

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso: 2022/23

Convocatoria: marzo 2023

LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES: UN RETO PARA EL FUTURO

THE FAMILY MEDIATION: A FUTURE CHALLENGE



Realizado por la alumna Silvia Álvarez Aguilar (79064743N)

Tutorizado por la Profesora Juana Pilar Rodríguez Pérez

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Procesal

ABSTRACT

La mediación se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como un método autocompositivo, y se constituye como una alternativa al proceso judicial. En concreto, el presente Trabajo de Fin de Grado, quiere mostrar cómo es idónea para ser un complemento de este, haciendo un recorrido por sus aspectos fundamentales, hasta llegar a la esencia en sí misma de la mediación, que las partes alcancen un acuerdo con el que se sientan satisfechas y, de este modo, lograr un alto grado de cumplimiento en el futuro. En el contexto familiar promete grandes éxitos como así avalan los datos que se aportan. El derecho de familia muestra una realidad cambiante y muy personal que requiere de métodos más cercanos a los protagonistas del conflicto, y en muchos casos, menores que necesitan que se vele en su beneficio e interés. El análisis se realiza en atención a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que rige actualmente en nuestro sistema para la mediación, y a lo largo de él, se hace hincapié en las singularidades que presenta en el ámbito familiar.

Palabras clave: mediación, mediación familiar, conflictos familiares, proceso judicial, acuerdo de mediación

Mediation is presented in our legal system as a self-compositive method, an alternative way of solving conflicts. This Final Degree Project aims to show how it is suitable to be a complement of the judicial process, looking through its fundamental aspects, until reaching the essence of mediation itself, that the parties involved reach an agreement with which they feel satisfied, placing mediation as a successful alternative to enforce legitimate interests of individuals.

In the family context, family mediation promises great successes, as is supported by the data provided in the present work. Family law shows a changing and very personal reality that requires methods closer to the protagonists of the conflict, and in many cases, minors who need to be watched over for their benefit and interest. The analysis is carried out in accordance with Law 5/2012 on mediation in civil and commercial matters that currently governs our system for mediation, and throughout it, emphasis is placed on the singularities that it presents in the family context.

Key words: mediation, family mediation, family conflicts, judicial process, mediation agreement

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
---------------------------	---

PRIMERA PARTE

1. La mediación como actual sistema en la resolución de conflictos	
1.1 Autocomposición frente a la heterocomposición del conflicto	6
1.2 Origen, evolución y concepto de los ADR	7
1.3 Marco normativo de la mediación en el ordenamiento jurídico español... 9	
2. Justicia terapéutica: nuevo paradigma legal	10
2.1 La mediación: concepto y características propia	12
2.2 La mediación -proceso jurisdiccional- concordancia de sus principios informadores	16

SEGUNDA PARTE

1. La mediación familiar: principios y procedimiento	
1.1 Regulación de la mediación familiar - especial consideración Canarias - e idoneidad de conflictos de familia para la mediación	19
1.2 Los principios del procedimiento de mediación familiar	23
2. Las fases del procedimiento de mediación familiar	25
2.1 Iniciación del procedimiento	27
2.2 Sesión informativa	29
2.3 Sesión constitutiva	31
2.4 Fase de negociación	32
2.5 Terminación del procedimiento de mediación	33

TERCERA PARTE

1. Acuerdo de mediación en atención a las singularidades que presenta en el contexto familiar	
1.1 Determinación y naturaleza del acuerdo de mediación	36

1.2 Acuerdo de mediación: sujetos -especial consideración a los menores- y contenido	40
2. Eficacia del acuerdo de mediación familiar	43
3. Posible incumplimiento del acuerdo de mediación familiar	44
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	51
ANEXOS	

INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado realiza un estudio de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, e incluso complementario a la vía judicial, haciendo un recorrido por las distintas fases del procedimiento de mediación hasta llegar a su fin con un acuerdo vinculante con el que las partes que protagonizan el conflicto se sientan satisfechas, también se compara la mediación, como fórmula autocompositiva, de formas heterocompositivas de resolución de conflictos, considerándola como alternativa exitosa para hacer valer los intereses legítimos de los ciudadanos.

Se explica la perspectiva de la justicia terapéutica desde el punto de vista de los autores que abogan por ella, como una forma más personal de abordar los conflictos, de modo que está dedicada a producir efectos positivos y terapéuticos en los ciudadanos a la hora de aplicar las normas, llegar a acuerdos o adoptar medidas. La idea es acercar a la sociedad a nuevas formas de resolución de conflictos, fomentando la confianza en ellas, ya que se proporciona datos estadísticos (Anexo I) que avalan su éxito.

En este Trabajo ocupa un lugar especial la mediación en el ámbito familiar, tratando las particularidades que presenta en relación con los sujetos intervinientes, como son los menores y adolescentes o personas con la capacidad modificada judicialmente, las habilidades necesarias en la persona del mediador, los detalles de las fases consecutivas que componen el procedimiento de mediación, y la singularidad del acuerdo, equiparándolo con el convenio regulador en materia de familia.

En definitiva, se ha tratado de estudiar la mediación como medio alternativo al judicial, dando respuesta a los conflictos familiares, adaptándose a la realidad social de forma pacífica y dialogada. En este sentido, la mediación presenta, todo un reto para el futuro.

PRIMERA PARTE

1. La mediación como actual sistema en la resolución de conflictos

1.1 Autocomposición frente a la heterocomposición del conflicto

El ser humano, a lo largo de los años, ha organizado sus relaciones sociales con el fin de poder vivir en sociedad de forma armoniosa. El conflicto ha existido siempre, y surge de una situación de desigualdad entre los intereses de dos partes, es decir, ambos situados en un plano de igualdad con respecto a sus derechos, pero en desigualdad derivado de las circunstancias e intereses personales que una de esas partes intenta hacer valer.

La conflictividad es una cualidad inherente al ser humano, de modo que nuestros intereses frecuentemente entran en colisión con los de las personas con quienes nos relacionamos. Cuando nos encontramos en esa situación, acudimos a los métodos que nuestro sistema contempla para su resolución. Por tanto, se puede afirmar que el conflicto es el objeto de las distintas alternativas que nuestro ordenamiento jurídico contempla. Con carácter general, en estos casos, los ciudadanos acuden al sistema judicial, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el art. 24 de la Constitución española (en adelante, CE). Todos los ciudadanos somos titulares del derecho de acción para hacer valer nuestros derechos e intereses legítimos, y por medio del cual se garantiza el acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías.

Ahora bien, el ser humano para intentar resolver sus controversias, a lo largo de la historia, ha recurrido a distintos métodos que variaban en función de las necesidades colectivas, los cambios políticos, sociales y económicos de las sociedades del momento. No obstante, el proceso judicial se ha consagrado actualmente como el método más eficaz y democrático. De este modo, pone de manifiesto ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA, *“el mensaje que se ha transmitido de generación en generación es que, ante un conflicto, el camino adecuado es acudir a los tribunales, pues únicamente de esta forma se restablecerá el derecho lesionado, el orden jurídico. La civilización occidental, especialmente en los países de tradición napoleónica, no ha potenciado las capacidades de la propia sociedad de resolver, sin intervención del aparato del Estado, los problemas*

privados, antes, al contrario, ha potenciado el mito de la justicia como único mecanismo idóneo que puede reportar una solución beneficiosa”¹.

En la práctica, los ciudadanos han depositado en el proceso plena confianza, en tanto sus pretensiones quedan en la mayoría de los casos satisfechas en gran medida, y tras el pronunciamiento de la sentencia, la fase de ejecución garantiza el cumplimiento del pronunciamiento adoptado, produciendo en el ciudadano un sentimiento de confianza. Sin embargo, el abuso de esa confianza ha llevado, entre otras razones, a un atasco considerable de trabajo en la Administración de Justicia, debilitando el derecho a la tutela judicial efectiva al que hacíamos referencia con anterioridad.

Por tanto, la búsqueda de métodos alternativos al proceso, que resuelvan de forma eficaz las controversias de los ciudadanos resulta ser el fundamento de los conocidos “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR).

1.2 Origen, evolución y concepto de los ADR

El término ADR hace referencia a los sistemas de resolución de controversias, en sustitución del proceso judicial, que por medio de un conjunto de técnicas y procedimientos autocompositivos o heterocompositivos, pretenden dar una solución óptima al conflicto que se plantea.

La diferencia entre aquellos de naturaleza autocompositiva (mediación, conciliación, negociación) de aquellos de naturaleza heterocompositiva (arbitraje), radica en la necesidad, en los primeros, de que sean las partes quienes lleguen a la solución óptima conforme a sus intereses, y en los segundos, será un tercero quien emita un acuerdo con esa solución. El desarrollo de estas técnicas da paso a un nuevo modelo de justicia integral, y se ha convertido en uno de los focos de atención actuales del Derecho Procesal².

¹ ORTUÑO MUÑOZ, J.P, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “*Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*”, Revista de la Fundación Alternativas, 110/2007, p. 16.

² BARRÓN LÓPEZ, C; “*Impulso de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia*”, en Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría jurídica, 2020.

A pesar de ser complicado determinar con exactitud una fecha, el origen de los ADR surge aproximadamente en la década de los setenta, tal y como anuncia la Exposición de Motivos de la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (en adelante, LMACM), que será objeto de estudio más adelante. El origen viene motivado por la necesidad de recurrir a otras vías de solución de conflictos que se adapten a los intereses, expectativas y recursos del momento presente.

Con ellos se avanzaba hacia una cultura en donde ambas partes cooperaban para obtener la solución más acorde a sus intereses. La solución a los conflictos por estos medios se entiende como un avance de la sociedad y una modernización de la justicia. Además, permitía la promoción de los valores de justicia y de paz, en tanto que ambas partes “ganaban”. Estos métodos, no sólo se centran en la resolución de conflictos interpersonales, sino también sociales, permitiendo el fomento del valor de la solidaridad entre individuos de una sociedad, y todo ello era posible gracias al talante voluntario que los definía, lo que implicaba que se obtuviera un acuerdo consentido por el que ambas partes sentían satisfechas sus pretensiones.

En definitiva, la necesidad de acudir a ellos es resultado de un cambio en la sociedad y en sus motivaciones. Los conflictos actuales surgen como consecuencia de un mundo globalizado que exige una respuesta adaptada y rápida. Además, la sobrecarga de la Administración de Justicia, y la búsqueda de una cercanía personal y social durante la resolución de la disputa, ha contribuido, considerablemente, a este cambio de perspectiva. Por tanto, con el uso de estos métodos el contacto se vuelve mucho más personal y las partes son las auténticas protagonistas en el asunto, y quienes tienen la capacidad de decisión.

En palabras de GIMENO SENDRA, la función de resolver conflictos “*a lo largo de la historia, ni siempre la han acometido los Juzgados y Tribunales, ni en la actualidad puede afirmarse que la asumen con absoluta exclusividad, pues, al menos, en todo lo referente a los conflictos intersubjetivos, o litigios, coexisten los métodos autocompositivos y equivalentes jurisdiccionales*”³.

³ GIMENO SENDRA, J. V, “*Introducción al Derecho Procesal*”, ed. Colex, Madrid, 2012, p. 17.

1.3 Marco normativo de la mediación en el ordenamiento jurídico español

En cuanto a la normativa aplicable, la mediación ha sido elevada a rango legal en España por la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en materia de asuntos civiles y mercantiles* (LMACM), fruto de la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Europea (CE) 52/2008.

La LMACA, consta de 27 artículos distribuidos en cinco títulos referidos a disposiciones generales, principios informadores de la mediación, estatuto del mediador, procedimiento de mediación y ejecución de los acuerdos.

En cuanto a su desarrollo reglamentario, hay que entender la LMACM como una ley de mínimos, necesitada de posterior desarrollo por el Reglamento que fue aprobado por el Consejo de Ministros, de 13 de diciembre de 2013 ⁴.

El interés de la Unión Europea por los ADR, y en especial por la mediación, se manifiesta en la Recomendación núm. R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 21 de enero de 1998, en adelante, R (89). Ahora bien, la muestra más clara por parte de la Unión Europea en mediación se materializa en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que exigió la elaboración y aprobación de la LMACM en España.

En cuanto al ámbito de aplicación de la LMACM, el artículo 2, regula el ámbito material⁵. Se delimita su aplicación a los asuntos civiles y mercantiles y, de forma expresa, se excluye la mediación en materia penal, laboral, en materia de consumo y con las Administraciones Públicas.

⁴ [Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.](#)

⁵ *“las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”.*

Por otro lado, el ámbito de aplicación territorial de la LMACM, se aplica a los conflictos internos siempre que las partes así lo decidan, de forma expresa o de forma tácita, o cuando, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español; también a los conflictos transfronterizos, y estos son, tal y como dispone el apartado 1 del artículo 3 de la LMACM, aquellos en los que, *“al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se hayan realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”*.

2. Justicia terapéutica: nuevo paradigma legal

A principios de la década de los 90, muchos profesionales destinados a la resolución de conflictos como abogados, jueces, psicólogos, trabajadores sociales, entre otros, entendieron necesario el uso de nuevas metodologías y herramientas destinadas a desempeñar su trabajo con mayor éxito ⁶.

La demanda de esas herramientas radica en la insuficiencia de soluciones eficaces aportadas durante el transcurso de un proceso, y por la deshumanización del asunto que se produce, en ocasiones, cuando es llevado por la vía judicial. La idea consistía en utilizar herramientas que ayudaran a una mejor gestión del conflicto de una forma más personal.

De esta manera, se abre una puerta a la llamada “justicia terapéutica”, que se configura como un nuevo paradigma legal para autores como PILLADO GÓNZALEZ. Esta autora define la “justicia terapéutica” como *“una perspectiva interdisciplinar que pretende identificar aquellos efectos no deseables derivados de la aplicación de las leyes, de los*

⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P, *Mediación familiar. Una visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 15.

procedimientos y de la forma de actuar de sus operadores y que inciden en el bienestar emocional de las personas”⁷.

En otras palabras, la justicia terapéutica pretende dar un enfoque más cercano y humano a la hora de aplicar o modificar las normas, produciendo con ella, efectos positivos o terapéuticos en los individuos.

Siguiendo el modelo de la “justicia terapéutica”, es necesario intentar reducir en gran medida los daños y costes que surgen a raíz de la resolución de un conflicto llevado por la vía del proceso judicial.

Esta idea, según PILLADO GONZÁLEZ, se materializa en la creación de tribunales especializados, en atención a las necesidades específicas de la cuestión de fondo a la que se pretende dar solución. La justicia terapéutica surgió en los años de los dos mil en EE. UU, y posteriormente, se extendió a otros países del sistema judicial anglosajón. No obstante, en España, esto puede relacionarse con los tribunales especializados que contempla nuestro legislador como los juzgados de familia, los juzgados de menores, los juzgados de violencia de género, pero, en opinión de esta autora, se necesitan procedimientos específicos para lograr ese efecto, no sólo la creación de dichos tribunales⁸.

Otra manifestación de esta idea, en perspectiva penal, es la que contempla el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2020 que surge a raíz de las propuestas anteriores de 2011 y 2013, y que no llegaron a materializarse. Se centra en conseguir modificar la ley de carácter procesal penal abogando por una justicia restaurativa, lo que implica una humanización de esta. Todo ello, para conseguir la eficacia de la misma, es

⁷ PILLADO GONZÁLEZ, E. (Dir.), *Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: avances desde la justicia terapéutica*, ed., Dykinson, Madrid, 2019, p. 412.

⁸ Los Juzgados especializados quedan regulados en la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#), y son órganos judiciales unipersonales que tienen atribuido en exclusiva el conocimiento de determinadas materias. Por ejemplo; la creación de los Juzgados de Violencia de género se introdujo con la [Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género](#); los Juzgados de Menores conocen de los delitos cometidos por personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, y conforme a la [Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores](#), son competentes para conocer y ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito.

decir, crear un sistema procesal penal garantista y eficaz en cuanto a respuesta a los conflictos individuales y colectivos de la sociedad se refiere. La idea es no centrarse en castigar en aplicación de las leyes la conducta típica sino proporcionar una reparación real y efectiva del daño, que no sea únicamente una restitución o retribución económica.

La ubicación de esta nueva idea en el Anteproyecto, la encontramos en el Libro I - “Disposiciones Generales”- como formas de terminación del procedimiento penal: la conformidad, la manifestación del principio de oportunidad, y la justicia restaurativa, que se manifiesta en alternativas para la resolución de los conflictos como la mediación penal, en donde ambas partes vean satisfechos sus intereses, sin necesidad de centrarnos solo en la imposición de un castigo como medio para ello.

En otras líneas, el Derecho de familia requiere de un contacto estrecho con la persona y sus sentimientos, de ahí que la justicia terapéutica se presente como una exitosa perspectiva de la gestión y resolución de conflictos familiares. Estos pueden tener un carácter civil como aquellos que surgen en consecuencia de una separación matrimonial, un divorcio, o incluso, del inicio de un proceso de modificación judicial de la capacidad. O también, estos conflictos pueden surgir en el marco penal, en tanto, aquellas agresiones, o maltrato con personas con las que guardes relación de parentesco, son situaciones que, por su carácter sentimental, se convierten en escenarios sensibles y complejos que requieren de un trato más próximo, y esto puede ser proporcionado por la institución de la mediación.

En conclusión, la “justicia terapéutica” se presenta como un nuevo paradigma legal que permite el acercamiento de la figura del juez, preservando la imparcialidad que le es propia, logrando así una disminución del coste económico, social y moral de las partes en el proceso.

2.1 La mediación: concepto y características propias

La mediación se constituye como un instrumento de la justicia terapéutica, ya que el tercero neutral que facilitará el diálogo entre las partes para alcanzar un acuerdo consentido por ambos, sin proponer la solución al conflicto, propicia un acercamiento

personal que ayuda a reducir los daños morales que podría ocasionar si uno se viese destinado a “perder” y otro a “ganar” el asunto.

En los últimos años, España ha avanzado considerablemente en materia de mediación. Ahora bien, podemos observar referencias de la mediación en distintos países, continentes y culturas a lo largo de la historia, ya que con la finalidad de resolver los conflictos interpersonales se acudía a un tercero con autoridad para que los afectados intervinientes pudieran ver solucionado su problema de forma pacífica, sin recurrir a métodos propios sin garantías. En concreto, en España, tenemos un ejemplo de cómo surgían métodos adaptados a los problemas del momento, es el caso del Tribunal de las Aguas de Valencia, datado del siglo XIII, que surgió con la finalidad de hacer un reparto equitativo de las aguas en dicha Comunidad para su uso y aprovechamiento.

La mediación, permite el contacto entre las partes de forma estrecha, fomentando el diálogo entre ellas, alcanzando un acuerdo acorde a sus necesidades y prolongado en el tiempo. Resulta importante destacar que, al recurrir a la mediación, las partes no pierden el control del conflicto en ningún caso.

La promoción de este método se refuerza con la creencia, por parte de profesionales y de la ciudadanía en general, de la utilidad que aporta en nuestro día a día, y en nuestra forma de entender los problemas actualmente. Y para ello, es muy importante la concienciación social y el abandono de prejuicios derivados de la falta de información.

Si atendemos al concepto de mediación, PUY MUÑOZ la define diciendo que, *“la mediación es un procedimiento jurídico de resolución extrajudicial de conflictos entre las personas, caracterizado por la intervención de una tercera persona, neutral e imparcial respecto de las partes en controversia, que aceptan que las auxilie en la búsqueda de una solución satisfactoria para ambas, dentro de los límites fijados por la ley”*⁹.

⁹ PUY MUÑOZ, F, “La expresión “mediación jurídica”. Un análisis tópico”, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M., “Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente”, ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 21 – 22.

De la anterior definición se extraen unas características generales sobre las que se fundamenta la mediación, así es:

- Un procedimiento
- Que resuelve un conflicto entre dos partes
- Alcanzando un acuerdo justo y legal
- Resultado de un diálogo mantenido de forma voluntaria
- Moderado por un tercero que se conoce como “mediador” que resulta imparcial y neutral

El empleo de esta técnica resulta ventajosa, tal y como expresa la Exposición de Motivos de la LMACM, ya que tiene la *“capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos”*¹⁰.

La figura del “mediador” se caracteriza por ser el tercero ajeno al conflicto que se mantendrá neutral durante el curso de la mediación, y que, con su debida formación, contribuirá o facilitará que las partes tomen la mejor solución para sus intereses. Dicha solución es muy probable que sea del agrado de ambas partes, en tanto, han sido estas las únicas protagonistas del procedimiento, logrando que el acuerdo alcanzado se cumpla voluntariamente, y la relación entre las partes perdure, o al menos sea viable.

El mediador carece de capacidad decisoria sobre el resultado final, tampoco aporta soluciones que, posteriormente, las partes adopten. Su labor consistirá en facilitar el diálogo y las relaciones comunicativas entre las partes para que sean estas quienes formulen el acuerdo más satisfactorio. Por tanto, acercará a las partes hasta lograr que sean ellas quienes gestionen el conflicto.

De esta manera, la LMACM corrobora, manifestando en su Exposición de Motivos, que el mediador *“es la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes”*¹¹.

¹⁰ Exposición de Motivos de la LMACM en su apartado I, párrafo III.

¹¹ Exposición de Motivos de la LMACM en su apartado III, párrafo II.

El artículo 13 de la citada ley, hace referencia a la persona del mediador como aquella que *“prestará los servicios para llevar a cabo la mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el artículo 14”* ¹².

A pesar de no encontrar una definición como tal en la norma, podemos entender al mediador como un profesional que ha recibido formación en mediación, y por ende estará sujeto a secreto profesional, y a los principios de confidencialidad y neutralidad. La formación del mediador le permite entender el origen del conflicto, analizar las posibles soluciones de este y las expectativas de las partes. Todo ello, empleando técnicas y herramientas comunicativas y psicológicas que buscarán el acercamiento entre los dueños del conflicto.

Llegados a este punto cabe plantearse si el papel del mediador abarca una mediación facilitadora o si, por el contrario, sería conveniente que fuera evaluativa ¹³.

Hemos hecho alusión a que el mediador no tiene capacidad de decisión, sólo ayuda a la gestión del conflicto, pues bien, este tipo de mediación, según la autora mencionada, sería facilitadora, no se pronuncia sobre el asunto ni ofrece soluciones. No obstante, existe también la mediación evaluativa que implica que el mediador aporta soluciones óptimas, y estas tienen carácter vinculante para las partes.

En relación con lo anterior, es interesante aclarar que la nota de voluntariedad no se ve constreñida por las soluciones aportadas en el transcurso del procedimiento de mediación porque el mediador ayuda a que sean las partes quienes tomen la solución idónea al

¹² *“La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”* (artículo 14 LMACM).

¹³ FERNÁNDEZ FUSTES, M.^a D, *“Mediación familiar. Una visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica”*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 95 y ss.

conflicto. Ahora bien, en los supuestos en los que el mediador aporte soluciones que se conviertan en vinculantes para las partes, hay que tener en cuenta no traspasar la línea que convierte a la mediación en voluntaria, muy diferente es proponer soluciones a imponer soluciones.

Para terminar, existen dos clases de mediación. Puede ser extrajudicial, si la persona acude a la mediación como recurso o método previo a la posibilidad de la vía judicial, o puede ser intrajudicial, cuando es el juez, en un proceso ya iniciado, quien deriva a mediación el asunto por considerar que existe entre las partes posibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso.

2.2 La mediación – proceso judicial – concordancia de sus principios informadores

Los ciudadanos acceden al proceso judicial ejerciendo el derecho de acción, o lo que es lo mismo, el derecho a la tutela judicial efectiva, que les garantiza la defensa de los derechos e intereses legítimos, y lo hace a través de un proceso con todas las garantías¹⁴. El inicio del proceso judicial requiere de la interposición de una demanda, es un acto procesal que inicia el proceso, e identifica a la parte demandante y demandada durante el mismo.

Por otro lado, la mediación es una alternativa al proceso para la resolución de conflictos, en donde las partes de forma voluntaria acuden a un procedimiento para intentar alcanzar un acuerdo satisfactorio con la ayuda de un tercero imparcial, el “mediador”. El inicio de esta vía requiere presentar una solicitud de iniciación del procedimiento de mediación, regulada en la LMACM y que más adelante, estudiaremos.

¹⁴ El acceso a los Tribunales, así como las garantías de un proceso jurisdiccional se contempla en el art. 24 de la Constitución española, señalando: “*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*”, en el apartado segundo continúa: “*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*”

La mediación, también, se rige por una serie de principios informadores recogidos en su ley reguladora, y en este epígrafe se realizará el análisis de estos principios con respecto a los que informen para el proceso judicial, apelando con ello al uso de la mediación en los conflictos actuales, ya que se constata que es un procedimiento garantista (art. 6 a 9 de la LMACM).

En primer lugar, haremos referencia al principio de voluntariedad y libre disposición. Este es el principio básico sobre el que se asienta la mediación, dado que es su razón de ser. Implica que las partes son quienes deciden si someterse a la mediación o no, en caso de ser derivados a mediación por el Juez, la voluntariedad se traduce en el hecho de que no están obligadas a mantenerse en el procedimiento de mediación si su voluntad fuera contraria. En cuanto a la libre disposición, son las partes quienes tiene que ser dueñas del objeto que someten a mediación, es decir, disponer de él ¹⁵.

En el proceso civil, el principio mencionado se traduce en el principio dispositivo. Las partes muestran su voluntad de iniciar o permanecer en el proceso; en el primer caso, por medio de la presentación del escrito de demanda, contestación a la demanda, y en su caso reconvencción; en el segundo caso, por medio de las formas anormales de terminación del proceso, las crisis procesales. Además, las partes en el curso de un proceso judicial pueden, en virtud del principio dispositivo, someterse a mediación ¹⁶.

Siguiendo con los principios que inspiran la mediación, el principio de confidencialidad ofrece a las partes sometidas a ella, la seguridad de que la información y datos de relevancia serán tratados de forma confidencial y no podrá iniciarse un procedimiento heterocompositivo (proceso judicial o arbitraje), en base a ellos, salvo las excepciones que menciona la propia ley de mediación. Esta confidencialidad se extiende a la figura

¹⁵ El art. 6 de la LMACM, señala: “*La mediación es voluntaria.*” Además, el apartado segundo cita: “*Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.*” Y, por último: “*Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.*”.

¹⁶ El art. 414.1 de la LEC, párrafo cuarto, señala: “*En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.*”.

del mediador, quien tiene el deber del secreto profesional, a las partes intervinientes y a las instituciones de mediación ¹⁷.

El principio de igualdad de partes rige tanto en el proceso judicial como en la mediación, y, *“requiere conceder a las partes de un proceso los mismo derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas”* ¹⁸.

En el procedimiento de mediación se pretende garantizar los diferentes puntos de vista de las partes en igualdad de condiciones, así como el derecho de defensa ¹⁹.

La mediación requiere que en la figura del “mediador” descansen los principios de neutralidad e imparcialidad, lo que implica que este no pueda actuar en interés o perjuicio de alguna de las partes. Asimismo, en el desarrollo de la mediación, el mediador ha de actuar con neutralidad para conseguir el resultado propuesto, es decir, un acuerdo de mediación que satisfaga a ambas partes ²⁰.

En la misma línea, en el proceso jurisdiccional, jueces y magistrados, administran justicia en nombre del rey, bajo el principio de imparcialidad (art. 117.1 CE) ²¹.

¹⁷ El art. 9 de la LMACM, anuncia el principio de confidencialidad, en su primer apartado: *“El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”*.

¹⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *“Derecho Jurisdiccional I: Parte General”*, ed. 24ª Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 225.

¹⁹ El art. 7 de la LMACM, en único párrafo, señala el principio de igualdad de partes e imparcialidad: *“En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”*.

²⁰ El art. 8 de la LMACM recoge el principio de neutralidad, anunciando que *“Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13”*.

²¹ *“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”*.

En último lugar, tanto en el proceso judicial como en la mediación, debe ser protagonista el principio de buena fe, lo que implica que, *“las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo”* (art. 10, apartado segundo, de la LMACM), debiendo prestar la colaboración necesaria al mediador cuando este la requiera.

En el proceso judicial, esto sería comparable con prestar la colaboración que el juez solicite, así como cumplir lo resuelto, y salvaguardar el proceso de cualquier conducta dolosa o contraria a la buena fe ²².

SEGUNDA PARTE

1. La mediación familiar: principios y procedimiento

A partir de este momento, abordaré la mediación como medio de solución de las disputas que surgen en el contexto familiar. El Derecho de Familia avanza como otras disciplinas a pasos agigantados, las nuevas concepciones de familia que aparecen y la reestructuración de la misma, hace que sea necesario el uso de métodos de resolución de controversias adaptados a las necesidades personales de los protagonistas del conflicto. Por esta razón, considero que la mediación promete importantes ventajas en este ámbito, y a continuación, expongo un análisis de sus singularidades.

1.1 Regulación de la mediación familiar - especial consideración Canarias – e idoneidad de conflictos de familia para la mediación

En relación con la regulación de la mediación en el ámbito familiar surge la pregunta de si la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye o no esta materia.

La aplicación de la mediación se delimita por la libre disposición del objeto litigioso por las partes en conflicto. Por tanto, conforme al art. 2 de la LMACM, se incluyen en el

²² Art. 118 de la CE, expone: *“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*.

ámbito de aplicación, los asuntos civiles y mercantiles, y de forma expresa quedan excluidas materias como la laboral que tiene regulación propia, materia penal, consumo, que tiene su regulación específica dentro de la institución del arbitraje de consumo y la mediación con las Administraciones Públicas.

La mediación es posible en muchos ámbitos, pero es más correcto atender al conflicto que se pretende resolver por mediación. Primero, ha de ser disponible el objeto conflictual por las partes, y después, ha de analizarse si es eficaz su resolución por dicha vía.

Centrando el tema en el Derecho de familia, la LMACM no menciona nada al respecto, únicamente anuncia la disponibilidad por las partes del asunto objeto de conflicto, de esta manera, temas como la capacidad o el estado civil de las personas, debemos entender que quedan fuera del ámbito de aplicación de la mediación. Siguiendo a MARTÍN DIZ, *“las materias excluidas de la mediación familiar, para tener una referencia clara, serían las que aparecen contempladas en el Libro IV (De los procesos especiales), y en su Título I, de la LEC, y sobre las cuales rige procesalmente la indisponibilidad del objeto del proceso tal y como preceptúa el art. 751 LEC. Parece claro, por tanto, que la mediación, en el ámbito del Derecho Privado, estaría vedada en materia de capacidad de las personas y reconocimiento o impugnación de la misma. No sería así, puesto que hay disposición legal expresa para los supuestos de conflictos en materia matrimonial por cuanto el art. 770.7 LEC habilita la opción de la mediación intrajudicial”*²³.

En cuanto a los conflictos idóneos para mediación familiar, hay que destacar la importancia en materia de separación y divorcio. Así es como, el autor VALL RIUS afirma que, en el ámbito de las relaciones familiares, *“Los más habituales y conocidos son los tipos de conflictos relacionados con las decisiones a pactar a partir de la finalización de la convivencia entre personas unidas o no en matrimonio y con hijos en común. Los aspectos que forman parte del convenio regulador de separación, divorcio o de guarda, custodia y alimentos pueden ser objeto de mediación antes, durante o después*

²³ MARTÍN DIZ, F., *“La mediación como sistema complementario de Administración de Justicia”*, ed. Consejo General del Poder de Justicia, 2010, p. 89.

*de un procedimiento contencioso de familia, incluidos los aspectos económicos y patrimoniales que a veces se tienden a obviar como objeto de la mediación familiar”*²⁴.

Por esta razón, las materias a incluir o excluir, en el convenio regulador, tras una separación o divorcio, son idóneos para resolver por mediación. Sin embargo, cuestiones como relaciones paterno filiales, ruptura de parejas de hecho, régimen de visitas de nietos y abuelos o familiares distintos a los progenitores, tutela, curatela, adopción nacional o internacional, pueden ser, también, susceptibles de mediación.

La legislación autonómica en mediación familiar tiene su origen en la Constitución de 1978, en su Título I (De los derechos y deberes fundamentales), Capítulo III (De los principios rectores de la política social y económica), art. 39 se reconoce: *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*. En este ámbito ha de proyectarse la mediación familiar. Ahora bien, las CC. AA al respecto, según se recoge en el Título VIII de la Constitución (De la organización territorial del Estado), art. 148: *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1º Organización de sus instituciones de autogobierno; 2º Asistencia social”*. En el apartado 2, se señala que, *“transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el art. 149”*

De esta manera, dentro de las competencias estatutarias, legisla cada Comunidad Autónoma sobre mediación familiar. Muchas materias competencia exclusiva del Estado han sido reguladas por legislación autonómica familiar a falta de norma estatal. La práctica nos ha mostrado como, en ocasiones, se elabora normativa autonómica para dar respuesta a cuestiones que la ley estatal no menciona.

Es cierto, que la diversidad de leyes autonómicas en esta materia ha dado lugar a medidas contrapuestas, pero también puede reconocerse como la sucesiva redacción de estas normas ha contribuido a la mejora en los planteamientos asumidos y en los resultados

²⁴ VALL RIUS, A., FERNÁNDEZ, J., FITÉ, J., GUILLAMAT, A., *“La mediación en el ámbito familiar”*, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J y POBLET, M., ed., *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona, 2009, p. 82-83.

conseguidos. Por tanto, se considera que la abundancia y variedad de normas en materia familiar de índole autonómica es un punto fuerte del sistema judicial español ²⁵.

GARCÍA VILLALUENGA y BOLAÑOS CARTUJO afirman que, *“las comunidades autónomas tienen en alta consideración la institución de la mediación familiar, conceptuándola como un instrumento de paz social en apoyo a la familia, con capacidad de promover la participación ciudadana en la Administración de Justicia. Todas 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 la solución de conflictos familiares”* ²⁶.

En el caso de Canarias, son dos las leyes promulgadas en materia de mediación familiar, la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (en adelante, LMF) y, la Ley 3/2005, de 23 de junio, modificadora de la anterior.

Los preámbulos de ambas leyes mencionan los precedentes americanos y la R (98), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y manifiestan que, *“en España existen ya diversas Comunidades Autónomas que han regulado e implantado dentro del ámbito de sus respectivos territorios este instrumento de resolución, siendo lógico pensar que en un futuro cercano lo asumirán el resto de las Comunidades Autónomas”*.

Además, hay que destacar que el preámbulo de la LMF menciona, *“que tiene como finalidad la adopción de esa institución en la Comunidad Autónoma de Canarias”* (...) *“como un sistema voluntario y extendido a cualquier conflicto que pueda surgir entre cónyuges, parejas de hecho, entre padres e hijos o entre hijos, y, en general, entre familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o aquellos que surjan entre personas adoptadas y sus familiares biológicas o adoptivas.”* En la Exposición de Motivos de la ley del año 2005, se amplía, *“el ámbito de la mediación a otros conflictos que puedan surgir en el seno de la familia, como es el caso de los abuelos con los nietos, así como*

²⁵ GARCÍA PRESAS, I., *“La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio”*, ed., La Ley, 2009, p. 56-57.

²⁶ GARCÍA VILLALUENGA, L., BOLAÑOS CARTUJO, I., *“La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar”*, Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas de Asturias, Guijón, 2006, p. 41.

extenderlo expresamente a la protección de los discapacitados o a los conflictos entre menores en acogida y sus familias biológicas o de acogida”.

Así como, *“no crea, aunque tampoco excluye, el establecimiento de algún órgano público de mediación”*, y para concluir, *“se ha optado por vincular esta institución al departamento que en esta Comunidad Autónoma tenga en cada momento las competencias relacionadas con la Administración de Justicia”*. Posteriormente, los acuerdos que se obtengan del procedimiento de mediación han de ser ejecutados por los Tribunales competentes.

Es lógico pensar que después de la redacción de la norma estatal, es decir, la LMACM, las normas autonómicas anteriores en materia familiar carezcan de efecto alguno. La ley que regula en estos momentos la mediación en asuntos familiares es la LMACM. No obstante, se sigue apreciando la falta de disposiciones en la LMACM, que armonicen la materia, y que destaquen las especialidades propias de la mediación familiar.

1.2 Principios propios del procedimiento de mediación familiar

En primer lugar, hablar de un procedimiento de mediación es correcto, pero asumiendo que puede variar, en función del caso concreto o del mediador. No se trata de un procedimiento rígido (como son las normas procedimentales en el curso de un proceso judicial), sino un procedimiento flexible que se adapta a la voluntad de las partes en todo momento. Por tanto, la flexibilidad se constituye como un principio básico del procedimiento de la mediación familiar.

No obstante, flexibilidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad. Tampoco puede generar insuficiencia de seguridad jurídica, ya que las partes han de conocer qué les depara el someterse a mediación. Hay que entender la flexibilidad como una característica propia del procedimiento de mediación familiar, y como la capacidad de este de adaptarse a las situaciones concretas, pero existen unas normas mínimas que han de respetarse, en todo caso.

El mediador, dentro de unos mínimos, puede optar por un modelo de mediación u otro, en función de los intereses y del fin que se pretenda conseguir. De este modo, se podría

hablar de un procedimiento para asuntos familiares, otro para la mediación en justicia restaurativa, o un procedimiento dedicado a los asuntos civiles y mercantiles. Ahora bien, todos ellos, tienen una estructura en común, con una serie de fases o etapas que marcan su procedimiento.

Además, otros principios propios del procedimiento de mediación familiar son:

La oralidad, con carácter general, la mediación es inminentemente oral. Es mucho más ágil y eficaz, llegar a un acuerdo mediante un procedimiento verbal, en dónde el diálogo se presenta como un elemento esencial en los asuntos familiares. Sin embargo, la flexibilidad del procedimiento permite que determinadas actuaciones puedan ser escritas, y otras, por razones de seguridad jurídica, también sean escritas, como el acta constitutiva o la solicitud de inicio de la mediación.

La inmediación del procedimiento implica que exista contacto directo entre las partes y el mediador con la concertación de sesiones presenciales, de manera que el mediador, haciendo uso de sus conocimientos y habilidades, incentive a las partes a participar e implicarse hasta lograr la solución al conflicto.

El concepto de inmediación ligado al principio de oralidad difiere del proceso judicial, en tanto que el mediador carece de capacidad de decisión, y por ello, no es necesario que forme su convicción a la vista de la actividad probatoria practicada por las partes ²⁷.

El principio de concentración de actuaciones y brevedad del procedimiento se configura como una exigencia legal, ubicada en el art. 20 de la LMACM, cuando señala que, *“la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones”*.

Y en último lugar, el principio de secreto de actuaciones. En la mediación, no rige la publicidad de las actuaciones (como sucede en el proceso judicial), es decir, el hecho de que pueda ser presenciado el procedimiento por el público en general (la publicidad

²⁷ BARONA VILAR, S, *“Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 344 y 345.

absoluta). En la mediación rige el principio de publicidad relativa, es decir, conocerán las actuaciones las partes, sus letrados y el mediador. La publicidad relativa está relacionada con el principio de confidencialidad del art. 9 de la LMACM, aun así, puede alzarse el secreto de las actuaciones por acuerdo expreso y escrito, fruto de la voluntad de las partes.

Existe otro principio común a todo procedimiento, incluido el de mediación familiar, y es el principio de la buena fe que se exige en el transcurso del procedimiento a las partes, e implica, por ejemplo, evitar conductas, como el sometimiento a la mediación con el fin de retrasar o alterar la vía judicial.

2. Las fases del procedimiento de mediación familiar

Como ya adelantaba, el procedimiento de mediación es flexible, lo que supone que la LMACM, no contempla unas normas procedimentales rígidas.

El Preámbulo de la LMACM, se refiere a un “procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación sean los que determinen libremente sus fases fundamentales. La norma se limita a establecer aquellos requisitos para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio, pues, a veces, como enseña la experiencia aplicativa de esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto”.

La regulación de los preceptos relativos al procedimiento se recoge en el Título IV de la Ley, correspondiente a los art. 16 a 24. Podrán ser complementados con lo que establezcan las partes en la llamada sesión constitutiva o con las cláusulas pactadas previamente, es decir, en el momento que manifestaron su voluntad de someterse a mediación.

En los casos que las partes no expresen cláusulas de sumisión a la mediación, y sea designada una institución que ofrece servicios de mediación, se hará alusión a las normas procedimentales que contengan los reglamentos de las instituciones.

En último lugar, en los casos en que las partes hayan designado un mediador, este podrá determinar normas procedimentales que serán conocidas y aceptadas por las partes en la sesión informativa y constitutiva, respectivamente.

Las referidas normas son aplicables tanto a la mediación extrajudicial, como a aquella derivada por el juez o intrajudicial.

La autora SOLETO MUÑOZ señala, que puede hablarse de una serie de etapas previas al procedimiento de mediación en sí, como serían la selección del asunto adecuado, la comunicación previa con las partes en conflicto a fin de ofrecerles la posibilidad de iniciar la mediación, la valoración de la posible intervención de terceros ajenos a las propias partes durante el proceso ²⁸.

Otros autores también hacen referencia a una “pre-mediación” como fase destinada a preparar la mediación y el procedimiento propiamente dicho, así, NOVEL MARTÍ señala que, *“pre- mediación: recogida de información previa acerca del conflicto, preparar a las partes y el contexto para entrar a trabajar en la gestión del conflicto, a través del proceso de mediación”* ²⁹.

A continuación, se estudiarán cada una de las fases del procedimiento de mediación, tal y como se regulan en la LMACM.

2.1 Iniciación del procedimiento (art. 16)

La Directiva 2008/52 CE, en su art. 5.2, permite un amplio margen de discrecionalidad a la hora de trasponer al ordenamiento jurídico su contenido, en concreto, con el carácter obligatorio o no, de la mediación.

²⁸ SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *“Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos”*, ed. Tecnos, 2017, p. 226-229.

²⁹ NOVEL MARTÍ, G., *“Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido”*, ed. Reus, Madrid, 2010, p. 192.

En España, la mediación no es obligatoria, sino que el procedimiento se iniciará a instancia de parte, con base en la voluntariedad, o por derivación judicial, en los casos que el Juez en el curso de un proceso judicial ya iniciado, lo considere oportuno para obtener la mejor solución del conflicto.

La posible obligatoriedad de la mediación supuso diferencias en relación con quienes consideraban que podía suponer una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), y quienes entendían que su obligatoriedad, produciría la cultura de mediación en la sociedad ³⁰.

Por tanto, el inicio del procedimiento de mediación puede llevarse a cabo de común acuerdo por las partes, o por cumplimiento de una de ellas de un pacto de sometimiento a la mediación. En el caso de que sea una de las partes quien tenga voluntad de iniciar el procedimiento, podrá hacerlo siempre que la otra parte preste su consentimiento ³¹.

El inicio del procedimiento se materializa en una solicitud conjunta o de una de las partes, que luego somete a verificación de la otra, que contendrá los datos expuestos en el art. 16.1 de la LMACM, entre ellos; designación de mediador (o más de uno si las circunstancias lo permiten) o institución de mediación, lugar donde se desarrollarán las sesiones o la lengua(s) que regirán el procedimiento hasta su conclusión. Así como, cualquier información relativa a salvaguardar la igualdad de oportunidades de las personas necesitadas de especial protección ³².

³⁰ Debate generado a raíz de la redacción por parte del Gobierno del Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 29 de abril de 2011, que la establecía obligatoria en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda en los juicios verbales de reclamación de cantidad, en previsión de la Disp. final 4ª.10 del texto que añadía un apdo. 3 al art. 437 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC). El art. 7.1 del Proyecto de Ley, ya citado, menciona que será voluntaria, “*sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación nacional*”.

³¹ El Art. 16 de la LMACM, “*El procedimiento de mediación podrá iniciarse: a) De común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones; b) Por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquéllas*”.

³² En atención a la Disp. adic. 4ª de la LMACM, el procedimiento de mediación tiene que garantizar, “*igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*” (...) “*la utilización de la lengua de signos y los medios de apoyo a la comunicación oral, el braille, la comunicación táctil o cualquier otro medio o sistema que permita a las personas con discapacidad participar plenamente del proceso*”.

Uno de los objetivos de la etapa previa a la mediación en sí, es dejar constancia del conflicto objeto de mediación. El art. 16 no se pronuncia al respecto, pero esta cuestión es muy importante, en tanto que en la mediación en asuntos familiares existen algunas materias indisponibles para las partes, como las que tienen relación con la capacidad y con el estado civil de las personas, que quedan fuera del ámbito de aplicación de la misma.

La admisión de la solicitud no requiere ningún trámite específico, únicamente el mediador deberá verificar que se cumplen los requisitos legales para poder llevar a cabo la mediación. En el momento en el que se tramita a la solicitud se inicia el procedimiento de mediación, y tienen lugar los siguientes efectos:

En primer lugar, la imposibilidad de las partes de acudir a otros métodos judiciales o extrajudiciales de solución de conflictos mientras el procedimiento de mediación esté pendiente.

En segundo lugar, el art. 4 de la LMACM en relación con el art. 16 del mismo texto legal, recoge la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones. Ahora bien, si en el plazo de 15 días naturales, no se ha firmado acta de la sesión constitutiva, dichos plazos se reanudarán. Además, la suspensión se prolongará hasta la firma del acta final.

Por un lado, puede ser decidida por las partes en virtud de lo dispuesto en el art. 19 de la LEC que faculta a los litigantes, siempre que dispongan del objeto del proceso, a someterse a mediación en los casos que no afecte al interés general ni suponga un beneficio de tercero. En estos casos podrá suspenderse el proceso siempre que no se supere el plazo de sesenta días, tal y como se recoge en el apartado 4º apartado del art. 19, antes mencionado ³³.

³³ *“Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.*

Por otro lado, es posible que sea el órgano jurisdiccional el que ofrezca a las partes la posibilidad de acudir a un juicio ordinario o verbal.³⁴

En los conflictos de derecho de familia que se tramitan por los cauces del juicio verbal, el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ), en el momento de la citación a la vista del juicio, aprovechará el momento procesal para informarles de la posibilidad de acudir a mediación y de sus beneficios para que acudan a la sesión informativa, incluso en el desarrollo de la vista, podrá el órgano jurisdiccional invitarles a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso (art. 440 de la LEC).

2.2 Sesión informativa (art. 17)

La sesión informativa tiene por finalidad, facilitar a las partes información acerca del procedimiento de mediación. Por un lado, información relativa a la institución de la mediación, sus características y efectos, y de otro, informar sobre quien ostenta el papel de mediador³⁵.

No es una fase obligatoria, en tanto si se pacta en el contrato de mediación, puede prescindirse de ella, y de esta manera pasar a la siguiente fase. El fundamento de ello radica en la flexibilidad que caracteriza al procedimiento de mediación.

- Citación y asistencia a la sesión informativa

³⁴ En relación con el juicio ordinario, el art. 414.1 de la LEC menciona, *“En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”*. Y en cuanto a la celebración de juicio oral, el art. 440.1 de la LEC, cita que *“En la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma”*.

³⁵ El artículo 17. 1 de la LMACM señala: *“Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa”*.

El contenido de la sesión informativa está recogido en el art. 17.1. II de la LMACM, en él: *“En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva”*.

Resulta imprescindible que las partes conozcan una vez iniciado el procedimiento, con tiempo suficiente, el día y hora en la que tendrá lugar la sesión con carácter informador. La citación se practicará conforme a lo pactado en el contrato de mediación, o en todo caso, según lo dispuesto en los reglamentos de la institución de mediación concedora del procedimiento.

Asistir a la sesión informativa no es obligatorio, incluso cuando haya pacto previo. Ahora bien, quedará constancia de la citación, a través del medio de comunicación por el que se realice, por ejemplo, notificación vía correo postal.

Una vez practicada la citación, las partes pueden decidir si asistir o no en virtud del principio de voluntariedad. El art. 17.1 de la LMACM recoge que, “*en caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada*”, además continúa diciendo, “*la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial*”.

En caso de no asistir una de las partes, existen dos escenarios posibles, según la autora PILLADO GONZÁLEZ ³⁶:

Primero; por un lado, que previamente hayan pactado someterse a mediación y al no hacerlo, incurra en responsabilidades en tanto supone un incumplimiento contractual. Y, por otro lado, otra consecuencia, es que ese hecho pueda usarse para iniciar el correspondiente proceso judicial, por no quedar amparado bajo el principio de confidencialidad del art. 9 de la LMACM ³⁷.

³⁶ PILLADO GÓNZALEZ, E., “*Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*”, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 275.

³⁷ Derivado de un incumplimiento contractual, puede exigirse indemnización de daños y perjuicios conforme al art. 1101 del C.C.

El segundo de los escenarios guarda relación con la condena en costas en el posterior proceso judicial que, se inicie, por quien ha comparecido a la sesión informativa, si la otra se allana a la hora de contestar a la demanda ³⁸.

La LMACM, aclara el segundo apartado del art. 395 de la LEC, diciendo que se entenderá que existe mala fe si antes de presentada la demanda, se hubiera intentado una mediación sobre el mismo objeto de la demanda. De este modo, la información sobre quien no ha asistido a la sesión informativa podrá servir como prueba para acreditar la mala fe y así proceder a la condena en costas.

2.3 Sesión constitutiva (art. 19)

El objetivo que se pretende con esta sesión es que ambas partes manifiesten cuestiones importantes para el buen desarrollo del procedimiento de mediación, y que, de forma expresa, manifiesten su voluntad de intentar alcanzar un acuerdo por esta vía.

Esta sesión da comienzo con la firma del acta por el mediador y las partes, en este punto, se inicia el procedimiento de mediación en sentido estricto.

El acta de la sesión constitutiva, con el fin de preservar la seguridad jurídica, contendrá, con base en el art. 19 de la LMACM, los siguientes datos:

- Identificación de las partes, todos aquellos datos como teléfono, apellidos, domicilio que no hayan sido aportados en la solicitud de inicio.
- La designación del mediador o institución de mediación, de común acuerdo por las partes, o la aceptación de una de las partes del designado por la otra.
- El objeto del conflicto que se somete a mediación; es necesario que quede constancia del conflicto o parte del conflicto, que se va a someter a mediación, por ejemplo, la determinación del régimen de visitas o de custodia de los hijos.
- El programa de actuaciones y la duración máxima prevista para el procedimiento. Implica determinar si las sesiones serán individuales o en conjunto, el número aproximado de sesiones, la forma en la que se desarrollarán siendo esta presencial

³⁸ El art. 395.1 de la LEC establece que si el demandado se allana antes de contestar a la demanda no procederá la imposición de costas *“salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado”*.

o telemática, la duración aproximada de las sesiones. Todo ello, sin perjuicio de posibles modificaciones en aras de la flexibilidad del procedimiento.

- La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, en tanto la mediación genera unos gastos como son los honorarios del mediador, y otros como los que surgen en el desarrollo del procedimiento, por ejemplo, la intervención de un perito o de un intérprete. Sobre esta cuestión es aconsejable determinar la forma de pago de estos casos, a pesar del silencio del precepto sobre ello.
- La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

El acta constitutiva es el resultado de toda esa información mencionada en el art. 19 de la LMACM que deberá ser firmada por las partes y el mediador. No obstante, siguiendo a PILLADO GONZÁLEZ, es conveniente, si lo deciden las partes, hacer constar la intención de elevar a escritura pública el acuerdo que se obtenga y cómo se asumirá el coste de protocolización ³⁹.

2.4 Fase de negociación (art. 21)

El art. 21 de la LMACM, desarrolla unas pautas generales que deben regir el desarrollo del procedimiento de mediación. Esta fase pretende alcanzar un acuerdo eficaz y válido, por lo que las partes y el mediador, “negociarán”, hasta alcanzarlo.

El precepto, en su apartado primero, menciona que el mediador en el desarrollo de las sesiones facilitará las posiciones de las partes e intentará que la comunicación sea equilibrada e igual. Además, añade que el mediador dirigirá las sesiones, así como, las convocará con tiempo suficiente para compaginar las agendas laborales y personales de los intervinientes.

El art. 21 manifiesta que, “*las comunicaciones entre el mediador y las partes pueden ser o no simultáneas*”, el mediador puede convocar sesiones individuales con el fin de alcanzar el acuerdo, en el menor tiempo posible, ya que, en ocasiones, puede generarse

³⁹ PILLADO GONZÁLEZ, E., “*Mediación Familiar...*”, op. cit, Valencia, 2015, p. 280.

situaciones de bloqueo entre las partes, y para restablecer el equilibrio es necesario que el mediador escuche a las partes por separado para comprender su posición en el conflicto o para buscar estrategias de acercamiento entre ellas. Ahora bien, es importante tener presente en todo momento que la figura del mediador es neutral e imparcial, por lo que nunca el desarrollo de estas sesiones puede beneficiar a una de las partes sobre la otra.

El mediador, por lo general, actúa en función de sus conocimientos. El procedimiento es flexible, no implica que actúe de forma arbitraria, pero sí tiene un amplio margen de discreción. En concreto, en mediación familiar, no se suele levantar acta al finalizar cada una de las sesiones, pero el mediador actuará atendiendo al caso concreto. No obstante, las anotaciones, al finalizar cada una de estas sesiones, son aconsejables para poner de manifiesto cuestiones relevantes que se hayan abordado o compromisos que vayan adquiriendo en el transcurso de la sesión que ayuden a alcanzar el acuerdo.

2.5 Terminación del procedimiento de mediación (art. 22)

Con carácter general, al finalizar el procedimiento se obtiene un acuerdo, fruto de esas negociaciones y esos compromisos obtenidos en el curso de la mediación. Sin embargo, en el derecho de familia, hay muchas cuestiones que se someten a mediación con el fin de aliviar tensiones emocionales o mejorar la convivencia y comportamientos para el futuro, por lo que en algunas ocasiones se mejoran las relaciones sin pretender alcanzar un acuerdo como tal ⁴⁰.

El art. 22 de la LMACM, hace referencia a la terminación del procedimiento indicando que puede concluir con acuerdo o sin él. En el caso de finalizar sin él, puede ocurrir que las partes en virtud de la voluntariedad que caracteriza al procedimiento hayan decidido desistir, o incluso, puede que haya transcurrido el plazo pactado y no se haya llegado a un acuerdo. El mismo precepto señala la posibilidad de que el mediador, decida dar por concluido el procedimiento en los casos en que, *“aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”* ⁴¹.

⁴⁰ Apdo. IV Exposición de Motivos de la LMACM

⁴¹ *“El procedimiento de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones,*

Por tanto, la terminación del procedimiento mediante acuerdo será estudiada en la tercera parte de este trabajo, haciendo ahora referencia a la terminación del procedimiento de formas distintas a la habitual; por voluntad de las partes (o de una de ellas), por el transcurso del tiempo pactado, o a instancia del mediador.

En el caso de que sean las partes o una de ellas, de forma unilateral, la que decida terminar el procedimiento, no se exigirá alegación de motivo alguno, de modo que no se vea limitada la nota de la voluntariedad. Las razones pueden ser muy variadas, por ejemplo, la falta de esperanza de lograr un acuerdo acorde a sus expectativas o la pérdida de tiempo. No obstante, en virtud del art. 22. 2 de la LMACM, *“el rechazo de las partes a su mediador sólo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador”*. Ese rechazo puede venir derivado de la falta de imparcialidad apreciada por las partes, entre otras razones.

Esta forma de terminación anticipada del procedimiento no exime del pago de los costes generados en el transcurso de este, que serán abonados según el art. 15 de la LMACM, en partes iguales, *“salvo pacto en contrario”*.

En relación con la causa del transcurso del tiempo, en la sesión constitutiva, se deja constancia del plazo estipulado por las partes para llevar a cabo la mediación, una vez superado este plazo, las partes pueden decidir terminar el procedimiento sin acuerdo. Ahora bien, es voluntad de las partes decidir terminarlo o no, el mero hecho del transcurso del plazo no supone la finalización del procedimiento, ya que ese plazo, el legislador en el art. 19 de la LMACM considera que es modificable, al igual que las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento.

comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. Con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses”.

Cuando es el mediador en virtud de su papel de “director” de la mediación, quien decide dar por terminado el procedimiento, tiene que alegar causa justificada, ya que sin esa justificación se puede entender como una decisión arbitraria que originaría responsabilidad por los daños y perjuicios causados ⁴².

El mediador puede entender que la mediación no está produciendo los efectos deseados u observa mala fe en las partes, estas son razones suficientes para concluir el procedimiento. No se entiende terminado cuando el mediador renuncia al procedimiento, pero continua, al nombrarse a otro en su lugar.

Eso sí, una vez terminado el procedimiento, se redactará un acta final que contendrá los acuerdos a los que hayan llegado las partes con la ayuda del mediador, o si no se obtiene acuerdo, la razón o razones que originaron su terminación anticipada ⁴³.

El acta, reflejo de lo sucedido en el procedimiento de mediación, tendrá que ser firmada por las partes y el mediador o mediadores. Además, a continuación, se procederá a la entrega de una copia, a cada una de las partes, que pruebe que han intentado la mediación, independientemente, de que hayan obtenido o no acuerdo.

Con fundamento en la confidencialidad del procedimiento, una vez acabado el mismo, el mediador devuelve a las partes los documentos de los que se han valido y las anotaciones realizadas por este con el fin de aclarar el conflicto. De no devolverlos, se conservarán o

⁴² Hay que recordar que la responsabilidad de la figura del mediador viene recogida en el art. 14 de la LMACM, con la siguiente redacción, “*La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben*”.

⁴³ El art. 22. 3 de la LMACM, “*El acta final determinará la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible, o su finalización por cualquier otra causa. El acta deberá ir firmada por todas las partes y por el mediador o mediadores y se entregará un ejemplar original a cada una de ellas. En caso de que alguna de las partes no quisiera firma el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen*”.

custodiarán por el mediador o por la institución de mediación con arreglo a sus reglamentos, por el plazo máximo de 4 meses.

Por tanto, la terminación del procedimiento tiene como consecuencia, por un lado, la redacción del acta final firmada por las partes y el mediador, y, por otro lado, la devolución a las partes de los documentos y anotaciones de las sesiones celebradas.

TERCERA PARTE

1. Acuerdo de mediación en atención a las singularidades que presenta en el contexto familiar

1.1 Determinación y naturaleza del acuerdo de mediación

Resulta importante realizar una caracterización del acuerdo de mediación, así como determinar su naturaleza, antes de abordar otras cuestiones como su eficacia, posible incumplimiento y ejecución.

El acuerdo de mediación es la denominación que recibe la resolución concreta de un conflicto, por tanto, es el resultado del procedimiento de mediación. Hay que diferenciar este término, de otros como el acta final, contrato de mediación o incluso cláusulas de mediación.

El acta final, es el documento firmado por el mediador y por las partes, poniendo fin al procedimiento de mediación, así queda regulado en el art. 22.3 de la LMACM. Durante el mismo, se puede llegar a un acuerdo o puede considerarse el mediador que, dadas las circunstancias del caso, no sea posible llegar a un acuerdo, y de ese modo dar por finalizada la vía mediadora ⁴⁴.

Otra de las diferencias entre las figuras del acuerdo y del acta, tiene su origen en el art. 22 de la LMACM, la formalización en título ejecutivo del acuerdo se realiza por las partes

⁴⁴ Recuérdese otras formas posibles de finalización del procedimiento en el subepígrafe “Terminación del procedimiento de mediación”, en el epígrafe de “Fases del procedimiento de mediación” en este trabajo.

ante notario y deberán acompañarse las copias del acta de la sesión constitutiva y final del procedimiento, es decir, el acta final. Por otra parte, el acta será firmada por las partes, y ella podrá contener, o no, el acuerdo.

También, es preciso destacar el contrato de mediación como la voluntad de las partes de someter la resolución de un conflicto a la mediación, en él se muestra de forma inequívoca, la voluntad de ambas partes de iniciar el procedimiento de mediación con la intención de llegar a la resolución de la controversia. Dado el contenido del contrato de mediación podría asimilarse a la sesión constitutiva, ya que en él figurarán las prestaciones y voluntad de someterse a dicho método. Sin embargo, no se trata de un acuerdo de mediación por no contener los pactos finales de la resolución del conflicto.

En cuanto a las cláusulas de mediación son fijadas por las partes para someter una determinada cuestión o contienda a mediación. Los art. 6 y 10 de la LMACM regula las mismas, de establecerse la cláusula se entiende que desean someter a mediación el conflicto, ahora bien, no están obligadas a hacerlo, porque en esencia la mediación es voluntaria, y así se contempla en el art. 6.3 de la LMACM ⁴⁵.

Realizada una aproximación al concepto de, **acuerdo de mediación**, la repercusión de este, debido a su carácter interdisciplinar, puede ser muy variada.

Corresponde analizar la mediación desde la perspectiva jurídica, por lo tanto, la proyección del acuerdo en la esfera jurídica es diferente, si se compara con el efecto que produce en otras ciencias, como la psicología o el trabajo social, en donde se pretende con él, restablecer los vínculos o las relaciones entre los sujetos, así como abrir cauces de comunicación entre las partes ⁴⁶.

Desde una perspectiva jurídica, el acuerdo se configura como la finalidad de la mediación, así, el art. 1 de la LMACM, reconoce que la mediación como método alternativo de

⁴⁵ "nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo".

⁴⁶ ALGABA ROS, S., "El acuerdo de mediación familiar: su singularidad", InDret, 2018, p. 7.

resolución de conflictos pretende que las partes con intervención del mediador lleguen a un acuerdo que les produzca satisfacción. Además, siguiendo el modelo de mediación de Harvard, la autora ALGABA ROS, defiende como el acuerdo en sí mismo es la finalidad de la mediación ⁴⁷.

En concreto, en el ámbito familiar, sumado a la intención de alcanzar un acuerdo que resuelva el conflicto, se pretende tener en consideración a todos los participantes – entre ellos, menores, frecuentemente-, o incluso mejorar la gestión del conflicto con vistas al futuro, desde una perspectiva terapéutica.

De este modo, el acuerdo de mediación familiar se caracteriza atendiendo a la forma que reviste y a las finalidades que estudiamos.

En cuanto a la naturaleza del acuerdo, surgen distintas posturas que resultan interesantes, así, el acuerdo de mediación familiar se relaciona con la figura del contrato, en ciertas normas autonómicas, y deriva del marcado carácter contractual que se le otorga al derecho de familia, en tanto, es un acuerdo de voluntades ⁴⁸.

A pesar de la relación que pueda existir entre el derecho de familia y las reglas generales de las obligaciones y los contratos, el ámbito familiar, tiene una importante vinculación con principios éticos que rigen las relaciones personales. Por esta razón, el derecho de familia se entiende como un negocio jurídico particular, y este puede ser, *sui generis* o transaccional.

El autor, ROGEL VIDE, defiende el carácter transaccional del acuerdo de mediación ⁴⁹.

En líneas similares, también, la autora TAMAYO HAYA, al defender los requisitos esenciales de la transacción y realizar una aproximación entre ambos conceptos, pero con

⁴⁷ Ídem, p. 7.

⁴⁸ Ley 1/2009, de 27 de febrero reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad de Valencia.

⁴⁹ ROGEL VIDE, C., "*Mediación y transacción en el derecho civil*", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N.º 3, 2009.

una matización, en el hecho de que no siempre coincide el acuerdo con la figura de la transacción, aclarando que, *“puede haber transacciones que no se alcancen en el seno de un procedimiento de transacción, y mediaciones que no finalicen con la firma de una transacción entre las partes”*⁵⁰.

Sin embargo, la LMACM y las normas autonómicas no se refiere al acuerdo como una transacción, ya que, para obtener un acuerdo de mediación, hay que someterse a un procedimiento de mediación con todas sus fases y garantías, y donde interviene un tercero con la finalidad de ayudar a las partes a gestionar y restaurar la comunicación. De esta manera, se le imprime a la mediación un carácter no transaccional, o por lo menos, no el carácter de una transacción propiamente dicha.

La opinión mayoritaria apoya el carácter no transaccional, acogiéndose a argumentos como el que contiene el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles aprobado el 13 de mayo de 2010, en donde en su punto nueve menciona que, no se entiende la equiparación de acuerdo de mediación y transacción, diciendo, *“que no se trata de equiparar linealmente los efectos del acuerdo de mediación a los de la transacción -como si se tratase de la misma figura, a salvo la intervención de un tercero en papel de mediador-, sino de admitir que uno de los posibles resultados de la mediación puede ser la celebración de una transacción entre las partes”*.

Entendiendo que el acuerdo de mediación no es una transacción, es importante identificar un acuerdo de mediación familiar dentro de los que emanan de la mediación civil. En términos generales, la materia de derecho de familia es materia civil, pero presenta singularidades que, de algún modo, ya hemos mencionado anteriormente.

El acuerdo de mediación familiar presenta particularidades que, ALGABA ROS⁵¹, resume en dos proyecciones. En primer lugar, se identifica por proyectarse en el derecho de familia, es decir, normas de derecho imperativo, pero de un fuerte carácter ético y

⁵⁰ *"Comentario al art. 23. El acuerdo de mediación"*, GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C., (Directores), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, ed. Reus, Zaragoza, 2012, p.287 y ss.

⁵¹ ALGABA ROS, S. *"El acuerdo de mediación familiar..."*, op.cit., p. 11.

personal, y por el marcado principio de la autonomía de la voluntad. La subjetividad que caracteriza en ocasiones este acuerdo no puede alejarse de la realidad jurídica, en ese momento, nace una de las particularidades del acuerdo de mediación familiar frente al civil. Y, en segundo lugar, el conflicto familiar se caracteriza por ser personal e íntimo, más complejo desde el punto de vista psicológico y emocional, y muy dinámico en tanto que varía con facilidad en el tiempo, de acuerdo con las circunstancias y necesidades del momento presente ⁵².

1.2 Acuerdo de mediación: sujetos – especial consideración a los menores- y contenido.

La LMACM en su art. 1, menciona que las partes, “*tienen que alcanzar por sí mismas un acuerdo*”, es decir, que las partes del procedimiento de mediación son las mismas que llegan a un acuerdo al concluir este. La mediación no se entiende, a tenor del art. 10 de la LMACM, de carácter personalísimo ⁵³, pero sí comprobamos este aspecto en otras leyes autonómicas en materia familiar, podemos ver cómo es una exigencia ⁵⁴.

Realmente es inevitable pensar que la mediación familiar es personalísima, debido a que los conflictos, en este ámbito, son íntimos y personales (nadie puede tomar una decisión o alcanzar un acuerdo que compromete la intimidad e intereses de otra persona distinta). A excepción de la mediación, en donde intervienen menores, dado que la condición de

⁵² Las características del conflicto familiar en las que se basa la autora ALGABA ROS para apoyar la singularidad del acuerdo de mediación familiar son fijadas por LUQUIN BERGARECHE, R., en su obra “*Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*”, ed., Civitas, Pamplona, 2007, p. 44 y ss.

⁵³ “1. Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente. 2. Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de esta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle esta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. 3. Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad”.

⁵⁴ La mediación familiar exige carácter personalísimo, y algunas de las siguientes normas autonómicas, lo contemplan de forma expresa: la Ley de Mediación Familiar de Andalucía, Aragón, Cantabria, Cataluña. En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias no se contempla expresamente.

menor la impide tener plena capacidad de obrar, y por esta razón, es necesaria la representación.

De otra forma, no tendría sentido la finalidad de someterse a mediación en el ámbito familiar, sino es que, aquellos sujetos del interés familiar intenten alcanzar un acuerdo para mejorar su relación/situación actual, y continuar con él en un futuro. No obstante, pueden darse conflictos en el contexto familiar, en donde intervengan pluralidad de sujetos, como puede ser las familias recompuestas o reconstituidas ⁵⁵.

En los casos descritos, de familias recompuestas, es necesario que todos aquellos interesados en participar en la mediación lo hagan por sí mismos, y si adoptan el acuerdo que se formaliza, lo firmen todos y cada uno de ellos (sin representación).

El carácter personalísimo recae sobre las partes que alcanzan el acuerdo. Ahora bien, durante el procedimiento que se desarrolla, pueden intervenir sujetos “no implicados” que tengan por misión, facilitar el acuerdo de mediación ⁵⁶.

Como hemos mencionado anteriormente, aquellas personas que, sin ser las protagonistas directas de la mediación, se vean afectadas por la decisión o acuerdo que alcancen otras, deberán prestar su consentimiento en aquello que les corresponda ⁵⁷.

Ahora bien, sin lugar a duda, los sujetos más vulnerables y necesitados de una especial protección, son los menores de edad. La Recomendación R (98), sobre mediación familiar, hace hincapié en el interés superior del menor y su bienestar, determinando así el eje de protección de la mediación familiar. De lo anterior, entendemos que el interés

⁵⁵ El concepto de “familias recompuestas” hace referencia a una situación cada vez más usual en la actualidad, y significa según la RAE “*Familia en la que los hijos proceden de anteriores uniones de padres*”.

⁵⁶ En el ámbito de los conflictos familiares, en ocasiones, es necesario de la participación de una serie de sujetos – que no están implicados en el conflicto- sino que contribuirán a alcanzar un acuerdo, si es posible, o, proponer otras vías para la solución del conflicto en cuestión. Ejemplos de esto es, solicitar la presencia o asistencia, de letrados, psicólogos, trabajadores sociales, entre otros.

⁵⁷ Véase, en supuestos de crisis de pareja, los casos de régimen de visitas de abuelos y nietos, en donde deberán prestar consentimiento en el acuerdo que se llegue siempre que les afecte. Incluso, los casos de pensión de alimentos en favor de hijos mayores de edad, pero dependientes económicamente de sus progenitores. La exigencia del art. 90 C.C, por ejemplo, “*si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento*”, deberá extrapolarse a los casos de acuerdos de mediación, así lo indica ALGABA ROS, S., en su artículo “*El acuerdo de mediación familiar: su singularidad*”, InDret, 2018, p.16.

superior del menor ha de tenerse en cuenta respecto a la figura del mediador, el procedimiento de mediación, y obviamente en el acuerdo.

En cuanto al contenido del acuerdo de mediación, contendrá las medidas y resoluciones que hayan abordado durante el procedimiento, y sobre las que manifiestan estar de acuerdo. El contenido material es variado, pero siempre dentro de los límites de la disponibilidad de materias por las partes.

En el momento en que la Exposición de Motivos de la LMACM, se refiere a “desjuridificación”, pretende mostrar como el acuerdo de mediación no tiene una regulación estricta respecto a su contenido material. No obstante, si lo tiene respecto del contenido formal, en donde existen previsiones acerca de sus requisitos formales como los que se encuentran en el art. 23 de la misma ley.

Recapitulando, el contenido formal es requisito legal e indispensable para que el acuerdo sea eficaz, y de este modo, se pueda abrir la vía de la ejecución. Además, es importante a la hora de marcar los plazos de suspensión de caducidad y prescripción de las acciones⁵⁸. Junto al contenido formal, se acompañará el material, los acuerdos a los que hayan llegado las partes protagonistas.

2. Eficacia del acuerdo de mediación

Los acuerdos que se obtengan al finalizar un procedimiento de mediación son vinculantes para aquellos que los hayan adoptado (art. 23.2 de la LMACM), esto implica que, son eficaces siempre que respeten los presupuestos legales. Nos referimos con esto a los presupuestos formales, a versar sobre materias disponibles, y tener en especial consideración a los menores o personas necesitadas de especial protección⁵⁹.

Algunos autores como ORTUÑO MUÑOZ diferencian la eficacia que tienen los acuerdos de mediación de contenido relacional (eficaces), de aquellos calificados como meras declaraciones de voluntad de carácter contractual (pueden ser eficaces o no). Así lo

⁵⁸ ALGABA ROS, S., “*El acuerdo de mediación familiar...*”, op. cit., p. 25.

⁵⁹ Los acuerdos de mediación son contratos, y su fuerza vinculante entre las partes la reconoce el art. 1091 del C.C. Además, los contratos, han de cumplir una forma y unos presupuestos legales para su validez, ello es extrapolable al acuerdo de mediación.

manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, en la sentencia 2007/204550 ⁶⁰.

Sin embargo, otros autores como ALGABA ROS, están de acuerdo en otorgarle plena eficacia a los acuerdos de mediación, siempre y cuando se encuentren dentro de los límites del art. 23 de la LMACM, a esto ayuda que en la elaboración de los acuerdos intervengan consultores que proporcionan su trabajo con el fin de ajustarlos a derecho ⁶¹.

Por tanto, los casos de ineficacia, según menciona el art. 23.4 de la LMACM, son aquellos acuerdos que se vean afectados por *“la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”*. Respecto a esto, DÍEZ PICAZO manifiesta que la nulidad del acuerdo de mediación procederá cuando se crucen los límites de la autonomía de la voluntad, cuando el objeto no exista, no esté determinado o no sea lícito, que lo mismo le suceda a la causa del acuerdo, y no tenga la forma debida ⁶².

Otra cuestión importante surge cuando cambian las circunstancias que llevan a adoptar un acuerdo en concreto, muy usual en el derecho de familia. En estos casos, al producirse

⁶⁰ *“Es importante resaltar que en la práctica de la mediación en conflictos familiares los mediadores, aun cuando posean una formación específica respecto de las instituciones jurídicas objeto de negociación, su función no es la de asesorar (tarea reservada a los abogados de las partes). De hecho, pueden proceder de otras licenciaturas o disciplinas, y no obstante ser excelentes profesionales que pueden ayudar a las partes a alcanzar acuerdos muy positivos para sus vidas y la de sus hijos. Mas en lo que se refiere a los aspectos jurídicos, tanto sustantivos, como en el caso de autos es la previsión de la cesión de un inmueble a una sociedad mercantil, como formales o fiscales, el mediador no es un asesor legal, por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea. El caso de autos es paradigmático, puesto que el acuerdo recoge el diseño de una serie de operaciones complejas.... En consecuencia, con lo anterior, la decisión de la Juez de primera instancia de no reconocer efectos al acuerdo de mediación, al considerarlo una mera declaración de intenciones de carácter precontractual, es plenamente acertada y compartida por la Sala... “*

⁶¹ *“1. El acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación. En el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. 2. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes. 3. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación. El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo. 4. Contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos”*.

⁶² DÍEZ PICAZO, L., *“Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Volumen Primero, Introducción. Teoría del Contrato”*, 5ª ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 473 y ss.

un cambio, es posible que el acuerdo haya quedado ineficaz, lo que es lo mismo que afirmar, que la eficacia depende de la modificación de las circunstancias.

Por último, en relación con la eficacia de los acuerdos que contienen cuestiones que implican a menores, hay que tener en cuenta que en el marco de la mediación intrajudicial, serán homologados por el juez, y así desplegarán los efectos oportunos. En cambio, si la mediación se lleva a cabo al margen de un proceso judicial, será eficaz el mismo siempre que se atienda al interés superior del menor, y no se les perjudique ⁶³.

3. Posible incumplimiento del acuerdo de mediación familiar

Atendiendo a la naturaleza de los acuerdos de mediación, se puede afirmar que tienden a ser duraderos en el tiempo. La voluntariedad de la que nacen estos acuerdos los hace estar destinados a un mayor cumplimiento por las partes, o lo que es lo mismo, el compromiso que asumen las partes implicadas determina el carácter perdurable en el tiempo.

Sin embargo, no están exentos de incumplimientos, y cuando esto sucede, se puede recabar el auxilio judicial para que se cumpla lo acordado, o acudir al proceso judicial conforme a las normas procesales, siempre que fuera necesario y oportuno tras haber fracasado la vía mediadora.

Antes, para llegar al punto de conseguir que se cumpla lo acordado, hay que detenerse en la formalización del acuerdo de mediación. Partiendo de la base de que un acuerdo vincula a ambas partes y lo convierte en una obligación para ellas, cuando este se incumple por una de las partes, puede pedirse su cumplimiento, y en el caso que proceda, su ejecución.

Ahora bien, será conveniente analizar la formalización de ese acuerdo en título ejecutivo, o no, para saber cómo proceder.

Si el acuerdo no se ha formalizado en título ejecutivo, es obviamente vinculante para las partes, pero no se puede proceder a la ejecución forzosa. En el caso de querer que se cumpla, dado que una de las partes voluntariamente lo ha incumplido, habrá que acudir al proceso judicial. Si, por el contrario, el acuerdo se ha formalizado en título ejecutivo, directamente se abre la vía de la ejecución de ese acuerdo de mediación.

⁶³ ALGOBA ROS, S., “*El acuerdo de mediación familiar...*”, op. cit, p. 30.

El art. 25 de la LMACM, nos distingue la ejecutoriedad de un acuerdo nacido en una mediación intrajudicial, como aquella que se consigue cuando el acuerdo se ha homologado judicialmente, y en los casos de un acuerdo nacido en la mediación extrajudicial, es preciso para su ejecutoriedad, la elevación a escritura pública ⁶⁴.

Para que un acuerdo de mediación se eleve a escritura pública, el notario ha de verificar que se cumplen los requisitos exigidos en la ley, y por supuesto, que el acuerdo en su forma y contenido no es contrario a derecho. Por tanto, la ejecutoriedad de ese acuerdo viene determinada por el filtro que hace un notario. Ahora sí, como señala el art. 25. 1 de la LMACM, la decisión y presencia para elevarlo a escritura pública les concierne a ambas partes, por tanto, el notario procederá cuando así las partes lo hayan solicitado.

Los acuerdos de mediación, que son resultado de una mediación que surge dentro de un proceso judicial, para su ejecutoriedad, tienen que ser homologados por el juez en cuyo procedimiento se hubiere alcanzado el acuerdo (art. 25.4 de la LMACM). Aquí, también se puede observar, cómo serán las partes (ambas de común acuerdo), las que podrán solicitar la homologación judicial.

A colación de lo anterior, si estamos en la situación en la que por vía notarial no se ha podido elevar a escritura pública el acuerdo de mediación porque así lo ha decidido el notario, podrá intentarse la homologación judicial. Ahora bien, a la inversa, la vía notarial no es subsidiaria de la negativa de un Juez de homologar el acuerdo ⁶⁵.

En cuanto a la competencia para instar la ejecución de los acuerdos formalizados en título ejecutivo, el art. 26 de la LMACM, realiza de nuevo la distinción entre una mediación

⁶⁴ “1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. 3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. 4. Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

⁶⁵ Matización que hace, CALATAYUD SIERRA, A., en su obra “Proceso civil y mercantil- Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, ed., Aranzadi, 2013, p. 190.

intrajudicial o extrajudicial, señalando que la ejecución de los acuerdos homologados judicialmente le corresponde al mismo tribunal que lo homologó. En cambio, si la ejecutoriedad viene motivada por la elevación a escritura pública del acuerdo, se instará su ejecución en el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde se firmó el acuerdo de mediación ⁶⁶.

En otros ordenamientos jurídicos como el alemán o el italiano, tienen otras vías de formalización del acuerdo que no permite nuestra legislación, pero que favorece en gran medida la formalización en título ejecutivo del acuerdo a instancia de **una de las partes**. Se trata del “*Anwaltsvergleich*” alemán que, “*consiste en un acuerdo concluido con la asistencia de los abogados de las partes en forma de transacción extrajudicial. En caso de que una de las partes no cumpliera con el Anwaltsvergleich, la otra parte podrá instar ante un Tribunal de Primera Instancia la ejecución forzosa del mismo*” ⁶⁷.

En la misma línea, NAVAS GLEMBOTZKY, cita como en Italia, “*en un acuerdo de mediación alcanzado después de un procedimiento de mediación llevado a cabo en una Institución adscrita al Ministerio de Justicia italiano y por un mediador oficial, cualquiera de las partes interesadas en su ejecución, podrá solicitar la ejecución del acuerdo mediante una solicitud de homologación ante el Tribunal donde se encuentre la institución a la que se ha encomendado la mediación. El Tribunal se limitará a un control formal y otorgará la ejecutividad a menos que el acuerdo sea contrario al orden público italiano o a las normas de ius cogens*” ⁶⁸.

El acuerdo de mediación en el ámbito familiar presenta algunas singularidades frente al acuerdo de mediación civil, pero no familiar. En cuanto a su contenido, hay asuntos de

⁶⁶ “La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “.

⁶⁷ NAVAS GLEMBOTZKY, J.R, “*Enforcing International Mediation Settlement Agreements in Civil and Commercial Matters: Analysis, Comparative Study and Recommendations*”, InDret, Vol.2, 2014, p. 18.

⁶⁸ NAVAS GLEMBOTZKY, J.R, “*Enforcing International Mediation Settlement Agreements in Civil...*”, op. cit., p. 19.

naturaleza muy variada como puede ser, por ejemplo, liquidación de una sociedad de gananciales o estipulación de los cuidados a una persona mayor dependiente de sus familiares, aunque los asuntos de divorcios y separaciones legales son los más frecuentes en este tipo de acuerdos de mediación.

En estos casos, los cónyuges, de mutuo acuerdo, trasladan lo pactado en el acuerdo de mediación a su respectivo convenio regulador que será, posteriormente, homologado judicialmente ⁶⁹. Tanto si tienen hijos no emancipados o con capacidad modificada judicialmente, como si no los tienen, las medidas y acuerdos serán extrapolados al convenio regulador. En el primero de los casos, será preceptivo el informe del Ministerio Fiscal para su aprobación ante el juez, y en el segundo, será aprobado por un Notario o Letrado de la Administración de Justicia.

Por tanto, el convenio regulador para ser homologado necesitará la aprobación del juez, y en el caso de no tenerla, someterse a un nuevo procedimiento de mediación es una opción para los cónyuges, y así dar con otra propuesta que poder presentar ante éste.

La equiparación de convenio regulador (art. 90 C.C) y acuerdo de mediación es posible, salvando algunas distinciones. En primer lugar, el convenio regulador tendrá vocación jurídica, en todo caso, mientras que el acuerdo de mediación puede ser habitual que contenga algunas disposiciones de naturaleza extrajurídica, pero que es importante para las partes aclararlas.

En segundo lugar, la redacción del acuerdo de mediación es sencilla y clara para las partes, aunque en ella pueda intervenir un operador jurídico, en cambio, el convenio regulador, redactado por un abogado o abogada, suele tener una redacción más específica.

El hecho de que, en ambos documentos, esté presente un abogado o abogada, garantiza su prosperidad ante el juez, y su ajuste a derecho, lo que facilitará su cumplimiento sin ningún problema en un futuro.

⁶⁹ ALGABA ROS, S., “*El acuerdo de mediación familiar...*”, op. Cit., p.35.

Ambos están abiertos a ser modificados por un cambio en las circunstancias, aspecto muy destacado en los conflictos familiares, una realidad cambiante que necesita de la capacidad de adaptación de las partes.

En definitiva, el derecho de familia apela a la sensibilidad necesaria a la hora de resolver o enfrentarse a un conflicto, y en este sentido, la mediación familiar es clave. Instaurarse en nuestro ordenamiento como un complemento, y no tanto, como una alternativa, en las crisis de parejas, es crucial para la gestión de esas situaciones, así es como OROZCO PARDO defiende esta posibilidad ⁷⁰.

CONCLUSIONES

Una vez estudiada la mediación para la realización de este trabajo, considero de lo expuesto las siguientes conclusiones:

El sistema de resolución de conflictos ha de adaptarse a la realidad del momento presente, así lo ha venido mostrando a lo largo de los años. Los seres humanos somos seres sociales y continuamente nos relacionamos con las personas de nuestro entorno, por lo que resulta imprescindible que existan instituciones sólidas y adaptadas a las disputas que surjan en el marco de estas relaciones, o que tengan como fin velar por los intereses de los individuos. En concreto, el derecho de familia, así como la manera de resolver los conflictos familiares, ha experimentado una profunda renovación en estos últimos años. Estos cambios, son motivados por el surgimiento de nuevas concepciones de la institución de la familia, aumento de casos de crisis de parejas, u otras razones, como la insatisfacción que producía los procesos de familia en aquellos que protagonizan el pleito, como en los operadores jurídicos que intervenían, o la insuficiencia de tribunales y juzgados para dar una respuesta adaptada a las necesidades que se presentaban.

De este modo, la mediación se presenta como una alternativa al proceso judicial, e incluso, como vía complementaria a dicho sistema, ya que, en ocasiones, se puede evitar acudir al proceso, contribuyendo así al actual atasco que sufre la Administración de

⁷⁰ OROZCO PARDO, G., *“La relación entre mediación y seguridad jurídica en el contexto de los conflictos familiares. Justicia objetiva versus justicia subjetiva”*, ed. Aranzadi Instituciones, BIB, 2016.

Justicia. Otras, la mediación resulta una herramienta complementaria, en tanto que, a pesar de haber comenzado un proceso, puede derivarse el asunto a la mediación para así conseguir resolver el mismo de una forma más adecuada al conflicto. La mediación proporciona una serie de ventajas que la hacen idónea para los conflictos familiares, por ejemplo, cuenta con un procedimiento flexible con gran capacidad de adaptación al conflicto, y a los sujetos que participan en ella, menor coste económico y emocional, o mayor rapidez en el tiempo.

La mediación puede concluir con acuerdo o sin él. Ahora bien, desde mi punto de vista, el hecho de que sean las partes quienes, con ayuda de un tercero, tomen una decisión de común acuerdo, convierte a este método de resolución de conflictos en una buena opción para obtener un pacto que perdure en el tiempo y tenga prosperidad en el futuro. Además, al finalizar la mediación, pueden haberse mejorado las relaciones interpersonales entre los sujetos que se someten a ella, y principalmente en el ámbito familiar, donde es posible que guarden relación de parentesco, considero fundamental que se ayude a mejorar los cauces de comunicación, fomentando el diálogo pacífico, y contribuyendo a aliviar posibles tensiones emocionales.

Por otro lado, me gustaría destacar la importancia que tiene la participación de un abogado o abogada con conocimientos de mediación durante el transcurso de la misma. El mediador/a es un profesional, de la rama del derecho o de otras disciplinas, como el trabajo social o la psicología. Todas ellas aportan una visión y enfoque distinto, y en mi opinión, deberían complementarse para la obtención de mejores resultados. No obstante, a la hora de extrapolar lo acordado, por ejemplo, en materia familiar, a un convenio regulador con los requisitos que la ley establece, la participación de un abogado/a es crucial; incluso, en el momento de formalizar el acuerdo en título ejecutivo por medio de elevación a escritura pública, es importante su adaptación conforme a derecho, y ahí, una vez más, el abogado/a puede proporcionar sus servicios satisfactoriamente. Considero que la implantación de la mediación en la sociedad depende en gran medida de que los operadores jurídicos confíen en ella, ya que los ciudadanos se verán más seguros a la hora de acudir a la vía mediadora.

Otro aspecto relevante, es la concienciación del uso de la mediación. Evitar falsos mitos sobre ella, y la desinformación que existe actualmente, es un trabajo necesario, en el que

han de cooperar las Administraciones con competencias en la materia, y operadores jurídicos relacionados en este tipo de asuntos. La naturaleza de la mediación es voluntaria, y su obligatoriedad no tendría sentido, por lo que la ciudadanía debe saber que es un método para hacer valer sus intereses, igual de válido y eficaz, evidentemente atendiendo al conflicto y a la situación concreta. Por esta razón, crear campañas de sensibilización social, y otros recursos, como puntos de información en lugares estratégicos, que ayuden a implantar la mediación en nuestro sistema, me parece lo más acertado.

Actualmente, la sociedad está mucho más implicada en aprender técnicas para la gestión emocional, y cuidar sus relaciones personales. Desde la infancia, hay que concienciar de la importancia que tiene expresar lo que uno siente, dialogar en caso de conflicto, y fomentar así, las relaciones basadas en la cultura de la paz y el diálogo. De este modo, contribuiremos a la implantación de la mediación como institución sólida y eficaz, avanzando hacia un modelo de justicia integral. Aun así, no deja de ser un gran reto para el futuro.

“We cannot solve our problems with the same thinking we used when we created them”

Albert Einstein

BIBLIOGRAFÍA

ALGABA ROS, S., *“El acuerdo de mediación familiar: su singularidad”*, ed. InDret, 2018.

BARONA VILAR, S., *“Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

BARRÓN LÓPEZ, C; *“Impulso de la Mediación en el nuevo modelo de Justicia”*, en Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría jurídica, 2020.

CALATAYUD SIERRA, A., en su obra *“Proceso civil y mercantil- Su análisis en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles”*, ed. Aranzadi, 2013.

DÍEZ PICAZO, L., *“Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Volumen Primero, Introducción. Teoría del Contrato”*, 5ª ed. Civitas, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ FUSTES, M.^a D, *“Mediación familiar. Una visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GARCÍA PRESAS, I., *“La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio”*, ed. La Ley, 2009.

GARCÍA VILLALUENGA, L., BOLAÑOS CARTUJO, I., *“La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar”*, Asociación de Mujeres Separadas y Divorciadas de Asturias, Guijón, 2006.

GARCÍA VILLALUENGA, L., ROGEL VIDE, C., (Directores), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, ed. Reus, Zaragoza, 2012.

GIMENO SENDRA, J. V, *“Introducción al Derecho Procesal”*, ed. Colex, Madrid, 2012.

GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *“Derecho Jurisdiccional I: Parte General”*, ed. 24ª Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

LUQUIN BERGARECHE, R., en su obra *“Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España”*, ed. Civitas, Pamplona, 2007.

MARTÍN DIZ, F., *“La mediación como sistema complementario de Administración de Justicia”*, ed. Consejo General del Poder de Justicia, 2010.

NAVAS GLEMBOTZKY, J.R, *“Enforcing International Mediation Settlement Agreements in Civil and Commercial Matters: Analysis, Comparative Study and Recommendations”*, ed. InDret, Vol.2, 2014.

NOVEL MARTÍ, G., *“Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido”*, ed. Reus, Madrid, 2010.

OROZCO PARDO, G., *“La relación entre mediación y seguridad jurídica en el contexto de los conflictos familiares. Justicia objetiva versus justicia subjetiva”*, ed. Aranzadi Instituciones, BIB, 2016.

ORTUÑO MUÑOZ, P, *“Mediación familiar. Una visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ORTUÑO MUÑOZ, J.P, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *“Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”*, Revista de la Fundación Alternativas, 110/2007.

PILLADO GONZÁLEZ, E. (Dir.), *“Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: avances desde la justicia terapéutica”*, ed. Dykinson, Madrid, 2019.

PILLADO GÓNZALEZ, E., *“Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PUY MUÑOZ, F, *“La expresión “mediación jurídica”. Un análisis tópico”*, en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M., *“Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente”*, ed. Tecnos, Madrid, 2007.

ROGEL VIDE, C., *“Mediación y transacción en el derecho civil”*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N.º 3, 2009.

SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), *“Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos”*, ed. Tecnos, 2017.

VALL RIUS, A., FERNÁNDEZ, J., FITÉ, J., GUILLAMAT, A., *“La mediación en el ámbito familiar”*, en CASANOVAS, P., DÍAZ, L., MAGRÉ, J y POBLET, M., ed. Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Barcelona, 2009.

- Legislación y jurisprudencia

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978)

Ley 7/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000)

Ley de 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012)

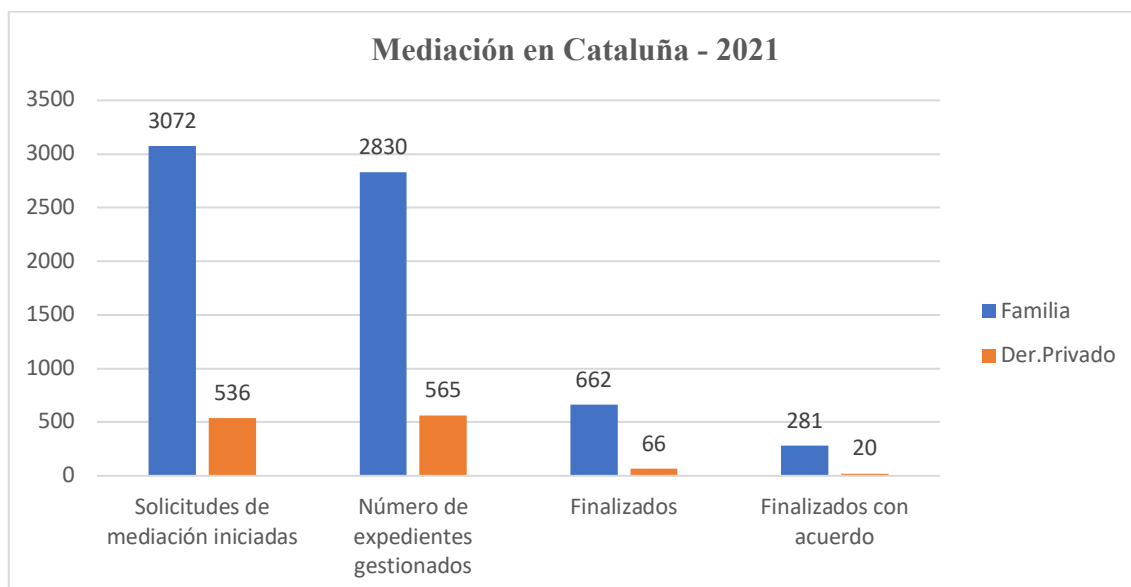
Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, 2007/204550, de 21 de febrero de 2007

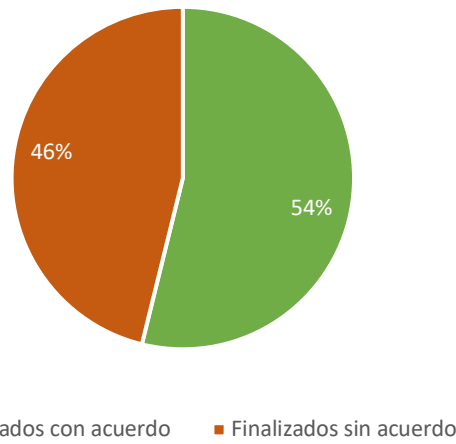
ANEXO I. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA MEDIACIÓN

	Familia	Derecho privado	Total
Solicitudes de mediación iniciadas	3072	536	3608
Directos	2344	412	2756
Derivaciones judiciales	728	124	852
Número de expedientes gestionados	2830	565	3395
Directos	1833	376	2209
Derivaciones judiciales	997	189	1186
Finalizados	662	66	728
Directos	351	35	386
Derivaciones judiciales	311	31	342
Finalizados con acuerdo	281	20	301
Directos	189	12	201
Derivaciones judiciales	92	8	100
Fuente: Centro de Mediación de Cataluña (CMC). Año 2021			



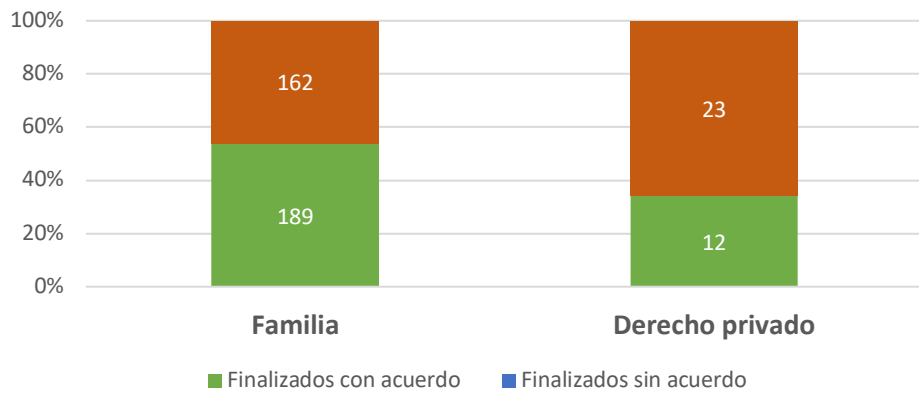
Fuente: Elaboración propia a partir de CMC (2021)

Más de la mitad de las mediaciones en el **ámbito familiar** terminan con un **acuerdo satisfactorio**

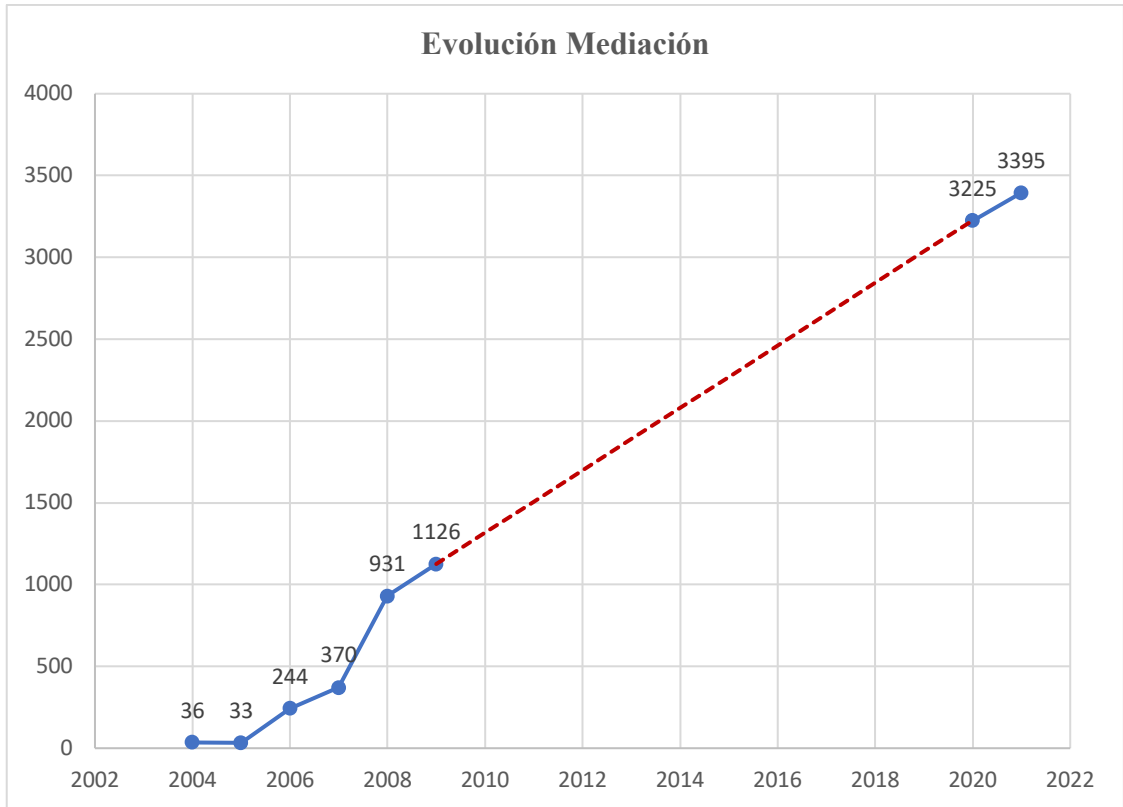


Fuente: Elaboración propia a partir de CMC (2021)

La mediación en el **ámbito familiar** consigue **mejores resultados** que en el ámbito del derecho privado



Fuente: Elaboración propia a partir de CMC (2021)



Fuente: Elaboración propia a partir de CMC (2021)

