

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ESPAÑOL (ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ANDALUZA 1/2009, DE 27 DE FEBRERO)

Dra. Julia Ruiz Rico y Ruiz Morón

Dr. Guillermo Orozco Pardo

| **Catedráticos de Derecho Civil**

I.- LA MEDIACIÓN COMO TÉCNICA ALTERNATIVA O MEDIO COMPLEMENTARIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

1.- Introducción.

El tema de la mediación es uno de los más interesantes que hoy se nos plantea en nuestro Derecho por cuanto supone la manifestación de un fenómeno que los iusprivatistas venimos observando de un tiempo a esta parte en nuestra Ciencia: lo que podríamos denominar la privatización del llamado Derecho Público. El uso de esta terminología no quiere decir, sin más, que sigamos adheridos ciegamente a esa tradicional distinción, casi dicotómica, entre Derecho Público (v.gr. interés general) y Derecho Privado (interés particular), ni tan siquiera mantengamos la vieja teoría del imperium y la desigualdad como criterios diferenciadores. Ello no obstante, cabe seguir utilizando esta terminología, aunque sólo sea por mera conveniencia coloquial, como referente a posiciones preconcebidas consagradas en conceptos standard que ahorran muchas palabras.

Es ya un tópico de la literatura jurídica hablar de la publicación del Derecho Privado, fenómeno que se puso de manifiesto en el Derecho de la persona, en familia o sucesiones, tal y como la doctrina (De Cupis, etc.) puso de manifiesto, con mayor o menor fortuna, en cuanto originó, en algún caso, concepciones totalitarias del Derecho poco admisibles en nuestros días. Sin embargo, nosotros queremos llamar la atención sobre el hecho de que en la actualidad existen principios e instituciones del llamado Derecho Privado que se están aplicando con fortuna a otros ámbitos de lo jurídico con plena eficacia: legitimación por sustitución, intereses colectivos, class actions, son ejemplo de ello en el campo del Derecho de Consumo.

Baste ahora a nuestro propósito decir que la mediación es un concepto, a la vez que una técnica o instrumento, generada en el ámbito de las relaciones intersubjetivas de Derecho Privado, básicamente contractuales, que hoy se comienza a aplicar a otros campos y materias tradicionalmente vedados al compromiso y la disponibilidad que lo caracterizan como el penal.

2.- Significado y perfiles del término mediación a nuestro propósito

Según el diccionario de la Real Academia Española, mediar es la acción y efecto de mediar. Una de las acepciones o significados de mediar entendida como actividad es interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando conciliarlos y unirlos en amistad. Tal y como afirma Martín Serrano, los individuos y la misma sociedad desarrollan y utilizan sistemas de regulación institucionalizados para reducir la disonancia¹.

En consecuencia, podemos entender que el concepto de mediación está referido a su carácter de instrumento para lograr la resolución de una contienda o conflicto entre personas, merced a la intervención de un tercero que realiza esa actividad de mediar sobre la base de establecer un orden basado en unos criterios asumidos, o aceptados, por los contendientes. Así concebida, la mediación se convierte en un instrumento al servicio de la Justicia – medio complementario o alternativo, según caso - por vía de su aplicación como instrumento de la seguridad jurídica. Así mismo, la mediación se presenta con perfiles comunes a otras figuras muy cercanas a ella, tales como la conciliación y el arbitraje, si bien existen ciertos rasgos distintivos que la distinguen, que luego comentaremos².

En este punto, hemos de tener presente que en nuestro Derecho, el término mediación posee también una acepción muy específica en sede del Derecho de Obligaciones y Contratos: el llamado contrato de mediación, que presenta notas comunes con la acepción antes comentada, pero también se diferencia en otros aspectos. Así, por ejemplo, la Ley de Cataluña de 2009, entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral. La Directiva 2008/52/CE la define como un procedimiento estructurado, sea cual sea su

¹ ² Vid. Diccionario UNESCO de las Ciencias Sociales. Tomo III, página 1359

² Sobre las dificultades de establecer un concepto de mediación, véase Redorta, J.: Hacia una definición operativa de la mediación. En la obra: Materiales del libro blanco de la mediación en Cataluña. Barcelona, 2009. Páginas 227 y siguientes.

nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Finalmente, el RDL 5/2012 parte de considerar que la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto y la define de una forma más concisa: Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Finalmente, podemos reseñar una definición tal vez más concreta: procedimiento en el que interviene un tercero profesional, llamado mediador o conciliador, que asiste, informa y orienta a las partes de un conflicto para que negocien un acuerdo que lo resuelva de forma justa, viable y mutuamente asumida. Por tanto, estamos ante un procedimiento, con sus fases y garantías, dirigido u orientado por un profesional, que pretende lograr la solución del conflicto desde el análisis de sus causas, no solo de sus efectos, mediante un acuerdo procedente de las partes que ha de ser viable, mutuamente asumido y “justo” en términos jurídicos.

3.- La mediación en el ámbito contractual

El contrato de mediación o corretaje, como prefería llamarlo el maestro Garrigues pues “... Frente a la terminología de origen italiano, que habla de contrato de mediación, optamos por la denominación de contrato de corretaje, de remoto abolengo histórico en nuestro Derecho. Esta es también la terminología de nuestro Código de Comercio cuando habla de los corredores de comercio³, no está regulado en el Código civil, tal vez porque su sede tradicional y lógica ha sido hasta la fecha el Derecho Mercantil, cuyo Código habla de los agentes mediadores del comercio y sus respectivas obligaciones, refiriéndose a los Agentes de cambio y Bolsa y a los Corredores de Comercio, figuras que hoy han sufrido una honda transformación, que en el caso de los segundos ha tenido como consecuencia su integración en el Notariado, merced a la Ley de Acompañamiento de 1999.

Este contrato se integra dentro del grupo de contratos de gestión de intereses ajenos, junto con el arrendamiento de servicios, el mandato y el de agencia, y tiene una fuerte tradición mercantil como contrato de empresa. Hasta fechas recientes, estos contratos compartían varias notas comunes entre las que destacaba la parquedad, cuando no ausencia total, de normas que los regulasen, lo cual ha cambiado en algún caso⁴. Por tanto, como afirma Moreno Quesada, este contrato de mediación o corretaje se rige por la autonomía de la voluntad, los usos y por aquellas disposiciones genéricas del Código Civil aplicables al caso (Títulos I y II del Libro IV) y en su configuración y naturaleza jurídica ha desempeñado una labor importante la jurisprudencia⁵.

Es un contrato consensual y bilateral que Garrigues define como aquél por cuya virtud una de las partes, que puede ser una persona o varias interesadas en la celebración de un contrato, sea entre sí, sea con tercera persona, se obliga a abonar a la otra parte, llamada corredor o mediador, una remuneración por el hecho de indicar la oportunidad de celebrar el contrato o por el hecho de conseguir por su propia actividad esa celebración. En conclusión, como afirma Moreno Quesada, el corredor se compromete a indicar a la otra parte la oportunidad de concluir un negocio jurídico con un tercero, o bien a servirle de intermediario para ello, a cambio de una retribución o sus honorarios.

Las obligaciones contractuales del corredor se basan en los mismos criterios de ética jurídica de los contratos antes reseñados, tal y como afirmaba Garrigues. Cabe sintetizarlas de la siguiente forma:

Deber de secreto y confidencialidad, que le impone una conducta silente con respecto a las instrucciones que recibe del comitente y cualquier otra información reservada que conozca con ocasión de su actividad.

Deber de informar al comitente: ha de desplegar una conducta diligente de consejo, asesoramiento e información al comitente sobre su gestión.

Deber de imparcialidad: según la doctrina, este deber sólo rige cuando su gestión le ha sido encomendada por dos personas que quieren realizar el mismo contrato. (Ej. Compraventa) ello se conecta con la exigencia de que el corredor no ha de tener ningún interés personal en el negocio que gestiona.

De todo ello se deduce que en este contrato los conceptos de buena fe, confianza y diligencia debida son la

³ Vid. Curso de Derecho Mercantil. Revisado con la colaboración de F. Sánchez Calero. Tomo II.

⁴ Esta nota es puesta de manifiesto por la Doctrina, si bien hemos de tener presente la Ley 12/1992 de 27 de mayo sobre Contrato de Agencia, que regula con carácter imperativo las distintas modalidades de este contrato, salvo los de aquellos agentes que actúan en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores.

⁵ Vid. Moreno Quesada, B. y otros: Curso de Derecho Civil. Tomo II. Vol 2º, página 299. Uria considera aplicables también, en su caso, las normas del contrato de comisión. Vid. Derecho Mercantil. Madrid, 1997, página 748.

base sobre la cual se construye toda la estructura de derechos y deberes de las partes, lo que sucede en los otros contratos análogos antes citados. En consecuencia, la confianza entre las partes, la lealtad mutua, y las condiciones personales del mediador se convierten en el eje sobre el cual gira esta actividad profesional de la mediación, razón por la cual se tiende a la profesionalización de esta figura en el campo mercantil exigiendo una capacitación previa avalada, generalmente, por un título habilitante y convirtiéndola en una profesión titulada, sujeta y reglamentada⁶.

Finalmente, destacaremos que la esencia de este contrato reside en el hecho de que al corredor o mediador no se le confiere mandato alguno y que su actividad se dirige a poner en contacto a las personas para que estas puedan celebrar el contrato objeto de mediación, tal y como afirma Moreno Quesada. Se nos antoja fundamental tener en cuenta esta nota en la medida en que es este papel de acercar voluntades, pero sin mandato que permita representar y concluir un contrato por cuenta del comitente, el que permite distinguir al mediador de otras figuras análogas, nota que se pone de manifiesto también en los otros ámbitos donde se aplica el concepto de mediación.

4.- Mediación y Seguridad Jurídica

Es útil a nuestro propósito hacer una breve referencia a la Seguridad Jurídica y su conexión con la mediación, entendida como un instrumento al servicio de aquella, ya como técnica de resolución de conflictos, ya como instrumento para evitarlos. La Seguridad Jurídica aparece consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978, como un principio/mandato fundamental del Estado de Derecho. En lo que interesa a estas líneas, merece la pena destacar la idea de Puy Muñoz según la cual la seguridad jurídica consiste en el logro de una situación que realice por cauces legales la promoción y defensa de los intereses particulares⁷. No obstante podemos perfilar aún más el concepto desglosando su contenido literal: seguridad indica estabilidad, certeza, porque una situación es segura cuando está amparada de cualquier mutación ilegítima, es decir, de aquella que no procede de una causa establecida por la Ley. Con el término jurídica, se hace referencia a aquellas situaciones o relaciones que son objeto o interesan al Derecho. Además, hemos de puntualizar que la seguridad jurídica también esta afecta a la promoción de los intereses generales, no solo los de los particulares.

Pérez Luño ha estudiado con acierto esta institución poniendo de relieve algunas consideraciones dignas de ser destacadas. En primer lugar, que este es un concepto complejo, con una diversidad de significados y distintas proyecciones en los demás valores, figuras y categorías jurídicas. Establece este autor dos acepciones diferentes:

Seguridad jurídica strictu sensu como exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional de todo ordenamiento jurídico como sistema coherente, que se vertebra a través de sus normas e instituciones.

La faceta subjetiva, como sinónimo de la necesaria certeza del Derecho, la estabilidad de las situaciones nacidas a su amparo y la ausencia de conflictos o lesiones injustificadas. Ello implica que el Derecho debe ser conocido para que los sujetos puedan adecuar previamente sus conductas a la norma, en base a unas pautas y unos valores previos coherentes, ciertas y razonables⁸.

El Tribunal Constitucional afirma que la seguridad jurídica es la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. (STC 27/81 de 20 de julio) En otra sentencia, el Alto Tribunal destaca así mismo que la seguridad jurídica ampara la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y en el respeto a las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. (STC 147/86 de 25 de noviembre) Por tanto, la seguridad jurídica comporta exigencias de corrección formal y material del Ordenamiento que funcionan como auténticas garantías: irretroactividad de las leyes penales, unidad y continuidad en la jurisprudencia, respeto a los derechos adquiridos, cauces adecuados para su ejercicio, acceso a la Justicia en sus diversas modalidades, serían algunas de ellas.

Esta certeza y estabilidad que impone la seguridad jurídica, ha de ser conciliada con la demanda de dinamismo y mutación que comporta la Justicia en cuanto valor superior al que aquella queda supeditada, por lo que la seguridad jurídica no comporta en absoluto ausencia de cambio o evolución en el ordenamiento, sino que éste se producirá por unos cauces y a un ritmo adecuado para evitar rupturas que

⁶ Esta fue una cuestión clave en el debate del Proyecto de Ley caducado en cuanto a la exigencia de una titulación "ad hoc" o específica. Vid. Gracia Villaluenga, L. La mediación y la formación del mediador. En la obra: Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Madrid, 2010. Páginas 66 y siguientes.

⁷ Vid. Enciclopedia RIALP. Tomo XXI, páginas 121 y siguientes.

⁸ Vid. Seguridad Jurídica. Barcelona, Ariel, 1992, páginas 20 y siguientes.

puedan ser inadmisibles en un Estado de Derecho.

Así mismo, hemos de recordar que nuestra Constitución no hace distinciones entre relaciones de Derecho Público y Privado a la hora de aplicar las garantías que la seguridad jurídica comporta. Y es en el campo negocial donde queremos aplicar lo que antecede, porque la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, de suerte que cuando un pacto o un uso comercial son contrarios a la seguridad jurídica, son nulos (STS 13 de noviembre de 1992). Este efecto derogatorio con respecto al ordenamiento convencional, comporta una eficacia negativa de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica pone en valor con plena eficacia principios como el de igualdad, buena fe o abuso del derecho. Es por ello que el artículo 1258 C. C. cobra pleno sentido en este contexto en cuanto criterio integrador en sentido positivo y negativo en el campo negocial: los contratos obligan a lo que expresamente se pacta y a todas aquellas consecuencias que, atendiendo a su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y a la Ley. Esto implica una integración positiva, relativa a consecuencias no previstas y que comportan la aplicación de nuevas cláusulas o la realización de conductas; en el sentido negativo implica la derogación de cláusulas recogidas en el contrato y la observancia de deberes de abstención de conductas contrarias a aquellos criterios antes apuntados.

Esta proyección de la seguridad jurídica posee un claro valor antiprocesal por cuanto tiende a evitar la proliferación de causas de conflicto y sus perniciosas consecuencias. Así debemos entender la vuelta al formalismo negocial, la tipificación de multitud de contratos en los que se impone un contenido mínimo para garantizar un equilibrio en las prestaciones y la tutela de los derechos del consumidor, la proliferación de normas que han elevado el nivel de protección de la parte débil por diversos mecanismos: consagración de unos derechos básicos, acciones individuales o colectivas de defensa, promoción de la responsabilidad objetiva, intervención de terceros para autorizar determinados contratos que han de supervisar su calidad en términos de licitud, forma y equidad.

Todo ello sirve para tratar de evitar las posibles causas de conflicto en la medida en que se impiden abusos, se corrigen desigualdades, se veda la arbitrariedad a la hora de interpretar o ejecutar el contrato o se garantiza la cobertura de responsabilidad imponiendo un seguro para el caso.

Pero la seguridad jurídica antiprocesal no se agota con ello, sino que es también digno de destacar el hecho de que han aumentado las vías de solución de conflictos en las relaciones intersubjetivas que hacen innecesario acudir a la vía procesal, con los efectos positivos de todo orden que ello conlleva.

En nuestros días, se ha producido un aumento considerable de conflictos en los más diversos ámbitos y materias entre las cuales cabe citar las relaciones laborales, profesionales, contractual, de responsabilidad por productos o servicios o las del ámbito de la familia. Ello ha provocado el lógico incremento de la actividad jurisdiccional sin que el sistema estuviera adecuadamente preparado para resolver el elevado número de asuntos que demandan una solución judicial. Este hecho queda perfectamente reflejado en la frase de Derek Bok, referida al sistema judicial norteamericano, pero aplicable al nuestro, al considerarlo como un sistema sembrado de las esperanzas defraudadas de aquellos que lo encuentran demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico⁹. Esta percepción de la insuficiencia del sistema llevó a la búsqueda de nuevos instrumentos de solución para los conflictos que fueran unas adecuadas alternativas extrajudiciales. No obstante, se trata de una materia en la que el Common law pone de manifiesto su mayor capacidad de adaptación evolutiva a las nuevas demandas sociales¹⁰.

5.- Las Técnicas Alternativas o Medios complementarios de Resolución de Conflictos (ADR)

Tal y como afirma González Cano, el conflicto es consustancial a la sociedad, razón por la cual ésta se ha dotado de diversos modelos de resolución de los mismos entre los cuales destaca el de del monopolio de la Jurisdicción del Estado¹¹. Las ADR son técnicas, vías o medios alternativos para resolver disputas que no implican, en todo caso, acudir a decisiones objetivas y externas como son las de los Árbitros, Jueces y Tribunales, si bien pueden estar al servicio o relacionadas con ellas. Para algunos autores – firmes defensores de estas técnicas- se trata de otra dimensión diferente de la Justicia, en la que se pretende superar la igualdad puramente formal que impera en el sistema tradicional de la Administración de Justicia, potenciando la seguridad jurídica extraprocesal y reforzando la tutela judicial efectiva de las

⁹ Citado por Barona Vilar, S. Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, R.F.A. e Italia. R.C.E. de Arbitraje, 1998

¹⁰ Vid. Friedman, L.: Introducción al Derecho Norteamericano. Bosch, 1988, páginas 16 y siguientes y Dell'Aquila, E: Introducción al Derecho Inglés. Prólogo J.L. de los Mozos. Universidad de Valladolid. 1992

¹¹ Vid. Los métodos alternativos de resolución de conflictos. En la Obra: Mediación y Solución de Conflictos. Soletto Muñoz y Otero Parga Coordinadores. Ed. Tecnos, Madrid, 2009. páginas 131 y siguientes.

personas¹². Se busca resolver el conflicto, o impedir que surja, a través de un proceso consensuado dirigido por un tercero – el mediador – en el que predominen la cercanía, la accesibilidad y la eficacia y cuyo resultado – el acuerdo – sea sentido por las partes como propio y asumible por haber sido alcanzado por ellos mismos, frente al carácter externo y objetivo de la solución impuesta por la decisión de un tercero, sea el árbitro o el juez¹³. Como afirma Barona Vilar la asunción de la ADR es resultado, uno más, de la globalización como fenómeno de la realidad socioeconómica de la segunda mitad del siglo XX, que se moviliza hacia la búsqueda de fórmulas, medios, técnicas que consigan efectivizar la justicia; la consabida necesidad de desconflictivar la sociedad es necesaria y para ello el movimiento de la ADR actúa en su favor, dado que se pretende buscar soluciones a los problemas o conflictos jurídicos surgidos además de intentar que, en ocasiones, el conflicto no llegue a plantearse¹⁴. Sin entrar en mayores consideraciones acerca del pretendido antagonismo entre dos universos de justicia, lo cierto es que parece lógico dotarnos de un sistema de ADR eficaz, rápido y económico, si bien para dotar de confianza al sistema ha de ser justo, para lo cual habrá de estar adecuadamente regulado de forma unitaria y uniforme.

En nuestro país, las ADR ya se aplican en otros ámbitos de conflictos jurídicos como la negociación colectiva laboral, la protección del consumidor o el Derecho Mercantil, pero es relativamente reciente su aplicación en el campo del Derecho de Familia. Entre estas técnicas cabe destacar la negociación, la conciliación, el arbitraje y la mediación, que poseen notas comunes pero no son conceptos sinónimos, pues presentan diferencias entre sí que las distinguen y pueden ser obligatorias o voluntarias, según vengan impuestas a las partes en conflicto o según sea vinculante o no la decisión que se adopte en el proceso. Podemos hacer una breve referencia a sus perfiles:

La negociación, esta es una técnica en la que las partes, por sí mismas siguen un protocolo negociador, sin intervención de terceros, que ha de fructificar en un acuerdo o convenio, de mayor o menor alcance, y en el que ambas asumen una cuota de ganancia y pérdida. Su más claro ejemplo es el de la negociación colectiva laboral que culmina con una suerte de norma pactada que es el convenio colectivo.

La conciliación: en este caso interviene un tercero que puede reunir a las partes entre sí o bien les transmite información mutuamente, pero sin implicarse en la búsqueda o propuesta de una solución pactada. En este caso, es la voluntad de las partes la que opera la resolución del conflicto, limitándose el conciliador a acercar sus posiciones. El proceso conciliador culmina, si es posible, con un acto contractual asumido por las partes y si no lo hay, si inicia otro procedimiento en el que un tercero habrá de dictar una resolución, Es por ello que posee un carácter no vinculante y previo a otros procedimientos, como luego veremos¹⁵.

El arbitraje: en este caso interviene un tercero que dicta un fallo o laudo que supone imponer una solución al litigio. El artículo 1 de la Ley 36/88 lo define como aquella técnica mediante la cual las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho. Su fundamento, en Derecho o en Equidad, implica ya la aplicación de normas o principios positivos por lo que se aproxima a las soluciones jurisdiccionales, razón por la cual es el mecanismo más adecuado para resolver conflictos sobre interpretación y aplicación del Derecho. Como afirma nuestro Tribunal Constitucional, el arbitraje llega donde llega la libertad, quedando extramuros de su ámbito las cuestiones sobre las que los interesados carezcan de poder de disposición. El laudo sólo es revisable en una serie de supuestos taxativamente impuestos por la ley, que poseen un marcado carácter formal, y no es viable el amparo respecto del laudo. (STC 20/julio/1993) Al margen del ámbito laboral, donde está plenamente consagrado e institucionalizado, cabe citar la Ley 60/2003 de Arbitraje y el R.D. 231/2008 de 15 de febrero que regula el sistema arbitral de consumo¹⁶.

La mediación: consiste en un procedimiento de resolución de conflictos en el que interviene un tercero – mediador – dotado de amplias facultades de información y propuesta, cuya función consiste en buscar el acuerdo de las partes mediante la propuesta de una solución. El mediador cuenta con más facultades de

¹² Vid. Pérez Luño, A. E. La seguridad jurídica. Ariel, Barcelona, 1991. Páginas 82 y siguientes.

¹³ Si bien la resolución judicial posee su propio matiz subjetivo. Véase Nieto, A. El arbitrio judicial. Ariel, Barcelona, 2000. Páginas 397 y siguientes.

¹⁴ Vid. Aproximación al movimiento de ADR (Alternative Dispute Resolutions) en EEUU, RFA e Italia. Revista de la Corte Española de Arbitraje. 1998. Páginas 55 y siguientes.

¹⁵ Así lo entiende nuestro legislador cuando prevé una posible conciliación previa de las partes en el acto de la vista de Arbitraje de consumo (ex art.42.1 RD), distinta al proceso de mediación que se ha podido intentar con anterioridad a la citación (ex art.38 RD).Vid. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

¹⁶ Vid. Lionnet, K.: Arbitration and Mediation: Alternatives or Opposites? Journal of International Arbitration. Vol. 4º de 1987, páginas 69 y siguientes.

actuación que un conciliador pues puede recabar opiniones de las partes, terciar en las controversias y ofrecer soluciones al conflicto, aunque estas no son vinculantes, como en el caso del árbitro. Este tercero mediador que aproxima a las partes y determina las posiciones asumibles por ambas puede ser un profesional de diversa índole: juez, abogado, profesor, psicólogo, siquiatra, etc., según la materia o contexto del conflicto planteado. Tomando como base el artículo 2 de la Ley de Mediación Familiar de Andalucía¹⁷ podemos definir la mediación como el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre sujetos, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto. Así pues, su finalidad principal estriba en lograr que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales, o, en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados¹⁸.

Notas comunes a todas estas ADR, destacadas por García Villaluenga, son las de economizar el tiempo, descongestionar los tribunales, aumentar la participación y la responsabilidad de las partes en la toma de decisiones y posibilitar las relaciones entre ellas tras el conflicto¹⁹. No menos destacable es la referida a la disponibilidad de la materia que es objeto de controversia, razón por la cual no cabe imponer obligatoriamente a las partes que acudan a una de estas técnicas²⁰, pues ello puede implicar una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978, entendido como un derecho al proceso que implica una sentencia congruente sobre el fondo en términos del Tribunal Constitucional (STC 14/1982 de 21 de abril)²¹. No obstante, la mediación comienza a aplicarse cada vez más en los procesos penales, si bien en todo caso se han de respetar ciertos límites a la autonomía de decisión de las partes, que han de ser conocidos por el mediador.

6.- La mediación y sus características.

Ya hemos puesto de manifiesto que la mediación dentro del esquema de las ADR supone más que una negociación asesorada y menos que un arbitraje dirimente. En la mediación es básica la confianza de las partes en la persona del mediador y que éste asuma las dificultades que el proceso va a plantear, teniendo muy presente que no hay una actitud proclive a negociar, y resolver el conflicto proponiendo una solución que ha de ser asumida de motu proprio por las partes. Barona Vilar²², siguiendo a Greif, establece la secuencia de actuación del mediador:

Inicial: creación de confianza en las partes y protocolo a seguir.

Localización de hechos y detección del problema.

Creación de alternativas y opciones.

Negociaciones, separadas y conjuntas, y toma de decisiones.

Esclarecimiento y relación de un plan.

Revisión legal y procesamiento.

Puesta en práctica, análisis y revisión.

Tal y como antes dijimos, es básica la confianza de las partes en el mediador, pues estas deben informarle de su actitud y del grado de sacrificio y de éxito que están dispuestas a asumir para alcanzar el acuerdo. El mediador debe tener muy presente la confidencialidad que protege la información que recibe, la lealtad e independencia que debe mantener con respecto a las partes, evitando una implicación interesada a favor de una de ellas, pues el éxito de la mediación se centra en el intercambio de información, en la creación de un clima de

¹⁷ Cfr. BOPA numero 178 de 17/02/2009

¹⁸ En determinados ordenamientos conciliación es sinónimo de mediación. Así sucede en la Ley de Conciliación de Perú (nº 26872 modificada por el D.L. 1070) cuyo artículo define la conciliación extrajudicial como una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de Conciliación o al Juzgado de Paz letrado a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto. Vid. Orosco Vega, E. G: El retroceso en la conciliación judicial con el decreto Legislativo 1070. Revista Iuris Omnes, número 2 de 2008, páginas 211 y siguientes.

¹⁹ Vid. Mediación en conflictos familiares. Madrid, Reus, 2006. Páginas 169 y siguientes.

²⁰ No obstante, en la mediación no hay una solución dirimente que cierre las puertas del proceso. Vid. Vasquez Rodríguez, E.; ¿Es obligatoria la conciliación extrajudicial en materias sobre Derecho de Familia?. Revista Iuris Omnes, número 2 de 2008, páginas 2007 y siguientes, donde se aborda la problemática reforma de la Ley peruana por el D. L. 1070 que impuso la conciliación previa obligatoria, por lo que se declaraban improcedentes las demandas que no cumplían tal exigencia.

²¹ Vid. De la Oliva, Diez Picazo y Vegas Torres: Derecho Procesal. Introducción. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. ; Madrid, 2ª edición de 2002. Páginas 420 y siguientes.

²² Vid. Op. Cit. Página 62. Véase también W.F.Fox International Commercial Agreements. 2ª ed. London, 1992, páginas 193 y siguientes.

confianza y un ánimo negociador, tareas que incumben al mediador. Como el profesor Hughes pone de manifiesto al comentar la Uniform Mediation Act, (UMA) la confidencialidad es el elemento esencial de toda esta norma, plagada de continuas referencias a la misma, ya que supone un deber básico del mediador, a la vez que constituye una de las obligaciones fundamentales de la UMA (confidentiality, integrity, and self-determination)²³.

Buena fe, lealtad, imparcialidad, sinceridad, integridad, confianza, confidencialidad e independencia, son exigencias de conducta que se imponen al mediador, quien debe reunir otras características profesionales tales como paciencia, astucia, capacidad de comunicación, conocimiento de la materia sobre la que versa el proceso, intuición para adivinar lo que las partes se reservan y capacidad de convicción para transmitir a estas los aspectos positivos de sus propuestas y minimizar los negativos²⁴.

Sucede pues algo análogo a lo que acontece con otras figuras similares en las que su Lex Artis profesional posee un elevado contenido ético y cuya actuación personal es imprescindible para el buen resultado de la gestión o servicio que se presta. Tengamos en cuenta que la razón de existir de la mediación no es tanto la disputa sobre la aplicación de una norma, cuanto la búsqueda de un compromiso entre partes enfrentadas por la interpretación o desarrollo de una relación contractual²⁵.

Tal y como antes dijimos, la mediación es una técnica o procedimiento que se abre paso paulatinamente en el ámbito continental, pues en Estados Unidos, Inglaterra o Canadá ya esta plenamente consagrada, siendo el primero el país pionero en su aplicación y desarrollo fuera del ámbito comercial²⁶. La sensibilización sobre la utilidad de las técnicas de ADR en ese país ha llegado a los Jueces y Tribunales de suerte que estos no sólo recomiendan, sino que incluso conminan, a los sujetos para que previamente para que participen en el proceso de desarrollo de alguna de estas con la finalidad de tratar de resolver el conflicto por esta vía alternativa.

Según Barona Vilar, los programas desarrollados en los Estados Unidos se clasifican en tres grupos:

Court annexed programs que se promocionan desde los propios órganos de justicia y administrativos, de cuyo personal se nutren.

Courtlinked programs, que se negocia con los tribunales o las agencias públicas que realizan tareas complementarias de ADR.

Independent programs, donde intervienen entidades privadas que, con o sin ánimo de lucro, prestan estos servicios para materias concretas: comerciales, consumo, etc.

Tal y como dijimos, la mediación en cuanto ADR puede aplicarse a diversas materias donde se asuma la disponibilidad de las partes, aún cuando este concepto se está ampliando pues no se restringe ya al Derecho Privado y campo de proyección. La empresa y sus relaciones comerciales, las relaciones vecinales, consumidores y usuarios, ciertas relaciones con las administraciones, aspectos del Derecho Penal y, sobre todo nos interesa, el Derecho de familia y los conflictos que de las relaciones y crisis familiares se deducen.

Uno de los problemas que la mediación plantea es la necesidad de regular y profesionalizar esta actividad sin privarle de esas características, imparcialidad, confianza y autodeterminación, que la hacen tan ágil y atractiva. Ciertamente que útil regular de alguna forma el procedimiento mediador, pero con la suficiente flexibilidad como para no encorsetar procedimentalmente la actividad del mediador; también parece lógico exigir a este una capacitación profesional previa, aunque vemos más adecuado pensar en un equipo integrado por diferentes profesionales aunque dirigido por un jurista que posea las aptitudes antes apuntadas. No defendemos con ello convertir la mediación en una profesión reglada y sujeta, pero sí consideramos necesario establecer un marco legal que regule los aspectos legales de esta actividad, tal y como sucede con otra ADR como es el arbitraje.

Nuestro Proyecto de Ley de 2011 pretendió realizar una regulación básica de la materia, concibiendo la Mediación como un “medio complementario” de acceso de los ciudadanos a la Justicia, y lograr un doble propósito: ofrecer una regulación mínima y común de la mediación aplicable a todo el territorio del Estado y al mismo tiempo incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. De su tenor, se deducía un importante cambio de óptica: no se trata de una mera “técnica” “alternativa”, sino de un

²³ Vid. The institutionalized Protection of Mediators in the United States: A brief look through the lense of the Uniform Mediation Act”. Páginas 8 y siguientes.

²⁴ Véanse las características del mediador ideal, según Simkin, recogidas por Barona Vilar en op. cit. Página 63.

²⁵ Vid. Lionnet, K. Arbitratio and Mediatio. Alternatives or Opposites. Journal of International Arbitratio. 1987.

²⁶ Barona Vilar denomina al sistema anglosajón como el paradigma del movimiento del ADR. Vid. Op. Cit. Páginas 57 y siguientes.

instrumento que se incardina dentro de la función de procurar a los justiciables un procedimiento consensual, rápido y accesible para resolver sus conflictos. Disfruta de la característica de “equivalente jurisdiccional” en la medida en que el acuerdo queda sometido al control judicial, bien por su homologación en los casos de mediación intrajudicial, o porque cabe recurso frente a los acuerdos “transacciones” que pudieren ser contrarios al Ordenamiento jurídico, nota que se acentúa en los casos en que dicho acuerdo posea fuerza de cosa juzgada y eficacia ejecutiva, según preveía el proyecto, por la aplicación del artículo 517 LEC²⁷.

Posteriormente, y sobre la base modificada de aquél texto, se ha aprobado el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que ha pretendido ir más allá de la adaptación de la Directiva 52/2008/CE y resolver la carencia de una “ordenación general” de la mediación en nuestro país que genera no poca inseguridad jurídica, pues tenemos referencias legales a la mediación – en legislación laboral, de menores, de seguros, propiedad intelectual o de consumo – así como diversas normas autonómicas, principalmente enfocadas a la mediación familiar, salvo excepciones como Cataluña, pero el RD 5/2012 ha paliado solo parcialmente esta carencia, salvo que lo apliquemos como “Derecho supletorio” en tales materias, resolviendo así una laguna incomprensible²⁸. Para nuestro legislador, la mediación esta conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos, que ha de asegurarse mediante la existencia de una Justicia capaz de resolver de forma justa y eficaz los conflictos que se plantean en la sociedad. Como afirma Ortuño la norma recoge una aportación importante de la Directiva al ubicar la mediación dentro del ámbito de la tutela de los derechos de los ciudadanos, como un mecanismo que se suma a los ya existentes dentro del denominado “sistema de justicia”²⁹.

Para ello se dicta una norma que pretende ser aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, se aplique a conflictos en asuntos “civiles y mercantiles” y pretenda tener un efecto jurídico vinculante. Se circunscribe a al ámbito de competencias del Estado, sin perjuicio de las disposiciones de la CCAA que estas posean en razón de sus propias competencias. Ello genera una serie de dudas razonables, cuyo estudio excede el propósito de estas líneas, y deja fuera además campos tan importantes como el penal, laboral y de consumo. Desde luego, sí se aplica a conflictos de Derecho de familia, de sucesiones, contratos entre particulares o entre empresas o profesionales, propiedad intelectual³⁰ u horizontal, vecinales, interculturales, escolares y otros de ámbito “privado” marcados por la disponibilidad: cuestiones civiles en intromisiones en honor, intimidad, imagen, datos personales, etc.

El modelo y procedimiento aplicables, se basan en la libertad de las partes y la disponibilidad del objeto del proceso, concediendo un papel activo al mediador, que se convierte en el eje central del procedimiento, y que deberá poseer unos conocimientos y habilidades y dominar unas técnicas adecuadas a la naturaleza del conflicto, por lo que se le exige una formación general y específica adecuada. La norma admite tanto el mediador “individual” como los equipos de interdisciplinarios y concede un papel destacado a las instituciones de mediación para fomentar y controlar tales procedimientos. En razón de ello, se resaltan los deberes profesionales derivados de los principios de la mediación, el deber de abstención y de poner en conocimiento de las partes cualquier circunstancia que pueda afectar al respeto de los mismos – singularmente imparcialidad o neutralidad – siguiendo el modelo del Código Europeo³¹.

Se pretende fomentar el recurso a la mediación reduciendo sus costes y evitando que se convierta en un medio para dilatar el proceso judicial o lograr que la acción prescriba, por lo que se propone un procedimiento no dilato en el tiempo, no costoso y se suspende el plazo de prescripción durante su tramitación. La norma enumera como principios básicos el de voluntariedad, disponibilidad, imparcialidad, neutralidad y

²⁷ Vid. BOCG Congreso de los Diputados, numero 122-1 de 29/04/2011

²⁸ En estos momentos se tramita el Texto en las Cortes y se debaten las enmiendas presentadas al mismo por los Grupos parlamentarios. La encina nº 1 propone eliminar el artículo 2.2.d para permitir la inclusión de los conflictos de consumo entre los “civiles” y que se les aplique la norma.

²⁹ Vid. Reflexions sobre el Reial Decret-Llei 5/212, sobre mediación civil y mercantil. Revista Món Juridic, número 266 de abril de 2012. Páginas 8 y siguientes.

³⁰ No obstante véase el [REAL Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual](#), en cuyo artículos 4 y siguientes se regula parcialmente un procedimiento que plantea cuestiones dudosas como la capacidad del órgano mediador de formular propuestas, la realización del procedimiento sin la asistencia de una de las partes o la aprobación “presunta” de la propuesta de acuerdo del órgano mediador por silencio positivo de las partes.

³¹ En concreto, el artículo 14 resalta la responsabilidad de los mediadores y las instituciones de mediación en estos términos: 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 por mala fe, temeridad o dolo. 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 ésta contra los mediadores. Se trata, por tanto, de una responsabilidad con un marcado cariz subjetivo – temeridad, mala fe y dolo – que obliga al perjudicado a probar la existencia de tal circunstancia, frente a la presunción de buena fe contractual que protege al mediador.

confidencialidad e impone la buena fe y el respeto mutuo como reglas de conducta exigible a las partes.

En cuanto al procedimiento, está estructurado de forma breve y flexible, con una sesión informativa previa, la sesión “constitutiva” donde se fijan los aspectos esenciales del procedimiento a seguir y su posible alcance, la previsión de brevedad y un número reducido de sesiones, la necesaria documentación de todo lo actuado, el respeto a los principios que la inspiran y la responsabilidad del mediador por su devenir justado a Derecho, sin que la necesidad de alcanzar un acuerdo se convierta en requisito imprescindible. Parece que nuestro legislador no ha querido dar el paso de permitir que el Juez derive a las partes a mediación, pues ésta se inicia de mutuo acuerdo de éstas o por un pacto contractual previo, si bien se prevé la posibilidad de que lo soliciten en el transcurso de un procedimiento judicial. Se deberá redactar un acta final, con sin acuerdo, y la mediación termina por desistimiento de parte, conclusión del plazo fijado sin acuerdo, por renuncia del mediador o por llegarse al acuerdo que pone fin al conflicto. Finalmente, destacaremos que se prevé la eficacia del acuerdo como título ejecutivo – mediante la homologación judicial o la elevación a escritura pública – y se regula su ejecución por los cauces previstos en nuestro Derecho mediante las oportunas reformas procesales, si bien el artículo 28 prevé la denegación de la ejecución de acuerdos contrarios a derecho, lo que puede generar responsabilidad del mediador o del notario autorizante del mismo ex artículos 14 y 25.2 RD.

En definitiva, un texto esperado, que no resuelve todas las cuestiones que la mediación plantea, pero que supone al menos un avance para regular una práctica que es ya un hecho en muchos campos de la conflictividad social, a veces por imperativo legal. Esperemos que el texto que finalmente resulte de la tramitación parlamentaria sirva – parafraseando a Pascual Ortuño – para que los “operadores jurídicos” asuman la mediación como un instrumento al que puedan acudir para resolver los conflictos de trascendencia jurídica y que le puede reportar una gran utilidad en su actividad profesional.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. La incorporación de la mediación en el marco de los conflictos familiares

En España, la ausencia de ley estatal reguladora de la mediación familiar hasta fecha muy reciente³², no ha impedido que las Comunidades Autónomas (CCAA) legislen sobre la materia en el marco de sus respectivas competencias.

En este ámbito concreto, Cataluña fue pionera en la incorporación del procedimiento de mediación en las crisis familiares y en la regulación legal de la figura. La Ley de mediación familiar de Cataluña de 15 de marzo de 2001, fue la primera que se publicó en España; no obstante, ha sido derogada y sustituida por la Ley 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. El cambio en la legislación catalana ha venido provocado principalmente por la Directiva de 2008 y la conveniencia de ampliar el ámbito de la mediación para abarcar determinados conflictos familiares que antes quedaban excluidos (conflictos entre padres e hijos, disputas por cuestiones sucesorias), así como también otros conflictos no estrictamente familiares que surgen entre personas que necesariamente tienen que seguir relacionándose (conflictos en el ámbito de la propiedad horizontal, en el ámbito de las asociaciones y fundaciones...). A partir de 2001, y hasta el momento presente, se han publicado leyes de mediación familiar en el País Vasco, Galicia, Asturias, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Canarias, Islas Baleares, Madrid, y Andalucía, cuya Ley ha sido la última en aparecer en el año 2009. A diferencia de la Ley catalana vigente que dispensa a la mediación un ámbito más amplio, las demás leyes contemplan exclusivamente la mediación familiar.

Aunque las leyes no empiezan a publicarse hasta el año 2001, la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, se fuera introduciendo en la práctica. De hecho, en 1990 el entonces Ministerio de Asuntos Sociales aprobó el “Programa para la mediación en la separación y el divorcio” que se aplicó el año siguiente en Madrid. En el caso concreto de Andalucía, en 2001 la Consejería de Asuntos Sociales, a través de la Dirección General de Infancia y Familia, elaboró el Primer Programa de mediación familiar en Andalucía, que en los años siguientes, a través de ayudas y subvenciones, se extendió a todas las capitales de provincia andaluzas. El objetivo principal era evitar que los procesos de separación y divorcio de los padres incidieran negativamente en el desarrollo y bienestar de los hijos menores.

La utilización en la práctica de la mediación, aun antes de su regulación legal, vino favorecida por una serie de circunstancias que, en su conjunto, crearon el ambiente propicio al efecto, eliminando algunas de ellas los obstáculos de tipo legal que existían al respecto.

Especialmente relevante en este sentido fue la reforma operada en el CC por obra de la Ley de 7 de julio de 1981 que modificó la regulación del matrimonio incorporando a nuestro ordenamiento y amplió el ámbito de la autonomía de la voluntad en el marco del Derecho de Familia. Para comprender la importancia que tuvo esta ley, hay que tener en cuenta que la mediación es un procedimiento de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de un tercero (mediador) cuya función, especialmente en los casos de

³² Por Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

separación y de divorcio, es ayudar a los todavía cónyuges a conseguir pactos relativos a las cuestiones implicadas en la ruptura matrimonial. Está claro que si la ley no permite pactos entre los cónyuges, no tiene sentido alguno hablar de mediación. El punto de partida imprescindible tenía que ser el reconocimiento a nivel legal de la posibilidad de pactar los propios interesados los efectos de la crisis matrimonial. Este punto de partida lo proporciona la citada ley de 1981. A partir de entonces, y así lo pone de relieve el CC, se concede a los cónyuges la posibilidad de pactar los efectos de la ruptura matrimonial. El instrumento que se proporcionó a estos fines es el llamado convenio regulador. Ciertamente la existencia de convenio regulador no evita el procedimiento judicial; en todo caso corresponde al juez decretar la nulidad, la separación o el divorcio, lo que presupone el correspondiente procedimiento. Pero aunque no lo evite, sí que lo agiliza considerablemente. Cuando hay pactos entre los cónyuges sobre todas las cuestiones implicadas en la crisis, éstos tienen a su alcance el procedimiento del mutuo acuerdo, un procedimiento breve que evita el enfrentamiento de los cónyuges ante el juez, así como que los hijos sean utilizados para fines que nada tienen que ver con su beneficio. Aunque en ocasiones no se pueda conseguir los acuerdos necesarios para elaborar y presentar el CR, la posibilidad existe, está reconocida legalmente y con ello quedó abierta la vía de la mediación como mecanismo para facilitar dichos acuerdos³³.

Paralelamente, también representó un empuje a la mediación, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998. Como Recomendación no era vinculante, pero sí una invitación a los estados miembros de la UE a adoptar una determinada conducta. En concreto, esta Recomendación, partiendo del creciente número de conflictos familiares especialmente en las separaciones y divorcios, sus costes y las consecuencias perjudiciales que tienen, y considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, instó a los estados miembros de la UE a institucionalizar en sus ordenamientos la mediación en el ámbito familiar, o a reforzarla si es que ya la tenían establecida. En la base de esta Recomendación estuvieron presentes los resultados obtenidos en países que ya la utilizaban, en los que se constataba que la mediación permitía mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reducía los conflictos entre las partes en desacuerdo, daba lugar a convenios amistosos y, en definitiva, fomentaba el mantenimiento de las relaciones personales en el futuro. La misma Recomendación, que dejaba libertad a los Estados a la hora de organizar y poner en práctica la mediación, aconsejaba que se incorporase como un trámite no obligatorio, sino voluntario. Igualmente, disponía que se debiera adoptar las medidas necesarias para asegurar la imparcialidad del mediador en sus relaciones con las partes y su neutralidad en cuando al resultado de la mediación, resaltando de manera especial que el objetivo del mediador tenía que ser el bienestar y el interés superior de los menores.

También cabe mencionar, entre los factores que han servido de impulso a la mediación, la labor desarrollada por los equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia, desde su creación. Estos equipos surgieron con la función específica de colaborar con la autoridad judicial a la hora de detectar qué es lo más beneficioso para los hijos menores de edad, como paso previo a la toma de decisiones relativas a los mismos. Estos equipos psicosociales, como se pone de manifiesto en muchas de las leyes reguladoras de la mediación, fueron ampliando progresivamente su función al asesoramiento también de las partes en litigio, viniendo a desarrollar una auténtica labor mediadora. Precisamente, la práctica, la experiencia acumulada por los equipos y los buenos resultados obtenidos, han favorecido la utilización de la mediación en otros ámbitos. De hecho, muchas de las leyes existentes en materia de mediación familiar han tomado como modelo la actuación de los equipos psicosociales.

2. La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, está llamada a provocar las reformas pertinentes en los ordenamientos internos de los distintos países que integran la UE; entre ellos España, que tendrá que adaptar sus normas a las exigencias de la nueva Directiva en el plazo previsto al respecto³⁴.

³³ Actualmente, ya existen referencias expresas a la mediación en textos legales de aplicación general. La LEC, en su art.750, contempla la posibilidad de que en los procedimientos de separación y divorcio solicitados de mutuo acuerdo, los cónyuges se valgan de una sola defensa y representación, es decir, que intervengan asistidos por un mismo abogado y representados por el mismo procurador, lo que indudablemente constituye un aliciente para recurrir a la mediación por razón del ahorro en los costes del procedimiento que representa. Además, en el art. 770.7º, se prevé que las partes de común acuerdo puedan solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art.19.4, para someterse a mediación. Y el art. 777.2 que se refiere a la posibilidad de que las partes en el escrito en que soliciten la separación o divorcio de mutuo acuerdo, adjunten el acuerdo final adoptado en un procedimiento de mediación.

³⁴ De acuerdo con el art.12 de la Directiva, los Estados miembros podrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del art.10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar. El recientemente publicado RD-Ley 5/2012, de 5 de marzo, se ha encargado de incorporar la citada Directiva a nuestro ordenamiento.

La mencionada Directiva no reduce sus disposiciones al marco de la mediación familiar, sino que la extiende a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por tanto un ámbito mucho más amplio del que contemplan las leyes autonómicas actualmente vigentes en España, a excepción de la catalana. Además, sus disposiciones están pensadas directamente para los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos³⁵, siempre que el órgano jurisdiccional remita a las partes a mediación, o la legislación nacional prescriba la mediación con carácter obligatorio, o bien las partes acuerden hacer uso de la misma. Sin perjuicio de que los Estados, si así lo quieren, apliquen las disposiciones de la Directiva también a procedimientos de mediación de carácter nacional.

La mediación se define como “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”. Puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Al mediador se le define como “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleva a cabo la mediación” (art.3).

Como puntos básicos de la Directiva se pueden resaltar los siguientes:

a) La mediación se contempla como un procedimiento voluntario, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto pueda proponer a las partes que recurran a la mediación y que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación. La Directiva no obstante, deja a salvo aquellas legislaciones nacionales que hagan obligatorio el uso de la mediación, siempre que no se impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

b) Con la idea de garantizar la calidad de la mediación, la misma Directiva establece que los Estados deberán promover la formación inicial y continua de los mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de relativos a la prestación de servicio de mediación, con la finalidad de que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente.

c) Para evitar que la mediación se considere una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante dependa de la buena voluntad de las partes, se establece que los Estados garantizarán la fuerza ejecutiva de los acuerdos logrados, que se podrá adquirir en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación de cada Estado. En definitiva se pretende que los acuerdos conseguidos a través de mediación puedan tener la misma fuerza ejecutiva que tiene una sentencia.

d) La misma Directiva, partiendo de que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados deberán garantizar -salvo acuerdo contrario de las partes- que ni los mediadores ni las personas que participen en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso (con algunas excepciones).

Las Leyes de las CCAA, en España, cumplen casi todos los objetivos de la Directiva, salvo el relativo al ámbito de la mediación, que solo lo cubre la Ley catalana de 22 de julio de 2009. También es verdad que hay en la Directiva aspectos que no pueden ser objeto de regulación legal por parte de las CCAA por carecer éstas de competencias para ello.

3. La Ley andaluza 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar

A) Significado y características de la mediación:

En todas las leyes de mediación familiar de las CCAA, y la andaluza no es una excepción, se parte de que los conflictos familiares comportan secuelas dolorosas para sus miembros y deben ser remediados de la manera mas efectiva posible, a través de mecanismos que contribuyan a la estabilidad familiar, o que al menos alivien las tensiones que siempre surgen.

Igualmente en las leyes de mediación en general, aunque se reconoce que todavía el modo habitual de resolver conflictos familiares es acudir a los tribunales de justicia, también se pone de relieve, como la experiencia demuestra, que no es el más adecuado. Cuando se acude a la vía judicial, la solución al conflicto viene impuesta desde una instancia ajena y, como todo lo que viene impuesto, es difícilmente aceptable; el que se considere perdedor porque el juez no le haya dado la razón o no se le haya dado en todo lo que pedía, probablemente hará todo lo que esté a su alcance para dificultar el cumplimiento de las medidas establecidas. Este resultado se puede evitar dando entrada a mecanismo de resolución de conflictos que se caractericen

³⁵ A efectos de la Directiva, se entiende por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes (art.2.1)

por la participación eficaz de los propios familiares en conflicto, que es precisamente lo que se pretende con la mediación. Es verdad que en la mediación interviene un tercero ajeno a las partes, pero el mediador no es quien dirime el conflicto, no impone una determinada solución. El mediador, a través del empleo de las técnicas adecuadas al efecto, se limita a ayudar a las partes, abriendo vías de comunicación entre ellas, para que sean las propias partes las que lleguen a una solución pactada. En este sentido, la mediación es un procedimiento que se caracteriza por la participación eficaz de los propios familiares en conflicto. Además, al ser una solución pactada, que no viene impuesta, no hay perdedor ni ganador, lo que contribuye al mantenimiento de las relaciones familiares en el futuro en términos de cordialidad. Es muy expresiva en este sentido la definición de mediación familiar que ofrece la Ley andaluza (LA) en su art.2: "Procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asisten facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto"³⁶. La Ley catalana reguladora de la mediación se pronuncia en términos muy similares.

En la LA, y se puede decir que en las restantes leyes también, la mediación que se contempla presenta tres características:

- Es una mediación que se lleva a cabo en el marco de un servicio que oferta y organiza la administración pública competente, que es la que determina las condiciones de prestación del servicio y las tarifas que en su caso procedan. Para prestar este servicio se echa mano de mediadores que han de reunir ciertos requisitos, han de estar inscritos en el Registro que se crea al efecto (Registro de Mediación Familiar de Andalucía) y quedan sujetos en el desarrollo de su función al control y supervisión de un órgano o centro público. Todos estos extremos han sido desarrollados por medio del Reglamento de la Ley andaluza y los más relevantes a nuestro propósito serán comentados en estas páginas³⁷. La Ley se limita a efectuar al respecto indicaciones muy generales y a crear el Registro de Mediación Familiar de Andalucía, de carácter administrativo y adscrito a la Consejería competente en materia de familias, que dependerá funcional y orgánicamente del Centro Directivo competente en la materia³⁸.

El servicio de mediación que se oferta no es necesariamente gratuito; ello va a depender de la capacidad económica de quienes lo soliciten. En este sentido, la LA reconoce expresamente en su art.4, entre los derechos de las partes en conflicto, el de recibir prestación gratuita de la mediación familiar de acuerdo con las condiciones fijadas en el art.27; así como el de acceder al recurso de mediación abonando las tarifas correspondientes cuando se superen los límites establecidos en dicho art.27. Correlativamente, entre los derechos de la persona mediadora, el art.15 incluye el de percibir los honorarios o cuantías económicas que correspondan, pudiendo los colegios profesionales establecer honorarios orientativos en función de la complejidad y duración de la mediación, si bien en los supuestos de mediación gratuita serán establecidos reglamentariamente. Concretando los derechos anteriores, el art.27 establece que la mediación será gratuita para aquella parte que cumpla los requisitos económicos para ser beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita de acuerdo con la ley reguladora de este beneficio. Cuando todos los solicitantes del servicio de mediación gocen del beneficio de asistencia gratuita, el órgano competente será el que retribuya al mediador según las tarifas establecidas reglamentariamente. Si solo disfruta de dicho beneficio alguno de los solicitantes, la otra parte o partes tendrán que abonar el coste de la mediación que proporcionalmente corresponda, con arreglo a las tarifas que reglamentariamente se establezcan³⁹.

En materia de gratuidad de la mediación, las restantes leyes de las CCAA se pronuncian en términos muy

³⁶ La ley catalana de 2009 se pronuncia en términos similares en su art.1: "se entiende por mediación el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre personas para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral".

³⁷ Vid. Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA nº 46 de 7 de marzo de 2012. Básicamente regula cuestiones como la formación de los mediadores, el procedimiento de mediación, el Registro, el Consejo Andaluz de Mediación Familiar y el régimen sancionador.

³⁸ El Reglamento en sus artículos 6 y siguientes, dispone que Registro estará adscrito a la Consejería competente en materia de familias (los colegios profesionales podrá colaborar en la gestión del Registro mediante la creación de registros auxiliares) y se constituye como un órgano de conocimiento, ordenación, control y publicidad de las personas mediadoras.

³⁹ En el artículo 17.2 del Reglamento de desarrollo de la LA, en la misma línea, se dispone que el derecho a la mediación familiar gratuita comprenderá la gratuidad de todos los servicios prestados por la persona mediadora en los procesos de mediación de los que formen parte y será el órgano competente en materia de familia el que retribuirá a la persona mediadora en las cantidades que proporcionalmente correspondan, previa presentación de la correspondiente factura, de acuerdo con las tarifas que se establezcan mediante Orden de la Consejería competente (Cfr. artículo 17.5).

parecidos, como la de Castilla-La Mancha, el servicio de mediación es gratuito cuando se solicita a través del organismo público previsto al efecto, pero cuando se solicita ante los colegios profesionales u otros sujetos o entidades habilitadas al efecto, habrá de estarse a las tarifas establecidas en dichos colegios o a lo pactado por las partes.

- La LA califica la mediación como un procedimiento no jurisdiccional y voluntario (arts. 2 y 6). No jurisdiccional, porque se lleva a cabo fuera del ámbito judicial, por sujetos no pertenecientes ni integrados en el organigrama judicial. Es voluntario, porque no se contempla como un trámite previo que necesariamente se haya de cubrir o intentar antes de acudir a la vía judicial. Esto no impide, tal y como prevén expresamente otras leyes, que iniciado un procedimiento judicial, el juez que conozca del asunto recomiende, proponga o indique a las partes que se sometan a un proceso de mediación a fin de conseguir acuerdos que pongan fin al procedimiento judicial o lo agilicen. Pero el juez nunca solicita la mediación, ni obliga a solicitarla. En la ley catalana, en consonancia con la Directiva 2008/52, incluso se contempla la posibilidad de que el juez puede disponer que las partes asistan a una sesión informativa sobre la mediación si las circunstancias del caso así lo aconsejan.

- En la LA la mediación puede servir, en unos casos, para evitar el procedimiento judicial; en otros, para canalizar el procedimiento judicial por una vía más rápida y menos traumática. Señala en tal sentido el art.2.2, que la mediación familiar tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales o, en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados. En la misma línea aunque de manera seguramente más gráfica, otras leyes como la catalana (art.1.2), apuntan que la mediación pretende evitar la apertura de procedimientos judiciales contenciosos, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

La apuntada utilidad de la mediación se puede comprobar fácilmente en los casos de separación y de divorcio. Si los todavía cónyuges consiguen, a través de la mediación, los acuerdos necesarios para elaborar y presentar el convenio regulador, se podrán beneficiar del procedimiento del mutuo acuerdo previsto en la LEC; procedimiento mucho más rápido que el contencioso, en el que el juez se limita prácticamente a ratificar u homologar esos acuerdos a que han llegado los cónyuges sobre todas las cuestiones implicadas en la crisis, tanto las patrimoniales como las relativas a los hijos. La mediación habrá servido para evitar la apertura de procedimiento contencioso. Puede ocurrir también que iniciado ya el procedimiento contencioso porque los cónyuges no estén de acuerdo en la separación o el divorcio, bien a iniciativa propia o a propuesta del juez, decidan someterse a mediación; en tal caso se suspenderá el curso del procedimiento judicial mientras la mediación tiene lugar y si los cónyuges consiguen con la ayuda del mediador los pactos necesarios, el procedimiento judicial pasará al de mutuo acuerdo. La mediación habrá servido entonces para poner fin a un procedimiento contencioso. Incluso puede ocurrir, que no se consigan acuerdos respecto de todas las cuestiones implicadas en la crisis, pero sí en algunas de ellas, el procedimiento judicial en tal caso quedará limitado a esas cuestiones concretas en las que no ha habido acuerdo. La mediación habrá servido en esta última hipótesis para reducir el alcance del procedimiento contencioso.

B) Aspectos más relevantes de la mediación familiar que son objeto de regulación legal

B.1) Ámbito objetivo de la mediación familiar (art.1)

La respuesta a la pregunta para qué conflictos está pensada la mediación que contempla la Ley, en principio puede resultar obvia. Si la que se regula es la mediación familiar parece claro que los conflictos susceptibles de mediación serán conflictos familiares, conflictos que se producen en el seno de la familia. Efectivamente es así, pero a diferencia de otras leyes que se sirven de un concepto de familia muy estricto, equivalente a la formada por padres e hijos exclusivamente de manera que conflictos susceptibles de mediación son solamente los que se producen entre los progenitores, casados o no, y entre los progenitores y los hijos, la LA sin embargo tiene en su base un concepto de familia muy amplio que abarca a las personas relacionadas por vínculos de parentesco, por lazos de sangre, por vínculo conyugal, por vínculo convivencial similar al conyugal e incluso a quienes aun sin mantener ninguno de los vínculos mencionados son titulares de potestades tuitivas sustitutivas de la patria potestad. Esta circunstancia -hace que el ámbito objetivo que atribuye a la mediación la LA sea de los más extensos dentro de las leyes que existen en la materia en las CCAA.

En concreto, conflictos susceptibles de mediación en la LA son, por una parte, los conflictos entre cónyuges, surgidos con motivo de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio; es decir, en los supuestos de crisis matrimoniales. Estos conflictos pueden estar relacionados con todas o con algunas de las cuestiones que hay implicadas en la crisis, como pueden ser la guarda de los hijos, el régimen de visitas que corresponda al progenitor no custodio, la atribución del uso de la que hasta entonces ha sido la vivienda familiar, la liquidación del régimen económico matrimonial, las pensiones alimenticias que procedan o la pensión compensatoria que corresponda al cónyuge que sufra un desequilibrio económico.

Igualmente en la LA la mediación está también pensada para los conflictos que se produzcan en el seno de un pareja de hecho cuando se produzca el cese o la ruptura de la convivencia; por motivo de la disolución de la

pareja estable. Pueden ser conflictos relacionados con la liquidación de las relaciones económicas existentes hasta entonces, la atribución del uso de la vivienda, las pensiones alimenticias o incluso las indemnizaciones que en su caso procedan a favor de alguno de los ex convivientes, o a la hora de determinar cual de los progenitores va a asumir la guarda de los hijos menores o el régimen de visitas que va a corresponder al progenitor no custodio.

También son susceptibles de mediación en la LA los conflictos que se inicien en el ejercicio de la patria potestad entre los padres, casados o no, al margen de una situación de crisis de la pareja, así como los que surjan en el marco de las instituciones tutelares entre las varias personas que desempeñen el cargo de tutor o curador, o entre tutor o curador y la persona sujeta a tutela o curatela.

La mediación se puede intentar igualmente para resolver los problemas que puedan suscitarse en el marco de las relaciones de los menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y en especial los conflictos derivados del régimen de visitas o de comunicación entre abuelos y nietos, que han planteado muchas dificultades en la práctica sobre todo en el caso de separación o divorcio de los padres.

La LA incluye, junto a los anteriores, los conflictos que surjan en el marco de la obligación de alimentos y del cuidado de personas en situación de dependencia (entre quienes deben prestarlos o incluso, entre quienes deben prestarlos y quienes tienen derecho a ellos), y los que se produzcan en el ámbito del acogimiento y de la adopción. Hay que tener en cuenta, en lo que al acogimiento se refiere, que no hace desaparecer los vínculos de parentesco entre el acogido y su familia por naturaleza que continua teniendo derecho a relacionarse con él, lo que puede ser motivo de disputas entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica. En cuanto a la adopción, aunque sí hace desaparecer los vínculos de parentesco entre el adoptado y su familia biológica, todo adoptado tiene derecho a conocer sus orígenes; en la búsqueda de estos orígenes y seguramente en el establecimiento y el mantenimiento posterior de relaciones con la familia biológica puede ser el origen de conflictos entre todos los implicados.

El ámbito objetivo de la mediación familiar en la LA como se ha podido comprobar es muy amplio. No obstante, al igual que en las restantes leyes de las CCAA, la mediación queda expresamente excluida en los casos en los que exista violencia, amenaza para la vida o la integridad física de alguna de las partes o de los integrantes de la unidad familiar (art.2.1, 16 h)). Y si iniciado el procedimiento de mediación, el mediador, a través de la información obtenida, se infiere la existencia de hecho delictivo o de amenazas para la vida o integridad física de alguna de las partes o los integrantes de la unidad familiar, el mediador está obligado a suspender el procedimiento y a poner los hechos en conocimiento de la autoridad competente.

B.2) La figura del mediador

¿Quién designa al mediador?

La designación del mediador que va a actuar en el caso concreto corresponde en principio a los solicitantes del servicio; los propios interesados tienen reconocido expresamente en la Ley el derecho de solicitar al Registro de Mediación Familiar el listado de personas mediadoras a efectos de elegir de común acuerdo al profesional concreto que va a intervenir en el proceso de mediación (art.4.e) y 21). Esta es la norma general, que tiene dos excepciones. Por una parte, cuando los interesados están de acuerdo en someterse a un proceso de mediación pero no se ponen de acuerdo a la hora de elegir al mediador, la designación la hará el órgano encargado del Registro y recaerá en la persona a la que corresponda según el turno de reparto establecido para la localidad donde vaya a realizarse la mediación (art.21). También corresponderá la elección del mediador al órgano encargado del Registro, y también según el turno de reparto fijado, en los supuestos en que alguna de las partes tuviera reconocido el derecho de mediación gratuita.

¿Quiénes pueden actuar como mediadores?

La designación del mediador por los solicitantes del servicio de mediación no es absolutamente libre, sino que ha de recaer en quien reúna las condiciones o requisitos que la Ley establece. En este ámbito concreto también se pronuncian de forma muy parecida las diferentes leyes de mediación.

La LA, en art.13, exige para poder ejercer la mediación contemplada en ella tres requisitos:

- Estar en posesión de Titulación universitaria o título de grado en las disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico.

- Inscripción en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía. Para conseguir la inscripción, se ha de acreditar formación específica o experiencia en mediación familiar en los términos que se determinen reglamentariamente. En el artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la Ley, se concretan más detalladamente estos dos extremos. Por una parte, se exige una formación específica de posgrado en mediación familiar que deberá ser impartida u homologada por las Universidades, y consistirá en superar cursos con una duración mínima de 300 horas, de las cuales al menos 60 tendrán carácter práctico, con un mínimo del 80% de asistencia

y una formación de puesta al día con carácter trienal⁴⁰.

Una de las peculiaridades de la LA es la contemplación expresa de los que denomina Equipos de personas mediadoras. Son agrupaciones de profesionales de la mediación, a través de la fórmula que consideren conveniente (Asociaciones...), que se organizan al objeto de fomentar la colaboración interdisciplinar en el ejercicio de la mediación. Hay que tener en cuenta que en la mediación familiar hay implicadas cuestiones de muy diferente alcance que hace aconsejable, y a veces necesario, el recurso a los conocimientos y la experiencia de profesionales de diferentes ámbitos (abogados, psicólogos, trabajadores sociales...). Para poder constituir un equipo de personas mediadoras es requisito imprescindible que al menos tres de las personas que lo integren tengan titulaciones distintas, dentro de las establecidas en el art.13, y que el equipo se inscriba como tal en el Registro de Mediación Familiar (art.14)⁴¹. No obstante, la LA parte de que la mediación implica la necesaria actuación individual de un profesional y el procedimiento concreto de mediación solo puede conducirlo un mediador, el resto de profesionales que en su caso integren el equipo de mediación se limitan a prestar su apoyo al mediador interviniente cuando ello fuere preciso, de manera que los miembros del equipo que presten su apoyo no van a tener relación alguna con las partes en conflicto, ni podrán exigirles honorarios o percepción económica alguna. En este sentido, el art.15 e) considera derecho del mediador el de recibir asesoramiento del equipo de personas mediadoras en el que se encuentre inscrito en el Registro, si así se requiere, manteniendo la confidencialidad exigida.

c) Principios informadores de la mediación

La LA, al igual que las restantes leyes de las CCAA, presta una especial atención a los principios de la mediación familiar. Son principios que en su mayoría han de presidir la actuación del mediador. La inobservancia puede ser sancionada en los términos que la ley establece.

El Principio de voluntariedad tiene un doble alcance. Por una parte, se proyecta sobre las partes en conflicto. En este ámbito, la mediación no se contempla como un trámite previo que necesariamente se hay de intentar antes de acudir a la vía judicial, sino que la decisión de someterse a un proceso de mediación corresponde adoptarla, con plena libertad, a las propias partes en conflicto. Como señala la Ley (art.6) “podrán iniciar el procedimiento de mediación cuando libre y voluntariamente así lo decidan todas las partes en conflicto, ya sea antes de la iniciación de las actuaciones judiciales, en el curso de las mismas o incluso una vez finalizadas. Y no solo esto, sino que una vez iniciada la mediación, las partes pueden manifestar su voluntad de desistimiento en cualquier fase del procedimiento (art.4 a). La voluntariedad ha de presidir desde el inicio hasta la terminación de la mediación. La voluntariedad también alcanza, en cierto sentido, a la persona mediadora. El mediador, si bien debe iniciar la mediación en los plazos que en su caso se establezcan, y no puede declinar el nombramiento a su favor salvo que esté comprometida su imparcialidad, también puede renunciar a iniciar un procedimiento de mediación, o a continuarlo, desde el momento que aprecie falta de voluntad por alguna de las partes o exista una imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, así como cuando concurra cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento de mediación (signos de violencia, falta de colaboración, falta de respeto a las condiciones establecidas o a los principios...) (art 15 b y 25 d)).

Por virtud del Principio de imparcialidad, el mediador no puede tener interés alguno a favor o en contra de una de las partes. Como establece el art.8 de la LA, deberá ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios, sin tomar partido por ninguna de ellas. El art.16, por su parte, incluye entre los deberes del mediador, el de mantener la imparcialidad preservando la igualdad y equilibrio de las partes durante el proceso de mediación. Precisamente para garantizar la imparcialidad, la LA impone al mediador el deber de declinar la designación que se le hubiere hecho como tal mediador, y apartarse del proceso de mediación, cuando concurra alguna circunstancia o causas que la Ley contempla. En concreto, los motivos de abstención los especifica el art.17: Haber realizado actuaciones profesionales a favor o en contra de alguna de las partes con anterioridad; la existencia de vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el 4º grado, o de afinidad hasta el 2º grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre el mediador (ya actúe individualmente o como parte integrante del equipo de mediación) y alguna de las partes; la existencia de un

⁴⁰ Ahora el contenido será fijado mediante Orden de la Consejería competente según dispone el artículo 5 del Reglamento, sin embargo el Borrador del mismo especificaba también el contenido mínimo que habrían de tener los cursos de formación señalando los bloques de materias que han de integrarlos: Bloque 1 .Aspectos jurídicos-económicos: A) Derecho de Familia y menores (situaciones de crisis, Derecho de alimentos, personas en situación de dependencia y discapacidad, ejercicio de la patria potestad...). B) Eficacia jurídica del acuerdo de mediación (Diferencias entre convenio regulador transcendencia jurídica del acuerdo...). C) Redes sociales y servicios administrativos susceptibles de intervenir en los conflictos. Bloque 2: Aspectos psicológicos y sociales: A) Evolución de las instituciones familiares y análisis de las dinámicas familiares. B) El conflicto familiar (análisis, características, gestión, dinámica...). C) Situaciones de conflictos familiares que requieren una atención especial (violencia doméstica, problemas de adicción, discapacidad o enfermedades invalidantes...). Bloque 3: Aspectos de la mediación familiar (modelos, metodología, estructura, etapas...).

⁴¹ En el artículo 8 Reglamento de desarrollo de la Ley se prevé, a estos efectos, que el Registro de Mediación constará de dos Secciones, una, la Sección de personas mediadoras, y la otra la Sección de equipos de personas mediadoras.

interés directo (económico o personal) en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pueda influir el resultado de la mediación. En supuestos así, si el mediador no se abstiene de intervenir, las partes en conflicto podrán promover la recusación en cualquier momento del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establezcan. De hecho, el art.4.c) reconoce expresamente como derecho de las partes en conflicto el de recusar al profesional designado para el proceso de mediación si se da alguna de las causas de abstención del art.17⁴².

Partiendo de que en la mediación el poder de decisión reside en las partes, el Principio de neutralidad impone al mediador abstenerse de dar su opinión. Tal y como establece el art.8 de la LA, el mediador no podrá imponer soluciones ni medidas concretas y respetará los distintos puntos de vista. No hay que olvidar que la función del mediador no es dirimir el conflicto, sino abrir vías de comunicación entre las partes, facilitar el diálogo entre las partes, para conseguir que sean las propias partes en conflicto las que lleguen a soluciones pactadas. De hecho, el art. 16, entre los deberes del mediador, incluye el de propiciar que las partes tomen sus propias decisiones y que dispongan de la información y asesoramiento suficientes para que desarrollen los acuerdos de manera satisfactoria libre, voluntaria y exenta de coacciones.

Especial importancia en el marco de la mediación tiene el Principio de confidencialidad en tanto que contribuye a crear el ambiente propicio para que la comunicación y el diálogo puedan desarrollarse de una manera satisfactoria. Este principio impide que la información obtenida a través de un proceso de mediación, que muchas veces será información relativa a la relación de pareja, pueda ser revelada al exterior. La confidencialidad se liga al secreto profesional del mediador. El art.16 de la LA considera deber del mediador mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación, lo que completa el art.9 disponiendo que no podrá desvelar durante el proceso de mediación, e incluso una vez finalizado el mismo, ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, salvo autorización expresa de todas las partes que hayan participado.

El principio de confidencialidad trae consigo, como efecto, que el mediador, una vez finalizado el proceso de mediación, no pueda asistir ni representar a ninguna de las partes en conflicto en un litigio posterior relacionado con ese proceso, debiendo comunicar al tribunal el haber ejercido de persona mediadora en caso de ser citado como testigo o designado como perito(art.17.3). A diferencia de otras leyes de CCAA que se pronuncian en un sentido mucho más tajante prohibiendo directamente al mediador actuar como testigo o perito, la fórmula que utiliza la LA (“deberá comunicar...”) parece dar e entender que el mediador puede ampararse en el secreto profesional para justificar su no concurrencia como testigo o perito o bien la no revelación de datos que haya obtenido a través del proceso de mediación.

El deber de confidencialidad no es sin embargo absoluto. Por una parte, cede y es sustituido por el contrario - el deber de información a las autoridades competentes- cuando a través del proceso de mediación se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o integridad física de alguna de las partes o de cualquier persona que tenga o haya tenido algún tipo de relación con éstas, descendientes o ascendientes que integren el núcleo familiar, aunque no sean parte del proceso de mediación (art.16 h). Por otra parte, el deber de confidencialidad no se infringe cuando la información que obtiene el mediador en el curso de la mediación se utilice con fines de investigación o de formación siempre que no se aporten datos que permitan identificar a los protagonistas y con el consentimiento expreso de quienes estén directamente afectados (incluidos los niños/as mayores de 12 años y debiendo ser oídas las personas menores de esta edad).

El Principio de Prioridad del beneficio de menores y personas dependientes, que consagra el art. 7, lleva al mediador a concienciar a las partes en conflicto de la necesidad de velar por el beneficio de los menores y de las personas en situación de dependencia que estén implicadas, de manera que los acuerdos y soluciones a las que lleguen sean las más beneficiosas o adecuadas para ellos. No hay que olvidar que en muchos casos será necesaria la homologación por parte del juez de los acuerdos que se hayan conseguido.

El Principio de buena fe está llamado a presidir tanto la actuación del mediador como de las partes en conflicto. El mediador ha de conducir el procedimiento de mediación y cumplir la función que le es propia con una adecuada ética profesional. Las partes han de colaborar con la persona mediadora durante el curso del procedimiento, con voluntad efectiva de conseguir acuerdos y llevarlos a efecto.

Hay dos últimos principios que están directamente relacionados con el procedimiento mismo de mediación.

Por un lado, el Principio de inmediación, que recoge el art. 10: Todas las personas participantes en el proceso de mediación estarán obligadas a asistir personalmente a las sesiones, sin que puedan valerse de personas intermedias o representantes (v. también art.5 d)). Algunas leyes de mediación⁴³, para situaciones

⁴² Cfr. artículo 22 del Reglamento.

⁴³ La ley de Asturias establece (art.8) que “si las circunstancias así lo requieren y de forma excepcional, pueden utilizarse medios electrónicos en algunas de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador familiar y de las partes. La presencia física de las

excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, permiten la utilización de medios técnicos o tecnológicos que faciliten la comunicación a distancia, siempre que se produzca con las debidas garantías de autenticidad e identidad. La ley andaluza no contempla tal posibilidad.

Por otro lado, el Principio de flexibilidad o antiformalismo: el procedimiento de mediación deberá desarrollarse de una manera flexible, adaptándose a la situación concreta a tratar, si bien respetando las normas mínimas establecidas en la ley como garantía de calidad (art.12). El procedimiento de mediación queda sujeto ciertamente a unos cauces que establece la Ley pero son muy pocos y dejan margen mas que suficiente para que la actuación del mediador en combinación con las circunstancias del caso concreto proporcione los mejores resultados. La flexibilidad es una de las ventajas que presenta el procedimiento de mediación frente al procedimiento judicial.

d) Procedimiento de mediación

La LA se ocupa también del procedimiento de mediación estableciendo esas normas mínimas que se consideran garantía de la calidad del servicio.

En la LA, igual que en las demás leyes, para iniciar el proceso de mediación es necesaria una solicitud en tal sentido que ha de proceder de las partes en conflicto, lo que está en consonancia con el carácter voluntario que se atribuye al procedimiento de mediación. Las partes pueden presentar la solicitud de mediación actuando conjuntamente, pero también cabe, como prevé el art.20, que la solicitud la presente una de ellas, si bien en este ultimo supuesto, la aceptación o consentimiento de la otra/s ha de recaer con posterioridad, dentro del plazo que la ley marca que es el de un mes a contar desde que se solicita la mediación. En cualquier caso, la solicitud se presenta por escrito en el organismo competente⁴⁴.

Presentada la solicitud y designado el mediador (por las partes o por el encargado del Registro de Mediación, según los casos), el mediador designado convocará a las partes a una reunión inicial que tiene carácter informativo (art.22). En dicha reunión, el mediador informará a las partes de sus derechos y deberes, en particular del derecho que les asiste de poner fin a la mediación en cualquier momento, así como del derecho del mediador a dar por terminada la mediación cuando concurra alguna de las circunstancias que contempla la ley. Igualmente, les informará de los principios rectores de la mediación, de las características del procedimiento, de su duración y de los honorarios profesionales, en su caso. De esta primera reunión, se levantará un acta (acta inicial), donde constara el lugar, fecha de celebración, las personas que hayan participado, el objeto de la mediación y la aceptación por las partes de los principios y deberes de la mediación. El acta será firmada por las partes y por la persona mediadora como prueba de entendimiento y aceptación de las condiciones de la mediación.

A partir de la reunión inicial, es cuando se inicia el procedimiento de mediación propiamente dicho. Las partes tendrán que asistir a las sesiones previstas y lo han de hacer personalmente. A través de estas sesiones el mediador cumple la función que le esta encomendada. Estas sesiones se realizarán según las pautas fijadas por las partes y el mediador en la reunión inicial⁴⁵.

La duración del procedimiento de mediación dependerá de la naturaleza y la complejidad las cuestiones objeto planteadas por las partes. No obstante, la ley fija un límite temporal que es de tres meses a contar desde que se levante el acta inicial (art.24). Este plazo se puede proponer que se prorrogue cuando se aprecie la necesidad de ampliarlo para la consecución del acuerdo, por un nuevo periodo de tres meses. En otras leyes de CCA, el pazo es de 60 días hábiles o de 3 o 4 meses a partir de la reunión inicial.

Si en el plazo previsto se consiguen los acuerdos pretendidos terminara el proceso de mediación, levantando acta final que será firmada por las partes y el mediador. Los acuerdos, en su caso, se trasladarán por los abogados a fin de que sean ratificados u homologados por el juez. Estos acuerdos, según señala la LA, en el art.26, serán vinculantes, validos y obligatorios para las partes siempre que ellos concurran los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

partes deberá producirse, en todo caso, en el momento de la firma de los acuerdos adoptados". La Ley catalana por su parte, en el art. 8 dispone que "En situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia garantizando los principios de la mediación".

⁴⁴ El artículo 16 de Reglamento admite la posibilidad de que la propuesta provenga del órgano judicial o de los servicios públicos competentes.

⁴⁵ Señala el artículo 25.2 del Reglamento que en el caso de que no comparezcan todas o alguna de las partes a cualquiera de las sesiones a las que hayan sido convocadas por causa justificada, deberá señalarse una nueva sesión por una sola vez, en los diez siguientes. Si el proceso de mediación no se puede llevar a cabo por inasistencia injustificada de alguna de las partes, se levantara acta y se dará por terminada la mediación, comunicándolo a las partes y al órgano encargado del RM.