar, que está en la base de la mediación familiar, no sólo coloca a los sujetos implicados en una situación emocionalmente compleja, en la que pueden confluír sentimientos de angustia, crispación, inseguridad, irritación —por referir sólo algunos—, y a cuya positiva canalización contribuye la labor del psicólogo, sino que igualmente los sitúa ante una nueva realidad que demanda de una regulación específica, en la que la intervención del abogado se revela crucial, ofreciendo el asesoramiento legal que requiere esa nueva realidad en la que la crisis familiar coloca a la pareja entre sí y respecto de los hijos.

La compleja problemática que plantea la crisis familiar, o más específicamente la crisis de la pareja con hijos, justifica a mi juicio la formación multidisciplinar de la persona mediadora, o en su caso que la actividad mediadora sea prestada por un equipo multidisciplinar de expertos que conjuntamente favorezcan la resolución de estos conflictos³⁵. Hablaríamos así de comediación³⁶.

En relación con este principio, merece especial atención las exhaustivas y rigurosas aportaciones realizadas por Bernal Samper T.³⁷, que se refiere en este punto al «perfil del mediador», para describir los requisitos de idoneidad necesarios para desempeñar el servicio de mediación, al decir que «el perfil de un buen mediador debería tener en cuenta tres aspectos: actitud favorable a la cooperación, experiencia profesional y delimitación de su rol». Respecto al primer punto, entiende la citada autora, «debe tratarse de una persona abierta a soluciones pacíficas y postura conciliadora. En tanto que la experiencia, entendida como la sólida formación del mediador, proporciona una buena parte del éxito del mediador, sin olvidar por último la delimitación de su rol, que implica que cuando el profesional actúa como un tercero en la mediación, debe tener una sólida preparación en este terreno y actuar como persona imparcial que reconduce la negociación para facilitar a las partes la búsqueda de soluciones aceptables para ambas, dejando que éstas decidan».

cuando se requiera para asegurar la protección de menores o para prevenir el daño a la integridad física o psicológica de una persona; o (c) si el mediador y las partes están de acuerdo en ello.

³⁵ Claramente favorable a que la mediación se preste por equipos multidisciplinarios se manifiestan entre otros, VILLAGRAS ALCAIDE, C. y VALL RÍUS, A., *op. cit.*, p. 1.800.

³⁶ Un buen ejemplo de comediación lo ofrece el Servicio de Mediación de la Comunidad Autónoma Vasca, articulado jurídicamente como una actividad que se presta por un equipo de profesionales: un abogado, dos psicólogos y un administrativo.

³⁷ *La mediación familiar. Una solución...*, *op. cit.*, p. 18 y ss.; también: «Conferencia Marco como alternativa extrajudicial, en Mediación: una alternativa extrajudicial», Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 1995, pp. 18-21.



En definitiva pues, el perfil del mediador, como expresión que engloba tanto los caracteres personales como profesionales del mediador, es un principio básico en cuanto condiciona el buen éxito de la mediación, ya que aunque es innegable que determinadas circunstancias vitales nos colocan en el rol de mediador, esto es, en la labor de favorecer la negociación —como acontece en muchos despachos de abogados—, aquí la figura del mediador se concibe como la de un profesional debidamente instruido en la tarea de intermediar. Y en este sentido, se impone que el mediador familiar esté formado en técnicas de negociación y solución de problemas, en el manejo de conflictos, habilidades de comunicación, así como que sea un perito en temas legales³⁸.

Este principio de profesionalidad se colma, en nuestra legislación autonómica, con la exigencia de la correspondiente capacitación profesional en distintos ámbitos profesionales, unido a la exigencia de una formación específica en la materia. Ahora bien, aunque toda la normativa en vigor requiere en el mediador una formación especializada en mediación familiar, las diferencias son notables en cuanto a la formación universitaria básica, distinguiéndose al efecto entre las que se refieren genéricamente a una licenciatura universitaria, de aquellas que precisan que dicha licenciatura deba ser específicamente en materias psicosociales (derecho, psicología, pedagogía, etc.).

Al primer grupo pertenecen: a) la ley catalana, cuyo art. 7 exige que la persona mediadora deber ser abogado, psicólogo, trabajador social, educador social o pedagogo, estar debidamente colegiado e inscrito en el Registro de Mediadores³⁹; b) la legislación gallega, cuyo desarrollo reglamentario ha precisado que los expertos en actuaciones psico-socio-familiares a que se refiere la ley ostenten el título en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o educación social⁴⁰; c) la normativa canaria, que vincula el ejercicio de la actividad media-

³⁸ En relación con el perfil del mediador merecen especial consideración las indicaciones del Foro Europeo de Estándares de Formación de Mediadores que, compuesto por ocho países europeos, incluida España, ha establecido como estándar mínimo de formación en mediación familiar el de 180 horas de formación teórica y práctica, en la que se incluyan nociones jurídicas (sobre todo de derecho de familia), conocimientos fiscales básicos, técnicas de entrevistas (comunicación verbal y no verbal), empatía (capacidad emotiva y afectiva), psicología básica (aspectos de la personalidad), creatividad (imaginación para sugerir ideas y dirección de la comunicación).

³⁹ Requisito de la inscripción, elevado a condición indispensable para actuar como tal, es la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) el ejercicio de la profesión respectiva durante tres años en los últimos cinco años; b) la acreditación de una formación específica en materia de mediación cuya impartición está encomendada a los colegios profesionales o los centros docentes universitarios, debidamente homologada por el Centro de Mediación de Cataluña, consistente en cursos de una duración mínima de 200 horas y un requisito mínimo del 80% de asistencia; y c) la colegiación en los respectivos colegios profesionales, esto es, de abogados, de psicólogos, de diplomados en trabajo social y asistentes sociales, de educadoras y educadores sociales y el de pedagogos

⁴⁰ También en esta normativa el ejercicio por estos profesionales de la actividad mediadora requiere su inscripción en el Registro de Mediadores de Galicia, para lo que deberán acreditar: a) el desempeño, durante al menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la habilitación, de actividades profesionales en temas psico-socio-familiar; b) estar en posesión de licencia o de

dora con una titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales⁴¹ (además de la inscripción en sus respectivos colegios profesionales y la formación específica en mediación), con la singularidad además de que se introduce la particularidad de que la persona mediadora que carezca de la titulación de Derecho deberá contar con el necesario asesoramiento legal; d) la legislación de Castilla-La Mancha, cuyo art. 6 exige la condición de licenciado en Derecho, Pedagogía, Psicología, Psicopedagogía o Sociología, o de la Diplomatura en Trabajo social o en Educación; d) la legislación de las Islas Baleares (ex art. 29) se refiere a licenciado en derecho, pedagogía, psicología, psicopedagogía, o Diplomado en Trabajo social o en Educación social; e) la normativa asturiana (art. 18) también se refiere concretamente a Derecho, Psicología, Trabajo Social y Educación Social; y f) la normativa de Castilla-León, que incorpora a las titulaciones ya mencionadas, una novedad, la sanitaria.

Al segundo grupo, ciertamente minoritario, pertenecen por contra la legislación madrileña (art. 12), que se refiere genéricamente a la posesión de título universitario de grado superior o medio, y la normativa valenciana (art. 6), ciertamente confusa en este punto, ya que si bien en principio liga la actividad mediadora a la formación universitaria en Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social y la acreditación del aprovechamiento de una formación universitaria específica de post-grado en los distintos niveles de experto, especialistas o máster, después viene a reconocer esta condición a cualesquiera otros licenciados universitarios que acrediten previamente el aprovechamiento de una formación universitaria específica de post-grado, mínima de especialista.

F. GRATUIDAD

La gratuidad, a diferencia de los principios anteriormente analizados, si bien se contempla en toda la normativa vigente, no en toda ella ha merecido la consideración de principio rector o informador de la mediación. En todo caso, eso sí, el carácter gratuito de la mediación está expresamente previsto y vinculado, en la mayoría de los supuestos⁴², al beneficio de justicia gratuita, de modo que los que sean beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica, por reunir las condiciones necesarias y

la pertinente autorización para el ejercicio de su actividad profesional o, en su caso, estar inscrito en el respectivo colegio profesional.

⁴¹ Este artículo fue objeto de una reciente reforma por la Ley 3/2005, ya que la ley originalmente sólo contemplaba las titulaciones de Derecho, Psicología y Trabajo Social.

⁴² En la Ley de Castilla y León la gratuidad del servicio de mediación se hace depender de la escasez de recursos, con arreglo a los criterios y condiciones que se establezcan reglamentariamente, y no de las condiciones requeridas para la asistencia jurídica gratuita, sin embargo se dispone que aquellos criterios nunca pueden ser menos favorables a los que se exigen para la condición de beneficiarios del dicho derecho.



habérseles reconocido esta condición por la correspondiente Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, podrán serlo también del servicio de mediación familiar⁴³.

Ahora bien, estas previsiones legales sobre la gratuidad del servicio de mediación familiar sólo se comprenden si tenemos en cuenta que en el modelo diseñado legalmente, sólo cuando este servicio se articula como una actividad de interés público o incluso como un servicio público a cargo de la Administración competente en cada caso, y dentro de las actuaciones previstas para la protección de las familias o de los menores, los beneficiarios del mismo están exentos de abonar los honorarios profesionales, que en otro caso se devengarían. En cualquier otro caso, cuando la actividad mediadora se preste fuera del marco de las previsiones de estas leyes, no quedaría sometida al imperio de sus principios y por lo tanto generaría los correspondientes honorarios a favor de los profesionales mediadores. En tal sentido, sirvan de ejemplo para todas, las orientaciones contenidas en la ley catalana, que después de condicionar la gratuidad del servicio de mediación a la concurrencia de las condiciones necesarias de la asistencia jurídica gratuita, dispone en el art. 24 que «si ninguna de las dos personas que se acogen a la mediación tiene derecho a la gratuidad de este servicio y se inicia sin intervención de la autoridad judicial, han de abonar a la persona mediadora los honorarios que pacten al inicio de la mediación...».

G. BUENA FE

El complejo e indeterminado concepto jurídico de la buena fe también está presente en la legislación sobre mediación, la cual, prescindiendo de mayores especificaciones, se limita a exigir que la actuación de todos los implicados, mediador y partes en conflicto, debe desarrollarse conforme a los dictados y exigencias de *la buena fe*, al declarar que «los participantes en el procedimiento de mediación familiar actuarán conforme a las exigencias de la buena fe» (el art. 5 Ley valenciana; art. 4 d) Ley madrileña), y arbitrando a continuación un sistema sancionador en el que el incumplimiento de este deber se erige en infracción más o menos grave, según los casos. Por lo tanto, tal y como está previsto legalmente, la buena fe debe proyectarse sobre la intención y actividad de todos los sujetos que intervienen en el proceso de mediación, los cuales, se entiende, deberán actuar conforme a las reglas normales y comúnmente recibidas de la honestidad y rectitud, sin olvidar, por lo demás, que la buena fe se presume siempre.

De lo dicho resulta pues que el principio de la buena fe se predica tanto de la actuación de las partes cuanto del mediador, e impone a ambos un comportamiento acorde con el estándar de conducta que socialmente se estime el más razonable.

En cualquier caso, la aplicación de este principio al ámbito de la mediación no constituye —a diferencia de los otros principios ya estudiados— un rasgo espe-

⁴³ El acceso gratuito a la mediación se garantiza también, aunque sólo en parte, cuando el beneficio interese a uno solo de los miembros de la pareja, ya que en este caso el otro no tendrá que abonar más que la mitad del coste de la actividad de mediación.

cífico de este mecanismo, sino la traslación al mismo de un principio general del derecho aplicable a toda actuación jurídica.

H. CARÁCTER PERSONALÍSIMO

Hablar del carácter personalísimo de la mediación es tanto como exigir que la intervención en el proceso de mediación de la pareja o miembros de la familia y de la persona mediadora debe llevarse a cabo personalmente, sin que sea admisible una actuación por representación. Esto es, la pareja (o en general las partes en conflicto) que desea llegar a un acuerdo final, debe asistir personalmente a las sesiones que se programen, de igual modo que el mediador, sin que quepa pues la actuación de representantes ni de intermediarios. En este sentido se pronuncia el artículo 15 de la ley catalana, al declarar que «las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones de mediación sin que se puedan valer de representantes o intermediarios». Idéntica exigencia se contiene en la norma valenciana (ex art. 15), canaria (ex art. 8), madrileña (art. 4 apart. e), de Castilla y León (art. 4 apart. 8) y en la normativa gallega y balear, en la que recibe el nombre de inmediatez (art. 8 y art. 2 apart. g) respectivamente). Por su parte la Ley asturiana matiza esta exigencia de inmediatez (art. 8) al admitir excepcionalmente, si así lo requieren las circunstancias, y nunca en la sesión final de firma de acuerdos, la utilización de medios electrónicos en algunas de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador y de las partes.

Esta inmediatez o carácter personalísimo de la mediación no impide sin embargo la presencia de otras personas en el proceso de mediación en calidad de consultoras, ya que en ningún caso estos profesionales sustituirían al mediador sino que, propuestos por éste deberán ser aceptadas por las partes, quedando sujetas a los principios anteriormente analizados. Se trata en definitiva de profesionales que serán traídos al proceso de mediación para apoyar y asesorar al mediador, en aquellos casos o situaciones que requieren conocimientos especializados, tal y como previene el legislador catalán en el art. 14, así como la legislación valenciana (art. 15) y la canaria, en el art. 12.

I. FLEXIBILIDAD

Por último, una breve referencia al principio de flexibilidad que preside el proceso de mediación. La formalidad y rigidez que caracteriza al proceso judicial contrasta con la flexibilidad y antiformalidad que se predica de la mediación, al tratarse de un conjunto de actuaciones encaminadas a facilitar la búsqueda de unos acuerdos, además de promover la mejora de las relaciones de la pareja (u otros miembros de la familia), que lejos de contar con una regulación exhaustiva de fases o etapas del mismo, sólo cuenta con unas previsiones genéricas relativas a su duración, a la celebración de una reunión inicial y otra final de redacción de acuerdos. Se trata así de adaptar el proceso de mediación a la naturaleza y complejidad del



asunto, de modo que las sesiones o reuniones que se programen se acomoden a las específicas circunstancias del caso concreto. Al respecto contienen una previsión expresa sobre este principio la ley de las Islas Baleares en el art. 2, la ley madrileña en el art.4, el art. 8 de la ley gallega y el art. 4 de la ley de Castilla y León, que se refiere a la celeridad y sencillez del proceso. Pese a la omisión de este principio en las restantes normas, lo cierto es que en todas ellas la regulación del desarrollo del proceso de mediación está presidida por la falta de formalidades, como resulta de las escasas previsiones que se contienen en tal sentido, limitadas a fijar la celebración de una reunión o sesión inicial informativa en la que se dará a conocer a las partes la finalidad del proceso y los derechos y obligaciones de las partes, y otra final en la que se extenderá el acta correspondiente, comprensiva de los acuerdos adoptados o en su defecto de las causas determinantes de la finalización del proceso.

