

La mediación familiar en el derecho autonómico*

Profa. Dra. Susana Navas Navarro
Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción

1. La mediación familiar puede ser estudiada desde diferentes perspectivas, tales como, la psicológica, la ética, la sociológica y la jurídica. De todas ellas, la primera, a buen seguro, es la perspectiva que más análisis ha merecido¹. Han sido los *psicólogos* -aunque también los *asistentes, trabajadores y educadores sociales*- los que se han dado cuenta de la importancia de la mediación para el grupo familiar: para los *cónyuges* que desean separarse o divorciarse, para sus *hijos* así como para otros *miembros* de la familia en el sentido extenso del término (abuelos, hermanos de los cónyuges,...). Incluso para algunos *amigos* próximos a la familia afectada.

2. La visión jurídica de la mediación familiar ha sido, en cambio, soslayada. Son todavía pocos los juristas que han dedicado su tiempo a analizar esta institución. Eso es precisamente lo que nosotros pretendemos hacer aquí: analizar la mediación familiar desde la perspectiva jurídica tomando por norte las leyes autonómicas que al respecto ya existen en nuestro país.

* Este trabajo tiene su origen en un *workshop* presentado en el Congreso internacional "Divorce: médiation, audition, parentalité" celebrado el 25 y 26 de septiembre de 2003 en la Universidad de Fribourg (Suiza). Quisiera agradecer a Cristina Alonso, colaboradora en las tareas universitarias en la Universidad Autónoma de Barcelona, su ayuda en lo referente al material bibliográfico así como a la Prof. Isabel Espín Alba (Universidad de Santiago de Compostela) el haberme facilitado el manuscrito de su artículo referido a lo largo de este estudio. Finalmente, mi agradecimiento va dirigido también al Prof. D. Borobio, Director del Instituto de la Familia de la Universidad Pontificia de Salamanca, al que conocí con ocasión del Congreso mencionado, el haber facilitado la publicación de este artículo.

¹ BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, 1998, pp. 1 ss. (vid. la literatura citada por la autora).

II. Origen legal de la mediación familiar en España

1. En España la mediación familiar, desde un punto de vista legislativo, es reciente, aunque en la práctica esté bastante consolidada². En efecto, los centros de mediación familiar pueden ya mostrar un cierto éxito en lo que se refiere al número de casos resueltos³, al interés que muchas parejas muestran por este servicio⁴ en orden a organizar las consecuencias de su separación o de su divorcio, el número de personas que ejercen sus actividades profesionales en este ámbito y, finalmente, en relación con el procedimiento que los mediadores utilizan para resolver los diferentes problemas que se plantean en torno a la separación o el divorcio⁵.

2. En España existen cuatro leyes autonómicas sobre la mediación familiar, las cuales cronológicamente son las siguientes⁶:

- *Ley 1/2001, de 15 de enero, de Mediación Familiar de Cataluña*⁷, cuyo desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el *Decreto 139/2002, de 14 de mayo*⁸. De

2 El primer centro de mediación familiar en España se creó en el País Vasco (San Sebastián) el año 1988 por una asistente social. El año 1990 dos centros empezaron sus actividades en Madrid y en Barcelona: el *Servicio de Mediación Familiar* (este programa se encuentra interrumpido desde el año 1999) y el *Programa de Mediación Familiar* y el *Servei de Mediació Familiar* y el *Servei de Mediació Familiar de Barcelona*, respectivamente. Posteriormente otras Comunidades Autónomas han empezado con programas similares de mediación familiar, por ejemplo, en Galicia, los «gabinetes de orientación familiar», regulados por el Decreto 42/2000, de 7 enero, de la Conselleria de Familia e Promoción do Emprego, Muller e Xuventude (DO. Galicia, de 6 de marzo de 2000, n. 45, p. 2981), deben desarrollar actividades de mediación familiar (art. 14 al. 3).

3 El *Servicio de Mediación Familiar* (Madrid), en el año 1992, había intervenido en 135 conflictos familiares y el *Programa de Mediación Familiar* (Madrid), de 1991 a 1998, había atendido a 2859 personas de las cuales el 80.7 % consiguió terminar el programa de mediación propuesto. En Barcelona el *Servei de Mediació Familiar*, en 1990, resolvió 28 conflictos y el *Servei de Mediació Familiar*, en la memoria anual (1990), presentó 58 casos resueltos. El *Servicio de Mediación Familiar*, creado por el gobierno vasco, vio 124 conflictos, en 1998, de los cuales, el 67.74 % llegó a un acuerdo y el 10 % de las parejas dio otra oportunidad a su relación personal.

4 IBÁÑEZ VALVERDE V. J. et al., «Mediación intrajudicial: Concepto y criterios para su implantación en la Administración de Justicia», *Apuntes de Psicología*, 1994, pp. 41-42 y 117.

5 Las leyes han positivizado el proceso de mediación que se desarrollaba –y se desarrolla– en la práctica.

6 El art. 10 de la *Ley 5/2001, de 17 de marzo, de prevención de los malos tratos y de protección de las mujeres maltratadas de Castilla-La Mancha* (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2001) prevé como servicio social la mediación familiar y el art. 8.4 de la *Ley 1/2002, de 1 de marzo, de servicios sociales de La Rioja* (BOLa Rioja, núm. 29, de 7 de marzo de 2002) contempla como un servicio social el apoyo a la familia que incluye programas de mediación familiar.

7 BOE, n. 91, de 16 de abril de 2001. Esta ley será abreviada como LMFCat.

8 DOGC, n. 3641, de 13 de mayo de 2002, p. 9140.

hecho, la primera referencia a la mediación familiar en Cataluña aparece, de un lado, en el art. 79.2 del *Codi de Família*⁹ (=CF), donde el legislador catalán afirma que, según el caso, si la autoridad judicial considera que ciertos aspectos relativos al convenio regulador respecto de los cuales existe un conflicto, pueden ser todavía resueltos mediante un acuerdo de las partes en conflicto, puede enviarlas a un proceso de mediación a fin de que reduzcan sus diferencias y presenten soluciones y, de otro lado, en la disposición final tercera del mismo *Codi*, donde el legislador ordena al gobierno catalán la presentación al parlamento de un proyecto de ley sobre la mediación familiar¹⁰. Recientemente, se ha publicado la *Orden de la Conselleria de Justicia de 13 de junio 2002*, la cual fija los honorarios de los mediadores y la *Orden de la Conselleria de Justicia de 3 de julio de 2002* que regla el contenido y el proceso de homologación de los estudios de formación continuada para poder ejercer como mediador.

- *Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar* (Galicia)¹¹, cuyo desarrollo reglamentario se ha dado mediante el *Decreto 159/2003, de 31 de enero*¹².
- *Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana*¹³.
- *Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar* (Islas Canarias)¹⁴.

3. Como puede observarse no existe una ley nacional sobre la mediación familiar y además no todas las Comunidades Autónomas

9 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Codi de Família, publicada en el DOGC de 23 de julio de 1998, n. 2687 y DOGC de 28 de septiembre de 1998, n. 2732 (corrección de errores).

10 De manera similar, en Suiza, el art. 151 del *Avant-projet relatif à la révision du droit de divorce* (Code Civil) ordenaba que «les cantons veillent à ce que les époux puissent s'adresser à des médiateurs qui les aident à s'entendre sur leur divorce et ses effets». Desgraciadamente, esta norma no aparece en la regulación final del divorcio. Sobre las causas del fracaso de esta iniciativa, v. BONO-HÖRLER, C. *Familienmediation im Bereiche von Ehetrennung und Ehescheidung*, Zurich, 1999, pp. 214 ss; SUTTER-SOMM, T., «Die Realien der Scheidungsmediation. Neues Scheidungsrecht», en: PERREZ M./BODENMANN, G. (eds.) *Tagungsbericht Familienmediation/Rapport du Symposium Médiation familiale*, Université de Fribourg, Institut de Recherche et de Conseil dans le domaine de la Famille, 1998, pp. 9 ss.

11 BOE, n. 157, de 2 de julio de 2001; DO. Galicia, de 18 de junio de 2001. Esta ley será abreviada como LMFGal.

12 DO. Galicia, de 18 de febrero de 2003.

13 BOE, n. 303, de 19 de diciembre de 2001. DOGV, de 29 de noviembre de 2001, n. 4138. Esta ley será abreviada como LMFVal.

14 BOC, de 6 de mayo de 200. Esta ley será abreviada como LMFCan.

disponen de una ley sobre esta materia, aunque en un futuro sea previsible que la tengan.

4. El origen de estas leyes se encuentra en la *Recomendación n. R (98) 1 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 21 de enero de 1998*¹⁵. Este origen es destacado por las Exposiciones de Motivos de las leyes precitadas¹⁶. No obstante, existe un antecedente más lejano. En efecto, la *Recomendación n. R (86) 12 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 16 de septiembre de 1986 sobre las medidas relativas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales*¹⁷, cuyo art. I subraya el hecho de que los jueces deben de intentar encontrar soluciones amigables entre las partes sin tener en cuenta la fase del proceso judicial en la que se encuentren. No obstante, es efectivamente desde que se adopta la Recomendación n. R (98) 1 que las Comunidades Autónomas se han decidido a publicar una ley sobre esta materia con base en sus competencias legislativas en materia de protección de la familia por los poderes públicos (p. ej. art. 31.24 y 27 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana o art. 27.13 del Estatuto de Autonomía de Galicia).

III. Principios inspiradores de la mediación familiar

1. Los principios inspiradores de la mediación familiar descritos en las leyes autonómicas son, desde un punto de vista general, los mismos que los principios postulados en la Recomendación n. R (98) 1. Sin embargo, existen diferencias entre las leyes autonómicas y la Recomendación n. R (98) 1. Antes de hacer referencia a estos principios, es necesario destacar que algunos de ellos no se expresan en las leyes autonómicas en cuanto principios de la mediación, sino como

15 COUNCIL OF EUROPE, *Text of Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation and its Explanatory Memorandum* DIR/JUR (98) 4 (<http://www.coe.fr/cm/ta/rec/1998/f98r1.htm>).

16 En efecto, la ley catalana afirma, en su Exposición de Motivos, que «En Europa, la mediación familiar ha sido una solución eficaz de los conflictos familiares, tanto desde el punto de vista de la prevención como de la resolución de éstos, aplicada por los países de la Unión Europea más avanzados en políticas sociales. Muy recientemente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (...) en la Recomendación núm. R (98) 1, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, insta a los Gobiernos de los Estados miembros a instituir la o, en su caso, a vigorizar la que ya tienen. *Dicha recomendación contiene una extensa exposición de motivos en la cual se formulan una serie de principios sobre la mediación que han sido debidamente recogidos en la presente Ley...*». La ley gallega recuerda que «*En el contexto internacional, es particularmente relevante en esta materia la Recomendación núm. R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros...*». Por su parte, la ley valenciana menciona la Recomendación n. R (98) 1 como uno de sus antecedentes legales y la ley canaria hace referencia a las razones que han llevado al Consejo de Europa a desarrollar la Recomendación en cuestión.

17 Strasbourg, Council of Europe, Publications and Documents Division.

deberes de las partes y/o del mediador. Y, de hecho, todos los principios inspiradores de la mediación familiar representan, a la vez, *deberes de las partes del contrato de mediación*, es decir, de las partes en conflicto y del mediador.

2. Principios postulados en las leyes autonómicas y en la Recomendación n. R (98) 1.

a. Las leyes autonómicas consideran que la mediación familiar debe ser *voluntaria* (art. 1 LMFCat, art. 7.1 et 8.1 LMFGal, art. 4 LMFVal y art. 4 LMFCan) en la convicción de que la mediación familiar sólo puede tener éxito si las partes voluntariamente se someten a ella¹⁸. En este sentido, la participación de un mediador proviene del acuerdo de las partes de querer someterse a un proceso de este tipo. Luego, cuando las leyes prevén que el juez puede derivar a las partes a un proceso de mediación, según los casos¹⁹, no se trata de una mediación obligatoria antes del inicio de un proceso judicial, sino de una propuesta para encontrar soluciones amigables como lo advierte explícitamente el art. 4.3 LMFGal²⁰. Esta situación es similar (aunque no idéntica) a la situación en Inglaterra y en Gales, donde la *Family Law Act 1996*²¹, en la *sección 13*, otorga la facultad al juez para, una vez que las partes han presentado su demanda de separación o de divorcio, enviarlas a una sesión en la cual serán informadas sobre la media-

18 España: DE LA IGLESIA, I., «La mediación familiar en Cataluña», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña* 102/2002, p. 374; ESPÍN ALBA, I., «Mediación familiar: Reflexiones al hilo de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia» in: *Revista Jurídica Galega*, n. 32, 2001, pp. 295 ss.; BARREDA ORELLANA, R., «Proyecto de regulación», p. 45; MARTÍN CASALS, M., «La mediación familiar en dret comparat: principis i classes de mediació familiar en el dret europeu en especial Anglaterra, França i la Recomanació (98) 1», en: *La mediació familiar*, Justicia i Societat, Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2001, pp. 19 ss.; VILLAGRASA ALCAIDE, C./VALL RIUS, A. Ma., «Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Dret civil de Catalunya», *RJC* 2003, p. 345; 2) *Inglaterra*: PARKINSON, L., *Family Mediation*, Londres 1997, p. 12.

19 Conocido es que la mediación familiar sólo produce resultados positivos con:

1. parejas que tienen clara la idea de terminar con su relación personal y que aunque presentan grandes diferencias poseen un alto grado de comunicación entre ellas y;
2. parejas cuyos miembros muestran falta de interés entre sí y no quieren permanecer juntos.

Por el contrario, el proceso de mediación no permite llegar a acuerdos cuando se trata de parejas con una gran falta de comunicación o con una comunicación agresiva (1) España: BERNAL SAMPER, T., *La mediación*, p. 20; 2) *Inglaterra*: PARKINSON, L., *Family Mediation*, pp. 55 ss).

20 «La autoridad judicial podrá proponer a las partes, conforme a lo previsto en la legislación civil y procesal, la mediación durante el desarrollo de los procesos...». V. asimismo los arts. 22.2 LMFCat y art. 13.3 LMFVal.

21 http://www.hmso.gov.uk/acts/acts_1996/1996027.htm (Consulta el 25 de junio de 2003).

ción²² y se les ofrecerá la posibilidad de utilizarla para llegar a acuerdos que solucionen su conflicto. La Recomendación n. R (98) 1 considera que la presencia obligatoria a dichas reuniones no es contraria al "espíritu voluntario" que inspira a la institución de la mediación²³. De todos modos, la designación de la persona del mediador siempre será hecha por las partes concernidas.

El principio según el cual la mediación familiar no es obligatoria se muestra también en el hecho de que las partes pueden siempre decidir apartarse del proceso de mediación independientemente de la fase en la que se encuentren (art. 11.1 LMFCat, art. 7.1 LMFGal, art. 4 LMFVal, art. 4.1 LMFCan).

b. Otro principio de la mediación es la *imparcialidad*²⁴. El mediador debe ser imparcial en el desarrollo de su actividad, lo que significa no tomar ninguna decisión a favor de una parte y contra la otra (art. 12 LMFCat, art. 8.2 LMFGal, art. 9 letra f LMFVal, art. 4.5 LMFCan).

c. Las leyes autonómicas incluyen -como también lo hace la Recomendación n. R (98) 1- en cuanto principio inspirador de la mediación familiar, la *neutralidad* del mediador (art. 5.2 LFMGal, art. 9 LMFVal, art. 4.5 LMFCan), principio diferente de la imparcialidad²⁵. La ley catalana no hace ninguna referencia expresa a la neutralidad, no obstante, tras la lectura del catálogo de deberes que corresponden al mediador en el ejercicio de su actividad, podemos entrever dicho principio. En efecto, el art. 19 letra b afirma que el mediador debe hacer que las partes adopten sus disposiciones de forma libre, voluntaria y sin estar sometidas a presión alguna.

d. La *confidencialidad* es asimismo muy importante²⁶. Las leyes autonómicas prevén que el mediador no sea llamado por el juez como testigo en los procesos que afecten a las partes y que tengan que ver con aspectos decididos a través de la mediación (art. 13.1 LMFCat, art.

22 La sección 8 de la *Family Law Act 1996* exige que la parte o las partes que quieren separarse o divorciarse, asistan al principio, es decir, antes de presentar la demanda, a una reunión en la que serán informadas de la posibilidad de dirigirle a un proceso de mediación. Asimismo recibirán información acerca del funcionamiento de dicho proceso.

23 Exposición de Motivos, n. 65.

24 España: DE LA IGLESIA, I., «La mediación familiar», p. 374; ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y Mediación familiar*, Barcelona, 2001, p. 135; ESPÍN ALBA, I., «Mediación familiar» pp. 295 ss; MARTÍN CASALS, M., «La mediación», p. 23; VILLAGRASA ALCAIDE, C./VALL RIUS, A. Ma. «Comentaris i reflexions», p. 345; 2) Inglaterra: PARKINSON, L., *Family Mediation*, p. 13.

25 España: BARREDA ORELLANA, R., «Proyecto de regulación de la mediación familiar en Cataluña», *La Notaría* 6/2000, p. 34; ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio*, p. 135; ESPÍN ALBA, I., «Mediación familiar» pp. 295 ss; MARTÍN CASALS, M., «La mediación», p. 23; 2) Inglaterra: PARKINSON, L., *Family Mediation*, p. 13: «Impartiality, in the sense of being non-partisan, should therefore be distinguished from neutrality. Neutrality would suggest that a mediator is simply a convenor and facilitator who does not have any influence or values».

26 DE LA IGLESIA, I., «La mediación familiar», p. 374; ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio*, p. 136; VILLAGRASA ALCAIDE, C./VALL RIUS, A. Ma., «Comentaris i reflexions», p. 345.

8.1 y art. 11.1 LMFGal, art. 9 letra e LMFVal, art. 4.1 LMFCan). No obstante, existen excepciones a esta norma:

1. cuando la información obtenida por el mediador en las sesiones pudiera presentar una amenaza para la integridad física o psíquica de una de las partes o de otra persona (por ejemplo, los hijos),
2. cuando los hechos estuvieran tipificados como delito (art. 13.3 y 4 LMFCat, art. 11.3 LMFGal, art. 9 letra e LMFVal),
3. cuando la información sea solicitada por el juez o por el Ministerio Fiscal (art. 11.2 LMFGal).

3. Principios postulados en algunas leyes autonómicas y ausentes en la Recomendación n. R (98) 1.

a. Un principio inspirador de la mediación familiar presente en algunas leyes autonómicas es el *carácter personal* de la mediación²⁷. Tanto el mediador como las partes deben participar en el proceso de mediación personalmente sin poder ser representados por otra persona (art. 15 LMFCat, art. 15 LMFVal, art. 4.3 LMFCan).

b. El principio de la *buena fe* es también tenido en cuenta por ciertas leyes autonómicas (art. 5 LMFVal, art. 9 LMFCan). Este principio se inscribe también en el marco del contrato de mediación como veremos más tarde²⁸.

c. Otra de las características de la mediación familiar va referida al proceso de mediación: el proceso debe desenvolverse de forma *flexible y no formal* (art. 8.1 LMFGal y art. 4.2 LMFCan), lo que se deja entrever ya en las leyes autonómicas por el hecho de que el proceso está regulado de forma mínima teniendo en cuenta la práctica de la mediación, es decir, las leyes han positivizado el proceso de mediación que ya existiría en la realidad social²⁹.

4. Principios postulados en algunas leyes autónomas y en la Recomendación n. R (98) 1.

Salvo la Ley canaria, tanto las otras leyes autonómicas como la Recomendación n. R (98) 1 parten de un principio fundamental: el *interés de los menores* afectados por la crisis matrimonial de sus padres (art. 6 LMFCat, art. 8.3 LMFGal, art. 11 LMFVal)³⁰. Además, la ley catalana considera que el interés del cónyuge más débil debe ser tenido en cuenta por el mediador (art. 6.3 LMFCat)³¹.

27 VILLAGRASA ALCAIDE, C./VALL RIUS, A. Ma., «Comentaris i reflexions», p. 346.

28 V. apartado VI de este estudio.

29 Un ejemplo de proceso de mediación extraído de la práctica en BERNAL SAMPER, T., *La mediación*, pp. 177 ss (Anexo III).

30 BARREDA ORELLANA, R., «Proyecto de regulación», pp. 57-59.

31 ESPIN ALBA, I. sostiene que el principio de la imparcialidad de la mediación se encuentra en peligro si el mediador debe tener en cuenta los intereses de los más débi-

IV. Tipos de mediación familiar previstos en las leyes autonómicas

1. Las leyes autonómicas no hacen referencia a la mediación *privada*³². La mediación regulada en las leyes referidas es una mediación *pública*, lo que ha sido muy criticado ya que excluir de la ley a la mediación familiar privada puede dar origen a fraudes y a la presencia de “falsos” mediadores³³. Los centros de mediación familiar son, por tanto, parte de la Administración de cada Comunidad Autónoma la cual los organiza y parcialmente subvenciona³⁴. El carácter público de la mediación no implica que la misma sea gratuita para las personas interesadas en someterse a ella. En efecto, las partes deben satisfacer los honorarios del mediador salvo si pueden acogerse al “beneficio de asistencia jurídica gratuita” (art. 24 LMFCat, art. 9 LMFGal, art. 6.2 LMFVal, art. 21 LMFCan).

2. La mediación familiar puede ser *global* o *parcial*, es decir, el acuerdo sobre los efectos derivados de la separación o el divorcio puede comprender todos los aspectos personales y patrimoniales en cuyo caso se trata de una mediación global o bien solamente uno de ellos, en cuyo caso estamos ante una mediación parcial. Los aspectos personales hacen alusión, entre otros extremos, al derecho de visita, a la patria potestad, a las decisiones relativas a la vida cotidiana de los hijos y al uso de la vivienda familiar (art. 10 LMFCat, art. 3.2 et art. 6 LMFGal, art. 20 LMFVal, art. 3.2 LMFCan). En cambio, los aspectos patrimoniales se concentran básicamente en la disolución del régimen económico-matrimonial, las pensiones compensatorias y los gastos en relación con los hijos (art. 10 LMFCat, art. 6.2 LMFGal, art. 20 LMFVal, art. 3.2 LMFCan). Finalmente, debe destacarse que las materias objeto de discusión deben ser de la libre disposición de las partes (art. 6.1 LMFCat, art. 6.1 LMFGal, art. 21.2 LMFVal, art. 3 LMFCan).

3. La mediación prevista por la ley catalana y valenciana es una mediación familiar *cerrada*. El acta final no debe mencionar aquellos extremos respecto de los cuales las partes no han llegado a ningún

les, en el caso concreto, el interés del cónyuge menos favorecido («Mediación familiar», pp. 295 ss). A nuestro modo de ver, la imparcialidad no dice nada en contra de la función del mediador de velar por el equilibrio de las partes en el proceso de mediación. Esta es la idea del legislador catalán en el art. 6.3 LMFCat. Sin embargo, en este caso, convendría más bien una comediación en lugar de un solo mediador (cfr. PARKINSON Lisa, «Techniques de la médiation familiale», en: *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Lausanne 14 et 15 novembre 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1992, p. 258).

32 Acerca de una tipología de la mediación familiar, v. MARTÍN CASALS, M., «La mediación familiar», pp. 27 ss., RIPOL-MILLET, A., *Separació i divorci: la mediació familiar*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Barcelona, 1994, pp. 60 ss.

33 MARTÍN CASALS, M., «La mediación familiar», p. 37 s.

34 Consejería de Justicia (art. 22 LMFCan, Decreto catalán 139/2002), Consejería competente en materia de familia (art. 32 LMFVal, art. 6 LMFGal).

acuerdo, sino que sólo debe hacer alusión a los acuerdos positivos de las mismas (art. 21.2 LMFCat, art. 19 LMFVal). Por contra, las leyes gallega y canaria parten de una mediación familiar *abierta* ya que el acta final debe expresar las causas por las que las partes no han conseguido llegar a un acuerdo (art. 15.3 LMFGal, art. 14 LMFCan).

4. La *comediación* es también posible en las leyes autonómicas³⁵. En principio, los distintos legisladores han pensado en una única persona como mediadora, pero han dejado la puerta abierta a la comediación (art. 11 LMFVal, art. 2 LMFGal). En el caso de Cataluña, la ley catalana (art. 14 LMFCat) prevé la posibilidad de que el mediador solicite la ayuda profesional de un experto en otras materias (p. ej. de un abogado, de un psicólogo,...)³⁶.

5. Finalmente, la mediación familiar prevista en nuestras leyes puede ser una mediación tanto *extrajudicial* como *judicial*³⁷. A nuestro modo de ver, la diferencia entre la primera y la segunda se encuentra en el hecho de que en la primera el acuerdo alcanzado mediante la mediación no se presenta al juez para su homologación. En cambio, en la segunda, el acuerdo es homologado por el juez. El criterio de distinción entre ambos tipos de mediación no radica tanto en el hecho de que el proceso de mediación se desarrolle dentro ("judicial") o fuera ("extrajudicial") del proceso judicial pertinente³⁸ puesto que en ambos tipos de mediación el proceso se desarrolla siempre fuera del proceso judicial, sino que el criterio de distinción radica más bien en la *presentación* ("judicial") o *no* ("extrajudicial") *al juez de la acuerdo para su homologación*.

El juez puede ordenar la suspensión del proceso y proponer a las partes que busquen un acuerdo vía la mediación. No obstante, el juez no puede designar al mediador –contrariamente al derecho francés–, sino que dicha designación es una facultad de las partes. En el derecho francés, el proceso de mediación ha sido regulado en el *Code de la procédure civile* por el *Decreto núm. 96-652 de 22 de julio de 1996*³⁹ relativo a la conciliación y a la mediación judicial. La mediación prevista por el Decreto es una mediación judicial en la que el juez que

35 La LMFCan no hace referencia laguna a la comediación ni para admitirla ni para excluirla. Luego, se podría admitir una comediación en el ámbito de la ley canaria.

36 VILLAGRASA ALCAIDE, C./VALL RIUS, A. Ma., «Comentaris i reflexions», pp. 346 y 348.

37 ESPÍN ALBA, I. considera que la ley gallega sobre la mediación familiar ha previsto la mediación judicial («Mediación familiar», pp. 295 ss). En nuestra opinión, el hecho de que la mediación familiar pueda tener lugar durante el proceso de separación o divorcio no significa que ella sea necesariamente judicial ya que el proceso de mediación se desarrolla siempre fuera del proceso en cuestión. La única función del juez es la de dirigir a las partes a un proceso de mediación.

38 TORRERO MUÑOZ, M. parte de este criterio para diferenciar la mediación judicial de la extrajudicial en «La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares», AC 2000, n. 23, p. 871.

39 *Journal Officiel* de 23 de julio de 1996, p. 11125.

ordena la mediación menciona en su decisión el acuerdo de las partes al respecto, designa al mediador, determina la duración de sus funciones e indica la fecha en la que el asunto deberá volver al tribunal.

V. Ámbito de aplicación de la mediación familiar

1. El ámbito de aplicación de la mediación familiar en las leyes autonómicas es más amplio que el presentado por la Recomendación n. R (98) 1. En efecto, esta última considera que la mediación familiar es aplicable tanto a los conflictos entre los miembros de una familia, ora exista entre ellos un lazo matrimonial ora un lazo de sangre, como a los conflictos nacidos entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares definidas como tales en la legislación nacional, es decir, la mediación familiar es también aplicable en las disputas que puedan surgir en el seno de una unión estable. No obstante, la Recomendación declara que los estados son libres de determinar cuales son aquellos casos que quedarían cubiertos por la mediación familiar.

2. El campo de aplicación de la mediación familiar en las leyes autonómicas es parcialmente similar al establecido en la Recomendación n. R (98) 1 y es también similar entre dichas leyes. En efecto, la mediación familiar es aplicable a ciertos conflictos que son los mismos en todas las leyes autonómicas mientras que otros conflictos no quedan cubiertos por todas las leyes como procedemos a desarrollar seguidamente.

a. *Ámbito de aplicación idéntico.* Existen tres situaciones de conflicto, en las que todas las leyes autonómicas reconocen la aplicación de la mediación familiar. Concretamente:

i) *a los conflictos entre miembros de una familia unidos por razón de matrimonio* (art. 5.1 LMFCat, art. 4.1 LMFGal, art. 13.1 letra a LMFVal, art. 3 LMFCan):

- conflictos nacidos antes de iniciar un proceso judicial: la mediación tiene por finalidad encontrar acuerdos que permitan, posteriormente, iniciar un proceso judicial de mutuo acuerdo (art. 5.1 LMFCat, art. 4.1 LMFGal, art. 13.1 letra a LMFVal).
- una vez el proceso judicial se ha iniciado, la mediación familiar permitiría elaborar acuerdos a fin de redactar un convenio regulador de mutuo acuerdo (art. 4.1 letras a y b LMFGal, art. 13.1 letra a LMFVal).
- en caso de nulidad del matrimonio (art. 4.1 letra b LMFGal, art. 13.1 letra a LMFVal).
- ejecución de decisiones judiciales obtenidas en procesos de nulidad, separación o divorcio (art. 4.1 y art. 5 LMFGal, art. 13.1 letra a LMFVal).

- modificación de medidas adoptadas en las decisiones judiciales debido a acontecimientos sobrevenidos (art. 13.1 letra a LMFVal).
- ii) *a los conflictos entre miembros de una unión estable* (art. 5.1 LMFCat, art. 4.2 LMFGal, disp. ad. 2a LMFVal, art. 3 LMFCan):
 - conflictos nacidos antes del inicio de un proceso judicial.
 - conflictos nacidos durante la vida en común, por razón de su cese como después de declarado el mismo relativos a los hijos comunes menores de edad o incapaces (art. 4.2 LMFGal).
 - medidas adoptadas mediante decisión judicial sobre el pago de compensaciones económicas o rentas periódicas.
 - modificación de medidas adoptadas mediante decisión judicial en caso de que sobrevengan acontecimientos extraordinarios.
- iii) *a los conflictos entre miembros de una familia unidos por vínculos de sangre ya se trate de hermanos, padre o madre e hijos o de parientes hasta el cuarto grado* (art. 5.2 LMFCat, art. 13.1 letra a LMFVal)⁴⁰.

b. Ámbito de aplicación diferente. Las disputas en las cuales las leyes autonómicas difieren son las siguientes:

- i) la LMFVal y la LMFCan admiten la mediación familiar en los casos de *investigación de la filiación biológica* por personas adoptadas. En concreto, la primera norma admite la mediación familiar en los casos en que una persona adoptada investiga su origen biológico (art. 13.1 letra b LMFV)⁴¹, mientras que la segunda se centra en los conflictos que pueden surgir entre la persona adoptada y sus progenitores biológicos (art. 3 LMFCan).
- ii) los conflictos que pueden nacer en torno a la *empresa familiar* si sus miembros están unidos por vínculo de matrimonio o de sangre hasta el cuarto grado pueden ser objeto de mediación a tenor de la LMFVal (art. 13.1 letras a y b LMFVal).
- iii) los conflictos que pueden nacer en relación con la *pensión de alimentos que una persona debe pagar a otra* (art. 5.1 LMFCat).
- iv) los conflictos con *instituciones tutelares* (art. 5.2 LMFCat).

⁴⁰ PARKINSON, L., *Family Mediation*, p. 396.

- v) salvo la LMFCat, las otras leyes contienen una *cláusula general* según la cual, *cualquier otro conflicto "familiar"* puede ser objeto de mediación (art. 3 LMFGal, art. 13.1 letra a núm. 7 LMFVal).
- vi) los conflictos entre *personas que no están unidos por vínculo de matrimonio ni constituyen una unión estable pero que poseen hijos en común* (art. 5.1 LMFCat, art. 3 letra c LMFVal). Podemos pensar, por ejemplo, de conflictos en torno a la patria potestad.

3. Crítica.

a. La LMFCat debería haber incluido los conflictos nacidos en el seno de una «*convivència d'ajuda mútua*»⁴² y los conflictos ligados al «*acolliment de persones grans*»⁴³. Estas situaciones de convivencia son situaciones en las que el "elemento familiar" está en la base. Por tanto, podría existir una crisis en la vida en común que pudiera llevar al final de la misma con la consiguiente producción de conflictos importantes. Es por ello que nos parece que la mediación familiar habría jugado en estos casos un papel importante⁴⁴. La LMFCat considera que si estas situaciones son objeto de mediación, ésta no quedará sometida a las normas de la LMFCat (art. 5.3 LMFCat), esto es, no se tratará de una mediación familiar pública, sino privada. En definitiva, detrás de ello, podemos vislumbrar el juicio de valor del legislador catalán en torno al concepto de "familia"⁴⁵.

b. La LMFGal considera que la mediación debe perseguir acuerdos que eviten la separación o el divorcio de la pareja (la ruptura de la vida en común). En nuestra opinión, la ley gallega confunde la mediación con la reconciliación y la terapia familiar. Actualmente, la mediación familiar no tiene como finalidad la de encontrar acuerdos para continuar con la vida en común⁴⁶, sino que tiene como premisa que la decisión de separarse o de divorciarse está clara y el mediador

41 El mediador puede contactar con los progenitores y facilitar la comunicación entre ellos y la persona adoptada (PARKINSON, L., *Family Mediation*, pp. 396-397).

42 *Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua* (DOGC, n. 2801, 8 de gener de 1999).

43 *Llei 22/2000, de 29 de desembre, sobre el pacte d'acolliment de persones grans* (DOGC, n. 3304, 12 de gener de 2001) y *Llei 11/2001, de 13 de juliol, d'acolliment familiar per a persones grans* (DOGC, n. 3437, 24 de juliol de 2001).

44 SOLÉ RESINA, J./YSAS SOLANES, M., «Comentaris a la Llei 1/2000, de 15 de març, de mediació familiar de Catalunya», *La Notaria*, 2001, n. 6, p. 24.

45 En el derecho gallego estas situaciones de convivencia serían consideradas "familia", sin embargo, de forma incomprensible, estas situaciones son excluidas de la mediación familiar (art. 2.1 *Decreto 42/2000, de 7 de enero, refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia*, DO. Galicia de 6 de marzo de 2000, n. 45).

46 Según TORRERO MUÑOZ, M. Éste sería el fin de la mediación familiar (*Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Valencia, 1999, p. 25).

debe ayudar a las partes a reglar de forma positiva los aspectos relativos a su nueva situación vital. En el momento en que el mediador entrevea que quizá las partes desearían dar otra oportunidad a su relación personal, lo que debe hacer es derivarlas a una terapia diferente de la mediación⁴⁷.

c. Los ámbitos de aplicación de las LMFGal y LMFVal no se encuentran bien especificados. En relación con la LMFGal, debemos encontrar su ámbito de aplicación en las normas que regulan las cuestiones relativas a las personas que quieren intervenir como mediadores (art. 4 LMFGal). Respecto a la LMFVal, el ámbito de aplicación se deduce de las normas relativas al objeto de la mediación familiar (art. 3 LMFVal), al proceso de mediación (arts. 13 ss LMFVal) y de la disposición adicional de la ley.

d. La LMFCan hace una diferencia actualmente inadmisibles. En efecto, diferencia los conflictos entre padres e hijos cuya filiación es una filiación biológica de los conflictos entre padres e hijos cuya filiación es una filiación por adopción (art. 3.1 LMFCan). Por otra parte, hace referencia a los conflictos entre hijos cuando, en realidad, debería decir entre hermanos (art. 3.1 LMFCan). Además, no deja claro si es el acuerdo obtenido mediante la mediación o el convenio regulador el que debe ser objeto de homologación por el juez (art. 4.1 LMFCan). Finalmente, comprende en el ámbito de aplicación a las parejas de hecho sin tener en cuenta si son estables o no (art. 3.1 LMFCan).

VI. El «contrato de mediación familiar». Bosquejo

1. Entre el mediador⁴⁸ o el centro (persona jurídica) a la que aquél pertenece y las personas en conflicto existe un «*contrato de mediación*»

47 1) España: por contra, ESPÍN ALBA, I. considera que la norma gallega contempla una mezcla curiosa entre una mediación y una terapia familiar, «Mediación familiar», pp. 295 ss; RIPOL-MILLET, A., *Separació*, pp. 63 ss; VILLAGRASA ALCAIDE, C./VALL RIUS, A. Ma., «Comentaris i reflexions», pp. 337-338; 2) Inglaterra: PARKINSON, L., *Family Mediation*, pp. 3 ss.

48 Las condiciones para desempeñar las funciones propias de un/a mediador/a, a tenor de las leyes estudiadas son las siguientes:

1. El mediador debe ser abogado, psicólogo, educador, asistente social, trabajador social o tener otro título equivalente que demuestre que se tiene una formación específica en materia de mediación y en este sentido, existe unanimidad entre las leyes autonómicas (art. 7 LMFCat, art. 2 y 5.2 Decreto gallego 159/2003).

2. El mediador debe ser miembro de la asociación profesional pertinente, lo que significa someterse a las normas deontológicas de la misma (art. 3.2 Decreto gallego 159/2003).

3. Es igualmente necesario tener una formación de postgrado en el ámbito de la mediación (art. 11 Decreto catalán, art. 7 LMFVal). En relación con la formación específica del mediador, 1) España: PUNTES GUERRERO, S., «La mediación familiar dins o fora del sistema: Recomanacions per a la formació», en: *La mediación familiar*, Justicia i Societat,

familiar"⁴⁹. Las leyes autonómicas, sin expresarlo de este modo, regulan este contrato otorgándole un contenido mínimo imperativo (art. 1.255 CC). *Este contrato está sometido a las normas del Derecho privado*. La obligación del mediador es una *obligación de hacer* (art. 1.099 CC) *de medios*⁵⁰. En efecto, el mediador no se obliga a obtener un resultado (el acuerdo final), sino que se obliga a hacer todo lo posible, de acuerdo con su standard de diligencia (art. 1.104 CC), para que se llegue a ese acuerdo. Ello se puede constatar en el hecho de que las leyes disponen que el deber del mediador es de «*facilitar la comunicación entre las partes, promover la comprensión entre ellas y ayudar a buscar posibles soluciones al conflicto suscitado*» (art. 19 letra a LMFCat, art. 9 letra a LMFVal, art. 8 LMFCan). El contrato en cuestión puede ser calificado como un *contrato de servicios* (arts. 1542 ss CC)⁵¹.

2. Los *primeros contactos* con el mediador o el centro de mediación (p. ej. llamada telefónica, primera visita,...)⁵² constituyen un *comportamiento precontractual típico*, esto es, consiste en los llamados «*tratos preliminares*».

3. El mediador debe informar, en la *primera sesión del proceso de mediación*, a las partes sobre lo que significa la mediación, sus características, sus reglas, la manera en la que el proceso se desarrolla, sus comportamientos de acuerdo con el principio de buena fe, los honorarios, y sobre los deberes de confidencialidad. El mediador fija también el programa de sesiones necesarias (art. 17 LMFCat, art. 13 LMFGal, art. 16 LMFVal, art. 12 LMFCan). Toda esta información forma

Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2001, pp. 165 ss; 2) Suiza: GALLI-WIDMER, M., «Das Berufsbild und die Berufsanforderungen in der Mediation», in: PERREZ M./BODENMANN, G. (éds.) *Tagungsbericht Familienmediation/Rapport du Symposium Médiation familiale*, Université de Fribourg. Institut de recherche et de conseil dans le domaine de la famille, 1998, pp. 52 ss; MONNIER, S., «Formation à la médiation en Suisse dans la perspective européenne», en: PERREZ M./BODENMANN, G. (éds.) *Tagungsbericht Familienmediation/Rapport du Symposium Médiation familiale*, Université de Fribourg. Institut de recherche et de conseil dans le domaine de la famille, 1998, pp. 66 ss

4. El mediador además debe estar inscrito en el Registro de Mediadores familiares de cada Comunidad Autónoma (art. 3 Decreto gallego, art. 7 LMFVal, art. 7 LMFCan).

5. Finalmente, debe haber desarrollado actividades profesionales en este ámbito: 2 años como mínimo en Galicia, 3 en Cataluña.

49 El contrato de mediación familiar tiene dos partes: los miembros de la pareja que desean hacer uso de la mediación y el/la mediador/a. En cambio, TORRERO MUÑOZ, M. (*Las crisis familiares*, p. 29) considera que dicho contrato está constituido por tres partes (¿?).

50 TORRERO MUÑOZ, M., «La mediación familiar», p. 866.

51 TORRERO MUÑOZ, M., «La mediación familiar», p. 864. De la misma autora, v. *Las crisis familiares*, p. 28, donde mantiene que el contrato de mediación familiar es un contrato atípico que presenta similitudes con el contrato de servicios. A nuestro modo de ver, el contrato de mediación familiar es atípico porque el contrato de servicios en el sistema español a pesar de que aparece *nominado* por el legislador no presenta una disciplina legal.

52 A este respecto, una visión de conjunto en BERNAL SAMPER, T., *La mediación*, pp. 95 ss.

parte del contenido de los «*deberes de información precontractual*» del mediador⁵³.

4. Al final de la *primera sesión*, el mediador debe redactar el «*acta inicial*». Las leyes describen un contenido mínimo de la misma: la fecha, el carácter voluntario de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad y de secreto profesional (art. 18 LMFCat, art. 13.4 LMFGal, art. 17 LMFVal, art. 12 LMFCan). Este acta inicial debe estar firmado por las partes afectadas aceptando la mediación⁵⁴. Este acta inicial, desde una perspectiva jurídica, representa el «*contrato de mediación familiar*» por escrito⁵⁵. En consecuencia, las leyes exigen que el contrato cumpla con una forma precisa: la *forma escrita* (art. 18 LMFCat, art. 13 LMFGal, art. 17 LMFVal, art. 12 LMFCan).

5. El «*proceso de mediación*»⁵⁶ representa la *ejecución de las obligaciones que nacen del contrato de mediación familiar para las partes contractuales*. Más concretamente, cómo deben ser ejecutadas las obligaciones contractuales (art. 20 LMFCat, art. 14 LMFGal, art. 18 LMFVal, art. 13 LMFCan). *En qué consiste el proceso de mediación?* El proceso tiene una duración máxima de 3 meses, duración que puede ser prorrogada si media justa causa (art. 20.1 LMFCat)⁵⁷. El mediador debe establecer el número de sesiones según la complejidad de los aspectos objeto de mediación⁵⁸. Al finalizar el proceso de mediación, el mediador debe redactar el «*acta final*» (art. 21 LMFCat, art. 14 LMFGal, art. 18 LMFVal, art. 13 LMFCan). Si durante las sesiones el mediador se percatara de la necesidad de un experto en algún ámbito específico puede solicitarlo en la consejería competente (art. 14.2 LMFGal). Las leyes autonómicas no hacen ninguna referencia, como

53 ESCRIVÀ-IVARS, J. hace alusión a «pre-mediación» (*Matrimonio*, p. 143).

54 P. ej. art. 12.2 LMFCan afirma que: «*De la sesión inicial se levantará el acta inicial que deberá ser firmada por el mediador y las partes en conflicto en prueba de conformidad*».

55 VILLAGRASA ALCAIDE, C./VALL RIUS, A. Ma., «Comentaris i reflexions», p. 352, nota a pie de p. n. 37.

56 El contenido del proceso de mediación está regulado por las leyes autonómicas de una forma mínima y flexible. En la práctica, este proceso está constituido por diferentes etapas cuyo objetivo es llegar a un acuerdo positivo para las partes en conflicto (sobre estas etapas, v. 1) España: BERNAL SAMPER, T., *La mediación*, pp. 95 ss; RIPOL-MILLET, A., *Separació i divorci*, pp. 100 ss; 2) Inglaterra: PARKINSON, L., «Techniques de la médiation familiale», pp. 256 ss; 3) Suiza: BONO-HÖRLER, C. *Familienmediation*, pp. 73 ss).

57 PARKINSON, L. expone la necesidad de observar las *time boundaries* (*Family Mediation*, p. 12).

58 El art. 18 del Decreto catalán 139/2002 establece un número máximo de sesiones (6 sesiones en caso de mediación global y 3 sesiones en caso de mediación parcial), lo que contradice la idea de tratarse de un proceso de mediación flexible e informal. A nuestro juicio, el número de sesiones debería haberse dejado a la libre decisión de las partes en conflicto y, sobre todo, del mediador como hacen, por otra parte, las otras normas autonómicas.

no podía ser de otra manera, a las técnicas de mediación cuyo uso depende de cada mediador y de su formación específica⁵⁹.

6. Los *derechos y deberes de las partes contratantes* (art. 19 LMFCat, arts. 10 y 11 LMFGal, art. 4 Decreto gallego, arts. 8 y 9 LMFVal, arts. 7, 8 y 9 LMFCan) forman parte del *contenido del contrato de mediación*. No obstante, las normas que se refieren a este tema se consideran por las leyes en cuestión como «normas administrativas» ya que las Comunidades Autónomas no tienen competencia para legislar sobre «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1 núm. 8-2 CE)⁶⁰. Así, las sanciones acordadas por dichas leyes en caso de infracción de los deberes por parte del mediador son sanciones administrativas.

7. La *facultad* de las partes y del mediador de *poner punto final a la mediación* supone la *facultad de resolver la obligación que dimana del contrato* (art. 1.124 CC) o bien, cuando las circunstancias hacen imposible la mediación (art. 11.2 LMFCat, art. 7.2 LMFGal, art. 8 LMFVal, art. 7 LMFCan), estaríamos ante la *imposibilidad de la prestación*, lo que determina la *extinción de la relación obligatoria* que une a las partes (arts. 1182-1186 CC)⁶¹.

8. El «*acta final*» representa la prueba (escrita) del final del proceso de mediación, la *extinción* por tanto de la *relación obligatoria* (art. 21 LMFCat, art. 15 LMFGal, art. 19 LMFVal, art. 14 LMFCan).

9. Un aspecto importante del proceso de mediación es el *acuerdo final de las partes en conflicto* y, en concreto, la cuestión relativa a su *naturaleza jurídica*⁶². Les leyes autonómicas le otorgan una *naturaleza jurídica contractual*, luego el acuerdo será ejecutable como lo es un contrato (art. 20 LMFVal, art. 14 LMFCan)⁶³. Dicho acuerdo puede estar plasmado en un documento público («escritura pública»), lo que impli-

59 España: BERNAL SAMPER, T., *La mediación*, pp. 72 ss; 2) Suiza: BABU, A., «La médiation familiale ou la rupture sans perdant», en: *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?*, Lausanne 14 et 15 novembre 1991, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, 1992, pp. 202 ss; CARDIA-VONÈCHE, L., «Les débats en médiation familiale», in: PERREZ M./BODENMANN, G. (éds.) *Tagungsbericht Familienmediation/Rapport du Symposium Médiation familiale*, Université de Fribourg. Institut de recherche et de conseil dans le domaine de la famille, 1998, pp. 14 ss.; DUSS-VON WERDT, J., «Kommunikationstheoretische Gesichtspunkte der Mediation», in: PERREZ M./BODENMANN, G. (éds.) *Tagungsbericht Familienmediation/Rapport du Symposium Médiation familiale*, Université de Fribourg. Institut de Recherche et de Conseil dans le domaine de la Famille, 1998, pp. 34 ss; 3) Inglaterra: PARKINSON, L., «Techniques», pp. 251 ss.

60 Nos encontramos con el mismo problema en el derecho del consumo (v. NAVAS NAVARRO, S., «Las anomenades "garanties" en les lleis catalanes que afecten als consumidors i als usuaris», *La Llei*, 1997-11, pp. 1-5).

61 TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares*, p. 34.

62 Cfr. LLOYD, M., «Le statut des accords de médiation et leur mise en œuvre», en: *La médiation familiale en Europe*, actes 4^{ème} Conférence européenne sur le droit de la famille, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1er-2 octobre 1998, pp. 91 ss.

63 En la doctrina, v. ESCRIVÀ-IVARS, J., *Matrimonio*, p. 147.

caría un título suficiente para acudir directamente a la vía ejecutiva (art. 517.2 núm. 4 LEC). En relación con el proceso de separación o divorcio, el acuerdo puede servir de base para la redacción posterior de un convenio regulador (p. ej. art. 22.1 LMFCat, art. 19 LMFVal), el cual necesita, como es conocido, de homologación judicial⁶⁴. En este caso, el juez puede negarse a aceptar determinadas disposiciones de las partes que considere perjudiciales para uno de los cónyuges o para los hijos (art. 78 CF, art. 90 CC).

VII. Relación entre la mediación familiar y los procesos de separación o divorcio

1. Un extremo que ni las leyes autonómicas ni la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC)⁶⁵ han conseguido resolver de forma específica es el de la relación entre la mediación y los procesos de separación o de divorcio. Pero, además, el legislador hace referencia a los procesos mencionados y no a otros procesos aunque el ámbito de aplicación de las leyes sea más amplio que las cuestiones puramente matrimoniales. La única ley que ha conseguido combinar ambos aspectos ha sido la ley valenciana.

2. Las leyes autonómicas admiten, como también hace la Recomendación R. n (98) 1, la posibilidad de que *la mediación familiar tenga lugar antes, durante y/o después de un proceso de separación o de divorcio* (art. 1.2 LMFGal, art. 13.2 LMFVal, art. 2 LMFCan). De hecho, el art. 19.3 LEC prevé que los actos de disposición del proceso por parte de las partes puedan llevarse a cabo en todo momento: en primera instancia, en apelación o en fase de ejecución. A parte de ello, las leyes autonómicas no hacen ninguna referencia más, aunque Cataluña y Galicia habrían podido legislar en materia de derecho procesal, relación con las "especialidades" de su derecho propio (art. 149.1 n. 18 CE)⁶⁶. Como este no es el caso, es necesario acudir a la LEC. Para ello es necesario diferenciar las tres fases en las que la mediación familiar podría tener lugar.

a. *Antes del inicio de un proceso de separación o de divorcio*. Las partes pueden ponerse de acuerdo para beneficiarse de la mediación

64 V. próximo apartado.

65 La mediación podría haber sido prevista en el art. 19 LEC, donde el legislador ha regulado la facultad de disposición del proceso por las partes. De todos modos, la enumeración que hace dicho precepto no es exhaustiva. Por consiguiente, se podría considerar la mediación como una de las posibilidades de disponer del proceso (en la doctrina v. GARNICA MARTÍN, J. F., «Comentario al art. 19 LEC», en: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A./RIFÁ SOLER, J. M./VALLS GOMBAU, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil* (arts. 1 al 280), Barcelona, 2000, pp. 261 ss; TORRES ESCAMES, S., «La mediación como medio de solución de conflictos jurídicos. La necesidad de su urgente regulación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2000, n. 448, p. 31.

66 MARTÍN CASALS, M., «La mediación familiar», pp. 34 ss.

familiar antes de presentar su demanda de separación o divorcio. En este caso, el acuerdo al que lleguen será considerado como un proyecto de convenio regulador (art. 90 CC, art. 76 CF) a presentar a sus respectivos abogados o al abogado si las partes han decidido tener uno solo (art. 22.1 LMFCat, art. 19 LMFVal). Éste deberá probablemente adaptar este proyecto a la forma de un convenio regulador a presentar al juez para su homologación (art. 78 CF, art. 90 CC)⁶⁷. El juez deberá controlar que las disposiciones adoptadas por las partes no van en contra del interés de los hijos ni perjudican gravemente a uno de los cónyuges o ex-cónyuges (art. 78 CF, arts. 90 CC). En este sentido, existe una gran sintonía entre los principios de la mediación familiar y la función de control ejercida por el juez (p. ej. art. 6 LMFCat).

En nuestro derecho, existe la posibilidad antes de interponer la demanda de separación o divorcio de solicitar las denominadas «medidas provisionalísimas» (art. 104 CC). Normalmente en un caso semejante la mediación familiar no habrá todavía tenido lugar (o las partes se encuentren en pleno proceso de mediación). Será después de solicitar al juez la adopción de estas medidas que las partes pueden decidir acudir a un proceso de mediación familiar. Entonces tanto el mediador como las partes podrán tener en cuenta, como punto de partida de las discusiones, las medidas adoptadas para llegar a un acuerdo satisfactorio para ellas.

b. Durante el proceso de separación o de divorcio. Durante el proceso las partes en conflicto pueden tomar la iniciativa y proponer al juez la posibilidad de acudir a la mediación a fin de llegar a un acuerdo⁶⁸. Esta iniciativa puede partir también del juez (art. 22.2 LMFCat, art. 1.3 LMFGal, art. 13.3 LMFVal). En esta dirección, el juez puede ordenar la suspensión del proceso (art. 19.4, 179.2 et art. 188.3 LEC⁶⁹) hasta que las partes lleguen a este acuerdo o resulte manifiesto que no han podido llegar al mismo⁷⁰. El mediador debe comunicar al juez si

67 ORTUÑO MUÑOZ, J. P., «Patria potestad, guarda y custodia y crisis familiares. La mediación familiar. Circunstancias a ponderar en la resolución judicial sobre guarda y custodia», *Apuntes de Psicología*, 1994, p. 126.

68 Por el mero hecho de la presentación de la demanda se producen en todo caso los efectos legales previstos en el art. 102 CC.

69 El art. 188.3 LEC permite que el juez ordene la suspensión de la vista debido a la demanda de las partes si existe «justa causa». Esta «justa causa» podría ser el intento de llegar a un acuerdo amigable en relación con algunos aspectos ligados a la separación o al divorcio (GIMENO SENDRA, V., *Proceso civil práctico*, T. I (arts. 1-98), Madrid, 2002, pp. 394-395).

70 El art. 19.4 LEC prevé que la suspensión del proceso tenga una duración de 60 días. Las LMF prevén que el proceso de mediación dure como máximo 3 meses (90 días) con la posibilidad de prórroga por un período igual. Si el proceso de mediación tiene una duración superior a los 60 días previstos en la LEC y nadie solicita, en los 5 días siguientes a la expiración de dicho plazo, que el proceso continúe pues se está todavía en la fase de discusión, el juez deberá, según el art. 179.2 LEC «archivar provisionalmente los autos» hasta que las partes soliciten la continuación del proceso o éste termine por «caducidad de instancia». En nuestra opinión, este efecto general derivado de la suspensión del proceso no debería tener lugar cuando la suspensión se debe al inicio de un proceso de mediación ya

las partes han llegado o no a un acuerdo en relación a los aspectos sometidos a la mediación (art. 22.2 LMFCat, art. 16.2 LMFGal, art. 19 LMFVal).

- b.a.** Si el proceso se inició de *mutuo acuerdo* (art. 777 LEC) y las partes en conflicto han presentado un convenio regulador para ser homologado judicialmente, pueden en todo momento, solicitar la suspensión del proceso para volver a discutir sobre algunas de las disposiciones adoptadas en el mismo (art. 19.4 LEC, art. 565 LEC). La mediación podría ser también eficaz para elaborar nuevos acuerdos respecto de aquellas disposiciones del convenio que no fueron aprobadas por el juez (art. 777.6 LEC).
- b.b.** Si el proceso es *contencioso* el juez debe, en el mismo momento de admisión de la demanda adoptar todas las medidas relativas a la nueva situación personal y patrimonial de los cónyuges (art. 103 CC, art. 773 LEC). Estas medidas se conocen con el nombre de «medidas provisionales». En ese momento, las partes en conflicto o el juez pueden solicitar u ordenar respectivamente el acudir a la mediación (art. 410 LEC). Si este no fuera el caso, el juez puede adoptar como una medida provisional más el acudir a un proceso de mediación⁷¹. En todo caso, el juez y las partes pueden acudir a la mediación más tarde en la «fase declarativa»⁷². La mediación entonces se desarrolla fuera del proceso, lo que supone que el acuerdo alcanzado mediante la misma no será adoptado en el momento de la vista (art. 440 et 770 LEC). Una vez que las partes han adoptado las disposiciones pertinentes, el acuerdo se presenta al juez, como convenio regulador (art. 777.2 LEC) para ser homologado. Entonces, la naturaleza del proceso cambia. En efecto, el proceso pasa a regirse por las reglas del proceso iniciado de mutuo acuerdo dejando de ser un proceso contencioso (art. 770.5 LEC: «en cualquier momento del proceso»). No obstante, las partes pueden decidirse por no presentar el acuerdo para su

que normalmente el proceso seguirá, de una u otra forma, una vez el mediador comunique al juez si las partes han alcanzado o no un acuerdo. Probablemente una excepción legal a este respecto habría sido -y es- necesaria.

71 CASO SEÑAL, M., «Mediación: reflexions des d'una toga», en: *La mediació familiar*, Justicia i Societat, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2001, p. 128; IBÁÑEZ VALVERDE, V. J., «Mediación en l'acte del judici?», en: *La mediació familiar*, Justicia i Societat, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 2001, p. 142.

72 El art. 92 CC permite que el juez solicite el apoyo de un especialista, el cual podría tener la posibilidad de hacer que las partes lleguen a un acuerdo mediante la mediación (CASO SEÑAL, M., «Mediación: reflexions des d'una toga», pp. 129-130).

73 V. apartado V de este trabajo.

homologación en cuyo caso disponen del proceso *desistiendo* del mismo (art. 19.1 LEC) o esperar a fin de que el proceso termine por «caducidad de la instancia» (art. 179.2, arts. 236 y ss. LEC). Luego, la mediación será una mediación extrajudicial. Si *no se llega a un acuerdo*, una vez que el mediador haya hecho la comunicación oportuna al juez, el proceso seguirá como proceso contencioso.

b.c. El acuerdo alcanzado mediante la mediación y homologado por el juez será ejecutable por la vía de ejecución de sentencia (art. 517.2 núm. 3 LEC: «*las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen... acuerdos logrados en el proceso...*»).

c. *Después del proceso de separación o divorcio*. En esta fase es necesario diferenciar dos aspectos:

c.a. El *proceso de ejecución de la decisión judicial*, en el que las partes pueden siempre acudir a un proceso de mediación familiar si la decisión adoptada por el juez permitiera todavía “negociar” ciertos aspectos. El juez podría ordenar siempre la suspensión del proceso de ejecución a fin de dar paso a la mediación (art. 19.3 LEC). El art. 565.1 LEC permite la posibilidad de suspender la ejecución por acuerdo de las partes. En nuestro caso, las partes pueden querer llegar a acuerdos más adecuados a sus necesidades. A pesar de la suspensión de la ejecución, el juez tiene siempre la facultad de adoptar las medidas urgentes que estime necesarias para salvaguardar el interés de las partes en conflicto o de sus hijos, si existieran (art. 565.2 LEC). La consecuencia del acuerdo adoptado por las partes supone el fin del proceso de ejecución («desistimiento» ex art. 19 LEC).

c.b. El *cambio de las circunstancias* puede determinar que las medidas adoptadas sea por el juez o por las partes no se adapten a la nueva situación, a la nueva realidad vital de las partes y de sus hijos. En este caso, las partes (de nuevo) pueden acudir a un proceso de mediación para readaptar o modificar las disposiciones tomadas y hacerlas adecuadas a la situación vigente. Este acuerdo necesita de homologación judicial. Tanto las leyes autonómicas como la LEC (arts. 777.9, art. 775 en relación con los arts. 771 y 773 LEC) reconocen esta posibilidad⁷³.

VIII. Conclusión

1. A nuestro modo de ver, la mediación familiar en España *duplica los costes* de una separación o de un divorcio ya que además de deber financiar el proceso judicial (honorarios de abogados y de procuradores), las partes deben pagar los honorarios del mediador (salvo si gozan del "beneficio de asistencia jurídica gratuita").

2. En realidad, la verdadera alternativa que representaría la mediación familiar como técnica de resolución de conflictos, en los casos de separación o divorcio, sería que el acuerdo alcanzado por las partes mediante la mediación tuviera efectividad jurídica y fuera ejecutorio a partir de la homologación judicial a la cual las partes deberían poder acceder sin necesidad de abogado y procurador.

3. No obstante, la existencia de leyes sobre la mediación familiar muestra la preocupación del legislador por ayudar a las familias. Ello muestra también que la mediación familiar se practica en la práctica hasta el punto que el legislador ha creído necesario recogerla y consolidarla legalmente. A nuestro juicio, estas leyes estimularán la creación de nuevos centros de mediación familiar donde la comunicación de los diferentes miembros de una familia jugará un papel esencial⁷⁴.

4. Además las leyes ejercen una función en sí mismas de información a los ciudadanos acerca de la bondad de la mediación como vehículo que ayuda a la resolución de sus conflictos.

74 «El recurso a la mediación por parte de los cónyuges supone transitar... a un espacio comunicativo que permita recuperar el consenso en la autoorganización de la nueva situación familiar» (ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio*, p. 131).