



Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

La mediación familiar en las rupturas de pareja

Alumno: María Lidón Ferrández

Tutor: Purificación Cremades García

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	pág.3
2. ANTECEDENTES.....	pág.4
3. LEGISLACIÓN.....	pág.7
3.1. Ámbito Europeo.....	pág.7
3.2. Ámbito Nacional.....	pág.11
3.3. Ámbito Autonómico.....	pág.14
4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	pág.19
4.1. Características.....	pág.20
4.2. Diferencias con otras figuras afines.....	pág.23
4.2.1. Mediación y arbitraje.....	pág.23
4.2.2. Mediación y conciliación.....	pág.25
4.3. Tipos de mediación familiar.....	pág.26
4.4. Objeto de la mediación familiar.....	pág.27
5. EL PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	pág.29
5.1. El acuerdo de mediación.....	pág.33
5.2. Finalización de la mediación.....	pág.34
5.3. Formalización de título ejecutivo y ejecución.....	pág.35
5.4. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad.....	pág.37
5.5. Las instituciones de mediación.....	pág.38
5.6. Coste de la mediación.....	pág.39
5.7. Duración de la mediación.....	pág.40
6. ELEMENTOS PERSONALES.....	pág.41
6.1. El mediador.....	pág.42
6.1.1. Requisitos del mediador.....	pág.43
6.1.2. Actuaciones del mediador.....	pág.45
6.1.3. Deberes del mediador.....	pág.46
6.1.4. Pluralidad de mediadores.....	pág.48
6.2. Las partes.....	pág.50
6.3. Los menores.....	pág.52
6.3.1. El interés superior del menor.....	pág.52
6.3.2. Derechos del menor.....	pág.53
6.3.3. Intervención del menor en la concreción de su propio interés. La audiencia del menor.....	pág.54
7. CONCLUSIONES.....	pág.57
8. BIBLIOGRAFÍA.....	pág.60

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata sobre la mediación familiar en el ámbito de la separación y divorcio, desde la perspectiva del origen de la misma, hasta su aplicación dentro de nuestros juzgados y tribunales y tratamiento por el derecho español, haciendo especial hincapié en la figura y protección del menor.

Hablar de mediación familiar supone hablar de una figura relativamente nueva en nuestro sistema judicial, ya que los primeros servicios de mediación en nuestro país los encontramos a finales de los ochenta.

Se trata de un método que se encuentra en crecimiento, desarrollándose y haciéndose un hueco en los llamados sistemas alternativos de resolución de conflictos, conocidos comúnmente como ADR, *Alternative dispute resolution*, como son en sí mismos la conciliación y el arbitraje entre otros.

Hoy en día conocemos la mediación como un sistema al que acuden las partes para resolver los conflictos que surgen entre las mismas, ayudadas por un tercero imparcial que velará por el entendimiento de ambas partes, éste será el conocido como mediador. Así la mediación se presenta como un sistema que encuentra su eje en las propias partes, quienes serán protagonistas en cada momento, y donde prima por encima de todo, la voluntariedad, imparcialidad e interés del menor en caso de que haya.

En la actualidad, la mediación familiar se encuentra en pleno auge¹. Aún así, esta vía extrajudicial y gratuita, capaz de ayudar a la pareja con o sin hijos a conseguir

¹ En la actualidad la mediación familiar se encuentra en pleno auge, sobretudo en relación a los divorcios, así lo puso de manifiesto la cadena SER, con una noticia publicada el pasado 18 de enero de 2018 por Pilar García en Fuenlabrada, en la que mostraba que más del 85% de casos atendidos en Mediación Familiar lo fue por divorcio o separación en esta localidad, en la que se atendieron a más de 144 familias, de las cuales el 94% alcanzaron acuerdos satisfactorios, en una media de siete sesiones.

Disponible en: http://cadenaser.com/emisora/2018/01/18/ser_madrid_sur/1516269204_002696.html, (Consulta: 30/04/2018)

Del mismo modo lo afirma Marga Jimenez Fontes, en su artículo publicado el 16 de mayo de 2016, en la opinión de Murcia, al afirmar que en 2016, la organización de mediación recogió datos de hasta un 80% de casos que acabaron bien, con acuerdos que favorecieron a ambas partes, resaltando que de media, el porcentaje también es alto, ya que no obtuvieron nunca un resultado menor al 65%. Disponible en: <https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2016/05/16/parejas-necesitan-ayuda-comunicarse/737329.html> (Consulta: 30/04/2018)

Así mismo, también existen y debemos apoyarnos en testimonios de personas que han pasado y experimentado la mediación familiar, como es el caso de María de los Ángeles, que se puede considerar como una de las pioneras en el uso de nuestro país de la mediación. Esta mujer acudió hace ya 17 años a la Fundación Atyme a por ayuda por recomendación familiar. Esta mujer afirma que la mediación es una herramienta muy eficaz para los casos de divorcio, donde el mediador hace disminuir o incluso elimina el componente emocional que existe en este tipo de situaciones, facilitando así la llegada a un acuerdo factible para ambas partes, en su caso, gracias a la mediación consiguió superar la mala situación por la que estaba pasando y alcanzar un acuerdo que favoreció a ambas partes. Disponible en: http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-mediacion-elimino-componente-emocional-divorcio-201701242116_noticia.html (Consulta: 30/04/2018)

acuerdos para que el cese de la convivencia sea pacífica, no es muy conocida por nuestra sociedad, ya que según una encuesta realizada por el CIS en 2014 sobre opiniones y actitudes de la familia, donde se realizaron preguntas sobre la satisfacción de las personas en relación con su vida personal, laboral, familiar. Un 80,3% reconocía saber de la mediación «de oídas» y, en el caso específico del papel de los hijos en casos de conflicto de pareja, únicamente un 50,9% admitía tener conocimiento de la misma.²

Cabe añadir, que en nuestro país, la mediación familiar como sistema de resolución de conflictos, está cobrando real importancia en los últimos años, llegándose a considerar como una alternativa eficaz, útil y distinta del proceso judicial. Es por ello que cada Comunidad Autónoma ha desarrollado su propia legislación relativa al tema, ofreciendo servicios de mediación familiar.

No obstante, a pesar de que el presente trabajo se centre en la utilización de la mediación en casos de ruptura de pareja, la misma es utilizada dentro de muchos otros sectores, tales como el ámbito civil en su extensión, mercantil, penal, comunitaria, escolar. Así mismo, dentro del círculo familiar, la mediación no solo es utilizada para casos de ruptura o separación, la misma puede ser altamente beneficiosa para resolver problemas en que pueden verse involucrados otros miembros de la familia, como pueden ser los abuelos, conflictos entre padres e hijos, así como familia más extensa.

La finalidad de este trabajo consiste en hacer visible una figura relativamente nueva como es la mediación familiar, para así mostrar la importancia y beneficios de la misma en este tipo de materias.

El plan de trabajo ha consistido en la consulta de bibliografía sobre el tema, llevando a cabo un análisis pormenorizado de la legislación aplicable.

2. ANTECEDENTES

El nacimiento de la mediación se ha de situar en los años sesenta, en los Estados Unidos, ya que es allí donde se desarrolla el conocido como movimiento de resolución alternativa de litigios (ADR), debido a la aparición de nuevas instituciones y al aumento de procesos judiciales, que dieron lugar a un sistema judicial ineficaz e incapaz de hacer frente a la multitud de litigios que aparecían e iban acumulando.

En los años sesenta, EE.UU se caracteriza por su descontento y conflicto generalizado, ya que fue un período marcado por las protestas, debido a la guerra de

² Disponible en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3032/es3032mar.pdf (Consulta: 30/04/2018)

Vietnam, los disturbios estudiantiles, la lucha por derechos civiles, así como por distintos asuntos de gran importancia para la sociedad.

Los ciudadanos buscaban soluciones rápidas para los conflictos que surgían en su país, es por ello que el motivo detonante para impulsar los ADR, no fueron estos conflictos, sino la capacidad real que suponía la mediación para la resolución de este tipo de problemas, ese fue sin lugar a dudas el motivo que impulsó el interés por la mediación.

Como hemos visto, apoyándonos en las palabras de Macho Gómez, se trata de problemas que sobrepasan lo jurídico, se trata de problemas interpersonales, donde la cuestión es que las personas en conflicto llegasen a un acuerdo para una mejor convivencia, lo que podemos traducir como la finalidad misma de la mediación.

A lo largo de estos años los divorcios aumentaron, factor que influyó en el desarrollo de la mediación positivamente, es por ello que los abogados y jueces comenzaron a ver en la mediación un mecanismo eficaz, rápido y económico para la resolución de conflictos familiares.

Es por ello, que resulte lógico que la mediación esté más implantada y desarrollada en Estados Unidos, ya que su andadura en el tiempo es mayor y, en lo que a temas de familia respecta, se solucionan directamente por esta vía.

Por su parte, en Europa, se introduce la mediación durante los años ochenta, debido a la experiencia tan exitosa que estaban teniendo los ADR y, concretamente en España, con el motivo de resolver los conflictos en el ámbito privado, relacionados con las disputas familiares tras la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en la causas de nulidad, separación y divorcio. Así mismo, en los países europeos, la ordenación de la mediación ha sido muy temprana, gracias en gran parte a las Recomendaciones del Consejo de Europa. En este sentido, debemos destacar la Recomendación nº 7/1981 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia, y la Recomendación nº 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, la cual perseguía la misma finalidad que la anterior. Teniendo en cuenta ambos antecedentes, es cuando a mediados de los años ochenta, los Estados comenzaron a poner en práctica la mediación, principalmente en el ámbito familiar.

La utilización de la mediación familiar seguía en aumento, pero su práctica se reducía a programas aislados y a la labor de distintas asociaciones. Es por ello, que el impulso necesario lo encontramos en la Recomendación número R(98)1 del Comité de

Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros de 21 de enero de 1998, la cual tenía como característica principal instar a los Estados Miembros de la Unión Europea a institucionalizar en sus ordenamientos la mediación en el ámbito familiar o a reforzarla si es que ya la tenían establecida.³

Cabe añadir que, por su parte, el Consejo General del Poder Judicial se comprometió a potenciar la mediación, tanto en asuntos civiles y mercantiles, como en el ámbito familiar. Todo ello es lo que se viene a argumentar en la memoria explicativa definitiva de 2013.⁴

Siguiendo esta línea cronológica, vemos como la mediación se fue abriendo paso por los distintos continentes con un mismo fin, reducir la sobrecarga de los Tribunales de Justicia. Asimismo, hemos de destacar el hecho de que la mediación se utilizase principalmente para resolver conflictos familiares, ello demuestra que ya, desde sus orígenes, la misma se mostraba como una alternativa positiva para la resolución de este tipo de conflictos, y así lo ha ido demostrando y confirmando a lo largo de su trayectoria y utilización.

Eso sí, que sus orígenes estén relacionados con la familia, no significa que no pueda utilizarse en muchos otros ámbitos, ya que como vemos con el paso del tiempo, la mediación se ha ido abriendo camino en otros sectores, siendo igual de útil y recomendable.

Así mismo, en el caso concreto de España, vemos como leyes tan importantes como es la ley 30/1981, anteriormente citada, supuso un impulso para la utilización de

³ MACHO GÓMEZ, C.: “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”, pp. 5 y ss. Disponible en:

https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-30093100996 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Origen y evolucion de la mediacion: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansion a Europa, (Consulta: 02/05/2018)

⁴ “En el fomento de las soluciones de auto-composición en los procesos de familia han incidido muy positivamente reformas legislativas como la llevada a cabo por la Ley 15/2005 que suprimió el sistema causal de separación y divorcio e introdujo la mediación familiar en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la reciente Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que ha supuesto una clara apuesta del legislador por la implantación de métodos alternativos al judicial/contencioso en la resolución de conflictos. Igualmente, e impulsados desde la propia praxis de los Juzgados de Familia, se ha ido introduciendo en el entorno de los procesos de familia otros instrumentos y recursos (servicios de mediación intrajudicial y terapia familiar, Puntos de Encuentro Familiar, sistemas de baremación de las pensiones alimenticias), que han mejorado notablemente la calidad de la respuesta judicial en este tipo de conflictos, reforzando una perspectiva pacificadora o no adversarial de estos procesos y logrando un incremento notable de los procesos de mutuo acuerdo o, al menos, una limitación de las cuestiones sobre las que se discrepa en los procesos contenciosos”.

Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPI/Memorias/Memoria-Anual/Memoria-anual-2013--correspondiente-al-ejercicio-2012-> (Consulta: 02/05/2018)

la mediación, ya que los conflictos que podían surgir en relación con dicha ley, podían encontrar su solución en la aplicación de la mediación.

Desde los orígenes de la misma, en nuestro país, se ha pasado por la promulgaciones de distintas leyes, así como acogimiento de varias recomendaciones europeas, es por ello que podemos considerarnos como país impulsor de la mediación, al contar con una ley nacional de la misma, la 5/2012, de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles y además, cada Comunidad Autónoma cuenta con su propia ley de mediación, que más tarde pasaremos a analizar.

3. LEGISLACIÓN

3.1. Ámbito europeo

La primera norma que debemos nombrar en el marco europeo, es la ya anteriormente citada Recomendación 1/1998 del Consejo de Europa sobre Mediación familiar.

Esta recomendación se realizó con la finalidad de instituir y promover la mediación familiar o, en caso de que ya existiese la misma, reforzarla. Destacaba la eficacia de esta institución y, señalaba entre otros múltiples beneficios, la mejora de comunicación entre las familias, la disminución de los conflictos entre las partes enfrentadas y el mantenimiento de las buenas relaciones entre padres e hijos.

Partía de la idea de que el número de separaciones y divorcios en los Estados Miembros iba en aumento y, por lo tanto, ello suponía importantes consecuencias no solo para las familias, sino también costes económicos y sociales para los Estados.

Señalaba además, que los litigios familiares cuentan con unas características especiales, debido a que las partes que intervienen, tienen entre ellas relaciones interdependientes duraderas en el tiempo y, las consecuencias derivadas de las separaciones y divorcios afectan a todos los miembros de la familia, en especial, a los hijos e hijas.

Es por ello que considera que debe garantizarse la protección de los menores, añadiendo que el recurso de la mediación familiar podrá *mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; reducir los conflictos entre las partes; dar lugar a acuerdos amigables; garantizar el mantenimiento de las relaciones personales entre padres e hijos; reducir los costes económicos y sociales para las partes y los Estados y reducir el tiempo necesario para reglamentar los conflictos.*

Siguiendo con el ámbito legislativo de la cuestión, es necesario hacer mención a la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En relación con esta Directiva, los Estados Miembros debieron de adaptar sus ordenamientos a las exigencias de la misma, para poder así promover la mediación.

Esta Directiva no trata específicamente la mediación familiar, sino, la mediación en asuntos civiles y mercantiles en su generalidad. Además, sus disposiciones van dirigidas directamente para los supuestos transfronterizos, *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 decidan hacer uso de la misma*, tal y como se establece en la propia directiva.

Define la mediación en su artículo 3.b) como *un procedimiento estructurado, 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 del mediador*.

De este artículo se deriva la importancia de uno de sus principios esenciales, como es la voluntariedad. Asimismo, en tu artículo 7 hace mención a otro de sus ejes fundamentales, la confidencialidad, al añadir que, la confidencialidad deberá preservarse durante el procedimiento y que, *los Estados Miembros garantizarán, salvo acuerdo en contrario de las partes, que ni los/as mediadores/as ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligadas 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*.

No obstante, en el artículo 7.1 a), aclara que esta confidencialidad no será exigible cuando concurren razones de orden público, cuando lo requiera el interés superior del menor, en caso de prevención de daños a la persona, o cuando el conocimiento del contenido del acuerdo de mediación sea necesario para ejecutar dicho acuerdo.

La Directiva indica en su artículo 4.2, que debe garantizarse la calidad de la mediación al establecer que *los Estados Miembros deberán promover la formación inicial y continua de los mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control relativos a la prestación de servicio de la mediación, con la finalidad de que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente*.

Como ya se ha dicho, los Estados Miembros adaptaron esta Directiva a sus propios ordenamientos, es por ello que se hace necesaria la mención de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE.

Dicha resolución cuenta con unas conclusiones principales respecto de la Directiva así como con una serie de recomendaciones que son necesarias destacar.

En primer lugar se muestra la satisfacción con el hecho de que muchos Estados Miembros han realizado revisiones y modificaciones respecto de la mediación así como la previsión de enmiendas a la legislación.

Lamenta que únicamente tres Estados Miembros hayan optado por transponer la Directiva solamente en lo que se refiere a los casos transfronterizos y destaca las dificultades en relación al funcionamiento en la práctica de los sistemas nacionales de mediación.

Se hace hincapié en que todos los Estados Miembros prevén la posibilidad de que los tribunales insten a las partes en un litigio a recurrir a la mediación o, al menos, a participar en sesiones informativas. Toma nota, asimismo, de que numerosos Estados Miembros ofrecen incentivos económicos para que las partes recurran a la mediación; observa que los resultados obtenidos en estos Estados demuestran que la mediación puede proporcionar una resolución extrajudicial rentable y rápida de los litigios a través de procedimientos adaptados a las necesidades de las partes.

Considera que la adopción de códigos de conducta constituye un instrumento importante para asegurar la calidad de la mediación y lamenta la dificultad de obtener datos estadísticos completos sobre la mediación, haciendo necesaria la existencia de una base de datos fiable. Asimismo, acoge con satisfacción la especial importancia de la mediación en el ámbito del Derecho de familia, subrayando la importancia de la creación y el mantenimiento de una sección específica en el Portal Europeo de Justicia. Por su parte, celebra, por tanto, que la Comisión asigne cofinanciación a diversos proyectos destinados a la promoción de la mediación y la formación de jueces y profesionales de la justicia en los Estados Miembros, destacando que pese al carácter voluntario de la mediación, es preciso adoptar nuevas medidas para garantizar el carácter ejecutorio de los acuerdos de mediación de manera rápida y asequible.

Esta misma resolución establece cinco recomendaciones, solicita un aumento de los esfuerzos por parte de los Estados Miembros para el fomento de la mediación en litigios civiles y mercantiles, pide también a la Comisión la necesidad de estudiar el desarrollo de normas de calidad a escala de la UE. Asimismo, solicita a la misma que estudie la necesidad de que los Estados Miembros creen y mantengan registros nacionales de procedimientos de mediación, solicitando la realización de un estudio sobre los obstáculos que dificultan la libre circulación de los acuerdos de mediación extranjeros y, por último pide que, en el marco de la revisión de la normativa, busque soluciones que permitan ampliar eficazmente el ámbito de la mediación también a otras cuestiones civiles o administrativas, si procede; hace hincapié, no obstante, en que debe prestarse atención especial a las repercusiones que pudiera tener la

mediación sobre ciertas cuestiones de carácter social, como el Derecho de familia; recomienda, en este contexto, a la Comisión y a los Estados Miembros, que establezcan y apliquen salvaguardas adecuadas en los procedimientos de mediación a fin de limitar los riesgos para las partes más débiles y protegerlas contra todo posible abuso de procedimiento o posición por las partes más poderosas, así como a facilitar datos estadísticos relevantes exhaustivos; subraya, además, la importancia de garantizar el respeto de los criterios de equidad en materia de costes, en particular para proteger los intereses de los colectivos desfavorecidos; señala, no obstante, que la mediación puede perder su atractivo y valor añadido en caso de introducirse normas demasiado estrictas para las partes.

Por todo ello, considero que Europa debe dar gracias a la Recomendación 1/1998 del Consejo de Europa sobre Mediación familiar, ya que hemos de considerarla como la madre de la mediación, la responsable de su implantación y utilización. Ya que esta recomendación, muestra la importancia de la aplicación de la mediación y las consecuencias positivas de la misma, no solo para los Estados Miembros sino también para las familias, haciendo especial referencia al papel de los menores.

No obstante, algo importante que considero digno de subsanación, es el tema relativo a la violencia y como esta recomendación la trata, ya que no cierra la puerta a estos supuestos, sino que se centra en analizar el caso concreto para determinar la procedencia de la mediación en este tipo de casos. A mi parecer cualquier caso en el que existan conflictos relacionados con la violencia, no podrán ser resueltos por mediación, ya que considero que la misma no protege estos asuntos de una forma tan preparada como pueden ser las leyes propias de violencia de género y similares, que encuentran su resolución en otro tipo de sistemas más adecuados. Con ello no menosprecio a la mediación, solo considero que nuestro sistema judicial cuenta con leyes y multitud de sistemas más eficaces y concretos.

En relación con lo anterior y la importancia de los menores, considero muy acertada la redacción del artículo 7.1 a) de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo, ya que en relación con la confidencialidad, pone en primer lugar y ante todo, el interés superior del menor. En todo proceso de mediación, este interés del menor debe prevalecer como principio máximo, es por ello que me parece totalmente positivo y adecuado que la confidencialidad pueda no ser exigible, a pesar de la gran importancia de la misma en la mediación, cuando así lo requiera el interés superior del menor. Es por ello que se demuestra que el interés del menor irá por encima de cualquier otro principio, ya que los menores deben tener un papel especialmente protegido, no sólo en la figura de la mediación, sino en todos los litigios.

Así mismo, de esta directiva, hemos de destacar la exigencia de la continuidad de la formación de los mediadores, lo que demuestra la importancia que se da a la mediación y a su correcta aplicación, ya que, para ser un buen mediador no basta con

tener unas nociones básicas sobre ciertos asuntos, es necesaria la formación continua, debido a los cambios que experimenta la sociedad y sus ciudadanos.

En relación con la neutralidad, no hace mención a la misma para referirse a una cualidad del mediador, sino que se establece como una característica propia del acuerdo. En ese sentido entiendo que la neutralidad ha de considerarse también como cualidad del mediador, para evitar que este vacío pueda dar lugar a mayores problemas.

3.2. Ámbito nacional

La ley principal en el ámbito nacional la encontramos en la ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles, sin embargo, es necesario hacer mención a la situación legislativa anterior a la aprobación de dicha ley.

Como antecedente principal hemos de nombrar la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en la causas de separación, nulidad y divorcio, que dio lugar a la incorporación en nuestro ordenamiento a los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Del mismo modo debemos hacer mención a la ley 15/2015, de 5 de julio, por la que se modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, la cual introdujo por primera vez referencias a la mediación en su exposición de motivos y, en la disposición final primera y tercera.

Así, en la Exposición de Motivos se dice que *con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de resolución de litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral*

A su vez, en la Disposición final primera se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y se menciona el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar, como uno de los documentos que pueden aportarse en los procedimientos de mutuo acuerdo.

Finalmente, la Disposición final tercera señala que *el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre la mediación basada en los principios establecidos en la disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.*

Es necesario también, hacer mención a la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, especialmente hemos de referirnos a sus artículos 770.7a y 777.2, ya que en ellos se establece la mediación como medida alternativa en casos de separación y divorcio, siempre que las partes se encuentren en común acuerdo; asimismo, establece la necesidad de que el escrito de separación y divorcio vaya acompañado, en su caso, del acuerdo de mediación.

De este modo llegamos a la promulgación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, no obstante, esta promulgación se realizó gracias a 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, que obligaba a los Estados Miembros a cumplir con la misma.

Tras estos pasos, se dio lugar en España a la materialización de la ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. La misma define la mediación en su artículo 1 como *aquel medio de resolución 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.*

Su finalidad, según se recoge en el preámbulo, es servir de instrumento complementario a la Administración de Justicia, ordenación general de la mediación aplicable a los diversos asuntos civiles y mercantiles, conexión con la jurisdicción ordinaria y desjudicialización de determinados asuntos, deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto y desjurificación, que significa que lo justo es lo que las partes consideren aceptable.

La presente ley se encuentra estructurada en 5 títulos:

-Disposiciones generales (artículo 1 a 5), donde se establece el propio concepto así como lo relativo al ámbito de aplicación y la mediación en caso de conflictos transfronterizos, así como los efectos e instituciones de la mediación; en este punto me parece importante destacar que la ley estatal es una ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, quedando excluidas: la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo.

-Principios informadores de la mediación, los principios de la mediación vienen recogidos en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10, son: la voluntariedad y libre disposición, la igualdad de las partes e imparcialidad de las personas mediadoras, la neutralidad y la

confidencialidad, salvo cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad y, cuando mediante resolución judicial, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

-Estatuto del mediador, (artículos 11 a 15), donde se establecen las condiciones para poder desempeñar tal cargo, la calidad y autorregulación de la mediación, la actuación del mediador, su responsabilidad y coste de la mediación.

-Procedimiento de la mediación, (artículos 16 a 24), se tratan los temas relacionados con la solicitud, información y sesiones informativas, pluralidad de mediadores, sesión constitutiva, duración, desarrollo, terminación, acuerdo de mediación y actuaciones desarrolladas por medios electrónicos.

-Ejecución de los acuerdos, (artículos 25 a 27), se trata del último título por el que está conformada la ley, y acoge los contenidos referidos a la formalización del título ejecutivo, el tribunal competente y la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos.

En relación con esta ley, hemos de destacar el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan los aspectos de dicha ley. Este Real Decreto tiene la finalidad de desarrollar las disposiciones de la ley 5/2012, en la relación con la formación y el alcance de la obligación del seguro de responsabilidad civil de los mediadores, así como la publicidad de éstos y de las instituciones de mediación, y la posibilidad de realizar la mediación a través de medios electrónicos.

Tras el análisis de dicha ley, no concibo de manera positiva el hecho de que se presente la mediación como una medida alternativa, tal y como se establece en su preámbulo. A mi parecer deberíamos tomar ejemplo, como ya lo hicimos en los inicios, de EE.UU, y utilizar la mediación como medida principal en este tipo de controversias referidas a las separaciones y divorcios, no hablo de imposición ni obligación, es más, las partes han de ser libres de escoger el método por el que resolver sus conflictos, pero si se estableciese la mediación como medida principal a adoptar, considero que no sólo se beneficiaría los tribunales, al compartir la carga de éstos, sino que también sería especialmente positivo para los ciudadanos, ya que tendrían la posibilidad de conocer esta figura, que como he indicado al principio del trabajo, es relativamente nueva, y así darle la oportunidad que merece. Por si misma, la mediación como sistema está mostrando las ventajas que aporta a nuestro sistema judicial, pero un empujón en este sentido considero que sería altamente beneficioso.

Por otro lado, un punto a su favor, es la inclusión de la mediación dentro de los sistemas de asistencia jurídica gratuita, ofreciendo así esta posibilidad a aquellas personas que no cuenten con los recursos necesarios, tal y como se hace en los procesos judiciales lo que ayuda a equilibrar ambas figuras. Esta posibilidad queda

reflejada a lo largo del articulado de la propia ley de mediación, así como en el resto de leyes autonómicas que posteriormente pasaremos a analizar.

En cuanto a la mediación realizada por medios electrónicos, aunque esté pensada para casos concretos, resulta preocupante que se dé esta opción en un sistema que se caracteriza por facilitar y estimular la comunicación entre las partes, puesto que nunca habrá una mejor comunicación que la que se dé entre dos personas de manera física. Además, la comunicación mediante medios electrónicos puede dar lugar a errores de comprensión que pueden no tener nada que ver con la realidad.

Así mismo, de manera positiva hemos de concebir los principios inspiradores que establece la ley, como la voluntariedad y libre disposición, la imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y buena fe. Es inconcebible pensar en una correcta mediación si excluimos o incumplimos alguno de estos principios, ya que el buen funcionamiento y desarrollo de la misma, se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento de los mismos.

Por último la mediación familiar ha sido objeto de regulación normativa autonómica, la cual pasamos a estudiar en el siguiente apartado.

3.3. Ámbito autonómico

Todas y cada una de las leyes autonómicas encuentran su referente en la Recomendación Nº R(98)1 del Consejo de Europa.

Las leyes actualmente vigentes en España por orden cronológico son las siguientes:

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en la C. Autónoma de Galicia.

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la C. Valenciana.

Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar C. Autónoma Canaria.

Ley 4/2005, de 24 de mayo, servicio social especializado de Mediación Familiar C.A. Castilla- La Mancha.

Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar C. Autónoma País Vasco.

Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la C. Autónoma de Andalucía.

Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del derecho privado en Cataluña.

Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears.

Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.

Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la C. Autónoma de Cantabria.

Pasamos a continuación a realizar un análisis de las mismas, destacando sus similitudes y diferencias con respecto a los principios que inspiran la mediación, para después pasar a un estudio más explícito de las mismas, destacando datos concretos.

En relación con el principio de imparcialidad, al ser este uno de los ejes primordiales de la mediación, se encuentra regulado en cada una de las trece leyes con gran similitud en cada una de ellas, destacando que el mediador deberá ser objetivo y ecuánime en el proceso y con respecto a las partes. Lo mismo sucede con la confidencialidad, donde se destaca la necesidad de reserva sobre los hechos que se conozcan.

De igual forma ocurre con el principio de la voluntariedad y buena fe, se encuentran recogidos en todas y cada una de las leyes sin diferencia alguna, haciendo referencia el primero la necesidad de esta voluntad de las partes para iniciar el proceso y, el segundo, a la necesidad de que la actuación de las partes y la persona mediadora ha de respetar las exigencias de la buena fe.

Con respecto a la neutralidad, se trata de otro de los principios fundamentales de la mediación, a pesar de la complejidad que puede suponer el mismo, como más tarde, en el apartado específico analizaremos. No obstante, aparece como principio consagrado en cada una de las leyes autonómicas vigentes.

Sin embargo, existen ciertas leyes en las que encontramos pequeñas peculiaridades, como es, por ejemplo, la ley valenciana en su artículo 9 g), la cual confunde la neutralidad con la autocomposición, al establecer que el mediador ha de ser neutral “ayudando a conseguir acuerdos sin imponer ni tomar parte por una solución o medida correcta”. Así mismo, encontramos otras leyes en las que existe cierta evolución, como es el caso de las Islas Baleares, ya que en su primera publicación se entendía la neutralidad como una posibilidad de ofrecer propuestas para obtener soluciones, sin embargo, en la actual ley 14/2010, en su artículo 2 c), hace referencia a la misma, con la matización de que el mediador no podrá imponer criterios propios a la hora de obtener soluciones. Por otra parte, la ley de Asturias,

entiende junto a la neutralidad en su artículo 5, la necesidad de velar por el equilibrio entre las partes.⁵

En relación con el aspecto del carácter personalísimo, inmediatez o no representación, es también contemplado en todas las leyes, ya sea de forma implícita o explícita, tanto es así, que la ley Valenciana no hace una referencia expresa a la misma, sino que habla sobre ella en ciertos artículos haciendo mención a la inmediatez y colaboración de las partes en su caso. Por su parte, la ley de Castilla y León, así como la ley balear, hacen referencia a la inmediatez, al establecer el deber a las partes de asistir personalmente, prohibiendo la representación o la aparición de personas que actúen como intermediarias, de la misma forma lo vemos reflejado en la ley de Madrid.

En lo que a flexibilidad del proceso se refiere, todas las leyes lo contemplan a lo largo de su regulación, no existe gran diferencia entre las leyes con respecto a este principio, no obstante, no encontramos una mención expresa a la misma en la ley catalana. Como matiz a señalar, puede ser el caso de la ley Canaria, la cual establece que la mediación se ha de llevar a cabo sin seguimiento de un procedimiento reglado específico, así como en la caso de la ley asturiana, donde se hace mención a unas normas mínimas de funcionamiento.

Hemos de destacar las leyes de Galicia, Castilla y León, Andalucía y Madrid, ya que en el apartado específico de los principios que inspiran la mediación, han incorporado la protección de los intereses de los menores y personas dependientes. Así como las leyes de Cantabria y el País Vasco, por ser las únicas que hablan de la necesidad de un debate contradictorio y, además esta última del necesario respeto al derecho. Por su parte, la Ley de Castilla y León habla de la necesidad de intervención cooperativa.

Fuera ya de los principios que inspiran toda mediación, a lo largo del estudio de cada una de las leyes, caemos en la cuenta de que todas ellas hacen mención al derecho de la mediación gratuita, tal y como había reflejado en el apartado anterior, con excepción de la Ley de Madrid, que no hace referencia alguna a dicha opción.

Existe cierta distinción entre leyes, ya que, seis de ellas mencionan la mediación gratuita en un artículo propio para la cuestión, en el que por regla general se establece que gozarán de la mediación gratuita aquellas personas que sean beneficiarias de asistencia jurídica gratuita conforme a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, estableciendo además, que la parte que no goce de esta posibilidad deberá abonar la parte proporcional del coste que le corresponda.

Las peculiaridades las encontramos en la Ley de Aragón, donde la mención a esta posibilidad de mediación gratuita se realiza en el artículo dedicado al coste de la mediación, determinando que será gratuita cuando así lo determine el departamento

⁵ “Informe de la Mediación familiar en España” de la asociación UNAF (Unión de asociaciones familiares), 2015.

Disponible en: <https://unaf.org/wp-content/uploads/2016/02/VALORACION-MEDIACION-FAMILIAR-FINAL.pdf>

(Consulta: 05/05/2018)

competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, pero en caso de que la mediación se inicie mediante la autoridad judicial, deberá tener reconocido el derecho a asistencia jurídica gratuita conforme a su normativa reguladora. Lo mismo sucede en la Ley de Castilla La Mancha, donde la mediación será gratuita cuando se preste por la Administración Regional.

Existen dos leyes que, a pesar de ofrecer un artículo propio a la gratuidad, no establecen las mismas normas que las anteriores, se trata de la Ley de Castilla y León, que establece que podrá gozar de la misma quienes acrediten disponer de recursos económicos escasos, no pudiendo ser nunca estos requisitos menos favorables a los que se exigen para la condición de beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita. Por su parte, la Ley de Cataluña establece dos requisitos para gozar de esta opción, que se trate de personas que se dirijan al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y se cumplan las condiciones materiales de la norma reguladora de la asistencia jurídica gratuita.

Así mismo, las leyes de las Islas Baleares y el País Vasco, hablan de mediación gratuita en artículos dedicados a la creación de servicios públicos. En ambas se establece la posibilidad de crear servicios públicos de mediación, donde la misma será gratuita.

Una diferencia que encontramos respecto de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, es la existencia de un régimen sancionador en cada una de las leyes, enfocado hacia el incumplimiento de los deberes de los mediadores e instituciones de mediación, en cuanto a infracciones administrativas, diferenciando entre infracciones muy graves, graves y leves y las sanciones correspondientes.

Por último, hemos de hacer mención a todo aquello vinculado con la ausencia de violencia. La mediación queda totalmente limitada en los supuestos de violencia, tal y como establece la ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Entrando en el estudio de este aspecto, podemos observar como las primeras leyes sobre mediación aprobadas, esto es, Valencia, Galicia y Canarias, no hacen mención específica a la violencia, no obstante, podemos deducir la misma cuando dicen que la mediación puede interrumpirse si no trata de asuntos mediables conforme a derecho.

Por su parte, la ley de Castilla La Mancha prohíbe directamente la mediación en caso de que existan malos tratos. Así mismo, la ley de Castilla y León, hace mención específica para los casos de violencia y malos tratos, donde excluye también la posibilidad de mediación. Por su parte, la ley balear, añade la expresión concreta “o cualquiera otras actuaciones que puedan ser constitutivas de ilícito penal”.

Cabe destacar que en la ley de Madrid, no se utiliza la palabra concreta de violencia, esa ley, por su parte deja en manos de la persona mediadora la decisión de si esa situación da lugar a la exclusión de la mediación. En cuanto a la ley asturiana, se

refiere específicamente a lo establecido por la ley 1/2004, de 28 de diciembre. Vemos también como la ley de Andalucía, excluye este tipo de conductas, ya que entiende por mediación familiar *el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos*.

Cataluña, establece la necesidad de interrumpir la mediación en caso de que existan conductas violentas que supongan la desigualdad entre las partes, así como cuando existan casos de violencia machista, ya sea durante la mediación o durante la vida familiar. Estableciendo además, como deber del mediador, prestar una importante atención a cualquier signo de violencia y, si procede, deberá denunciar el hecho.

La ley del País Vasco y de Cantabria, excluyen específicamente del ámbito de la mediación este tipo de conductas, donde exista violencia o maltrato y se observe desigualdad entre las partes y, en caso de estar iniciado el proceso, el mediador podrá interrumpirlo.

Por su parte, en relación con la ley de Aragón, pueden surgir varias dudas, ya que, en su preámbulo establece la prohibición de uso de la mediación en casos de violencia o, si se está incurso en procesos penales. No obstante, luego define la mediación como un sistema de carácter resolutivo y preventivo en las situaciones concretas de malos tratos.

En resumen, todas las leyes de mediación autonómica limitan la mediación en casos de violencia, ya sea de forma directa o indirecta. Para verlo con más claridad, son las leyes promulgadas con posterioridad a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, quienes mencionan como límite de la intervención a la mediación.

Todas las leyes estudiadas establecen el marco inicial de la mediación familiar, por lo que las otras ramas de la mediación no están comprendidas dentro de las mismas.

Como ya hemos dicho, cada una de las leyes encuentra su antecedente en la Recomendación R(98) 1, de 21 de enero de 1998, tanto es así que si repasamos el preámbulo de cada una de ellas vemos una referencia explícita a la misma, con excepción de las leyes de Cantabria y Asturias.

Por último se hace necesaria la mención del proyecto de Ley de la Comunidad Valenciana⁶. Así vemos como hace relativamente poco se anunciaba que el pleno del Consejo aprobaba este proyecto de ley.

Esta norma creará el marco jurídico necesario para desarrollar e impulsar la mediación, así como fomentar el acceso por parte de los ciudadanos a este método de resolución de conflictos.

⁶<http://www.justicia.gva.es/documents/162330279/165417885/Llei+de+Mediaci%C3%B3%20CAST.pdf/74b36ab1-bfce-41ae-a504-c08dddd5a263>

Este proyecto de ley presenta la mediación como un sistema que facilita el acercamiento de posturas de personas que se encuentren en conflicto, mediante la intervención del mediador, con el fin de lograr un acuerdo satisfactorio que evite la intervención judicial.

Además incorpora las apreciaciones que los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Jurídico Consultivo y del Comité Económico y social formularon al anteproyecto aprobado por el Consejo el 28 de julio de 2017.

Uno de los cambios más importantes es la incorporación de la mediación a los procedimientos administrativos de la Generalitat y, en la relación con el registro de personas y entidades mediadores de la Comunidad Valenciana, la inscripción en el mismo será de carácter voluntario. Además se prevé la creación de un Centro de Mediación que dará impulso a la misma, y coordinará todas aquellas actuaciones en materia de mediación.

En cuanto a la asistencia gratuita, podrán disfrutar de la misma, quienes gocen de este derecho conforme a su regulación específica.

En palabras de la vicepresidenta y portavoz del Consell, Mónica Oltra, “con esta ley, se pretende implantar, desarrollar e impulsar un marco jurídico en el que se puedan incorporar los procedimientos de mediación, fomentando el acceso de la ciudadanía a este método extrajudicial de conflictos, donde un mediador profesional, neutral e imparcial facilita el acercamiento de posturas y propone posibles soluciones, evitando así tener que llegar a los tribunales”⁷.

4. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La mediación familiar ha sido definida por multitud de autores, leyes y asociaciones, es por ello que me parece muy acertado utilizar como referencia la definición dada por la fundación SIGNUM.⁸

Se define así pues la mediación familiar, como aquel proceso que interviene en una situación de conflicto, como puede ser un proceso de separación y divorcio, donde un profesional cualificado, imparcial, neutral y confidencial, a petición de los interesados, trabaja en común con estos para aclarar el conflicto y para crear un espacio favorable donde sea posible el diálogo, el entendimiento y el acuerdo sobre las soluciones más satisfactorias para los hijos principalmente, si los hubiera, y para ellos.

En esta definición se pone énfasis a cuatro pilares básicos de la mediación como son la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad y la necesaria cualificación del mediador. Además, se muestra la mediación como un proceso positivo donde todas las

⁷ http://www.presidencia.gva.es/es/inicio/area_de_prensa/not_detalle_area_prensa?id=717018

⁸ Disponible: <http://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/07/que-es-la-mediacion.pdf> (Consulta: 07/05/2018)

partes actúan en conjunto para llegar a un fin común y favorable, poniendo especial cuidado en el interés superior del menor.

4.1. Características

Para hablar de las características de la mediación, sin lugar a dudas, debemos hacer referencias a los principios de la misma, para ello nos guiaremos por los principios establecidos en la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

a) Voluntariedad

Este principio se encuentra reflejado en el artículo 6 de la ley, supone como premisa principal que la mediación es en todo momento voluntaria.

Así mismo, establece que en caso de existir un pacto o acuerdo previo de someterse a mediación, las partes han de cumplir con el mismo, no obstante, una vez iniciada, ninguna de las partes está obligada a permanecer en el proceso ni a concluir un acuerdo. Es por ello que entendemos que, aun existiendo un pacto previo de sometimiento a la misma, las partes cuentan con la voluntariedad de abandonar el proceso. También ha de entenderse este principio como voluntariedad del mediador, quien podrá decidir entre aceptar e iniciar el proceso o, renunciar al mismo, por ejemplo en caso de que las circunstancias no recomienden la continuación del proceso o, cuando las partes no colaboren.

Es necesario que este principio esté presente durante todo el proceso, esto es, durante el inicio, durante el desarrollo y en el fin del mismo.⁹

Por todo ello es que la voluntariedad se considera como uno de los atributos principales de la mediación, ya que, en caso de no existir esta voluntariedad, la mediación carecería de sentido, debido a que lo que se pretende mediante la misma es la consecución de un acuerdo al que llegan las partes de forma consensuada con ayuda de un tercero, pero sin que ninguna parte externa al conflicto imponga sus medidas o soluciones, es decir, que estos acuerdos de mediación han de nacer de la libre y consciente voluntad de las partes enfrentadas. Es por ello que es imposible concebir la mediación como un proceso que no nazca del sometimiento voluntario por quienes se encuentran en conflicto.

⁹SERRANO GÓMEZ, E.: "Comentario al art. 6. Voluntariedad y libre disposición", en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, pp. 101-106.

b) Igualdad de las partes e imparcialidad del mediador

La ley de mediación establece en su artículo 7 que *en el procedimiento de mediación se garantiza que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.*

La imparcialidad de los mediadores e igualdad de las partes se configuran como piezas clave para un correcto desarrollo de la mediación. Por su parte, la imparcialidad del mediador lleva aparejado el deber de velar por la existencia de un equilibrio entre las partes, rechazando cualquier tipo de desigualdad que pudiese aparecer entre las mismas, es por ello, que ambos principios se complementan.¹⁰

Dentro del ámbito de la mediación familiar, la imparcialidad es considerada como una cualidad del mediador, entendida como la prohibición de tomar parte en el asunto, ligado al deber de ser objetivo.

En cuanto a la igualdad de las partes, no será posible concebir la mediación si existe desigualdad, ya que se trata de un proceso donde las partes deben contar con las mismas oportunidades y ventajas, no es un proceso de uno contra otro, sino que conjuntamente han de llegar a un acuerdo, que finalmente habrán de respetar, por ello resulta lógico que se pueda llegar a una solución si las partes se encuentran en una posición de igualdad y respeto mutuo.

c) Neutralidad

Tal y como establece el artículo 8, las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 5/2012 de mediación.

Cuando hablamos de neutralidad nos estamos refiriendo a la capacidad de las partes para llegar a un acuerdo por sí mismos, de forma autónoma y, por lo tanto, del respeto que ha de tener el mediador respecto de las partes.

Por lo tanto, la neutralidad, como la imparcialidad, es una característica que suele reconocerse como principio rector de la mediación y también como deber específico del mediador.¹¹

¹⁰ GARCÍA VILLALUENGA, L.: "Comentario al art. 7. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores", en GARCÍA VILLALEGA, L. (dir) y ROGEL VIDE, C. (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p. 109.

¹¹ GARCÍA VILLALUENGA, L.: "Comentario al art. 8. Neutralidad", en GARCÍA VILLALEGA, L. (dir) y ROGEL VIDE, C. (dir), *Mediación en asuntos...* op.cit., p. 119.

La neutralidad ha de ser entendida como un deber impuesto a la persona mediadora para que no influya, imponga ni dirija a las partes hacia pensamientos y convicciones propias, es decir que el mediador deberá actuar siempre a favor de las partes, teniendo en cuenta lo mejor para ellas, dejando a un lado los valores propios. No obstante, no hay que confundir lo dicho con la idea de que el mediador sea una persona que no haya de tener valores, ni mucho menos ser una persona pasiva. Ha de ayudar a las partes, intervenir para que las mismas se entiendan, pero sin imponer ideas propias.

d) Confidencialidad

Encontramos este principio en el artículo 9 de la ley, el cual refleja lo siguiente:

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

Como manifiesta García Villanluenga, este principio se encuentra íntimamente ligado con el de voluntariedad ya que, como se ha explicado, la voluntariedad supone que cualquiera de las partes pueda renunciar al proceso de mediación y acudir a la vía judicial, pues bien, con la confidencialidad se estaría salvaguardando a las partes de que la contraria utilizase la información y documentos aportados a la mediación. También supone la obligación para el mediador de no poder asistir al proceso judicial en condición de testigo.¹²

En conclusión, la confidencialidad afecta tanto al mediador como a las partes que intervienen en el proceso. Genera un espacio de confianza, ya que alcanza a la totalidad del proceso así como a los documentos aportados que se utilicen en el mismo. No sería posible concebir la mediación sin confidencialidad, ya que, gracias a ella, las partes que intervienen se encuentran más seguras con respecto a la

¹² GARCÍA VILLALUENGA, L.: "Comentario al art. 9. Confidencialidad", en GARCÍA VILLALEGA, L. (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p. 129.

posibilidad de un posterior proceso judicial. La confidencialidad aporta a la mediación, seguridad, confianza y seriedad, tres requisitos básicos a cumplir por cualquier sistema que sea utilizado por nuestra Administración de justicia.

Estos cuatro principios suponen la base de toda mediación familiar, no cabe la concepción de este proceso si no se respetan estos principios básicos. No obstante, existen otras características a tener en cuenta en este proceso.

Es por ello que debemos destacar el respeto a las personas que intervienen en el proceso y la diversidad de las mismas, ya que la mediación no es un proceso cerrado para un grupo de personas en particular, sino que en la misma cabe cualquier tipo de familia.

Así mismo, ha de quedar constancia de que son las partes las responsables de la toma de decisiones, siendo éstas las únicas protagonistas del proceso. No obstante, por encima de ellas siempre estará el interés superior del menor, en caso de que la pareja sometida a mediación tenga hijos. Además, siempre deberán actuar conforme a las exigencias de la buena fe y mantener el respeto mutuo.

Antes de iniciarse el proceso, las partes han de contar con información clara y suficiente sobre el mismo, con respecto a su funcionamiento, principios y el valor de los acuerdos que pudiesen alcanzarse.

En cuanto a su procedimiento, una característica a destacar es la celeridad e inmediatez con la que se han de prestar los servicios de mediación y se ha de desarrollar la misma.

Otra característica que debemos resaltar es la necesidad de que tanto las partes como el mediador acudan personalmente a las sesiones de mediación. No obstante, puede darse la situación de que la mediación haya de realizarse mediante las nuevas tecnologías, por lo tanto, esta será posible siempre que quede garantizada la identidad del mediador y de las partes. Sin embargo, en el momento de la firma de los acuerdos adoptados, será necesaria la presencia física de las partes.

Por último, la mediación deberá ir presidida del cumplimiento de la ética y competencia profesional.

4.2. Diferencias con otras figuras afines

4.2.1. Mediación y arbitraje

Tanto la mediación como el arbitraje se tratan de métodos alternativos de resolución de conflictos, que pueden evitar acudir a la vía judicial, por lo tanto podemos englobarlos dentro de los procesos incorporados en los ADR.

Tienen en común que, con ambos procesos, lo que se busca es evitar largos y costosos procedimientos judiciales, por lo tanto, aquello que comparten es su finalidad, que no es otra que la resolución de forma rápida, eficaz y confidencial de los conflictos surgidos entre las partes.

Es por ello que sus diferencias las encontramos en torno a su regulación, procedimiento, papel atribuido al profesional y a las partes y, en sus efectos.

En cuanto a la regulación de cada una de ellas, para el arbitraje debemos enfocar nuestra atención a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que es de aplicación para todos los casos de arbitraje que no tengan una regulación específica y, de forma supletoria, para aquellos que sí la tenga. Por su parte, la mediación, como ya hemos expuesto a lo largo del trabajo se encuentra regulada en la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

A grandes rasgos, en el procedimiento de arbitraje, el árbitro es generalmente un tercero ajeno al proceso con poder de decisión, y suficiente autoridad para que sus determinaciones sean vinculantes para las partes. Este procedimiento se diferencia también de la mediación por ser más sencillo y menos formalista. Su proceso es similar al de un juicio, hay dos partes enfrentadas y, es un tercero ajeno al conflicto el que, tras una fase de alegaciones y pruebas, toma una decisión para resolver el problema. Finalmente, su decisión será plasmada en un documento llamado laudo, que es similar a las sentencias dictadas por los jueces.

En el proceso de mediación, se puede decir que son las partes las que controlan el proceso, con la ayuda y asesoramiento del mediador. La mediación se adapta a las partes teniendo en cuenta las necesidades de cada uno, así nunca pierde su carácter de voluntario.

En el arbitraje, es el árbitro el que finalmente decide sobre la resolución del asunto, por el contrario, en la mediación, son las partes las que deben decidir sobre esa decisión final que deberán plasmar en el acuerdo de mediación.

Por último, el laudo arbitral tendrá efectos de cosa juzgada desde el momento mismo en que lo emita el árbitro, por el contrario, en la mediación, para que el acuerdo adoptado tenga eficacia ejecutiva, habrá de elevarse a escritura pública.

4.2.2. Mediación y conciliación

La conciliación puede definirse como aquel proceso en que un tercero, experto y neutral, asiste a dos o más personas para llegar a una solución respecto de sus controversias. Basa su fundamento en la voluntad de dialogar de las partes, para así obtener una solución que satisfaga a ambos.¹³

A simple vista parece un sistema muy similar a la mediación, no obstante, a continuación destacamos ciertos aspectos importantes que las diferencian.

La diferencia principal entre mediación y conciliación la encontramos en la posibilidad del conciliador de ofrecer una opinión a las partes respecto de las propuestas y aportaciones que cada una hace para la consideración de la otra. Es por ello que entendemos que el conciliador interviene aunque sea indirectamente en el resultado del acuerdo.

En cuanto a la finalidad de la mediación, ésta se guía hacia una solución contractual, mientras que la conciliación va enfocada a una solución justa del conflicto de intereses.

En lo referente a la participación del tercero, el mediador actúa de una forma más pasiva que el conciliador, absteniéndose de proponer soluciones al conflicto, por su parte, el conciliador actúa de forma activa, ya que puede proponer soluciones a las partes aunque las mismas han de considerarse no vinculantes.

En lo que respecta a la participación de las partes, en la mediación, las partes en conflicto tienen un papel más activo, debido a esa pasividad del mediador, ya que son éstas las que por sí mismas han de llegar a una solución sin interposición del mediador. En la conciliación, pasa al contrario, las partes tendrán un menor protagonismo, desde el momento en que aceptamos que el conciliador pueda proponer soluciones.

Por último, en relación al control sobre el resultado, teniendo en cuenta lo anterior, en la mediación, debido a la actividad de las partes en conflicto, este procedimiento genera mayores posibilidades de cumplimiento, debido a que han sido las partes las que han decidido cómo solucionarlo y, por lo tanto, se presume un cumplimiento por parte de ambos. Siguiendo estos mismos planteamientos, se hace lógico pensar que existe una menor posibilidad del cumplimiento del acuerdo en caso de la conciliación, ya que la solución no ha sido idea propia de las partes, sino que se han visto influenciadas por el conciliador, por lo que puede que alguna de las partes no esté del todo conforme con la solución acordada y ello de lugar a su posterior incumplimiento.

¹³ MEDINA ROSPIGLIOSI, R.: "Diferencias entre mediación y conciliación". *Limamarc, Revista de conciliación*, 2007. Disponible en: <http://limamarc-revista.blogspot.com/2007/12/diferencias-entre-mediacion-y.html> (Consulta: 22/05/2018)

4.3. Tipos de mediación familiar

Siguiendo las directrices marcadas por Esther Souto Galván en su libro “Mediación familiar”, la mediación familiar se ha venido clasificando en cinco grandes grupos:¹⁴

- A) Intrajudicial – Extrajudicial: es la distinción por excelencia, por intrajudicial entendemos aquella mediación que se lleva a cabo dentro de un proceso judicial, por el contrario, por extrajudicial, hacemos alusión a la mediación realizada al margen del proceso judicial.
- B) Voluntaria – Obligatoria: cuando hablamos de mediación voluntaria es irremediable hacer alusión al principio por antonomasia de la misma, la voluntariedad, por lo tanto, esta mediación voluntaria es aquella a que las partes deciden someterse por voluntad propia, sin que medie ningún acuerdo previo o decisión judicial, al contrario de lo que sucede en la mediación obligatoria.
- C) Abierta – Cerrada: la distinción radica en la comunicación al juzgador de los acuerdos acordados, por tanto, en la mediación abierta sí existiría esta comunicación, al contrario que en la cerrada, obteniendo un carácter esencialmente confidencial.
- D) Global – Parcial: la diferencia reside en la forma de abordar el conflicto, si se tienen en cuenta todas y cada una de las cuestiones relativas al problema, estaremos antes una mediación global, sin embargo, si sólo se presta atención a una cuestión en concreto de todas las que abordan el conflicto, estaremos antes una mediación parcial.
- E) En procesos declarativos – o modificación de medidas y procedimientos ejecutivos: ya que, como hemos visto, se suele entender la mediación intrajudicial como medio para resolver los conflictos contenciosos de separación y divorcio, sin embargo, los conflictos no solo surgen en el momento de la ruptura de la pareja, sino que se producen antes, durante y después. Por tanto es importante potenciar la mediación durante las relaciones que existan entre los ex – cónyuges, ya que de nada sirve haber llegado a un acuerdo mediante el proceso declarativo si, posteriormente, no se puede mantener en el tiempo.

¹⁴ SOUTO GALVÁN, E.: *Mediación familiar*, Dykinson s.l., Madrid, 2012, pp. 35.

Por lo tanto podemos encontrar la mediación que tiene lugar durante un procedimiento declarativo en sí, la utilización de la mediación para resolver los conflictos que deriven del acuerdo adoptado, donde cobra real importancia la mediación en modificación de medidas y procedimientos ejecutivos.

4.4. Objeto de la mediación familiar

Cuando hablamos del objeto de la mediación familiar, estamos haciendo referencia a las materias sobre las que puede versar la misma.

En el caso específico de este trabajo, la mediación familiar que nos atañe es aquella que va dirigida a parejas que hayan decidido separarse o divorciarse, a las que se encuentren en trámites de separación y divorcio, o a las separadas o divorciadas para modificar los acuerdos existentes. Pero también puede servir a parejas de hecho decididas a romper su convivencia con o sin hijos.

Entre los temas a tratar en estos casos y que por tanto pueden ser objeto de mediación familiar encontramos, el ejercicio de la patria potestad, custodia de los hijos en relación con el reparto del tiempo, la comunicación, pensión compensatoria y alimenticia, gastos extraordinarios, reparto de bienes comunes y todos aquellos aspectos importantes relacionados con el futuro de cada uno de los miembros de la pareja o de los padres e hijos.

No obstante, cabe matizar que la mediación familiar no se utiliza solamente en estos casos, ya que existen ciertas circunstancias relacionadas con la familia que, a pesar de no tratarse específicamente de la separación o el divorcio, es necesario nombrarlas, debido a su importancia dentro del ámbito familiar.

Asimismo, podemos encontrar conflictos entre hermanos, problemas derivados de supuestos de emancipación no resueltos, disputas relacionadas con las herencias, en caso de situaciones de adopción o acogida, entre otros.

Aclarado esto, el ámbito de actuación de la mediación que ahora nos atañe es la relacionada con las situaciones de ruptura de pareja, en concreto dos situaciones, la separación en sí misma y, los efectos derivados de la misma.

En cuanto a las situaciones en qué mediar, hemos de aclarar que la mediación supondrá haber tomado la decisión de separarse. El momento ideal para solicitar la mediación es, indudablemente, antes de verse inmerso en un proceso judicial. No obstante, la misma puede tener lugar aún habiéndose iniciado un proceso, si las partes así lo desean o, si el juez así lo establece. Además, será posible iniciar un proceso de

mediación una vez concluido el proceso judicial, cuando las partes no estén conformes con las medidas impuestas o concurra alguna otra circunstancia relativa al acuerdo.¹⁵

Estas tres situaciones reflejan perfectamente los distintos tipos de mediación que anteriormente mencionábamos aludiendo a lo establecido por Esther Souto Galvan, concretamente la última de las distinciones. Vemos así como la mediación no se conforma como un proceso cerrado que debemos utilizar en casos concretos, sino que la misma puede estar presente en distintas etapas de la separación, siendo igual de útil y conveniente en cada una de ellas

Y, en lo referente a sobre qué mediar, es decir, debido a la importancia que tiene la familia en nuestra sociedad, la ruptura de la misma lleva consigo irremediablemente consecuencias judiciales. Es por ello que durante la mediación se han de tratar los temas relativos a los aspectos jurídico-económicos que se deriven de esta situación de ruptura, como puede ser la pensión alimenticia, la pensión compensatoria, la guarda y custodia, la patria potestad, régimen de visitas, separación y liquidación de bienes, uso del domicilio conyugal, cambio de vivienda o de lugar de residencia, así como ciertas obligaciones fiscales

Otro de los objetivos principales de la mediación es velar por evitar en la mayor medida, los daños derivados por la separación o el divorcio, especialmente aquellos que puedan afectar a los hijos, así como garantizar el cumplimiento de los progenitores en cuanto a sus responsabilidades como tales.

A continuación se señalan ciertos aspectos vinculados con la educación que deben ser objeto de acuerdo por los padres:

Todo aquello que se encuentre relacionado con el respeto a la autoridad de ambos y la distribución de las responsabilidades en el ámbito educativo, teniendo en cuenta la edad del menor. Además se deberá poner especial cuidado en la intención de los padres de utilizar a los menores como mercancías de cambio, o su utilización para realizar chantajes emocionales.

En aquellos casos en que una de las partes formase una nueva familia, deberán de tratarse todos los temas relativos a esta nueva situación, con el respeto que merece, así como evitar y resolver aquellas situaciones emocionales que dificulten las buenas relaciones con los familiares.

También, en todo lo relativo a situaciones extraordinarias tales como enfermedades, los padres deberán tomar decisiones consensuadas.¹⁶

¹⁵ Centro Neux, banco de información: "En que situaciones mediar en el ámbito de la mediación familiar". Disponible en: <http://centro-neux.com/en-que-situaciones-medar-mediacion-familiar/> (Consulta: 15/05/2018)

¹⁶ ROMERO NAVARRO, F.: "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres", Revista *Vlex España*, volumen nº40, 2002, pp.31-54

En conclusión, los temas a tratar durante la mediación en este tipo de conflictos no presentan ninguna diferencia con el proceso judicial, ya que los temas a resolver en una separación encuentran sus diferencias en relación con la pareja, pero no con el procedimiento a seguir.

Vemos como los problemas más típicos entre parejas son los relacionados con los temas judiciales, tales como el reparto de bienes y custodias, así como los temas económicos. La ventaja que puede darnos la mediación en la resolución de este tipo de conflictos, será la posibilidad de alcanzar un acuerdo justo, ya que las partes expondrán por sí mismas sus necesidades y argumentos, partiendo de la base de querer alcanzar un entendimiento y un buen fin, por lo que se presupone la voluntad de las partes a llegar a un entendimiento más sencillo y cordial, al contrario de lo que sucede en aquellos divorcios que se llevan por la vía judicial donde no existe acuerdo ni voluntad de las partes por entenderse.

Por último, en el proceso de mediación familiar cobran gran importancia los temas relacionados con los hijos, tanto es así, que se establece el respeto al interés superior del menor como prisma por encima incluso de las propias partes en conflicto.

5. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Siguiendo las directrices de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, podemos ver como se establece una metodología concreta a la hora de desarrollar el proceso, no obstante, las fases del proceso son flexibles, marcan una dirección a seguir, pero no se imponen como obligatorias y cerradas, por lo tanto, la mediación ha de desarrollarse siempre atendiendo al caso concreto.

Haciendo alusión a dicha ley, se puede clasificar el procedimiento de mediación en cuatro fases:

- A) Solicitud de inicio (art. 16): esta solicitud podrá realizarse de común acuerdo por las partes. En este caso, la solicitud supondrá la designación del mediador o de la institución de mediación que se hará cargo de la misma, así como el acuerdo donde tendrán lugar las sesiones y la lengua en que se desarrollarán las mismas.

El inicio de la mediación también podrá tener lugar debido al cumplimiento de un pacto de sometimiento a la misma, en este caso la solicitud se realiza frente al mediador o, frente a la institución de mediación correspondiente.

Por último, puede ser que la mediación tenga lugar cuando exista un proceso judicial en marcha, en este caso, las partes podrán solicitar la suspensión del mismo.

Debemos resaltar que en los tres casos existe la voluntariedad de las partes en someterse a la mediación, exista o no un proceso judicial en marcha. Resulta especialmente positivo para nuestro sistema judicial la existencia de distintas posibilidades de acceso, lo que demuestra una adaptación del mismo a las distintas situaciones por las que pueda estar pasando la pareja en cuestión.

- B) Sesión informativa (art.17): recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En caso de inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entenderá que desisten de la mediación solicitada. La información de qué parte o partes no asistieron a la sesión no será confidencial.

En esta sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva.

Por su parte, las instituciones de mediación podrán organizar sesiones informativas abiertas para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias, que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apartado primero.

En el caso de mediaciones intrajudiciales, la citación a esta sesión, la mayoría de las veces se realiza por el propio juzgado, por lo que en estos casos, estas sesiones se llevan a cabo en los propios tribunales.

En esta sesión el mediador ha de explicar a las partes los principios informadores a que se refieren los artículos 6 a 9. Otro deber del mediador será el de informar sobre que parte ha acudido a la mediación y que parte no, lo que puede ser de gran utilidad en caso de que posteriormente tenga lugar un proceso judicial.¹⁷

La sesión informativa es esencial en el proceso, el trabajo del mediador irá dirigido a motivar a las partes en cuanto a la posibilidad de llegar a un acuerdo.

Hemos de añadir que acudir a esta fase acompañados de letrados y así, contar con asesoramiento jurídico puede ser de gran utilidad.

¹⁷ PÉREZ SALAZAR, R.: "Comentario al art. 17. información y sesiones informativas", en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p. 209.

Dentro de esta fase, es necesario destacar el hecho de que exista la posibilidad de no obviar el principio de confidencialidad, así si una de las partes no acude al proceso, esta situación podrá ser aprovechada por la parte contraria en un supuesto futuro proceso judicial, en vistas a favorecer su postura.

En relación con los deberes de los mediadores en esta sesión constitutiva, es de vital importancia el cumplimiento íntegro de los mismos, ya que temas como la imparcialidad podría afectar gravemente al proceso, un proceso que se presenta como justo e igualitario y, al contrario que en los procesos judiciales donde cada parte va acompañado de su correspondiente abogado, en la mediación, interviene una sola persona tercera al asunto, el mediador y, por lo tanto, no sería lógico que existiesen causas que puedan afectar a su imparcialidad y a su visión justa y neutral del conflicto.

Por otro lado, en relación con las sesiones informativas abiertas que pueden organizar las instituciones de mediación, me parece una medida absolutamente correcta, ya que da la oportunidad a la ciudadanía de conocer y entender el sistema y poder plantearse la utilización del mismo. A mi parecer existen en la actualidad varios temas judiciales que, si desde su propio ámbito dieran informaciones generales y abiertas de sus procedimientos tendría un mayor acogimiento por la sociedad y se reduciría el desconocimiento de los ciudadanos con temas que verdaderamente les afectan.

Entiendo que, para que la mediación tenga una implantación efectiva en la sociedad, necesito un trabajo de acercamiento y promoción, comenzando por dotar de conocimiento e información a los particulares, pasando por un publicidad por parte tanto de abogados, ya que se trata de profesionales que por su profesión pueden conocer a personas que necesiten de este sistema, así como por la propia Administración, tal y como establece la exposición de motivos de la ley de mediación.

- C) Sesión constitutiva (art.19): podría decirse que es en esta sesión cuando comienza la mediación en sí, ya que es ahora cuando las partes aceptan al mediador y el mediador acepta el proceso. Es en este momento cuando quedan plasmados los conflictos a mediar, el coste y el desarrollo de las sesiones, todo ello deberá quedar recogido en el acta correspondiente.

La ley 5/2012, de 6 de julio, establece en relación a esta sesión lo siguiente:

1. *El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: a) La identificación de las partes. b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes. c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación. d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación. e) La información*

del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos. f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas. g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

2. *De la sesión constitutiva se levantará un acta en la que consten estos aspectos, que será firmada tanto por las partes como por el mediador o mediadores. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.*

En mi opinión, se trata de la sesión por excelencia, donde quedan reflejados todos los aspectos relacionados con la mediación, dejando cada supuesto aclarado, desde el coste, hasta la duración, lo que a mi parecer aporta un gran seguridad hacia la mediación.

- D) Desarrollo de la mediación (art. 21): es ahora, en el desarrollo de la mediación donde se llevan a cabo todas las sesiones acordadas en la sesión constitutiva. Las sesiones podrán ser individuales o conjuntas, en el primero de los casos, el mediador deberá informar de dicha situación a la parte con quien no se reúna, respetando la confidencialidad demandada.

En ningún caso podremos considerar estas sesiones individuales como falta al principio de imparcialidad, así se demuestra con el deber del mediador de informa a la parte que no se reúna.

El mediador, por su parte, deberá informar del desarrollo de las sesiones con antelación suficiente, dirigir las sesiones y facilitar las exposiciones de las posiciones de las partes y su comunicación de manera igual y equilibrada.

Con el transcurso de las sesiones se establecen los objetivos a perseguir y posibles soluciones, para así poder llegar a la realización de un acuerdo, así, en caso de que las partes estén conformes con lo establecido en el documento, éste deberá ser firmados por ambos y por el mediador, para finalmente realizar el acta final e informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo, existiendo la posibilidad de elevarlo a escritura pública, para su constitución en ejecutivo, dando por concluida así la mediación.

La relevancia de la elevación del acuerdo a escritura pública, viene de la mano con el hecho de que alguna de las partes no cumpla con el acuerdo alcanzado, ya que en ese caso, el acuerdo podrá ser elevado al juez, quien hará cumplir lo pactado.

Llegados a este punto, es necesario hacer mención a la posibilidad de que la mediación pueda desarrollarse a través de medios electrónicos. En estos casos, las partes podrán acordar que todas o algunas de las actuaciones, se lleven a cabo por medios electrónicos, siempre y cuando quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación.

Esta posibilidad únicamente cabe en casos excepciones, tal y como establece la ley en su artículo 24, *la mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.*

Así mismo, podremos plantearnos esta posibilidad cuando se den circunstancias puntuales que impidan la celebración de la sesión de manera presencial.

Por último, en relación con esta mediación electrónica, es necesario aclarar tal y como hace Vázquez de Castro, que las partes deberán ser informadas de todas las opciones que ofrece esta opción, sus condiciones, coste, efectos, así como información de las personas expertas en el ámbito, acreditadas para asistirles.¹⁸

5.1. El acuerdo de mediación

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dedica su art. 26 a definir este concepto.

Este acuerdo podrá incluir la totalidad de las materias que han tenido lugar en la mediación o, versar solamente sobre una parte. En el acuerdo deberá quedar reflejada la identidad y domicilio de las partes, lugar y fecha en que tiene lugar, las obligaciones asumidas por cada parte, y que el mismo se ha realizado con respeto a las disposiciones de dicha ley, habrá de indicarse también el mediador o mediadores que han participado o, en su caso, la institución de mediación.

Una vez realizado el acuerdo, deberá de firmarse por ambas partes o sus representantes.

¹⁸ VAZQUEZ DE CASTRO, E.: "Comentario al art. 24. Acciones desarrolladas por medios electrónicos", en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p.311.

Finalmente, habrá de entregarse un ejemplar a cada una de las partes y otra al mediador, quien deberá informarles del carácter vinculante del mismo y de la posibilidad de elevarlo a escritura pública para configurarlo como título ejecutivo.

Cabe añadir que, contra dicho acuerdo solo podrá ejercitarse acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

Gracias a este acuerdo, vemos como se le da a la mediación la importancia jurídica que merece, dotándole de eficacia y de la posibilidad de configurarlo como título ejecutivo y ejercitar la acción de nulidad.

El acuerdo de mediación podemos considerarlo en términos generales, como la sentencia dictada por el juez, requiere del mismo cumplimiento y respeto.

5.2. Finalización de la mediación

Esta fase se encuentra desarrollada en el artículo 22 de la ley 5/2012, del cual extraemos la conclusión de que la mediación podrá finalizar, bien mediante la consecución de un acuerdo al que consiguen llegar las partes o, sin alcanzar dicho acuerdo, ya sea porque alguna de las partes decida dar por terminada la mediación o, por el transcurso del plazo señalado. Así mismo, la mediación podrá llegar a su fin cuando el mediador considere que no existe posibilidad de acuerdo entre las partes o considere la existencia de cualquier otra causa que determine su conclusión. Además, existe la posibilidad de que la mediación finalice debido a la renuncia del mediador, en este caso, se dará por concluida si no se nombra a otro mediador que continúe con el proceso.

En este momento apreciamos como, a pesar de que la mediación sea dirigida en todo momento por las partes, su finalización puede tener lugar por motivos ajenos a los mismos, mostrando de nuevo la importancia del mediador y su imparcialidad.

Los resultados derivados de la mediación pueden ser muy diversos, teniendo en cuenta los cambios que experimentan las partes durante todo el proceso. La mediación podrá culminar como hemos señalado, con un acuerdo de las partes y, por lo tanto, haber llegado a buen fin o, por otro lado, las partes pueden decidir optar por una vía diferente a la mediación, como podría ser la judicial, en caso de no llegar a un acuerdo.

Es necesario señalar tal y como establecen Pillado y Fariña en su libro, que en aquellos casos en los que se llega a un acuerdo y hay hijos a cargo, no es posible su elevación directa a escritura pública, como pasa en el resto de casos. En estos

supuestos, al existir menores, para que el acuerdo tenga validez jurídica ha de ser controlado judicialmente y por el Ministerio Fiscal.¹⁹

La finalización de la mediación supondrá la devolución a cada una de las partes de los documentos que hubiese aportado, sin embargo, con aquellos documentos que no hayan de devolverse, se formará un expediente que quedará bajo la custodia del mediador o la institución de mediación durante el plazo de cuatro meses.

Por último, el acta final determinará la finalización del proceso y, reflejará los acuerdos alcanzados en su caso, o su finalización por cualquier otro motivo. El acta deberá ir firmada por ambas partes así como por el mediador, entregándose un ejemplar original a cada uno de ellos. Si alguna de las partes muestra su deseo de no firmar el acta, el mediador dejará constancia de dicha situación y entregará un ejemplar a la parte que lo desee.

No obstante, independientemente de si se alcanza o no un acuerdo, podremos decir que la mediación ha sido satisfactoria dependiendo de su calidad, ello supone centrarnos en la satisfacción de las partes con respecto al proceso, si se han sentido escuchadas, si han podido comunicarse, etc. Es por ello que la mediación habrá sido positiva si las partes consideran que a pesar de no haber llegado a un acuerdo, el proceso en sí ha sido positivo. Es por ello que no juzgaremos a la mediación en base a su resultado, sino por su conjunto.

5.3. Formalización de título ejecutivo y ejecución

Conforme al art.25 de la LO 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para la formalización del título ejecutivo, las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. El acuerdo de mediación deberá presentarse por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

Seguidamente, para la realización de escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

Por otro lado, en caso de que el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

¹⁹ PILLADO, E., FARIÑA, F.: *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 60

Asimismo, cabe añadir que, cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El acuerdo privado, por su parte, podrá ser llevado a ejecución de manera voluntaria o forzosa, si una de las partes no lo cumple voluntariamente, la forma de hacerlo efectivo será mediante la petición de la otra parte de la ejecución forzosa ante los tribunales.

Hemos de tener en cuenta que, a pesar de que el acuerdo tenga carácter vinculante por sí mismo, eso no le da fuerza ejecutiva. Obtendrá la cualidad de título ejecutivo cuando sea homologado por el juez mediante auto, en caso de que la mediación se haya desarrollado estando pendiente un proceso judicial o, en caso de existir un compromiso de mediación, será necesaria la elevación a escritura pública del acuerdo, pero esta elevación a escritura pública se entiende como una facultad, no como obligación, por lo tanto, de no elevarlo, la ejecución habrá de producirse mediante un proceso declarativo, donde el acuerdo se presente como prueba documental.²⁰

Dos son las razones que aporta el Ministerio de Justicia para que ello sea así, por un lado, por razones de seguridad jurídica, por otra, por razones prácticas, ya que hay que tener en cuenta que los acuerdos alcanzados por mediación tienen mayor probabilidad de ser cumplidos ya que nacen de la voluntad de las partes.²¹

Así mismo, partiendo de la base de que las personas que acuden a mediación lo hacen con la finalidad de alcanzar un acuerdo, es lógico que también deseen el cumplimiento del mismo, por lo tanto se hace necesaria su eficacia, para que, en caso de ser incumplidos, puedan ser exigibles contra la parte que no cumplió. Es por ello que se deriva la necesidad de conformar el acuerdo como título ejecutivo, porque, a pesar de que, como he señalado a lo largo del trabajo, los acuerdos de mediación tengan una mayor probabilidad de ser cumplidos que los alcanzados por otros medios, se hace imprescindible prever los mecanismos adecuados para poder garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en caso de incumplimiento.

²⁰ TAMAYO HAYA, S.: "Comentario al art. 25. Formalización del título ejecutivo", en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p. 331.

²¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados celebrada el 29 de marzo de 2012, n.º 23, p. 4-15. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_023.PDF, (Consulta 20/05/2018)

Por último, es necesario hacer mención al tribunal competente, el art.26 LO 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que: *el tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación será el tribunal que homologó el acuerdo, siempre que se trate de una mediación iniciada estando en curso un proceso. Por el contrario, Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

5.4. Efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad

“La solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso. Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmara el acta de la sesión constitutiva prevista en el artículo 19, se reanudará el cómputo de los plazos. La suspensión se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.” (Art. 4 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

Hemos de entender los plazos de prescripción y caducidad de las acciones como el recurso de la mediación para no cerrar la puerta a la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial, ya que podría darse el caso de que una vez finalizada la mediación sin haber llegado a acuerdo alguno, hubiesen expirado los plazos para iniciar un proceso judicial.

Por su parte, el artículo 10.2 establece que “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto”, añadiendo que “el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

Esta prohibición de interponer acción judicial alguna en relación con el objeto de la mediación, supone evitar la posibilidad de la existencia de dos procesos distintos para un mismo asunto, favoreciendo a nuestros juzgados y tribunales, además ello podría perjudicar al proceso ya que supondría un enfrentamiento entre las partes.

No obstante sí serán posibles las acciones judiciales dirigidas a evitar la pérdida de bienes y derechos o para solicitar medidas cautelares u otras medidas urgentes.

En cuanto al cómputo de la suspensión de la caducidad o prescripción de las acciones, la suspensión, por su parte, comenzará a contar desde la recepción por el mediador de la solicitud de mediación o por la institución de mediación, que ha de llevarse a cabo conforme al art. 16 de la ley, es decir, “de común acuerdo por las partes o por una sola en cumplimiento de un pacto de sometimiento a ella”. Deberá formalizarse ante el mediador o ante la institución de mediación, teniendo en cuenta que cuando se solicite estando en curso un proceso judicial, “las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”.

Por último, la finalización del plazo de suspensión, tendrá lugar cuando se firme el acuerdo de mediación, o cuando se produzca la finalización del proceso por cualquiera de las causas que establece el art. 22.²²

5.5. Las instituciones de mediación

Se trata de entidades que bien pueden ser públicas o privadas y que tienen como fin principal el impulso de la mediación y facilitar el acceso y organización de la mediación. Se ha de aclarar que la mediación es llevada a cabo siempre a través de un mediador, persona física, no podrá realizarse mediante una institución en sí.

Estas instituciones tienen la función de asignar mediadores a aquellas personas que acuden en su ayuda. Han de trabajar siempre con transparencia, informando de los mediadores disponibles, formación, experiencia y especialidad de la que provienen.

Estas instituciones podrán ofrecer sus servicios de forma gratuita o a cambio de una contraprestación.

Además, podrán ofrecer sus servicios para los casos en que se desarrolla la mediación a través de medios electrónicos, en especial, cuando se trate de controversias por motivos económicos.

Por su parte, el Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, han de velar porque estas instituciones respeten los principios de la mediación establecidos en la ley, y por la buena y correcta actuación de sus mediadores.

En cuanto a sus obligaciones, la primera va referida a prestar información sobre los mediadores disponibles registrados en ellas y, la forma de ponerse en contacto con ellos y con las propias instituciones, este deber ha de realizarse por cualquier medio

²² VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Comentario al art. 4. Efectos de la mediación sobre los plazo de prescripción y caducidad”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p.63.

que garantice una publicidad suficiente. No obstante, la ley deja claro que, aunque las instituciones de mediación puedan ofrecer información abierta las personas interesadas, en ningún caso, pueden sustituir la obligación de los mediadores de informar personalmente a las partes, art. 17.2 LO 5/2012.

Asimismo, también serán responsables civiles de sus mediadores. Es por ello que considero que han de extremar sus cautelas a la hora de elegir sus mediadores, debiendo exigir requisitos especiales, escogiendo así a profesionales adecuados y capaces para desarrollar las funciones propias de la mediación.

Por otro lado, su función de facilitar el acceso a la mediación, podemos entenderla como la recepción de solicitudes y su posterior tramitación, hasta llegar a la designación del mediador. Será necesario dejar constancia de la fecha de recepción o presentación de la solicitud, ya que desde ese momento comienza a computar el plazo de quince días hasta la firma del acta de la sesión constitutiva para que no se reanuden los plazos.

En cuanto a la designación de mediadores, tal y como establece Vázquez de Castro: “no solo se exige publicidad en la lista de mediadores disponibles sino también transparencia en la designación. Únicamente en aquellos supuestos en que las partes no hayan designado un mediador por sí mismas, podrá la institución efectuar la designación”.²³

Hemos de entender a estas instituciones como un puente que conecta a las personas que se dedican a la mediación, con aquellas personas que requieren de sus servicios. Además, a mi parecer, facilitan el trabajo a los mediadores, ya que, al no ser una medida conocida por la mayoría de la sociedad, aquellos que requieran de sus servicios podrán guiarse por las ofertas y opiniones que encuentren sobre las instituciones, ya que considero que conocer a un mediador específico por uno mismo, resulta bastante más complicado que acudir a un centro donde te ayudan y te aconsejan sobre todas las posibilidades.

²³ VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Comentario al art. 5. Las instituciones de mediación”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p.73.

5.6. Coste de la mediación

El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

Por su parte, tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Tal y como establece el artículo 15 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución, antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.*

Vemos como no hace referencia a la mediación gratuita, sin embargo, en la Disposición Adicional segunda de la ley si que se establece la iniciativa por parte de las Administraciones públicas de incluir la mediación dentro de las materias propias de la asistencia jurídica gratuita. La inclusión de este tipo de materias en la asistencia jurídica gratuita, supondría equilibrar esta medida con el proceso judicial, en tanto en cuanto, en este último sí que se ofrece esta posibilidad.

Asimismo, la ley habla de honorarios del mediador y otros posibles gastos, sin especificar a qué se refiere con esta expresión, ello podemos deducir que viene ligado al principio de voluntariedad y autoorganización de la mediación.

Lógicamente, para que las partes puedan decidir libremente sobre la continuación del proceso, se hace necesario que las mismas sepan, aunque sea aproximadamente, el coste de la misma. Dentro de este coste, Espín Alba, nos conduce hacia ciertos aspectos que pueden suponer el objeto del mismo, tales como los honorarios del mediador, gastos derivados de la realización de las sesiones, informes de expertos, así como los honorarios de las instituciones de mediación.²⁴

Que las partes puedan conocer con anterioridad al fin de la mediación, el coste de la misma, favorece positivamente a esta institución, ya que les ofrece la posibilidad de finalizar el proceso sin existencia de coste alguno, en aquellos casos en que los medios económicos presentes no sean suficientes para el empleo de la misma.

No obstante, estos costes siempre serán menores que aquellos que tienen lugar durante un proceso judicial, es por ello que supone una ventaja frente a los mismos.

²⁴ ESPÍN ALBA, I.: "Comentario al art. 15. Coste de la mediación", en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p.189.

5.7. Duración de la mediación

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece en su art.20 que, “la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.”

No se establece un plazo máximo y concreto en el que se debe desarrollar la mediación, pero ello no supone que la misma pueda dilatarse en el tiempo ilimitadamente, es por ello que en la sesión constitutiva ha de establecerse una duración máxima prevista. No obstante, este plazo será un dato meramente orientativo, ya que existen múltiples circunstancias que pueden alargar en el tiempo el proceso, ya que como establece el art. 19.1, “esa duración máxima se establece sin perjuicio de su posible modificación”, en la cual, tampoco se establecen límites.

Tras la lectura de la ley, llegamos a la conclusión de que no queda claro a quien atribuye la ley la potestad para fijar la duración, ya que no establece la obligación ni a las partes ni al mediador. Esta circunstancia puede ir perfectamente ligada con el carácter flexible del proceso, por eso es de entender que no se fije un plazo exacto, para así dejar al propio proceso que se organice y estructure como mejor convenga a la situación

Sin embargo, el establecimiento de un plazo máximo supone la existencia de una duración orientativa, porque bien, no debemos olvidar que la mediación se presenta como una medida útil, eficaz y rápida, y es este último carácter el que impulsa favorablemente el uso de la misma. Por ello, no sería entendible una mediación excesivamente duradera, ya que chocaría con uno de los adjetivos principales de la misma.

Además, esta “breve” duración, le ofrece a la mediación un punto positivo respecto de cualquier otra vía judicial. Eso sí, en caso alguno debemos unir los conceptos de brevedad con mala ejecución, que el proceso de la mediación este configurado como rápido, no quiere decir que se vaya a dejar descuidado el desarrollo del mismo simplemente por ahorrar tiempo, al contrario, a cada asunto se le dedicará el tiempo necesario para su correcto desenvolvimiento y posterior solución.

6. ELEMENTOS PERSONALES

En este apartado debemos distinguir entre el mediador, las personas en conflicto que acuden a la mediación, que son aquellas que están pasando por el proceso de separación o divorcio, y los menores que puedan verse afectados por dicha situación.

Al ser un proceso voluntario, como ya recalcábamos en puntos anteriores, la mediación se llevará a cabo conforme tengan por conveniente las partes, que en todo caso deberán respetar los principios establecidos en la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y su actuación debe ser conforme a la buena fe, lealtad y respeto mutuo.

Como ya hemos comentado, durante el tiempo en que dure la mediación, ninguna de las partes podrá realizar frente a la otra acciones judiciales o extrajudiciales en relación al objeto que conforma la mediación, excepto si se trata de solicitar medidas cautelares u otras medidas urgentes para evitar la pérdida de bienes y derechos.

Finalmente, las partes deberán prestar la debida colaboración y apoyo al mediador, durante todo el procedimiento.

6.1. El mediador

De acuerdo con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, podemos entender “mediador” como:

Todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve la mediación.

Por su parte, la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece que pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en dicha ley.

El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Que la ley exija a los mediadores una formación completa, ayuda a la mediación a configurarse como un programa serio, dotándolo de seguridad y eficacia.

Además, el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga, con ello se salvaguarda a las partes de una mala praxis por su parte.

El mediador cumple con un papel fundamental en la mediación, ya que es el encargado de conocer todos los conflictos objeto de la misma, y debe procurar el buen entendimiento entre las partes.

Así mismo, el mediador, en atención a cada caso concreto puede creer oportuno utilizar una co-mediación, es decir, la presencia de dos o más mediadores, incluso puede ser satisfactorio, atendiendo a los tipos de conflictos, tratar con mediadores que sean expertos en unos u otros sectores, ya que estos pueden ser abogados, educadores sociales, psicólogos, etc. Guiarse por unos o por otros, puede ser muy satisfactorio teniendo en cuenta el problema que se quiere resolver.

El hecho de que el mediador pueda contar con esta ayuda no hará otra cosa que favorecer al proceso, ya que las partes que acuden al mismo buscan una solución adecuada y, a pesar de que el mediador sea la única persona que pueda intervenir en el proceso ayudando a las partes, nada negativo pueden aportar los conocimientos dados por profesionales en relación con los temas que se traten.

Si para acudir a un juicio, escoges la ayuda de un abogado especializado en la materia de que se trate el asunto, lo mismo debemos entender con la mediación, debemos de dejarnos guiar y aconsejar por aquellos expertos que cuenten con los conocimientos requeridos para cada caso. Es por ello que debemos contar con la confianza de que los mediadores que intervienen son perfectos profesionales experimentados en su campo, por lo que resulta totalmente acertado el establecimiento por la ley de la exigencia de adquirir ciertos conocimientos.

6.1.1. Requisitos del mediador

Como ya hemos señalado, lo principal para poder ser un buen mediador es estar debidamente formado para ello, ya que un mediador no se enfrenta siempre a los mismos conflictos, y una característica principal de su trabajo es la diversidad del mismo, sin perjuicio de que existan ciertos profesionales que se hacen expertos en ramas concretas.

El requisito esencial que debe cumplir todo mediador para poder ejercer, es estar registrado en el Registro de Mediadores e Instituciones de mediación.²⁵

Conforme al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la formación del mediador se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial, respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador.

²⁵ Página web registro de mediadores: <https://sede.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Sede/es/tramites/inscripcion-registro>

Así mismo, se deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos.

Además, se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 por ciento del de la duración mínima prevista en este real decreto para la formación del mediador. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.

La duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva. Será válida la formación recibida ante instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus respectivos países y, en su caso, se tendrá en cuenta para completar la duración mínima exigida.

Los mediadores deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas. La realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador.

En relación con los centros de formación, la formación específica de los mediadores, incluida su formación continua, se habrá de impartir por centros o entidades de formación, públicos o privados, que cuenten con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades o con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia.

Los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación habrán de contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia y reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Asimismo, quienes impartan la formación de carácter práctico habrán de reunir las condiciones previstas en dicho Decreto.

Los centros remitirán al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, sus programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida en atención a su titulación y experiencia, acompañando el modelo de certificado electrónico de la formación que entreguen a sus alumnos.

En el certificado expedido por los centros de formación se hará constar, al menos, la titulación del alumno, las características de la formación recibida y la superación del curso.

Por último, los centros de formación podrán organizar actividades de formación continua, especialmente de carácter práctico, dirigidas a los mediadores que ya contaran con formación inicial para el ejercicio de la mediación.

Gracias a este Real Decreto, caemos en la cuenta de la importancia de la necesaria y continua formación de los mediadores. Vivimos en una sociedad que no para de cambiar y, de la misma manera que en cualquier otro ámbito jurídico, se hace

necesaria la constante formación. Al igual que un abogado o un juez no será un buen profesional si no presta atención a los cambios que se producen en la jurisdicción, un mediador no será bueno ni profesional si no se forma para ello de forma constante. Como ya he dicho nos encontramos en una sociedad cambiante, donde especialmente los juristas debemos estar al tanto de los cambios, cada día surgen problemas nuevos y nuevas formas de tratarlos, es por ello que nunca debemos dejar de aprender.

6.1.2. Actuaciones del mediador

Su actuación principal debe ir encaminada a hacer posible el entendimiento de las partes, facilitándoles la posibilidad de comunicarse y entenderse, ello ayudará tanto a las partes como al proceso en sí.

Para poder llegar a un buen entendimiento, existen varios factores que hay que tener en cuenta por mínimos que nos puedan parecer, tales como la sala donde se llevan a cabo las reuniones, ya que las mismas han de transmitir paz y seguridad, para así poder sentirse en un lugar de confianza, lo que permite a las partes estar más abiertos al proceso.

Se hace necesaria de nuevo una distinción con los juicios, en estos la sala se configura como un lugar frío, donde las partes, en la mayoría de los casos, no suele sentirse cómoda ni segura. Es por ello que dar la importancia que se merece a estos detalles puede hacer que la mediación triunfe.

En cuanto a la propia mediación familiar, Cendrero Melguizo nos dice que “es necesario que el mediador sea totalmente cuidadoso en el proceso, ya que todo lo que ocurra durante el mismo, así como las medidas que se adopten, puede que no afecten solamente a la pareja en trámites de separación, sino también a otros familiares, especialmente si existe la presencia de hijos menores entre ellos”.²⁶

Así mismo hemos de añadir que ha de estar especialmente atento a ciertos aspectos, tales como conductas agresivas. Es por ello que debe prestar especial cuidado al bienestar familiar, y procurar la satisfacción de ambas partes, ello supone atender a las necesidades de los menores y procurar el menor perjuicio para ellos, sin que se puedan ver afectados por una mala gestión.

Por supuesto, el mediador, cualquiera que sea el objeto de la mediación, siempre habrá de actuar conforme a los principios básicos de la mediación.

Por su parte, la propia ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, dispone en su artículo 13 lo siguiente:

²⁶ CENDRERO MELGUIZO, T.: *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, Alcalá, Madrid 2006, p.220.

El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquella.

El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso: a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes. b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación. c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos, el mediador solo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

6.1.3. Deberes del mediador

Como ya se ha señalado en párrafos anteriores, el deber principal del mediador es conseguir una buena comunicación entre las partes, con independencia de que se consiga formular o no un acuerdo. Asimismo, deberá informarles de todas las cuestiones relativas a la mediación, para que, en el caso de seguir con el proceso puedan hacerlo teniendo unas nociones básicas de la misma.

Del mismo modo, a de velar por la existencia de igualdad entre las parte, tanto a la hora de expresarse, como en el acuerdo final.

Por su parte, también tendrá el deber de abstenerse de realizar la mediación o, en su caso, renunciar a la misma, cuando concurren circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad. En caso de renuncia será necesario que quede reflejada en el acta correspondiente. Es por ello que deberá evitar y dejar a un lado las emociones propias para centrarse en las necesidades de las partes, con independencia de sus pensamientos o creencias.

En cuanto a las características personales del mediador, siguiendo las características de Duplá Marín, se hace necesario que sea una persona empática, ética, social, natural, prudente, observador, creativo...²⁷ Lo más destacable es que se tiene que tratar de una persona que cuente con habilidades comunicativas, así como capaz de manejar situaciones conflictivas. Tiene que ser capaz de hacer entender a las partes la importancia de la cooperación de ambos para el buen fin del proceso, creando así un clima de confianza, ya que es el único modo en que las partes se sentirán cómodas para poder tratar el tema de la forma más amplia posible y poder llegar a un acuerdo justo y equitativo para ambos. De nuevo, resaltamos aquí la importancia del clima en las sesiones de mediación.

Es por ello que resulta imposible poner en duda la necesidad de la existencia del mediador, es más, existen situaciones como ya hemos dicho anteriormente, donde el mediador puede darse cuenta que resultaría positivo el apoyo por parte de otro mediador, ello refleja la importancia que el mediador da al proceso, buscando apoyo si lo necesita, siempre pensando en el correcto desarrollo del mismo, ya que esta ayuda puede proporcionarle nuevos datos, consejos o información muy útil que afecte a la mediación de manera positiva.

Otro deber del mediador es la imposibilidad de dar consejo o mostrar su opinión respecto del tema a resolver, no podrá resolver el asunto por sí mismo, ni podrá decirle a las partes como deben actuar en relación al problema. En caso contrario, se estaría incumpliendo unos de los principios básicos de la misma, esto es, la neutralidad e imparcialidad.

Pensar en la posibilidad de que el mediador intervenga de manera activa nos llevaría a considerar la mediación como un igual respecto del arbitraje. Hemos de tener en cuenta que las partes que acuden a este sistema no quieren la imposición de una medida o resolución por parte de un tercero, sino que se busca un acuerdo consensuado, establecido por ellos mismos.

En cuanto a las responsabilidades propias del mediador, de la ley 5/2012 entendemos que, la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, contra la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a aquella contra los mediadores.

Por último, debemos destacar la necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan causar en el desarrollo de sus funciones, tal y como viene detallado en el Título IV del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan

²⁷ DUPLÁ, MARÍN, T.: *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*, Dykinson, Madrid, 2013, p.24.

determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

No obstante, puede ser que el seguro suscrito no cubra todos los daños y perjuicios causados o, que aún cubriéndolos, alguna de las partes decida actuar directamente contra la institución de mediación, tal y como establece el artículo 14 de dicha ley. Si bien, conviene aclarar que las instituciones de mediación no están sujetas a la obligación de contratar este tipo de seguros.

Por último, Rogel Vide, comenta que los requisitos para que los daños y perjuicios sean indemnizables son los siguientes: que sean causados por el mediador que no cumple fielmente su encargo, que exista un nexo de causalidad entre los daños y perjuicios y la conducta del mediador, comportamiento reprochable del mediador y, en caso de que actúe de mala fe, con imprudencia o dolo.²⁸

6.1.4. Pluralidad de mediadores

La ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece en su artículo 6 la posibilidad de que la mediación sea llevada a cabo por uno o varios mediadores. Así mismo, dispone que *si por la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes se produjera la actuación de varios mediadores en un mismo procedimiento, éstos actuarán de forma coordinada.*

Apoyándonos en Rogel Vide, se pueden distinguir tres clases de pluralidad de mediadores:²⁹

-Aquellos casos en que no existe una pluralidad en sí misma, sino que, lo que sucede, es el cambio de un mediador por otro, por lo que el proceso de mediación inicial se cierra, y se abre un nuevo procedimiento con un nuevo mediador. Esta situación puede darse cuando el mediador ha de cesar en la mediación por causas de imparcialidad, o en casos de renuncia.

En estos casos no se da una pluralidad exacta, ya que en ningún momento se da la situación de que coincidan dos mediadores en un mismo proceso, más correctamente podríamos hablar de una sustitución.

²⁸ ROGEL VIDE, C.: "Comentario al art. 14. Responsabilidad de los mediadores", en GARCÍA VILLALEGA, L. (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012, p. 179.

²⁹ VAZQUEZ DE CASTRO, E.: "Comentario al art. 18. Pluralidad de mediadores", en GARCÍA VILLALEGA, L. (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos...*" *op.cit.*, p.215.

-Formación de grupos o equipos de mediación, en estos casos, sólo uno de los mediadores ejercerá como tal y será el que esté presente durante todo el proceso. El resto del equipo de mediación podrá apoyarle y aconsejarle en relación a los temas a tratar, teniendo así una mayor visualización y comprensión del asunto, pero nunca intervenir en el proceso ni tratar con las partes. Estos equipos de mediación se han de formalizar, y por ello se requiere que al menos tres de los integrantes tengan titulaciones distintas, y se inscriban como equipo en el registro de mediadores, además de estarlo de manera individual.

A pesar de que se configuren como equipo, no se rompe la regla básica de la existencia de un mediador por mediación. Este tipo de equipos, como ya hemos señalado anteriormente, puede favorecer ampliamente al proceso, ya que supone la posibilidad de tener un mayor control y conocimiento sobre el tema a tratar. En cualquier situación relacionada con los temas de justicia, toda ayuda es poca, siempre estaremos más predispuestos a acudir a aquellos sistemas donde veamos una mayor preparación y posibilidad de éxito.

-Por último, la llamada comediación, donde en un mismo proceso intervienen dos mediadores. Esta posibilidad puede darse desde el inicio de la mediación o surgir una vez comenzada la misma. La comediación puede ser útil para los mediadores, ya que pueden apoyarse uno sobre otro, y gestionar así adecuadamente dificultades que puedan surgir, aportando así diferentes visiones.

Esta última opción es la única en que se dan la colaboración conjunta de dos mediadores en un mismo proceso, donde los dos pueden estar presentes en todo momento. Entiendo que ambos mediadores han de actuar en condiciones de igualdad jerárquica, teniendo ambos los mismos derechos y responsabilidades.

A pesar de las múltiples ventajas destacadas en los casos de pluralidad, entiendo que estas opciones suponen un aumento del gasto económico, así como la posibilidad de dificultad de los mediadores a la hora de coordinarse, la idea es que sean los mediadores quienes ayuden a las partes a entenderse, sería contraproducente que las partes viesen como ni los mediadores son capaces de llegar a coordinarse y entenderse.

Es por ello que considero que se debería acudir a este tipo de mediaciones cuando los temas a tratar sean especialmente complejos y, la intervención de varios mediadores pueda ayudar a resolver el conflicto.

6.2. Las partes

Son considerados parte en el proceso de la mediación aquellos que se encuentren en conflicto y decidan acudir a la misma para poner solución al mismo.

De igual modo también serán parte en el proceso de mediación los hijos menores en caso de existir, no obstante es un tema que trataremos en apartados posteriores. Es necesario destacar la postura de los progenitores ante su separación, ya que esta situación puede afectar de muchas formas diferentes y puede conllevar multitud de disputas, que pueden dar lugar a trastornos económicos y psicológicos.

Siguiendo en esta línea se hace preciso destacar ciertos deberes de las partes en relación a evitar o disminuir posibles consecuencias negativas derivadas de la situación en la que se encuentran.

Es por ello que deberán de separar sus papeles conyugales, de los parentales, ya que como padres deben actuar siempre en conjunto y mirando por el bien de los hijos, en relación con los menores, han de velar siempre por el buen desarrollo y crecimiento de los mismos, trabajando como un equipo, sin dejarse llevar por los conflictos propios que puedan surgir entre ellos al margen de sus hijos. Se ha de disminuir la tensión, centrándose en lo positivo que se quiere conseguir con la separación mediante el proceso de mediación.

Las partes son las verdaderas protagonistas de la mediación, por lo que el proceso deberá adaptarse en todo momento a ellas. Rabasa Sanchis, comenta que cuando estas deciden acudir al procedimiento de mediación, podrán hacerlo en compañía de sus abogados, no obstante, siempre será una decisión voluntaria y han de respetar en todo momento los principios que inspiran a este proceso.³⁰

No considero muy acertada la decisión de acudir en compañía de sus abogados, ya que el proceso podría convertirse en un juicio fuera de los juzgados. Si las partes acuden a mediación es para resolver por sí mismas el conflicto y llegar a un acuerdo sin intervención de terceros ajenos al problema.

Por otro lado, las partes han de tener en cuenta en todo momento que se van a enfrentar a un proceso que conlleva la aparición de nuevas situaciones, debido al uso de herramientas y estrategias nuevas, muy distinto a un proceso judicial. Habrán de asumir nuevas responsabilidades y habilidades si desean que el proceso se desarrolle de manera correcta.

³⁰RABASA SANCHIS, B.: "El papel del abogado en la mediación". Ponencia en Ilustre Colegio de Abogados de Valencia 8 y 9 de noviembre de 2012.

Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rabasa%20Sanchis%20Beatriz%20.pdf?IdFile=cd0e41e0-08bf-4d68-a10d-38b7f90e9ffd, (Consulta 02/06/2018)

Como ya hemos dicho, las partes ocupan el papel principal de la mediación, se hacen responsables de sus conflictos y acuerdos, para ello han de tener una actitud positiva y abierta, dejando a la parte contraria expresar sus opiniones e ideas siempre con respeto. Han de ver éste mecanismo como una oportunidad nueva que puede dejar atrás y resolver sus conflictos.

Las partes son las que dirigen la mediación, es por ello que siempre habrá de realizarse de manera voluntaria, tanto si son ellas las que deciden acudir a la mediación, como si es un juez quien lo solicita, las partes siempre deberán prestar su consentimiento de forma voluntaria.

Es aquí donde vemos otra diferencia con respecto a los procesos judiciales, ya que cuando te envían una citación judicial para los casos de separación y divorcio, siempre que no sea de mutuo acuerdo, en la parte contraria pueden surgir sentimientos negativos y de rechazo, por lo que se asume el proceso de manera distinta. Así, la mediación cuenta con la ventaja de la voluntariedad, por lo que existe una predisposición por parte de las partes.

De esta voluntariedad derivamos la idea de que los acuerdos alcanzados en mediación tienen una mayor probabilidad de cumplimiento, ya que se ha conseguido gracias a un entendimiento de ambas y se trata de un acuerdo que ha sido deliberado y debatido, así como aceptado por ambas partes.

Por su parte, la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece en su artículo 10 lo siguiente con respecto a las partes:

-Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

-Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

-Las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad.

6.3. Los menores

Cuando hablamos durante todo el trabajo de “menores”, se está haciendo referencia a los hijos menores de edad de las partes que deciden acudir a mediación familiar para resolver su conflicto.

Como ya se ha anticipado en apartados anteriores, los menores son una parte esencial en el proceso de mediación en casos de separaciones y divorcios, ya que en todo momento se ha de garantizar el interés superior del menor.

6.3.1. El interés superior del menor

El interés superior del menor siempre ha tenido una gran importancia legal y desarrollo, tanto en España como de manera internacional.

Como un primer ejemplo de esta importancia, podemos destacar la Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989, quien considera al menor como “un sujeto autónomo de especial protección, con derecho ser titular de su formación, a formular sus opiniones y a hacerlas valer en la formación de decisiones relativas a su existencia”. Prevé que el interés del menor deberá primar por encima de cualquier interés y, ordena a los Estados parte que respeten el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, salvo si ello es contrario a su interés, y que garanticen el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en la formación, crianza y desarrollo de los hijos, promoviendo el interés del menor por ser superior.

Es por ello que en relación con la mediación, podemos derivar como aspecto principal de este interés superior, que todas y cada una de las actuaciones vayan dirigidas al cumplimiento y respeto del mismo, tanto por parte de los padres, como del propio mediador, es decir, todas las actuaciones deberán ir dirigidas a favorecer los aspectos relativos a la vida del menor.

Para entender la importancia de este concepto, hemos de acudir al artículo 39.2 de la Constitución española, y consagrarlo como principio general, el mismo establece la necesidad de que los poderes públicos aseguren la protección integral de los hijos.

El interés superior del menor se trata de un concepto al que hay que atender teniendo en cuentas las especialidades de cada caso concreto, es por ello que tanto las partes como la persona mediadora, han de realizar una valoración del mismo, teniendo en cuenta todas y cada una de las circunstancias.

Tanto es así, que cualquier acuerdo alcanzado por las partes, ha de velar por el interés superior de los hijos, este interés ha de prevalecer sobre cualquier cosa.

Es por ello, que en aquellos casos de mediación donde existan menores de por medio, los acuerdos deberán ir enfocados al cumplimiento de este interés, ya que los mayores afectados de las separaciones y divorcios por motivos económicos y psicológicos suelen ser los niños.

No cabe, por tanto, una mediación donde se obvie este derecho, como hemos dicho anteriormente, este interés superior del menor se consagra como principio esencial, por lo que si se viola el mismo, la mediación debería darse por nula. No será válido ningún acuerdo donde se perjudique o no se tenga en cuenta al menor.

Por otro lado, cabe destacar que el interés del menor es entendido hoy en día como criterio rector del Derecho de Familia, tal y como podemos apreciar debido al 39.4 de la Constitución y diversos preceptos del Código Civil, acordes con el texto constitucional, que vienen a destacar la importancia de los menores y del deber del Estado de velar por su protección. También se declara el "interés superior del niño" en numerosos textos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, tal y como antes hemos referido, o la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por dicho Órgano en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio.

El hecho de que tantas leyes mencionen este interés superior nos hace caer en la cuenta de la importancia del mismo, y en la necesidad de velar por su cumplimiento y efectividad.

6.3.2. Derechos del menor

Todo menor que se vea incurso en un proceso de mediación debe contar con una serie de derechos que habrán de ser respetados por encima de todo.

En relación con estos derechos, podemos destacar el derecho primordial a ser tratados como a personas, que tienen sus opiniones con respecto a la situación que ha dado lugar a la mediación, por lo que sus pensamientos han de ser respetados en todo momento. Así mismo, el artículo 9 de la L.O 1/1996 de manera terminante califica como derecho del menor el de ser oído respecto de todas las decisiones que pudieran afectarle.

Su condición de niño ha de prevalecer por encima de todo, por lo que no se le podrán imponer presiones tales como decidir entre cualquiera de los progenitores, es más, ha de ser todo lo contrario, ha de tener una relación positiva y constructiva con cada progenitor, sin encontrarse inmerso en un conflicto de lealtades.

Tendrá también derecho a no tomar decisiones propias de personas adultas, lo que irá ligado a una conducta responsable por parte de los padres en cuanto al apoyo y nivel económico.

Por último, hay que respetar el derecho de los menores a contar con una buena educación, sin dejar al margen las responsabilidades que ello conlleva.

6.3.3. Intervención del menor en la concreción de su propio interés. La audiencia del menor

Como destacábamos anteriormente, el interés y la importancia que nuestra legislación otorga al menor, supone la asunción de este como elemento principal y de gran relevancia en la mediación.

En relación con la intervención del menor para la concreción de su propio interés, esta viene justificada en función del reconocimiento de su autonomía como sujeto con capacidad. En relación con ello, el legislador prevé como norma general la intervención del menor cuando se trate de procesos que puedan afectarle, esta intervención se realizará a través de su audiencia.

Así, la audiencia del menor se convierte en uno de los derechos inherentes al mismo, de modo que, hemos de tener en cuenta que la práctica de esta audiencia se hace hoy en día inevitable cuando estemos ante procesos donde el menor pueda verse perjudicado.

Es por ello que, extrapolando estas afirmaciones a la mediación, se entienda que el menor ha de participar en la misma y ser oído siempre que los temas a tratar pudiesen afectarle. En relación a esta intervención, el mediador ha de velar porque el menor no se convierta en parte activa del proceso. Por su parte, se hace necesario mencionar que en aquellos casos de mediación extrajudicial, el incumplimiento de esta intervención podrá y deberá ser subsanado por el órgano judicial, ya que debe intervenir en aquellos acuerdos de mediación que afecten al interés del menor, por ser necesaria su homologación.

En relación con esta audiencia, el artículo 92.2 del Código Civil, faculta al legislador para oír al menor con suficiente juicio e impone siempre la audiencia a los mayores de doce años.

El elemento principal que hay que tener en cuenta a la hora de debatir sobre la conveniencia de dicha intervención, es el suficiente juicio que presente el menor, de manera que si los menores presentan un juicio suficiente, es decir, ser capaces de tener una opinión y desarrollarla, la edad ha de ser un dato irrelevante.

Es por ello que entendemos que las mismas ideas deben entenderse en la mediación. Así mismo, el artículo 9 de la LO 1/1996, califica como derecho del menor ser oído respecto de las decisiones que pudiesen afectarle, lo que nos lleva a considerar que, tanto el juez, como las partes inmersas en una mediación, deben oír al menor siempre que sea aconsejable escuchar sus opiniones.

Es por ello que podemos decir que en toda mediación familiar en la que se encuentren menores, estos pueden ocupar un papel importante, debido a que pueden ser gravemente perjudicados por los conflictos derivados de sus padres. Es por ello que existe cierto debate en cuanto a la posibilidad de incluir al menor en el proceso de mediación.

Entre los argumentos a favor, podemos destacar la idea de que puede ser favorable para los menores conocer por sí mismos los acuerdos que se están alcanzando y las razones que se dan para tales acuerdos, ya que ello puede influir positivamente en el cumplimiento de los mismos. Así mismo, la presencia del menor puede ser muy positiva, en tanto en cuanto, los mismos, pueden tener una idea o plan que podría ser muy útil como punto de partida; además, esta presencia, puede hacer que los padres dejen su papel de “enfrentados” para comportarse simplemente como padres que quieren el bien de su hijo y así llegar a un mejor diálogo. Todo ello será un punto a favor si los hijos han expresado directamente sus deseos en el reparto del tiempo con los progenitores o su deseo de hablar con el mediador.

Como argumentos en contra a esta incorporación del menor al proceso, podemos destacar la idea de que los padres tengan una convicción fija acerca de la educación del menor, por lo que no sería lógico ni favorable la inclusión del menor si éste no fuese suficientemente razonable para poder opinar sobre dichos aspectos. Así mismo, la idea de hacer planes de futuro en relación a su vida familiar podría ser estresante para el menor. Por otro lado, puede darse el caso de que una de las partes esté manipulando al menor para dar una opinión como propia cuando, en realidad, es sesgada por alguna de las partes.

Dado lo cual, tal y como destacan Rodríguez Domínguez, y Roustan, es difícil dar argumentos sólidos sobre apoyar una postura u otra, sin embargo, se pueden encontrar puntos intermedios, por ejemplo: que el menor tenga voz al inicio del proceso, conociendo así sus deseos, que el menor acuda periódicamente a procedimiento, sobre todo cuando con su presencia e intervención puedan aclararse ciertos temas y cuestiones, también puede darse la opción de que el menor se

encuentre presente durante todo el proceso, pero en este caso, esta opción, estaría enfocada directamente hacia los adolescentes. Otra opción posible sería la de preguntar a los menores luego del acuerdo de los padres ya que, cuando los acuerdos no son definitivos, preguntar al hijo puede ser favorable para que se replanteen algunas cuestiones en pro del interés superior del menor, o bien, pueden estar presentes simplemente al final del procedimiento, para darles a conocer los acuerdos, pudiendo favorecer con ello, aún más, el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación.³¹

Sin entrar más a fondo en este debate, podemos decir que la figura del menor siempre se encuentra presente en la mediación, aunque no estén de manera física, ya que el interés de estos no depende de si se encuentran allí o no, sino que se trata de un principio que ha de ser respetado con independencia de la presencia de los menores en el proceso.

Tanto es así, que podríamos pensar en la posibilidad de que los mediadores recurran a la utilización de fotografía de los menores, para crear así la ilusión de su presencia, para que los padres puedan tomar decisiones pensando en sus hijos.

Lo relevante de la audiencia del menor, al margen de escuchar su opinión respecto al tema que le afecta, es el cumplimiento del trámite en sí, ya que, debemos aclarar que, aquello que el menor exprese en la audiencia, en modo alguno será vinculante, pero sí puede ser positivo y ayudar a conseguir un entendimiento y por lo tanto, lograr un acuerdo.

³¹ RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C., ROUSTAN, M.: "Inclusión/ Focalización de menores en mediación familiar: Revisión de estudios y propuestas futuras. Papeles del psicólogo", Universidad de Barcelona, 2015, pp. 189-204
Disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es> (Consulta: 15/06/2018)

7. CONCLUSIONES

PRIMERO. La voluntariedad como eje fundamental de la mediación familiar supone una ventaja indiscutible con respecto a la vía judicial, ya que la mediación se presenta como un sistema donde las partes acuden y permanecen siempre por voluntad propia, lo que favorece notablemente al proceso y a la consecución de un acuerdo justo y consensuado.

SEGUNDO. El éxito de la mediación familiar no ha de fundarse en la consecución o no del acuerdo. Si las partes entienden lo positivo de la misma, y sus ventajas, la mediación habrá sido exitosa, lo que conlleva a no descartarla en futuros conflictos, a pesar de que en el que se encuentran no hayan podido finalmente alcanzar el consenso deseado.

TERCERO. En cuanto a la procedencia de la mediación familiar ante la existencia de aspectos sobre los que concurren situaciones con violencia, las leyes tienen concepciones dispares a la hora de introducir estos asuntos. A mi parecer, los mismos no deberían de incluirse en caso alguno en el proceso de mediación, ya que se trata de situaciones que cuentan con regulación específica y, para ello, nuestra legislación ha desarrollado las leyes y mecanismos suficientes para tratar dichos temas. Además, su inclusión dentro del proceso de mediación puede resultar perjudicial al propio acuerdo, por cuanto que las partes podrían verse condicionadas en los propios acuerdos a adoptar, en relación con las crisis de violencia que hayan sufrido.

CUARTO. Debido a la importancia de la intervención de los menores en el proceso de mediación, así como la importancia del respeto al interés del menor, considero que debería de configurarse el mismo como principio rector de la mediación familiar, e incluirse en todas las leyes de mediación como tal. Y es que, en relación con los menores, puede resultar muy satisfactoria, ya que les evita pasar por la mala situación de ver a sus padres enfrentados en un juzgado, uno contra el otro y, sin embargo, durante la mediación, ve a sus padres como dos personas capaces de comunicarse y arreglar sus problemas sin necesidad de crear mayores disputas. De esta manera puede concebir la mediación de manera positiva y trasladarla incluso a su propio ámbito escolar.

QUINTO. En lo referente a las actuaciones del mediador, la imparcialidad y neutralidad de estos, resulta otro punto a favor de la mediación a destacar, ya que gracias a esta imparcialidad y consiguiente neutralidad, consiguen que sean las partes las que arreglen por sí solas el conflicto y lleguen a un acuerdo sin necesidad de que este haya sido impuesto por una tercera persona. Lo que garantiza sin duda el éxito de los acuerdos adoptados.

SEXO. Los acuerdos a que lleguen las partes tendrán una mayor probabilidad de ser cumplidos, debido a que se tratan de acuerdos a los que han llegado las partes por sí mismas, ya que las condiciones establecidas han sido consensuadas y aceptadas, por lo que resulta improbable pensar en un supuesto incumplimiento. No obstante, la ley indica el procedimiento a seguir para la formalización del título ejecutivo y con ello garantizar la plena eficacia jurídica del resultado de la mediación.

SÉPTIMO. La mediación se presenta como una medida alternativa de resolución de conflictos, sin embargo, considero oportuna la posibilidad de que en aquellos casos donde las partes acudan a juicio, siempre y cuando la separación no sea de mutuo acuerdo, el juez ofrezca la opción de la mediación como vía de resolución del conflicto, con anterioridad a proceder a resolverlo judicialmente. Así, esta posibilidad podría conllevar una reducción a la Administración de Justicia de la sobrecarga con la que cuenta.



8. BIBLIOGRAFÍA

CENDRERO MELGUIZO, T, *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, Alcalá, Madrid 2006.

DUPLÁ, MARÍN, T, *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*, Dykinson, Madrid, 2013.

ESPÍN ALBA, I, “Comentario al art. 15. Coste de la mediación”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012.

GARCÍA VILLALUENGA, L, “Comentario al art. 7. Igualdad de la partes e imparcialidad de los mediadores”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012.

MACHO GÓMEZ, C, Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”

En:https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2014-30093100996 ANUARIO DE DERECHO CIVIL Origen y evoluci%F3n de la mediaci%F3n: el nacimiento del %93movimiento ADR%94 en Estados Unidos y su expa%F3n a Europa.

MEDINA ROSPIGLIOSI, R, “Diferencias entre mediación y conciliación”. *Limamarc, Revista de conciliación*, 2007.

En:<http://limamarc-revista.blogspot.com/2007/12/diferencias-entre-mediacion-y.html>.

PÉREZ SALAZAR, R, “Comentario al art. 17. información y sesiones informativas”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012.

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

RABASA SANCHIS, B, “El papel del abogado en la mediación”. Ponencia en Ilustre Colegio de Abogados de Valencia 8 y 9 de noviembre de 2012.

En:https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rabasa%20Sanchis%20Beatriz%20.pdf?idFile=cd0e41e0-08bf-4d68-a10d-38b7f90e9ffd.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, C., ROUSTAN, M, “Inclusión/ Focalización de menores en mediación familiar: Revisión de estudios y propuestas futuras. Papeles del psicólogo”, Universidad de Barcelona, 2015

En: <http://www.papelesdelpsicologo.es>.

ROGEL VIDE, C, “Comentario al art. 14. Responsabilidad de los mediadores”, en GARCÍA VILLALEGA, L. (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012.

ROMERO NAVARRO, F, “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres”, *Revista Vlex España*, volumen nº40, 2002.

SERRANO GÓMEZ, E, “Comentario al art. 6. Voluntariedad y libre disposición”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012.

SOUTO GALVÁN, E, *Mediación familiar*, Dykinson s.l., Madrid, 2012.

TAMAYO HAYA, S, “Comentario al art. 25. Formalización del título ejecutivo”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012.

VAZQUEZ DE CASTRO, E, “Comentario al art. 24. Acciones desarrolladas por medios electrónicos”, en GARCÍA VILLALEGA, L (dir) y ROGEL VIDE, C (dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, comentarios a la ley 5/2012*. Reus, Madrid, 2012.

-WEBS

http://cadenaser.com/emisora/2018/01/18/ser_madrid_sur/1516269204_002696.html

<https://www.laopiniondemurcia.es/comunidad/2016/05/16/parejas-necesitan-ayuda-comunicarse/737329.html>

Centro Neux, banco de información: “En que situaciones mediar en el ámbito de la mediación familiar”. Disponible en: <http://centro-neux.com/en-que-situaciones-medar-mediacion-familiar/>.

Fundación Signum: <http://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/07/que-es-la-mediacion.pdf>

Informe CIS: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3032/es3032mar.pdf

“Informe de la Mediación familiar en España” de la asociación UNAF (Unión de asociaciones familiares), 2015. Disponible en: <https://unaf.org/wp-content/uploads/2016/02/VALORACION-MEDIACION-FAMILIAR-FINAL.pdf>.

Memoria Poder Judicial 2013: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-Anual/Memoria-anual-2013--correspondiente-al-ejercicio-2012->

Página web registro de mediadores:

<https://sede.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Sede/es/tramites/inscripcion-registro>

