

LA MEDIACIÓN Y LOS CONFLICTOS DE FAMILIA A LA LUZ DE LA LEY ANDALUZA DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Carmen Sánchez Hernández

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Sumario: 1. La mediación como sistema de resolución de los conflictos de familia en Andalucía. 2. El concepto de mediación familiar en la Ley Andaluza. 3. El objeto de la mediación familiar. 4. Los sujetos de la mediación: A) Las partes en conflicto; B) La figura del mediador: a) El mediador entre la actuación formal y material; b) El mediador como profesional especializado; c) El mediador en LAMF. 5. El contrato de mediación. 6. Duración del procedimiento de mediación. 7. El acuerdo de mediación. 8. La mediación familiar a análisis. 9. Cuestiones fundamentales a examen.

1. LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE FAMILIA EN ANDALUCÍA

La familia tradicional y los nuevos modelos son fuentes de conflictos que superan el ya clásico y estricto ámbito de las habitualmente denominadas crisis familiares y de pareja¹. El modelo tradicional de familia, caracterizado por las notas de estabilidad y continuidad, ha dado paso a otro en el que los cambios profundos y acelerados han provocado importantes modificaciones que afectan a las formas de familia y a sus elementos estructurales; lo que perfila la propia naturaleza del conflicto, el cual es consustancial a las relaciones humanas y de familia². Sin embargo, en todos ellos está presente un elemento: la necesaria continui-

dad de las relaciones entre los miembros que constituyen la familia, en su nueva estructura organizativa.

Prueba de ello es la reciente Ley Andaluza de Mediación Familiar (LAMF) en la que se defiende un concepto amplio de conflictividad en el seno de la familia. En efecto, en ella se admite que la mediación familiar no es sólo un instrumento para gestionar y solucionar los conflictos derivados de las situaciones de separación, ruptura de pareja o divorcio, sino que existen otras situaciones que generan también conflicto en el seno de la estructura familiar³. Los distintos tipos de familia generan diferentes situaciones y problemáticas conflictuales; lo que va a derivar en diversas actuaciones por parte del profesional en mediación. La fórmula genérica utilizada por la LAMF da cabida, a diferencia de otras normas autonómicas, a

todos los conflictos que en el seno de una familia pueden plantearse, ya se trate de familias típicas o atípicas⁴.

Muchos de estos conflictos quedan en la actualidad fuera del ámbito de los hasta ahora existentes procedimientos de familia, los cuales han demostrado reiteradamente su escasa virtualidad práctica respecto de los casos legalmente previstos por estar basados en el clásico esquema del culpable-inocente⁵. El mecanismo que trate de solucionar los llamados conflictos de familia debe adaptarse a las necesidades derivadas de la naturaleza de la propia familia, tal y como hoy en día debe ser ésta entendida en sus diferentes formas y modalidades. Nunca la familia debe ser sometida al sistema de resolución judicial, razón por la cual, la mediación como fórmula flexible de resolución de conflictos es el medio idóneo para dar solución a muchos de los conflictos que en este ámbito se plantean.

Incluso los conflictos de familia que cabe calificar como “tradicionales” entre padres e hijos, es decir, los derivados del ejercicio de la responsabilidad parental adquieren hoy en día una nueva dimensión. Tal es el caso de la responsabilidad que de hecho es asumida por los miembros de parejas reconstituidas respecto de los hijos de sus cónyuges. Como bien es sabido, la Ley del divorcio supuso el reconocimiento jurídico de matrimonios sucesivos en los que los hijos conviven con personas que no son sus padres ni madres biológicas.

Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y que constituye el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares⁶, ofrece nuevas soluciones en aras a superar este modelo y entre ellos se encuentra la mediación⁷. Esta aparece como un sistema de gestión y resolución pacífica de conflictos que debemos hacer extensivo no sólo a los conflictos familiares derivados de las crisis matrimoniales o de pareja, sino a todos los que pueden suscitarse en su seno, en la medida en que toda situación de convivencia es generadora de controversias⁸. Sin embargo, la citada

Ley en su preámbulo introduce la mediación familiar *“con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia”* intentando *“mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor”*, configurándola *“como recurso voluntario alternativo de resolución de los litigios familiares por vía del mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador imparcial y neutral”*⁹.

La oportunidad de suspender el proceso porque las partes soliciten al juez el sometimiento de su caso a mediación y que el juez en el auto en el que resuelve la petición no pueda rechazarla, alegando que la causa es desconocida o que entiende que el motivo por el que se pide es subjetivamente no procedente¹⁰, debe ser valorado como un paso importante en aras a la promoción y consolidación de la mediación en nuestro país¹¹, que ahora cuenta con un reconocimiento expreso por parte del Estado.

No obstante, se ha dicho que, la reforma introducida por esta norma en materia de mediación *“se queda corta”*¹², en la medida en que el recurso a este procedimiento condiciona la voluntad de las partes y no la discrecionalidad del juez¹³. Por ello, se ha defendido que es necesaria una interpretación generosa, que sea acorde con la experiencia internacional y los principios europeos, sugiriendo al menos la obligatoriedad de una sesión informativa, la cual no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.), sino que lo potencia, al posibilitar una solución *“justa”* para las partes¹⁴.

Sin embargo, todas las medidas legislativas y materiales adoptadas hasta el momento, como son el incremento del número de juzgados, la inversión en edificios, así como en medios materiales y humanos, no han encontrado respuesta en una sociedad que por naturaleza tiende al litigio¹⁵.

Podemos decir que la sociedad española no es consciente de su propia capacidad para dar solución, sin necesidad de un juicio, a muchos de los conflictos o problemas que se suscitan

diariamente por razones de convivencia. Y menos aun, de lo inadecuada que es esta vía cuando de cuestiones de familia se trata.

Es necesario desarrollar una cultura, en la que el ciudadano sea consciente de que los tribunales no son el medio habitual o natural en el que los conflictos deben dirimirse. A ellos deben ser conducidos exclusivamente aquellos conflictos que no puedan tener una solución razonable, siendo imprescindible someterlos a una decisión judicial en proceso contradictorio¹⁶. Pero, para ello deben confluír una serie de circunstancias:

1ª. El ciudadano debe ser consciente de su poder de autorregulación, es decir, de su capacidad para resolver conflictos.

2ª. La articulación de una serie de medios adecuados que eviten tener que acudir a la función jurisdiccional.

3ª. El conocimiento por parte del ciudadano de la existencia de estos medios.

4ª. La toma de conciencia de que la solución que a través de estos medios se puede lograr es tan justa, si no más, que aquella que se obtendría mediante una resolución judicial.

Este proceso tendría como consecuencia dejar a la función jurisdiccional, exclusivamente, aquellos conflictos en los que existan:

1º. Una verdadera discrepancia en la apreciación de los hechos.

2º. Importantes diferencias de criterio en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho¹⁷.

Asimismo, hay que tener presente que los llamados conflictos de familia en la actualidad deben ser analizados atendiendo, sobre todo, a los nuevos elementos que se han introducido:

- a) Por el cambio en la propia estructura de la familia, la cual no responde al esquema clásico de matrimonio heterosexual con hijos.
- b) Por la incorporación de variables sociales: la integración de la mujer en el mundo laboral y la consiguiente reducción de tiempo y asistencia a la prole y

vida familiar en general, la mayor intervención de los familiares y ajenos en la educación y asistencia de los hijos, la influencia que las nuevas tecnologías, utilizadas en principio como medio de distracción, ejercen en la formación de los hijos.

- c) Por la configuración y forma de entender actualmente el Derecho de Familia, en el que se otorga una mayor capacidad de autoorganización a los sujetos en orden a gestionar sus intereses familiares.

En consecuencia, cuando se defiende la virtualidad práctica de la mediación como mecanismo de resolución de los conflictos de familia, es necesario tener presentes todas estas realidades y no circunscribir la mediación a los estrictos problemas de pareja o como mecanismo alternativo al proceso contencioso. Este es uno de los ámbitos en los que la mediación es el sistema adecuado, pero los conflictos de familia abarcan más que los exclusivamente derivados de la ruptura de una pareja, ya sea matrimonial o de hecho¹⁸.

Cuando se hace referencia a estos conflictos de familia no tradicionales, hay que destacar que entre las peculiaridades de algunos de ellos se encuentra la situación de desequilibrio de poderes. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de violencia doméstica y de género¹⁹ y los conflictos intergeneracionales (personas mayores y en situación de dependencia).

En cualquier caso, aun cuando los llamados conflictos de familia participan de las características propias o definitorias de cualquier controversia, sí el perfil de las relaciones familiares las dota de algunas notas singulares²⁰:

1ª. El conocimiento recíproco de los miembros de la familia permite tener herramientas para construir relaciones positivas o negativas.

2ª. Los conflictos familiares tienen en común una historia compartida.

Los conflictos que puedan surgir entre los “miembros de una familia o grupo convivencial” son motivados por los recursos y las necesidades psicológicas, pudiendo ser bien in-

terpersonales (entre los miembros de la pareja) o intragrupales (entre los miembros de una familia)²¹

Ahora bien, la desjudicialización del conflicto no puede ser entendida como un actuar al margen de lo que sea legalmente correcto, sino como un actuar fuera de los Tribunales conforme a lo legalmente correcto. Sin embargo, estimo que en la actualidad la interrelación entre Administración de justicia y mediación es excesiva.

2. EL CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA LEY ANDALUZA

La cuestión de definir qué se entiende por mediación ya ha sido catalogada como una “tarea no sencilla”²², sobre todo cuando se circunscribe exclusivamente al ámbito familiar. Mucho se ha escrito ya sobre este tema en nuestro país a raíz de la publicación de las diferentes Leyes o normativas autonómicas, centradas hasta ahora en la mediación familiar²³, salvo la reciente Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, la cual tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio, ya que se aplica tanto a los conflictos familiares, como a conflictos privados que puedan conocerse en un proceso judicial²⁴ y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro (art. 2.2)²⁵.

Habitualmente, cuando se intenta definir la mediación, es posible acudir a un concepto bien legal o doctrinal (jurídico o psicológico), pero si se pretende considerar la mediación como materia interdisciplinar, alejada de perfiles profesionales, es preciso admitir que no es más que un mecanismo cuyo principal propósito es favorecer la prevención, la gestión y la resolución pacífica de conflictos. En concreto, la mediación no es más que una manera o forma de gestionar o intentar resolver un conflicto²⁶.

Las dificultades para encontrar un concepto, lo que por otro lado tampoco es del todo necesario e imprescindible, derivan de la naturaleza interdisciplinar de la materia o institución, la influencia que a la hora de ofrecer un concepto general de la misma pueda llegar a tener la profesión de la cual se proceda²⁷, así como de los diferentes modelos de mediación existentes —tradicional de Harvard, narrativo y transformativo—²⁸.

Por lo que, y en el concreto ámbito familiar, al intentar definir la mediación no debe ser entendida como un mecanismo subordinado al servicio de la separación o del divorcio, sino como medio de resolución de cualquier tipo de conflicto familiar, en el que se busca potenciar el bienestar del grupo familiar, atendiendo al interés de las personas menores de edad y en situación de dependencia (art. 7 LAMF).

La Ley de Mediación Andaluza define en su artículo 2 la figura diciendo que: “*a efectos de la presente Ley, se entiende por mediación familiar el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto*”²⁹. Se trata de una definición esencialmente descriptiva, que gira en torno a la figura del mediador, en consonancia con la recogida en otros textos legislativos autonómicos³⁰.

La finalidad de la mediación es “la gestión de conflictos no violentos que pueden surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial”. Utiliza, por lo tanto, una fórmula amplia, por genérica del tipo de conflicto susceptible de ser sometido a mediación familiar, olvidando viejos modelos centrados en las crisis de pareja o familiares.

De este precepto cabe deducir los elementos que integran, no definen, la mediación:

1º. La mediación es un procedimiento extrajudicial.

2º. La mediación parte de la existencia de un conflicto, el cual debe ser “no violento”.

3º. La mediación exige la intervención de un tercero profesional especializado.

4º. El tercero asiste a las partes en conflicto para facilitar:

- a. la comunicación
- b. el diálogo
- c. la negociación

5º. El tercero promueve la toma de decisiones consensuadas (acuerdos).

Delimitada como procedimiento, exige su desarrollo en diversas fases, tendentes a facilitar, no a perseguir incondicionalmente, la toma de acuerdos, mediante la intervención del agente mediador que ayuda a las partes a resolver y gestionar el conflicto de forma consensuada, lo que pone de manifiesto su clara intención de evitar el inicio de los procesos judiciales de naturaleza contenciosa o, en su caso, dar por terminados los que ya han sido iniciados. El hecho de que la mediación sea configurada como “proceso o procedimiento”, términos no del todo correctos, dotada de una estructura concreta, no es obstáculo para la defensa de la flexibilidad por la que toda mediación, y sobre todo en temas familiares, debe estar presidida. En este “procedimiento” no hay plazos procesales, es un procedimiento informal, susceptible de ser adaptado a las necesidades reales de las partes en conflicto, a la naturaleza de cada caso en particular y en este sentido debe ser interpretada la limitación temporal del procedimiento de 3 meses (art. 24 LAMF). De ahí la posibilidad de que en mediación quepa hablar de un tiempo cronológico, susceptible de ser medido o no, y de un tiempo psicológico, condicionado por las características o peculiaridades de las partes en conflicto.

La figura del mediador, entendido como un profesional especializado, no aparece como la pieza clave del proceso, sino como sujeto que asiste a las partes en conflicto, que son al fin y al cabo, los verdaderos protagonistas del proceso, con la exclusiva finalidad de promover la toma de acuerdos consensuados, ya sea

de la totalidad de los conflictos o de parte de ellos, no siendo esto último un dato relevante de cara a la evaluación positiva o negativa de la mediación practicada. En este art. 2 no se hace referencia a las características que debe reunir el mediador, salvo en lo referente a su profesionalidad, lo que pone de manifiesto la importancia de la regulación administrativa de la actividad de la mediación por parte de sujetos que acrediten su formación específica en estos temas.

Asimismo, insiste en el carácter no violento del conflicto, cuestión esta del todo criticable, pues no se debe, en materia de violencia doméstica y de género, mantener con carácter general la exclusión de la mediación como medio de intervención para el restablecimiento del equilibrio y la igualdad³¹.

El objeto de la mediación se centra en los conflictos que puedan surgir entre los “miembros de una familia o grupo convivencial”, lo que, a diferencia de otras normativas autonómicas, provoca una ampliación del campo de actuación de la mediación, extendiéndola a conflictos no estrictamente de pareja (matrimonial o de hecho).

La mediación familiar para la Ley Andaluza es un procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que surgen en el ámbito familiar o grupo convivencial, mediante la intervención de un profesional especializado, libremente elegido por las partes y que les ayuda en el ejercicio de su autonomía de la voluntad a tomar decisiones. Con la expresión “ayuda” se pone de manifiesto que la mediación no es una fórmula caracterizada por un mayor o menor grado de eficacia, sino que a través de la misma lo que se pretende es “asistir, apoyar o favorecer” para que las partes realicen un recorrido en el que redefinan un conflicto irresoluble como resoluble, reconociéndose a sí mismas como sujetos competentes para ello. Tomar decisiones no tiene por qué implicar un acuerdo; basta que las partes en conflicto hayan aprendido a reajustar sus propias creencias, expectativas y las relaciones que deben seguir manteniendo dentro del lugar que ocupan en la estructura organizativa de la familia;

lo que supone, además, una garantía de cara a la resolución de conflictos futuros de una forma autónoma, independiente y eficaz, sin intervención del mediador.

La mediación regulada por la LAMF, centrada en el ámbito de los conflictos familiares, es una mediación jurídica por las siguientes razones:

- 1ª. Es una mediación definida por ley.
- 2ª. Los mediadores (profesionales especializados) son miembros de colegios profesionales legales.
- 3ª. Los jueces deben aprobar los acuerdos alcanzados en la mediación.
- 4ª. Los abogados de las partes en muchas ocasiones intervienen en las sesiones de la mediación, sobre todo, cuando la misma es intrajudicial.
- 5ª. La mediación viene obligada por un contrato o promesa de mediación³².
- 6ª. La mediación establece la titularidad de uno o varios derechos³³.

En cualquier caso, a partir de las definiciones ensayadas por las diferentes legislaciones autonómicas, es posible deducir que sí existe una unidad en torno a los siguientes elementos que ayudan a definir este mecanismo:

- 1º. Parte de la existencia de un conflicto.
- 2º. Que nace entre personas.
- 3º. En el cual interviene un tercero que no toma decisiones.
- 4º. Tercero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto.

El conflicto existe cuando las partes perciben que sus intereses o necesidades parecen incompatibles. La mediación es un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en el conflicto intentan resolverlo por sí mismas con la ayuda de un tercero imparcial, que actúa como conductor de la sesión, ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes.

Cuando escuchamos el término conflicto tendemos a considerarlo como algo negativo que hay que evitar y en muchos casos eludir. Sin embargo, el conflicto es un rasgo inevitable de las relaciones sociales, por lo que resulta más idóneo admitir que todo conflicto puede adoptar un curso constructivo o destructivo y que por lo tanto la cuestión estriba no tanto en eliminarlo o prevenirlo, sino en saber asumirlo y enfrentarse a él con los recursos suficientes para que todos los sujetos involucrados en el mismo salgan lo más enriquecidos posible de él³⁴.

Ante todo, y para afrontar el tema de la resolución de conflictos, es necesario partir del principio de que todo conflicto tiene funciones y valores positivos. No solamente evita los estancamientos, estimula el interés y la curiosidad, sino que es la raíz del cambio personal y social, ayudando a establecer las identidades tanto individuales como grupales. Ayuda a aprender nuevos y mejores modos de responder a los problemas, a construir relaciones mejores y más duraderas así como conocernos mejor a nosotros mismos y a los demás. Cuando el sujeto llega a experimentar los beneficios de una resolución de conflictos positiva, aumenta la probabilidad de que alcance nuevas soluciones positivas en los que se susciten en el futuro³⁵.

Sin embargo, hay que ser conscientes de otra realidad, a saber, el conflicto también puede adoptar derroteros destructivos, que conducen a círculos viciosos que perpetúan las relaciones antagónicas.

A raíz de esto, la cuestión que hay que plantearse es la siguiente: ¿qué influye en que un conflicto adopte un camino u otro? Para aprender del conflicto y cambiar patrones es necesario, como bien ha reiterado en numerosas ocasiones ALZATE SÁEZ de HEREDIA³⁶, cuatro cosas:

- 1ª. Tomar conciencia.
- 2ª. Buena disposición.
- 3ª. Habilidades.
- 4ª. Apoyo consistente.

3. EL OBJETO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación familiar puede ser utilizada como mecanismo para la gestión de aquellos conflictos que dentro del ámbito familiar permitan el juego del principio de la autonomía de la voluntad de las partes³⁷. Sin embargo, no basta con ello. En efecto, puede acontecer que, tratándose de conflictos susceptibles por su naturaleza de ser sometidos a mediación, en el caso concreto, por el perfil y características del conflicto específico, no sea este el medio más idóneo de resolverlo. Se trata de precisar el campo específico de la mediación, diferente del asesoramiento jurídico, de la orientación y la terapia familiar³⁸.

Por lo tanto, ante un conflicto hay que tener presentes dos cuestiones fundamentales:

1ª. Si es susceptible de ser sometido a mediación, atendiendo al ámbito de aplicación del principio de autonomía de la voluntad, es decir, la disponibilidad del objeto, pues las partes pueden alcanzar un acuerdo común, que no les vincula, precisamente porque el objeto del acuerdo es indisponible.

2ª. Si las características del conflicto concreto permiten la viabilidad de la mediación como mecanismo para la resolución, ya que, de no ser así, tratándose de un conflicto mediable, el medio de intervención no es el adecuado.

El ámbito material de aplicación de la mediación familiar en la Ley Andaluza es objeto de desarrollo en el art. 3, en el que no solamente se especifican los conflictos susceptibles de ser sometidos a mediación, sino que exige que deben ser cuestiones sobre las que las partes tengan poder de decisión, es decir, la mediación solamente puede recaer sobre materias de derecho disponible, por lo que únicamente en aquellos sectores en que los particulares tienen la posibilidad de regular sus propios intereses, es en donde la mediación puede ser efectiva, siendo excluidas de la misma todas las cuestiones de naturaleza imperativa que están vedadas a la autonomía de la voluntad de las

partes y respecto de las cuales los particulares no pueden adoptar una decisión contraria al mandato legal³⁹.

De lo anterior se infiere que, para saber en torno a qué cuestiones pueden o no los particulares, actores del conflicto, tomar sus propias decisiones es necesario tener un exhaustivo conocimiento del Derecho de Familia. De no ser así, se puede llegar a un acuerdo en torno a una materia de derecho imperativo, que aunque se trate de una decisión consensuada será contrario al mandato legal, por lo que no podrá ser, en su caso, objeto de homologación judicial.

En concreto, el art. 3 LAMF enumera las cuestiones que pueden ser derivadas a mediación, ofreciendo una lista de materias que podemos interpretar como abierta en la medida en que la norma habla de *“conflictos que en el ámbito privado surjan entre los sujetos”* legalmente establecidos en la propia norma y *“siempre que guarden relación con los siguientes asuntos”*:

- a. Los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio⁴⁰.
- b. Las cuestiones relativas al derecho de alimentos y cuidado de personas en situación de dependencia.
- c. Las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras.
- d. El ejercicio de la patria potestad, tutela⁴¹ o curatela.
- e. Los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas.
- f. Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, la biológica y la persona adoptada en la búsqueda de orígenes de ésta.
- g. Los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la biológica y la acogida.
- h. La disolución de parejas de hecho.

Como características propias o comunes a todos estos conflictos, unidos por la peculiari-

dad de “ser familia”, junto con el conocimiento cotidiano de los miembros de la familia que permite tener herramientas suficientes para construir relaciones positivas o para destruir de un modo extremo, dada la información privilegiada que se tiene y por el hecho de tener en común una historia compartida, se pueden mencionar las que siguen⁴²:

1ª. Las partes tienen necesidades psicológicas particulares y los desencadenantes del conflicto no suelen estar relacionados con el problema básico subyacente que es la auténtica causa del conflicto.

2ª. La percepción del conflicto y el papel de los participantes no implicados son también importantes parámetros de los conflictos familiares e interpersonales.

3ª. El conflicto familiar es el que más perdura a lo largo del tiempo, aunque se transforme en su estructura, pero las personas que lo componen cambian y los ciclos que atraviesa la familia también.

4ª. Los conflictos familiares pueden recaer tanto sobre elementos tangibles, como intangibles, afectando las disputas tanto a las necesidades personales como a las sociales, a las necesidades psicológicas, no sólo de los sujetos en disputa, sino de los otros afectados por la disputa, como pueden ser los demás miembros de la familia.

Las peculiaridades de los conflictos de familia permite pensar, asimismo, que atendiendo al tipo de controversia así será la intervención en mediación. Pensemos, por ejemplo, en la mediación familiar en sede de adopción. En este caso concreto, la mediación familiar no inicia ningún tipo de acción de averiguación de la filiación, es decir, no cumple funciones de investigación, sino que la preparación de las partes queda vinculada exclusivamente al hecho del encuentro⁴³.

En términos generales cabe considerar que las materias sometidas a mediación, siempre y cuando sean disponibles, generarán, en su caso, pactos que tengan bien un alcance personal (ya afecten a los cónyuges, hijos o parientes); o bien, aquellos que tienden a regular

aspectos económicos (pensión alimenticia, uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria, liquidación del régimen económico, cambio de vivienda, obligaciones fiscales, etc.).

Por último y en relación al ámbito objetivo de la LAMF es preciso constatar la ausencia de referencia alguna a la reconciliación como uno de los resultados que se pueden alcanzar con la mediación familiar⁴⁴.

La cuestión de la reconciliación como objeto de la mediación familiar ha sido objeto de debate⁴⁵. Los que se oponen a ella alegan que la reconciliación es una materia ajena a la mediación y que la identificación de ésta con la búsqueda de la reconciliación como primer objetivo puede empañar su imagen, quedando comprometida la posición esencialmente no-directiva de los mediadores; si se anima a la pareja a dar otra oportunidad a su matrimonio, por el bien de sus hijos o de la sociedad, la mediación puede llegar a convertirse en un medio de control político o social⁴⁶.

Sin embargo y desde mi punto de vista, la reconciliación⁴⁷ puede derivar o ser un efecto de la mediación⁴⁸. No obstante, identificar mediación y reconciliación podría desvirtuar la imagen de la mediación, cuya finalidad no es ésta. La reconciliación pertenece más al ámbito de la orientación, el asesoramiento o la terapia familiar. A través de la mediación se pretende que las partes acuerden soluciones en torno a sus problemas actuales y de cara a un futuro, una vez que la ruptura se ha producido, lo que no excluye una posible reconciliación. Cumpliendo una función preventiva del conflicto familiar no tiene que tener como fin la reconciliación.

4. LOS SUJETOS DE LA MEDIACIÓN

Cuando se analiza el proceso de mediación, es evidente que hay que estudiar las partes intervinientes en el mismo. Con ello, se está haciendo referencia a los llamados “sujetos de la mediación”. Así, podemos encontrar dos

bloques bien diferenciados de sujetos que intervienen, cada uno en su papel, en el citado proceso:

- a) Las llamadas partes en conflicto o personas legitimadas para promover el procedimiento de mediación y, en su caso, quedar vinculadas por el acuerdo.
- b) El mediador o mediadores, cuando se trabaja en equipos.

También hay que tener presente que la mediación igualmente se va a ver condicionada por la situación social de las partes en conflicto, es decir, cada sociedad tiene una formación previa en la manera de solventar los conflictos y es sensible a los problemas de una forma diferente⁴⁹.

A) LAS PARTES EN CONFLICTO

Las “partes en conflicto”, atendiendo al ámbito de aplicación de la LAMF, son los miembros de una familia entre los cuales por las diferentes causas previstas en el art. 1.2 existe un conflicto.

Todas las situaciones conflictivas definidas en el citado art. 1.2 LAMF tienen una nota en común: la posibilidad de ser puestas en manos del sistema legal. No obstante, recurrir al mismo en situaciones de esta naturaleza puede suponer una pérdida de la riqueza de los intereses comunes a los miembros de la familia en conflicto, quedando reducidos a los legalmente contemplados. En este caso, los protagonistas de la disputa no son ya actores en busca de su propia solución, sino simples cumplidores de la adoptada por un tercero ajeno y con un interés dictado abstractamente por la norma. La decisión adoptada judicialmente, en la cual los sujetos en conflicto no han tomado parte, adolece además de un alto índice de posibilidades de incumplimiento, pues habitualmente el proceso judicial habrá acrecentado el grado de conflictividad entre las partes.

Por el contrario, solventar esas mismas situaciones de conflicto familiar mediante el instituto de la mediación puede ayudar a la búsqueda del auténtico interés común de

los miembros de la familia involucrados en el mismo, garantizando un mayor grado de cumplimiento de los posibles acuerdos que se logren alcanzar y permitiendo que las partes tengan una visión del proceso legal diferente, como medio de validación del acuerdo por ellos adoptado, no como órgano que intenta vislumbrar cuáles son sus intereses comunes, conforme al contenido de la norma, y cuáles las posibles soluciones atendiendo también a ésta.

En consecuencia, podemos afirmar que la función de la mediación en los conflictos de familia es doble: por un lado, permite que las partes en conflicto se conviertan en auténticos protagonistas de la solución que en torno al mismo debe adoptarse una vez manifestadas las respectivas necesidades familiares de las partes enfrentadas, sin carga legal alguna; y por otro lado, inculca a las partes en conflicto una visión diferente del proceso judicial, al cual ven como un mecanismo de legalización de lo que ellos han decidido, y no como el órgano encargado de solventar y ofrecer las soluciones que la norma de forma general y sin atender a los intereses particulares de las partes prevé⁵⁰.

B) LA FIGURA DEL MEDIADOR

a) El mediador entre la actuación formal y material

Como se ha apuntado con anterioridad, el concepto de mediación ofrecido por la LAMF se centra en la figura del mediador como sujeto esencial en el procedimiento. En la intervención del mediador cabe diferenciar dos aspectos fundamentales:

1º. Desde el punto de vista procedimental, el mediador desarrolla una serie de actuaciones formales, concretadas en el deber de informar previamente a las partes en conflicto, conducir el procedimiento y redactar, firmar y entregar a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones (art. 16).

2º. Desde el punto de vista material, el mediador debe intervenir en el procedimiento

desarrollando las funciones que le son propias como profesional especializado:

- a. Hacer posible la comunicación
- b. Propiciar el diálogo
- c. Favorecer la negociación
- d. Posibilitar la toma de decisiones consensuadas⁵¹.

La tarea del mediador consiste fundamentalmente en impulsar un proceso y en remover los obstáculos que impiden su avance; en ofrecer, en definitiva, un camino por el que las partes se aproximen a la resolución de su conflicto. Sin embargo, y pese a la imparcialidad y neutralidad que debe presidir toda actuación del mediador, éste comparte con las partes en conflicto el camino que conforma el proceso de mediación, pues él lo recorre junto con estas durante una parte del proceso cuando el conflicto finaliza ante los tribunales (ej.: divorcio, ejecución de medidas, etc.). Mantener el modelo tradicional de mediación en el que la persona mediadora no ejerce ningún tipo de influencia en los acuerdos, no es del todo correcto, pues cabe entender⁵² que el “resultado final”, integrado por todos los contenidos pactados por las partes en conflicto, se encuentra construido en relación a ese mediador que “indudablemente” tiene su propia participación en lo que se decide. Esta participación debe ser entendida en términos de “co-construcción y no de persuasión o manipulación” para lo cual se sirve de una serie de técnicas y habilidades personales⁵³.

La actuación de la persona o personas mediadoras en el procedimiento de mediación debe estar presidida por una serie de principios:

a'. La imparcialidad y neutralidad (art. 8 LAMF).

La persona mediadora, como tercera imparcial debe ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios, sin tomar partido por ninguna de ellas. La imparcialidad se concreta, asimismo, en el art. 17 al regular como causa de abstención para intervenir como persona mediadora “el haber realizado

actuaciones profesionales relacionadas con las titulaciones especificadas en la norma, a favor o en contra de alguna de las partes”.

La persona mediadora no puede imponer soluciones o medidas concretas, debiendo tener presente los intereses de quienes intervengan en el proceso, respetando los diferentes puntos de vista y la igualdad de las partes en la negociación⁵⁴.

Imparcialidad y neutralidad son dos principios diferentes, mientras el primero se articula como una exigencia referida a las relaciones del mediador con las partes en conflicto. La neutralidad se articula como característica referida a la actuación del mediador.

No obstante, la imparcialidad no debe ser interpretada en términos de pasividad, pues el mediador tiene el deber de involucrarse activamente en el proceso. Al respecto resulta interesante el concepto de multiparcialidad⁵⁵, entendido en términos de que es mejor tomar partido por todos que no hacerlo por nadie.

b'. Confidencialidad (art. 9 LAMF).

La ley impide al mediador desvelar, durante el proceso de mediación o concluido el mismo, cualquier dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de ésta, salvo que medie autorización expresa de todas las partes que hayan intervenido en el procedimiento. Se sobreentiende que la referencia a partes lo es a los sujetos en conflicto, sin perjuicio que de la información obtenida en el proceso se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o la integridad física de sujetos involucrados o no en el proceso o que la información obtenida sea utilizada con fines de investigación y formación bajo determinadas condiciones de consentimiento (especialmente cuando se trate de menores de edad) y anonimato.

Al respecto cabe apuntar la escueta regulación de este principio bajo el título de “*Confidencialidad de la mediación familiar y secreto profesional de la persona mediadora*”. La confidencialidad en la LAMF es exigida a la persona mediadora, no a las partes en conflicto; cuestión ésta que puede soslayarse mediante la

inclusión en el contrato de mediación pertinente⁵⁶.

c'. Protección del interés del menor y de las personas en situación de dependencia (art. 7).

Como ya se indicó, los nuevos modelos de familia son fuentes de conflictos que superan ya el clásico y tradicional ámbito de las crisis familiares y de pareja. En cualquier caso, todo conflicto familiar conlleva la implicación de personas, que por su situación constituyen el punto de partida desde el que poner en marcha el proceso de mediación: menores, discapacitados e incapacitados judicialmente⁵⁷, y personas en situación de dependencia.

La LAMF, a diferencia de las de otras Comunidades, otorga el valor de principio el respeto a los intereses de los menores⁵⁸, discapacitados, incapacitados judicialmente y personas mayores dependientes⁵⁹, en todo procedimiento de mediación que tenga por objeto la solución de los conflictos de familia en los que las mismas puedan verse involucradas⁶⁰.

La mediación familiar asume el objetivo general de solventar la crisis familiar sin que existan adicionales costes emocionales para estos sujetos, de tal manera que, existiendo por ejemplo hijos menores de edad, *“tanto la posible prevención como la reparación del conflicto planteado deberá tener como norte y meta la atención de los mismos, lo que determinará que el procedimiento de mediación se asiente sobre el concepto normativo de su interés”*⁶¹. La presencia de estos sujetos en el proceso de mediación exige el desarrollo del mismo teniendo presente ciertos comportamientos o instrumentos que permitan facilitar su desenvolvimiento⁶².

El interés de los menores, discapacitados, incapacitados judicialmente y personas mayores en situación de dependencia debe ser objeto de un proceso de valoración por parte del mediador, de forma que sea posible la individualización de las circunstancias concretas del caso con el fin de precisar el interés específico de los mismos en la situación susceptible de ser sometida a mediación⁶³.

Así, la audiencia del menor en el ámbito de la mediación familiar debe ser valorada aten-

diendo al grado de discernimiento y madurez del mismo y en función de las circunstancias concretas del caso, debiendo ser escuchados tanto por el órgano judicial, como por los padres en conflicto⁶⁴. La participación de los padres, tutores o guardadores⁶⁵ en la toma de decisiones sobre los intereses personales del menor adquiere especial relevancia en el proceso de mediación, ya que no se ve afectada por la intervención judicial en la medida en que las decisiones adoptadas se ajusten al interés del mismo, quedando ésta reducida a la homologación del acuerdo de mediación alcanzado.

d'. Flexibilidad (art. 12).

El procedimiento de mediación debe desarrollarse de manera flexible, adaptándose a la situación concreta a tratar, si bien respetando las normas mínimas establecidas en la Ley como garantía de calidad.

El proceso de mediación como procedimiento exige su desarrollo en diversas fases (art. 23 LAMF), tendentes a facilitar, no a perseguir incondicionalmente, la toma de acuerdos. No obstante, y como ya ha sido puesto de manifiesto anteriormente, el hecho de que sea configurada como “proceso o procedimiento”, términos no del todo correctos, dotada de una estructura concreta, no es obstáculo para la defensa de la flexibilidad por la que toda mediación, y sobre todo en temas familiares, debe estar presidida.

El principio de flexibilidad preside la actuación del mediador, quien puede llevar a cabo el ejercicio de su actividad dentro de un marco de funcionamiento sin excesivos condicionamientos previos que, en todo caso, son conocidos y aceptados por las partes en conflicto⁶⁶.

e'. Inmediatez y carácter personalísimo (art. 10).

La asistencia a la mediación no puede ser objeto de delegación, no son posibles las sesiones a través de representantes, las partes en conflicto son las que deben acudir a las reuniones de mediación.

La LAMF no da opción a participar en el proceso de mediación a través de intermedios o representantes. En efecto, establece que

todas las personas participantes en el proceso de mediación (partes en conflicto y mediador/es) están *obligadas* a asistir personalmente a las sesiones⁶⁷.

Sin embargo, la citada norma prevé en el art. 14 la intervención en mediación por medio de equipos con el objetivo de fomentar la colaboración interdisciplinar entre profesionales, sin perjuicio de la necesaria actuación individual de un profesional en cada procedimiento concreto, ya que los demás que integran el equipo no tienen relación con las partes en conflicto; solamente prestan apoyo, si es preciso, al que ha asumido el proceso. Este precepto debe ser interpretado en el sentido de que la persona mediadora puede recibir apoyo, lo cual es resultado de las nuevas tendencias profesionales que defienden un trabajo de mediación compartido o en equipo.

La inmediatez adquiere en esta norma categoría de principio, dado que aparece entre los enumerados al señalar aquellos que deben ser observados en el desarrollo del procedimiento de mediación.

La presente norma no realiza previsión alguna para los supuestos en los que alguna de las partes en conflicto, por minoría de edad⁶⁸ o incapacitación, tiene limitada su capacidad de obrar, en cuyo caso sería pertinente la intervención del representante legal⁶⁹.

f'. Voluntariedad

La elección por los sujetos en conflicto de un mediador pone de manifiesto su inicial intención de intentar resolverlo, lo cual no debe ser interpretado en términos de igualdad entre ambas partes del conflicto, ya que las mismas no acuden al “proceso” en idénticas condiciones. La voluntariedad pasa por diversas fases en las cuales las partes van superando desequilibrios y resistencias, para convertirse en autores convencidos de la resolución de sus desacuerdos⁷⁰.

En consecuencia, la voluntariedad debe ser analizada desde una doble perspectiva:

a. Desde las partes en conflicto, respecto de las cuales pone de manifiesto su intención

previa de resolver el conflicto, superando desacuerdos.

b. Desde la figura del mediador, ya que se permite su intervención consensuada por las partes en conflicto, poniendo en marcha el “proceso” de mediación y pudiendo suspender el mismo cuando lo estime pertinente.

El recurso a la mediación puede responder bien a la voluntad de las partes en conflicto, de forma espontánea, o a la indicación del juez (pensemos en los casos de crisis matrimonial o de pareja), antes de iniciar los trámites judiciales o en cualquier momento de la tramitación en la que se vislumbre la posibilidad de alcanzar un acuerdo; de ahí que se hable de una mediación voluntaria o preceptiva⁷¹.

Así, la LAMF en su art. 6 proclama la voluntariedad de la mediación de tal manera que *“las partes podrán acceder libremente al procedimiento de mediación para la resolución de aquellos conflictos que se encuentren al margen de actuaciones judiciales. Asimismo, podrán comenzar el procedimiento de mediación cuando libre y voluntariamente así lo decidan todas las partes en conflicto, ya sea antes de la iniciación de las actuaciones judiciales, en el curso de las mismas o incluso una vez finalizadas. Igualmente, podrán desistir de la mediación en cualquier fase del procedimiento”*.

Frente a otras normas Autonómicas⁷², la LAMF no hace referencia alguna a la mediación por indicación de la autoridad judicial, aunque de la posibilidad de que este proceso se inicie durante la tramitación de las actuaciones podemos deducir que será procedente por indicación del Juez. Lo que sí queda claramente constatado es que la mediación familiar en Andalucía proclama la voluntariedad absoluta⁷³.

La LAMF, a diferencia de la Ley Canaria, no contempla el principio de rogación en virtud del cual el procedimiento solamente puede iniciarse a instancia de todas las partes en conflicto. Nuestra Ley de Mediación Familiar permite que el procedimiento se ponga en marcha bien a petición de todas las partes en conflicto o a instancia de una de ellas con acreditación del consentimiento de la otra parte u otras.

En consecuencia, cabe decir que la mediación en Andalucía es voluntaria y no preceptiva, susceptible de ser iniciada a petición de todas las partes o de una sola pero con el consentimiento fehaciente del resto de sujetos involucrados en el conflicto.

No obstante, la posibilidad de una mediación preceptiva, sobre todo en determinados conflictos de familia, tales como los derivados de crisis matrimoniales, es considerada como una medida bastante acertada, siempre que sea observada como un procedimiento previo al judicial contencioso o voluntario⁷⁴.

g'. Buena fe

La buena fe es exigida tanto a la persona mediadora, entendemos también que este requisito es exigible a los equipos de personas mediadoras, como a las partes en conflicto. En la LAMF aparece recogido en el art. 11 donde se establece que la actuación de los sujetos del proceso de mediación se “ajustará a las exigencias de la buena fe”, que estimamos debe referirse al concepto de buena fe consagrado en el art. 7 C.c.

Asimismo, esta exigencia de actuar conforme a la buena fe se hace extensiva al compromiso de colaboración con la persona mediadora durante todo el desarrollo del proceso; lo que llamamos una intervención colaborativa, así como al cumplimiento del acuerdo que finalmente sea adoptado, siempre que el acuerdo no sea contrario a derecho.

Por último, y ser elevados a la categoría de principios, el mediador tiene un deber de información a las partes, no así uno de aconsejarlas. El poder del mediador, como bien ha apuntado BOLAÑOS CARTUJO⁷⁵, radica en saber adquirir el control del proceso definiéndose como alguien con permiso para provocar cambios en las posiciones recíprocas de aquellos. El mediador va a utilizar el conflicto como oportunidad para que las reacciones positivas del mismo puedan producirse. Actúa como catalizador que provoca la consideración de realidades alternativas, con la difícil habilidad de permitir que éstas surjan de las propias personas implicadas en el conflicto.

La función básica de la información es contribuir a la clarificación del proceso que las partes en conflicto están viviendo; pero el mediador también informa sobre el proceso de mediación y sus características. El mediador trata de integrar ambas vertientes de forma que mediación y proceso familiar se fundan en una nueva vía de transformación y de cambio.

b) El mediador como profesional especializado

Como ya se ha apuntado, la LAMF se refiere al mediador como “profesional especializado”, el cual debe ser, primeramente, un profesional con una titulación específica, lo que exige formación universitaria en disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social, o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico, referencia esta última que da entrada a la profesión de mediador a titulaciones que en otras normativas autonómicas no han tenido cabida, tales como los Graduados Sociales⁷⁶.

Hablar de “profesional especializado” implica plantear temas relacionados con la formación y capacitación del mediador como tal, lo cual nos conecta a su vez con dos órdenes de cuestiones diferentes:

1ª. La formación de mediadores y, en concreto de mediadores familiares, que a raíz de la normativa existente se ha convertido en una demanda por parte de los diferentes sectores involucrados en el ejercicio de esta profesión.

2ª. El futuro de la mediación depende de la cualificación de los sujetos que desarrollen el ejercicio de esta actividad; de ahí la importancia de la formación y capacitación de los futuros mediadores. No se debe olvidar que el nivel de información que tengan los clientes sobre la mediación, la reputación del mediador y el vínculo de éste con otros profesionales que le deriven los casos son factores que influyen directamente en la elección del mediador⁷⁷.

La formación y capacitación del mediador como “profesional especializado” supone, ade-

más, adentrarse en el campo de batalla que ha supuesto el delimitar en las diferentes Comunidades Autónomas, quiénes pueden ser mediadores, quién debe asumir la competencia en materia de formación, el número de horas teórico-prácticas necesarias, el papel de los diferentes colegios profesionales involucrados, la creación y gestión del Registro de mediadores (auxiliar y central), etc. Sin embargo, siempre se olvidan, quizás porque no es tema que pueda ser objeto de desarrollo legislativo, de las cualidades que debe reunir el sujeto para ser mediador, de la idoneidad de unas pruebas previas para determinar si el aspirante a mediador reúne cualidades personales para el desempeño de tal función; es decir, establecer ciertos criterios de selección con el fin de evaluar el grado de motivación de los candidatos a la formación y su capacidad para afrontar ésta, y el futuro desempeño de una actividad de esta naturaleza. Cuestión ésta de vital importancia en la medida en que hacemos depender el futuro de la mediación en nuestro país de que las personas que desarrollen esta actividad estén idóneamente capacitadas y tengan aptitudes para ello⁷⁸.

Asimismo, formar al mediador como “profesional especializado” supone hablar de contenidos. Todo programa de formación en mediación, ya sea familiar o de cualquier otro ámbito exige una formación previa en materias centradas en los aspectos psicológicos (gestión de conflictos, negociación, técnicas de comunicación, técnicas de resolución de conflictos, etc.), así como, en los aspectos jurídicos, pues hay ámbitos de la mediación con una clara trascendencia legal y, aunque el mediador pueda pedir asistencia jurídica, debe tener una capacitación mínima en estas materias.

Con ello no se está descubriendo nada nuevo; tan solo se pretende precisar e insistir en que toda formación y capacitación de los mediadores si, como dice la norma, ha de ser un “profesional especializado”, debe estar presidida por unos objetivos, los cuales son el formar dentro de un espíritu interdisciplinar y de cooperación⁷⁹.

c) El mediador en LAMF

La LAMF dedica el Capítulo III a las que denomina “personas mediadoras y equipos de personas mediadoras”, así como al Registro de Mediación Familiar de Andalucía.

El mediador en la LAMF debe ser un profesional con una titulación universitaria o título de previo grado, que acredite la formación específica o la experiencia en mediación familiar que reglamentariamente sea, en su momento, exigida, e inscrita en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía.

Del análisis de la Ley es necesario, en relación con el tema que tratamos, destacar en principio cuatro cuestiones fundamentales:

1ª. La norma no distingue entre servicio público y privado de mediación familiar, por lo que entendemos que queda sometida a dicha Ley toda la actividad de mediación familiar de Andalucía.

2ª. La Ley exige para ser reconocido como persona mediadora a los efectos de la misma y atendiendo al requisito de la capacitación específica, dos posibles formas de acceso: la formación específica o la experiencia en mediación familiar, a diferencia de otras normativas en las que son necesarios ambas condiciones.

Por lo que aquellas personas que quieran ser reconocidas como mediadoras deben cumplir tres requisitos:

- Titulación universitaria o de grado en las disciplinas legalmente reconocidas.
- Formación específica “o”, no “y”, experiencia en mediación familiar⁸⁰.
- Inscripción en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía.

3ª. La norma hace una referencia expresa a los “equipos de personas mediadoras”, lo que supone una apuesta importante por la co-mediación, tantas veces cuestionada, pero de tanta virtualidad práctica⁸¹. Sin embargo, el tenor literal de la norma nos hace dudar si la LAMF se está refiriendo realmente a la intervención en régimen de co-mediación o al llamado colaborador del mediador. En principio, el art. 14.4 se

refiere a la intervención mediante el equipo de personas mediadoras, pero cuando la persona considerada como mediadora interviniente en el proceso concreto lo hace, el resto de profesionales que integran el referido equipo no tendrán relación alguna con las partes en conflicto, limitándose a prestarle su apoyo, no teniendo derecho a exigir a las partes en conflicto honorarios o percepción económica alguna (art. 14.5).

En mi opinión, el “equipo de personas mediadoras” de la LAMF (art. 14) se encuentra más cerca de la figura del equipo de colaboradores, en los que un mediador interviene, pero hay un equipo al que acude como apoyo o colaborador. Su intervención no es en régimen de co-mediación, prevista principalmente cuando se trata de mediaciones entre más de dos partes o desarrolladas por profesionales de formación mixta (abogado/psicólogo), sino individualizada.

4ª. La Ley reconoce un escaso papel a los Colegios profesionales, a los cuales les otorga exclusivamente competencias de colaboración en la gestión del Registro de Mediación Familiar adscrito a la Consejería competente en materia de familia mediante la creación de registros auxiliares⁸².

A la vista del escaso papel atribuido a los Colegios profesionales y del silencio legal, a diferencia del reconocimiento expreso previsto en otras legislaciones autonómicas⁸³, cabe interpretar que, en Andalucía la formación y capacitación de los profesionales de la mediación no queda en manos de los distintos Colegios profesionales, lo que habría supuesto la promoción y creación de tantos ciclos formativos como colegios profesionales sean reconocidos con competencia para ello⁸⁴.

Desde mi punto de vista, y en la medida en que abogamos porque la formación y capacitación en mediación debe estar presidida por un espíritu interdisciplinar y de cooperación, esta competencia debe ser asumida por los centros universitarios. Y ello, sin perjuicio de que, en su caso, se puedan articular instrumentos de colaboración mediante convenios de cooperación académica y científica con los diferentes

Colegios profesionales, con el único fin de ofrecer una formación homogénea de fácil y rápida homologación.

Asimismo, la Ley exige a la persona mediadora que en el ejercicio de la actividad de mediación familiar debe respetar las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenezca (art. 16, c) LAMF). Por su parte, el poder sancionador, salvo delegación reglamentaria, recae, en principio, sobre la persona titular de la Consejería competente en materia de familia (art. 35 LAMF). Sin embargo, atendiendo al contenido de otras normativas autonómicas, es posible que tras el desarrollo reglamentario sean reconocidas a los colegios profesionales potestades sancionadoras respecto de aquellas infracciones que le sean imputables a sus colegiados.

Cuando la norma habla de la sumisión de la persona mediadora a las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenezca de una forma genérica, entendemos que se está refiriendo claramente a aquellas que han de regir la conducta de los mediadores, lo cual cabe deducir del contenido del art. 16 LAMF donde se recogen expresamente los “deberes de la persona mediadora”. En cualquier caso, el Código deontológico del mediador recoge el “buen hacer profesional del mediador”, ya que, como bien dice la norma, éste debe “ejercer la actividad mediadora conforme a la buena fe y a la adecuada práctica profesional”.

Por lo que a la designación de la persona mediadora se refiere y atendiendo al contenido de la norma, se realizará de común acuerdo por las partes en conflicto de entre el listado de personas mediadoras que solicitarán al Registro de Mediación Familiar de Andalucía, salvo que se trate de una mediación gratuita al menos para alguna de las partes, en cuyo caso es el órgano encargado del Registro el que realiza la designación por turno de reparto para la localidad donde se vaya a realizar el proceso de mediación (arts. 4, e) y 21.2 LAMF). A falta de acuerdo entre las partes, la persona mediadora será designada, según el art. 21.1 LAMF), si así lo deciden las partes, de forma análoga al caso de que cualquiera de las partes

en conflicto tuviera reconocido el beneficio de mediación familiar gratuita; es decir, por el órgano encargado del Registro, el cual nombrará como persona mediadora a aquella a quien igualmente corresponda por turno de reparto para la localidad donde se vaya a realizar el proceso de mediación.

En lo referente al Registro de Mediación Familiar, de la norma deducimos que su función se reduce a la de dejar constancia de que ciertos profesionales acreditados están inscritos (art. 18.2 LAMF). Sin embargo, cabe esperar que en el desarrollo reglamentario (art. 18.4 LAMF) de lo relativo a la organización y el régimen de acceso se aclaren dudas tales como cuál es la finalidad real de la inscripción, si la de publicitar meramente quiénes son mediadores familiares en Andalucía o la de dar publicidad a quiénes están habilitados para desarrollar actividades de mediación familiar en nuestra comunidad.

También se prevé en la norma, D.A. única, la creación del llamado “Órgano de participación”, encargado, como su propia denominación indica, de la participación y colaboración en el desarrollo de las actuaciones de mediación familiar en Andalucía, remitiendo al desarrollo reglamentario todo lo referente a la creación, fines, composición, denominación y régimen de funcionamiento. En relación con este tema sería deseable que el futuro desarrollo reglamentario tomara como modelo la regulación catalana que ha creado un Centro de Mediación Familiar en la Comunidad.

Por último señalar que, la referencia expresa al mediador como “profesional especializado”⁸⁵, conlleva el planteamiento de la mediación como profesión independiente. No obstante, esta es una cuestión que debe ser resuelta por la Ley Nacional de Mediación⁸⁶.

5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN

La LAMF no prevé, a diferencia de otras normas autonómicas⁸⁷, el llamado “contrato

de mediación familiar”. Mediante este contrato las partes “*acuerdan el inicio de la mediación y se comprometen a realizar todas las actuaciones necesarias con el fin de solucionar la crisis planteada*”⁸⁸. Sin embargo, la LAMF prevé en el desarrollo del procedimiento (art. 23.1º) que, una vez efectuada la primera reunión, en la cual se informa a las partes en conflicto de sus derechos y deberes, de los principios rectores de la mediación, de las características del procedimiento, de su duración y de los honorarios profesionales, en su caso, se proceda al levantamiento de un acta inicial, donde debe constar el lugar y fecha de la celebración, las personas que hayan participado, el objeto de la mediación y la aceptación por las partes de los principios y deberes de la mediación, siendo firmada por las partes y el mediador como prueba de entendimiento y aceptación de las condiciones de la mediación.

En cualquier caso, tanto el contrato de mediación, respecto del cual no se exige forma alguna (art. 1255 C.c.), como el acta inicial deben constar por escrito.

Las partes (mediador y mediados) deben tener capacidad general para obligarse. En principio, en el momento de la perfección del contrato es posible la actuación a través de representante. No obstante, la ejecución del contrato exige la intervención directa de las partes.

El objeto del contrato lo constituye la prestación de los servicios por el mediador/es y el pago del precio (honorarios) por parte de los sujetos en conflicto. Los servicios del mediador deben ser prestados en cumplimiento de lo establecido en la norma (art. 16 LAMF), teniendo siempre presente los principios establecidos en la misma. Por lo que al pago se refiere, debe ser fijado de mutuo acuerdo o atendiendo a los honorarios orientativos fijados por los colegios profesionales, salvo que se trate de mediación gratuita (art. 15 LAMF).

Por lo que al contenido del contrato se refiere y ante el silencio expreso de la LAMF, es necesario exigir como contenido mínimo el que sigue⁸⁹:

1º. Identificación de las partes intervinientes en el contrato (nombre, apellidos, D.N.I., edad, lugar de residencia habitual, estado civil, la circunstancia de constituir pareja estable, de hecho o grupo convivencial; régimen económico matrimonial o de la pareja⁹⁰, de las partes en conflicto, así como las circunstancias personales del mediador familiar y su número de registro, detallando los datos de identificación si pertenece a un centro de mediación de un colegio profesional o de una entidad pública o privada⁹¹.

2º. Consentimiento expreso de las partes de someterse al procedimiento de mediación.

3º. Aceptación por la partes de los principios y deberes de la mediación, de los cuales han sido previamente informados (art. 22 LAMF).

4º. El objeto de la mediación, es decir, la determinación del conflicto y cuestiones por las cuales se otorga el contrato.

5º. La planificación y duración previsible del procedimiento y las sesiones, haciendo constar si el mediador va a ayudarse de otros profesionales, y si su actuación es en régimen de co-mediación. Así como la posibilidad de acogerse a un periodo de prórroga previo consentimiento de las partes y en caso de necesidad para la consecución del acuerdo.

6º. La reserva y confidencialidad de toda la información, recogida en el desarrollo del procedimiento, salvo que de ésta se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o la integridad física de alguna de las partes o de cualquier otra persona que tenga o haya tenido algún tipo de relación, aunque no sean partes del proceso.

7º. Renuncia por parte de los mediados a solicitar la presencia del mediador ante cualquier organismo ni tribunal. Por su parte el mediador debe renunciar, igualmente, de ofrecer a las personas en conflicto sus servicios fuera del campo de la mediación familiar o ejercer, con las mismas personas, otra función distinta de la mediación.

8º. El deber de aportar los documentos que sean necesarios.

9º. La obligación de no iniciar la vía judicial hasta que el procedimiento se haya concluido. Si hubiese sido ya incoado el proceso judicial, deben comprometerse a paralizar las actuaciones.

10º. El derecho de desistimiento de las partes en conflicto y de abandono del mediador cuando exista causa que lo justifique⁹².

11º. Los honorarios o cuantías económicas que correspondan a la persona mediadora.

Por último, el contrato de mediación puede extinguirse por las siguientes causas⁹³:

1ª. Muerte o incapacitación de la persona mediadora o por suspensión o inhabilitación en el ejercicio de la mediación.

2ª. Muerte o incapacitación de alguna de las partes en conflicto.

3ª. Acuerdo mutuo de las partes en cualquier momento de la vigencia del contrato, el cual debe constar por escrito firmado por cada uno de los sujetos que intervienen en la relación contractual.

4ª. Decisión unánime de todos los sujetos de la parte familiar en conflicto, debiendo comunicarse de forma fehaciente a la persona mediadora.

5ª. Desistimiento de alguno de los familiares en conflicto, mediando buena fe.

6ª. Renuncia de la persona mediadora, existiendo justa causa, y comunicándoselo por escrito a la otra parte.

7ª. Imposibilidad apreciada por la persona mediadora de llegar a un acuerdo entre los miembros en conflicto.

6. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación tendrá la duración que la naturaleza, complejidad y conflictividad de las cuestiones objeto de mediación planteadas por las partes en conflicto determinen. Sin embargo, tal y como estable-

ce la LAMF (art. 24), la persona mediadora, teniendo en cuenta la situación conflictiva sometida al procedimiento, debe realizar una “previsión razonable de su duración”, que no podrá exceder de tres meses, a contar desde que se levante el acta inicial.

Este plazo coincide con los sesenta días hábiles fijados en la L.e.c. (art. 19.4) como término máximo de suspensión del proceso contencioso en curso para el desarrollo de la mediación, así como el establecido, de forma general, por las diferentes leyes autonómicas vigentes.

La cuestión del plazo ha generado ciertas preocupaciones derivadas de las posibles demoras que por la inserción de este sistema pudieran presentarse en el proceso. La solución ofertada, en principio, por el citado art. 19.4 L.e.c., ha sido considerada como suficiente⁹⁴, siempre que por los servicios de soporte judicial en la materia se arbitren mecanismos eficaces de designación de mediadores, citación de las partes e inicio, sin demora, del proceso de mediación, en la medida en que esta metodología no precisa de un plazo mayor.

No obstante, cabe estimar, que la configuración del procedimiento de mediación como fórmula flexible de resolución de conflictos nos lleva a ser contrarios a la fijación de rígidos plazos legales. Como ha sido ya referido con anterioridad, se trata de un procedimiento informal, susceptible de ser adaptado a las necesidades reales de las partes en conflicto, a la naturaleza de cada caso en particular, para lo que se contempla la posibilidad de una prórroga no superior a tres meses siempre que se “aprecie la necesidad de ampliar el plazo previsto” inicialmente para la consecución del acuerdo. Al respecto, cabe estimar que la solicitud de prórroga del plazo por el tiempo máximo de tres meses, debe ser interpretada en términos de prórroga del plazo estrictamente necesario para tal fin. Asimismo, y por lo que a la solicitud de la prórroga se refiere, al hablar la norma de la posibilidad de la misma cuando se “aprecie la necesidad de ampliar el plazo”, entiendo que la referida necesidad debe ser apreciada por las partes en conflicto y el mediador, que-

nes solicitarán el nuevo plazo necesario para la consecución del acuerdo⁹⁵.

En lo referente al momento en el que cabe iniciar el procedimiento de mediación, atendiendo al contenido del art. 19 LAMF, es posible iniciarlo antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso del mismo o una vez concluido por resolución judicial firme. Admite, pues, la norma tanto la mediación extrajudicial, cuando la misma tiene lugar antes del comienzo de un proceso, cuando se refiere a conflictos de familia que no son objeto de intervención judicial o cuando ya haya finalizado, como la mediación intrajudicial, cuando se están tramitando algunos de los procesos de nulidad, separación o divorcio.

7. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

La mediación no puede ser entendida como la vía de solución para todas las situaciones conflictivas; pero sí puede ser utilizada como medida previa, pues supone la introducción de una lógica positiva para afrontar los problemas en que las partes asumen el compromiso y la voluntad de la autodeterminación⁹⁶.

La mediación, entendida como un proceso, puede finalizar sin acuerdo, ya que éste no es el fin de la institución, ni el objetivo de la misma⁹⁷. Pero cabe también la posibilidad de que este proceso termine en acuerdo, respecto del cual hay que tener presente que el mediador no ostenta responsabilidad alguna a efectos de imponer su cumplimiento, ni de su ejecución⁹⁸.

Los acuerdos resultantes del proceso de mediación tienen una eficacia exclusivamente inter-partes, siempre y cuando reúnan los requisitos necesarios para la validez de los contratos (art. 26 LAMF)⁹⁹. La norma autonómica andaluza, nuevamente, como en otras ocasiones, no soluciona el problema, pues la normativa procesal, como bien sabemos, es competencia exclusiva del Estado y puesto que no puede establecer el reconocimiento de ejecutividad a

los acuerdos mediados, se contenta con hacer referencia a la obligatoriedad entre las partes de los mismos cuando reúnan determinados requisitos.

Estos acuerdos pueden ser totales o parciales, en la medida en que pueden afectar a la totalidad de los conflictos llevados al proceso o solamente a parte de los mismos. En cualquier caso, deben versar sobre materias de derecho dispositivo y para que tengan valor ejecutivo deben ser objeto de la homologación judicial pertinente. No obstante, si las partes en conflicto no desean la homologación pueden lograr la citada efectividad mediante la intervención de un Fedatario Público¹⁰⁰.

Normalmente, estos acuerdos, dependiendo del tipo de conflicto objeto del proceso de mediación, serán revisados por los abogados de las partes, sobre todo en aras a garantizar la legalidad de los mismos, dotar de mayor efectividad su cumplimiento y prever posibles problemas derivados de un supuesto incumplimiento¹⁰¹.

Los acuerdos alcanzados en todo procedimiento de mediación serán resultado de:

- a. Mediación intrajudicial, desarrollada en el marco de la tramitación de un procedimiento judicial.
- b. Mediación extrajudicial, desarrollada antes y al margen de cualquier procedimiento judicial o una vez concluido el mismo en virtud de sentencia judicial firme.

El problema en la práctica, como se ha referido antes, es cómo dotar de legalidad y oponibilidad frente a terceros a estos acuerdos. Ante esta situación caben varias posibilidades:

1ª. Si los acuerdos resultan de una mediación extrajudicial y las partes no desean o por la naturaleza del conflicto no es necesaria la intervención del Juez, pero requiere de homologación judicial, cabe acudir a un Fedatario Público¹⁰².

2ª. Si los acuerdos resultan de una mediación extrajudicial antes de iniciar el proceso de separación o divorcio, éstos pueden acompa-

ñar al convenio regulador y ser homologados por el Juez¹⁰³.

3ª. Si los acuerdos resultan de una mediación intrajudicial, bien a iniciativa de las partes o por indicación del propio Juez, estos pueden acompañar igualmente al convenio regulador y ser, en su caso, homologados por el Juez¹⁰⁴.

El problema real se plantea cuando la mediación es utilizada como procedimiento de resolución de los conflictos que surgen en los ámbitos de las relaciones sociales que gozan de protección por parte de la Ley, como los conflictos generacionales, pero que escapan a un posible control judicial, siendo necesario que queden garantizados los derechos de orden público, mediante un sistema adecuado de homologación: judicial o notarial.

En cualquier caso, las cuestiones que pueden ser objeto de mediación familiar y por lo tanto, contenido de los acuerdos, se encuentran sometidas a los límites del art. 1.255 C.c., es decir, la ley (imperativa), la moral y el orden público¹⁰⁵.

8. LA MEDIACIÓN FAMILIAR A ANÁLISIS

El desarrollo y popularidad que en los últimos años ha alcanzado la mediación como medio de gestionar o resolver un conflicto es fácilmente constatable. Son muchas las Comunidades Autónomas que tienen Ley de Mediación Familiar y muchos los juzgados que ya han tenido sus primeras experiencias piloto¹⁰⁶.

Estamos en camino de considerar la mediación no como una mera técnica, sino como una "filosofía"¹⁰⁷, una nueva forma de afrontar los conflictos en general.

Las iniciativas legislativas autonómicas en materia de mediación familiar, si bien están ayudando a difundir este modelo o forma de gestionar conflictos, están también generando un panorama práctico que debe ser objeto de una evaluación.

El análisis de las ventajas e inconvenientes de las intervenciones en mediación familiar resulta de gran ayuda en un momento como el actual en el que todavía no tenemos una Ley Nacional de Mediación. Un estudio de la situación de la mediación familiar en nuestro país no debe ser nunca entendido como una crítica, sino como una ayuda en el desarrollo de esta institución, así como una herramienta útil al servicio del mediador, en cuyas manos se encuentra el éxito de la misma.

El estudio actual en materia de mediación debe ir enfocado a la permanencia y grado de cumplimiento de los acuerdos logrados en situaciones conflictuales sometidas hace ya cierto tiempo al proceso de mediación. Pues hay que tener presente que, en los primeros tiempos tras la mediación, el cumplimiento de lo acordado es más factible. Lo habitual es que, pasado un periodo de tiempo, vuelvan a plantearse los conflictos; momento en el que resulta idóneo valorar si las partes han sido capaces por sí mismas, sin intervención del mediador, de dar solución al mismo y si el “acuerdo” impuesto por sentencia intimida más a las partes y tiene un mayor grado de cumplimiento. En concreto, se trata de analizar:

1º. Grado de cumplimiento del acuerdo mediado y tiempo de permanencia del mismo.

2º. Grado de cumplimiento de la sentencia y tiempo de permanencia de la misma.

3º. Si las partes han aprendido algo del proceso de mediación originario.

Se trata de estudiar los resultados, a medio y largo plazo, ocasionados por las intervenciones en mediación, en relación a los producidos por la solución judicial del conflicto.

Estudios realizados en otros países ponen de manifiesto que las intervenciones en mediación familiar ya realizadas arrojan los siguientes resultados:

1º. Los casos de divorcio acordados en mediación llegan menos al Tribunal en fases posteriores. La razón estriba en que los acuerdos han sido elaborados por ellos, por lo que son más detallados y precisos.

2º. El tipo de custodia acordada es la paternidad compartida.

3º. La mediación logra un alto grado de satisfacción en las necesidades y deseos de los padres.

4º. La mediación ha ayudado a componer la controversia entre las partes originarias: los cónyuges o pareja de hecho. Situación de solución del conflicto que tiene un efecto expansivo, pues todos sabemos de las implicaciones familiares colaterales ante un caso de crisis de pareja.

5º. La mediación ha ayudado, en general, a mejorar las relaciones familiares entre todos los miembros de la familia, no solamente entre los de la familia origen del conflicto, sino entre los demás miembros: abuelos, nuevas parejas, etc.¹⁰⁸.

No obstante, estimo que el éxito de la mediación en todos sus ámbitos se encuentra en manos de los mediadores; de ahí la importancia de la formación y actitud del mediador. No todo el mundo puede ser mediador, pues no todos tenemos cualidades y actitudes para ello.

Un mediador activo, que desarrolla un proceso bien estructurado que genera diálogo y confianza en las partes, que ayuda a resolver problemas concretos y se muestra de forma flexible adaptándose a las necesidades de los mediados, pero sin perder el control, puede obtener mejores resultados y colaborar al desarrollo y fomento de la mediación.

El mediador debe ser consciente de que la mediación no es la única forma de resolver conflictos, ya que hay algunos que no se pueden resolver por este sistema. Lo importante en todo proceso de resolución de conflictos son el propio conflicto y las partes; de ahí la importancia de la flexibilidad del modelo de resolución. Que las partes acudan voluntariamente no garantiza el éxito del proceso; es el primer paso, pues es posible que el conflicto, en última instancia, no pueda ser objeto de mediación¹⁰⁹.

Por ello, estimo conveniente un estudio evaluativo cuya finalidad no sea otra que comprobar si la mediación familiar está obtenien-

do los resultados que en principio se propuso, tales como:

- a) Desjudicializar los asuntos de familia.
- b) Acabar con el colapso de los juzgados.
- c) Lograr una mayor efectividad y grado de entendimiento mediante el acuerdo entre los miembros de una familia en conflicto.

Otro elemento a tener en cuenta en el futuro éxito de la mediación es la labor de los abogados. Hay que ser conscientes de que, habitualmente, ante el conflicto se suele acudir en primer lugar al abogado. La formación del letrado en mediación, lo que no significa que tenga que actuar como mediador, es fundamental, ya que en tanto éste crea en la mediación derivará el caso a la misma, no teniendo que interpretarlo como la pérdida de un caso o cliente. Un conflicto de pareja o de familia llevado a mediación hace que el cliente vuelva al letrado de otra forma, con otro ánimo. La mediación debe ser objeto de una mayor legitimación social entre los profesionales del derecho que en su mayoría desconfían de este método. Aunque quizás esa desconfianza devenga de la práctica de la mediación intrajudicial.

Estimo evidente que el grado de conflicto es mayor cuando las partes enfrentadas, tras acudir al abogado, inician un proceso judicial. Un proceso de mediación previo y, por lo tanto, extrajudicial, puede suavizar o disminuir el grado de conflictividad. Es difícil, en mi opinión, la compatibilidad entre la mediación familiar y la derivación por parte del Tribunal (a instancias del Secretario Judicial, quien realiza la oportuna recomendación al juzgador), aunque sean los propios jueces los que más involucrados se encuentran en mediación.

9. CUESTIONES FUNDAMENTALES A EXAMEN

1º. La mediación como mecanismo de resolución de conflictos es un fenómeno social

global, que debe ser contemplado, no como una medida alternativa que sustituya al sistema judicial, sino como un complemento al mismo en muchos tipos de conflictos que, por su naturaleza, exigen una progresiva desjudicialización derivada del carácter privado de las relaciones existentes.

La mediación no puede ser entendida siempre como un sustitutivo del sistema tradicional, sino como un medio que puede colaborar con el mismo. Planteamientos que podemos considerar ya como “tradicionales” y que hablan de la mediación como alternativa al sistema judicial porque la Administración de Justicia ha estado y está colapsada, suponen un obstáculo que quita protagonismo y méritos a la mediación, la cual solamente hay que situarla en su propio contexto y otorgarle un rumbo y eje propios: la mediación es en la actualidad una demanda de la sociedad que pretende dar respuestas reales, en unidades temporales correctas y a personas reales¹¹⁰. La mediación en los conflictos de familia puede conseguir objetivos de una forma más efectiva.

La mediación no puede seguir siendo entendida como un “sistema alternativo” al poder judicial, pues esto supone trasladar al ámbito de la misma el modelo de competencia judicial ganador/perdedor. Mediación y justicia deben actuar de forma que permitan la resolución más adecuada y justa al conflicto planteado, pues ambas tienen un objetivo común: la resolución del conflicto. No deben ser confundidas sus identidades, sino redefinir ante el caso concreto la idoneidad de un medio u otro¹¹¹.

En cualquier caso, hay que analizar si debe ser utilizada como sustituto de los tribunales o como sistema paralelo¹¹² o complementario del sistema judicial, partiendo siempre de su consideración como procedimiento autónomo de resolución de conflictos, basada en la libertad de los ciudadanos.

2º. La mediación como vía de solución a posibles situaciones conflictivas, sobre todo en el seno de la familia, se encuentra en consonancia con la nueva concepción de las relaciones familiares y, en consecuencia, con el

perfil de los conflictos que se desarrollan en las mismas.

3º. La mediación exige una reinterpretación del papel de los operadores jurídicos:

- i. Especialmente de los que integran el poder judicial
- ii. Los ciudadanos solicitantes de justicia.

4º. Debe fomentarse la mediación extra-judicial, ya que el alejamiento del juzgado favorece el desarrollo de la actividad mediadora conforme a los principios que rigen la misma. Lo “ideal” es que sea promovida desde el ámbito privado y subvencionada y controlada desde la Administración Pública¹³.

5º. Es necesario favorecer la expansión y utilización de la mediación, en general, y de la mediación familiar, en particular, la cual ha llegado, por ahora, más a los profesionales que a los potenciales usuarios. Se trata de crear la llamada cultura de mediación, para lo que es fundamental la publicidad y difusión de las actividades y servicios de mediación ofertados, mediante la edición y difusión de documentos (dípticos), publicidad en prensa, institucional, páginas webs. Pues hay que ser conscientes de que el usuario utiliza y pide el producto, en este caso, el servicio, si lo conoce.

6º. La mediación como medio de solución de controversias o conflictos de familia debe extenderse a otros ámbitos y no circunscribirse mayoritariamente a los conflictos originados por la disolución de la pareja; prueba de ello es el ámbito de aplicación más extenso previsto en la LAMF y la propia terminología utilizada “conflictos de familia”. Un paso más es descubrir el espacio en el que la mediación es útil como vía de solución de los conflictos (empresas, colegios, comunidades de propietarios, universidades, asociaciones de alumnos, de padres, etc.). La mediación como fenómeno social global no puede ser utilizada como vía de solución a conflictos sociales parciales. Hablar de mediación familiar no es circunscribir este medio de solución de conflictos a un aspecto concreto de los conflictos de familia, sino a todo tipo de conflictos que surjan dentro de ésta. Cuestión diferente es la especialización

de los mediadores dentro del ámbito genérico de los conflictos de familia (ej. mediadores especializados en temas de adopción, patrimoniales, internacionales, personas mayores en situación de dependencia, búsqueda del origen biológico, etc.).

7º. Es también necesario eliminar la confrontación que existe entre los diferentes sectores profesionales que, siendo sensibles y partidarios de la mediación, mantienen y defienden la conservación monopolística de la misma adoptando una actitud competitiva respecto de aquellos que consideran como intrusos o ajenos a la materia¹⁴. Se trata de evitar el sectarismo profesional, para lo cual deben ser adoptadas una serie de medidas fundamentales:

- a) Creación y fomento de la cultura de mediación, como ya se ha referido, entre los potenciales usuarios de la misma como sujetos involucrados en un conflicto de cualquier clase, desde edades tempranas en los centros educativos o en los espacios comunitarios de encuentro existentes en los municipios para adultos.
- b) La formación académica interdisciplinar y específica en materia de mediación de los llamados profesionales de la mediación, con cursos de reciclaje en los que debatir con otros mediadores con el fin de aprender de las experiencias, positivas y negativas de los demás, es decir, una formación continuada.
- c) La creación de un sistema de supervisión de las mediaciones realizadas, con el fin de revalidar la formación del mediador cada cierto periodo de tiempo.

El enfoque interdisciplinar de la mediación desarrollada a través de los equipos de mediación reviste crucial importancia. Prueba de ello es la referencia expresa que a los mismos hace la LAMF. No puede atribuirse a un solo colegio profesional el ejercicio de la mediación, por más que los colegios traten de hacer de la mediación una competencia exclusiva, debido a dos razones fundamentales: el intrusismo profesional y el interés de mercado¹⁵. La existencia en los Colegios Profesionales de

secciones de mediación e incluso de centros de mediación vinculados a los juzgados para ofrecer estos servicios es una práctica que puede generar no solamente una mala praxis profesional, sectorizada y contraria a la interdisciplinariedad, sino generadora de confusión en la población con las graves consecuencias que esto tendría para el futuro de la mediación en Andalucía.

La mala práctica de la mediación en Andalucía puede tener consecuencias nefastas, sobre todo si el servicio de mediación se vincula a un único colegio profesional, excluyendo el ejercicio de la misma a través de equipos interdisciplinares, cuando ésta es una práctica reconocida por la LAMF por primera vez. Una propuesta viable sería la creación de un Colegio Profesional de Mediadores que pondría fin a la actual disputa entre los diferentes Colegios que agrupan a los distintos colectivos de profesionales.

8º. Los profesionales de la mediación, como sujetos formados, deben fomentar, en el ejercicio de la actividad de mediación, el poder de autorregulación y responsabilidad de las partes en conflicto, en aras a garantizar en un futuro no solamente un mayor grado de cumplimiento de los acuerdos adoptados, sino un aumento de las posibilidades de resolución futura de los conflictos de familia sin necesidad de acudir, ni al proceso de mediación¹¹⁶, ni al sistema judicial, lo que favorecerá el desarrollo de la autonomía personal de los miembros de la familia de cara a la resolución de sus conflictos futuros.

9º. Una vez más es necesario reclamar una Ley Nacional de Mediación (sin limitarse al ámbito familiar), que “ponga un poco de orden”, o mejor dicho, dote de uniformidad y homogeneidad a esta actividad en cuestiones fundamentales que ayude a consolidar el modelo, tales como: concepto de mediación¹¹⁷, ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, el estatuto profesional del mediador, título universitario de acceso¹¹⁸, formación específica del mediador, delimitación de la función del mediador (el mediador no propone soluciones —ej. ley gallega), así como el número de ho-

ras que requiere para ello, fomento y regulación de la co-mediación a través de equipos interdisciplinares, el contenido del contrato de mediación, régimen de homologación de los acuerdos, derechos y deberes de las partes del proceso de mediación, régimen disciplinario, etc. La ley nacional debe ofrecer un conocimiento exacto de lo que es la mediación, con el fin de acabar con la confusión imperante en relación con otras instituciones, así como tendente a fomentar la mediación en sí, como un servicio seguro y de prestación con garantías. La ley debe favorecer la mediación y acabar con la disparidad legislativa imperante que lo que hace es actuar en contra de la institución en sí¹¹⁹.

La diversidad legislativa si bien es cierto que impulsa la mediación como institución, dificulta su conocimiento ante la ausencia de criterios comunes que la consoliden y eviten posibles desigualdades territoriales. No crea más que inseguridad generando desconfianza por parte del ciudadano hacia el nuevo procedimiento sobre el que tantas expectativas y esperanzas se han depositado¹²⁰.

Sin embargo, hay que ser conscientes de que la nueva ley estatal conllevará las pertinentes reformas en el ámbito sustantivo y procesal. No obstante, puede ayudar a afirmar su propia identidad con el fin de diferenciarla de otros servicios afines.

10º. La competencia en materia de formación debe ser asumida por los centros universitarios, es necesaria una formación reglada concreta para mediadores al nivel más alto (posgrado oficial), y que otras instituciones (tales como, colegios profesionales, ayuntamientos, administraciones, etc.) se encarguen de su promoción, trabajando de forma colaborativa con la Universidad, ya que de otra manera estaremos relegando esta cuestión a una enseñanza extraoficial de rango inferior, caracterizada por la falta de homogeneidad, oficialidad y sobre todo, carente de garantías.

11º. Por lo que a la LAMF se refiere, considero que se dejan para un futuro desarrollo reglamentario cuestiones esenciales, tales como:

- i. Los criterios determinantes para la cualificación del mediador.
- ii. Años de experiencia que serán exigidos para poder desarrollar la actividad mediadora en nuestra comunidad.
- iii. Número de horas que debe tener la formación específica y quién tiene competencia para impartirla.

12º. El escaso papel reconocido a los Colegios profesionales en la LAMF ¿será objeto de nuevo tratamiento en el reglamento?

13ª. El contrato de mediación familiar ¿un olvido intencionado del legislador andaluz? Como ya hemos referido, la LAMF no prevé, a diferencia de otras normas autonómicas¹²¹, el contrato de mediación familiar.

NOTAS

1. La Exposición de Motivos de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, pone de manifiesto esta realidad, constatando la pluralidad de formas o modalidades de los llamados “conflictos de familia”: “la ruptura de pareja (...) siendo frecuentes los referidos a las pensiones alimenticias y las visitas del progenitor o progenitora no custodio, que afectan directamente al bienestar de las personas menores de edad; los conflictos intergeneracionales (...), afectando no solo a padres y madres y personas educadoras, sino a la sociedad en general; el deseo de los hijos e hijas adoptados de buscar sus orígenes”.

2. Como notas a tener en cuenta en la configuración actual de las relaciones familiares y, en consecuencia, de los conflictos de familia hay que mencionar, entre otras, las que siguen: 1ª. La familia en la actualidad se compone normalmente por la pareja y dos hijos, imponiéndose la existencia de un solo hijo cuando la pareja vive en ambientes urbanos; 2ª. El crecimiento y consolidación en las áreas urbanas de las familias monoparentales y unipersonales; 3ª. El desarrollo de la cohabitación como forma de vida familiar; 4ª. Una disminución de las tasas de fecundidad, frente a un aumento del número de hijos derivados de las técnicas de reproducción asistida (sobre todo en mujeres de más de cuarenta años) y de las adopciones. Resulta de interés al respecto el estudio realizado por RUÍZ CORBELLÁ. “La familia en el contexto español y europeo”, en Mediación y Orientación Familiar. Henri Bouche/Hidalgo (Directores). Madrid 2008, Vol. II, pp. 9-29.

3. Conflictos derivados de la ruptura matrimonial o de pareja, con los hijos derivados de la ruptura matrimonial o de pareja, con las segundas parejas de los progenitores y eventuales hijos de ésta o nacidos de la nueva unión, de violencia doméstica o de género, intergeneracionales, entre hermanos por las responsabilidades derivadas de la necesaria asistencia a padres mayores, hermanos disminuidos física o psíquicamente, por herencias, adopciones, etc.

4. Sobre el particular, vid. MATA de ANTONIO. “La mediación familiar ante las formas familiares atípicas”. *Acciones e Investigaciones Sociales*. Marzo 2004, n.º 19, pp. 85-126.

5. Al respecto cabe decir que el sistema tradicional de resolución de conflictos, ya sea en el campo matrimonial o familiar, se encuentra lejos de favorecer una atenuación de las discrepancias. En la mayoría de los casos se convierte en el medio idóneo para incrementarlas hasta puntos dramáticos y de larga duración en el tiempo (pensemos por ejemplo en el tan denunciado impago de la pensión alimenticia). Esta realidad permite poder afirmar que el sistema jurídico de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho de familia no se encuentra inspirado en fórmulas adecuadas a la naturaleza de los conflictos de familia y lo que los mismos conllevan.

6. La libertad individual como principio reconocido en dicha norma coloca al sistema español entre los más avanzados del planeta, pues consagra que el mismo principio de libertad que impregna la opción individual de contraer matrimonio, persiste durante toda la unión, pudiendo ser causa suficiente en cualquier momento para la separación o la disolución del vínculo. En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Navarra 2006, p. 9.

7. La mediación, junto con la eliminación de la acreditación y necesaria alegación de la causa en base a la cual se pone fin al matrimonio y la equiparación de la separación con el divorcio, han servido para paliar las graves consecuencias que hasta el momento se ha demostrado que produce la judicialización de los llamados “conflictos de familia”. La mediación familiar es introducida en el derecho procesal a través de tres preceptos: 1º. El art. 770.7ª L.e.c. en el cual se establece que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”; 2ª. El art. 777.2º donde se determina que “al escrito por el que se promueva el procedimiento se acompañará (...), incluyendo, en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de

mediación “; 3ª. Y por último, la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, proclama la existencia de una futura Ley de mediación en la medida en que establece que “el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las 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”.

8. En el caso concreto de las rupturas de pareja, los conflictos y desacuerdos contienen tanto aspectos emocionales y afectivos, como aspectos legales y económicos, que deben ser contemplados para una adecuada solución. Sobre el particular, vid. ROMERO NAVARRO. “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 40, p. 32.

9. Con esta previsión legislativa se produjo, en palabras de ORTUÑO MUÑOZ —*El nuevo régimen jurídico de la crisis...* cit., p. 112—, “un paso importante en la implantación de esta metodología en el ámbito intrajudicial, dotando de rango legal en el ámbito procesal a las prácticas forenses que, amparadas por el impulso de determinados gobiernos autonómicos, se estaban desarrollando”. En cualquier caso, y pese al recurso a la mediación intrajudicial es preciso fomentar la mediación extrajudicial, como paso final y total hacia la desjudicialización de los asuntos o conflictos de familia.

10. Sobre el particular, vid. PRATS ALBENTOSA. “Entrevista a Lorenzo Prats”, en *Situación de la mediación familiar en España*. Detección de necesidades. Desafíos pendientes. García Villaluenga/Bolaños Cartujo. Madrid 2007, p. 283.

11. “Intentar solventar el litigio recurriendo a mediación es una causa objetiva legítima para la suspensión del proceso, y si el juez quiere denegar o deniega la petición, debe motivar por qué no acepta la petición”. Cfr. PRATS ALBENTOSA. *Ibidem*, p. 283.

12. Vid al respecto, ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis...* cit., pp. 108 y 109.

13. En este sentido se pronuncia la LAMF en el art. 19 donde reconoce que “***sin perjuicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva***, el procedimiento de mediación familiar podrá iniciarse antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso de éste o una vez concluido por resolución judicial firme”. Igualmente el art. 20 del citado texto establece que “el procedimiento de mediación familiar ***se iniciará a petición de todas las partes en conflicto o a instancia de una de ellas...***”.

14. La reunión inicial aparece regulada en la LAMF en el art. 22 donde se dispone que “la persona mediadora designada convocará a las partes en conflicto a una reunión inicial, en la cual les informará de sus derechos y deberes, de los principios rectores de la mediación, de las características del procedimiento, de su duración y de los honorarios profesionales, en su caso”.

15. Sobre la importancia actual de la mediación, vid. BALLARÍN MARCIAL. “La mediación”. *Revista Jurídica del Notariado*. Abril-junio 2003, p. 11.

16. “Sólo debe llegar al juzgado el conflicto que humanamente no ha sido posible resolver”. Cfr. PÉREZ MARTÍN. “La carrera hacia la mediación familiar”. *Lex Nova* abril-junio 2002, p. 18.

17. En este sentido, HINOJAL/ORTUÑO/PÉREZ SALAZAR. *La mediación familiar*. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación. Sáez Rodríguez (Coord.). Navarra 2008, p. 14.

18. “La mediación ha comenzado por el ámbito que de modo más fácil ha sido posible percibir su utilidad por parte de los ciudadanos y de las instituciones. Sin embargo, he de decir que la mediación no admite calificativos. Es una técnica, y esa técnica se puede trasladar de modo objetivo de un tipo de conflicto a otro. El objeto que puede ser tratado a través de esta técnica es variado, con lo que el hecho de que sea matrimonial no ha de afectar a la técnica, si a caso al mediador, pues el conocimiento del tipo de problema puede permitirle afrontar mejor su actividad profesional. Lo que ocurre que en este momento inicial, el calificativo “mediación familiar” permite que la técnica se utilice en un campo que identificamos socialmente como muy tenso, o hasta la fecha muy tenso”. Cfr. PRATS ALBENTOSA. “Entrevista a Lorenzo Prats... cit.”, p. 284.

19. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “La mediación en la violencia doméstica y de género: un camino hacia el restablecimiento del equilibrio y la igualdad”. La Feminización del Derecho Privado. Una propuesta para el siglo XXI. (en prensa).
20. Sobre el particular, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”. Mediación Familiar. Soria/Villagrasa/Armadans (Coords.). Barcelona 2008, pp. 21 y ss.
21. Sobre el particular, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. Ídem, p. 44.
22. Vid. al respecto, LLOPIS GINER. “La mediación: concepto y naturaleza”, en *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*. Valencia 2003, p. 11.
23. Sirva a modo de ejemplo la explicación que sobre la mediación familiar, en concreto, ofrece el Tribunal de Montreal, el cual la considera “como una intervención en un conflicto o una negociación por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutral sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarles a que ellos mismos desarrollen un acuerdo viable, satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros de una familia, en particular las de los hijos e hijas”. Cfr. RIPOL-MILLET. *Familias, trabajo social y mediación*. Barcelona 2001, p. 44.
24. Primera respuesta autonómica a las novedades introducidas por 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.
25. La Ley se aplica a cualquier conflicto surgido en la convivencia ciudadana, social y familiar. En este sentido, SE-RRANO ROMERO. “La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado de 27 de mayo de 2008”. A.C. febrero 2009, n.º 4, p. 388.
26. Como apunta, HIDALGO MENA —“Ámbitos de aplicación de la mediación familiar”, en *Mediación y Orientación Familiar...* cit., p. 192—, mediar “es un instrumento de la familia —y no un conjunto de técnicas— para la resolución de conflictos, donde se incorpora un tercero con quien los litigantes, mediante el intercambio de información, crean un nuevo marco de relaciones, una nueva forma de estructurarlas, para llegar a resolver las diferencias que las mantiene en conflicto”.
27. BOQUE TORREMORELL —*Cultura de mediación y cambio social*. Barcelona 2003, p. 21—, refiriéndose a la mediación en general, ha precisado que “tratar de definir la mediación no es en modo alguno una pretensión trivial”, pues supone entrar en un discurso teórico complejo que se origina en ámbitos interdisciplinarios discordantes que se ve engrosado por un cúmulo de prácticas aún más inconexas, si cabe, y que acumula el agravante de que en los textos sobre mediación no siempre figura una definición explícita de este fenómeno.
28. Una definición que contemple las diferencias entre los distintos sistemas podría ser la propuesta por SUARES —“Mediación: gestión de conflictos y cultura de paz”. Monográfico X Jornadas Menores, mediación y drogas. Revista de la Asociación Proyecto Hombre. Junio 2008, n.º 66, p. 5—, para quien “la mediación es un método de resolución adecuada de disputas (RAD), en la cual el tercero neutral, asiste a las partes para que a partir de conversaciones, negociando colaborativa y distributivamente, los participantes lleguen a un acuerdo y/o a una modificación de la relación actual”.
29. La reciente Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, de la Generalitat de Catalunya, sí define qué es la mediación en su artículo 1 como: “el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral”.
30. Cumple así con la imagen que el legislador occidental actual tiene de la institución de la mediación. En este sentido, PUY MUÑOZ. “La expresión “mediación jurídica”. Un análisis tópico”, en *Mediación y solución de conflictos*. Habilidades para una necesidad emergente. Soletto Muñoz/Otero Parga (Coords.). Madrid 2007, p. 24.
31. Sobre el particular, vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “La mediación en la violencia doméstica y de género... cit.”. (en prensa).

32. La LAMF no regula el contrato de mediación, razón que cabe admitir como insuficiente para negar su naturaleza jurídica.

33. Sobre el particular, PUY MUÑOZ —“*La expresión “mediación jurídica”. Un análisis tópico... cit.*”, pp. 30 y 31—, quien considera que toda mediación es jurídica por razones fundamentales: 1º. Los conflictos son siempre conflictos de posesión de Derechos; 2º. La idea de la mediación penetra toda la experiencia jurídica, y especialmente sus dos provincias centrales, que son la Legislación y la Jurisdicción.

34. En este sentido, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. “La dinámica del conflicto”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Soletto Muñoz/Otero Parga (Coords.). Madrid 2007, p. 37. Vid. también, GARCÍA GARCÍA. “En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos recurrir a la mediación? La mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales (I)”. *Revista de Derecho de Familia*. Marzo 2002, nº 14, pp. 66 y 67.

35. ALZATE SÁEZ de HEREDIA. *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Bilbao 1998.

36. “La dinámica del conflicto... cit.”, p. 41.

37. Cuando una norma de carácter civil desarrolla los derechos reconocidos por la Constitución debe propugnar que los ciudadanos hagan uso de su libertad; esto implica fomentar el ejercicio de su autonomía, de conformidad con los valores y principios superiores del Ordenamiento jurídico español. En este sentido, PRATS ALBENTOSA. “Bases de la nueva regulación del derecho matrimonial español” en *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Navarra 2006, p. 14.

38. Como ha referido MERINO —“Entrevista a Merino”, en Situación de la mediación en España. García Villaluenga/ Bolaños Cartujo. Madrid 2007, p. 259—, “reducir a qué concepto o qué ámbito de mediación es el que nos va a permitir desarrollar el resto, creo que es el ámbito de la mediación comunitaria y, desde ahí, se podrían ir desarrollando el resto de los ámbitos. Desde mi punto de vista se ha comenzado al revés, por un interés y, a veces por una precipitación, porque la prioridad, quizá, era poner un resultado o poner un buen fin a un conflicto familiar, y entonces es el ámbito familiar al que más nos hemos dedicado”.

39. Cfr. ALGABA ROS. “La mediación: un método eficaz de solución de conflictos familiares”, en *Mujeres y protección jurídica*. Liñán García/ De la Fuente Núñez de Castro (Coords.). Málaga 2008, pp. 160 y 161. En este sentido, vid. también, MUÑOZ GARCÍA. “Aspectos jurídicos de la mediación familiar”. *R.D.P.* marzo/abril 2003, p. 260.

40. El único caso en el que el legislador permite que los actores del conflicto regulen las consecuencias del mismo es en los procesos consensuales de separación, nulidad y divorcio, por lo que el acuerdo de mediación solamente podrá tener por objeto aquellas materias en las que el legislador civil permite la autorregulación de las consecuencias de la crisis en los procesos judiciales. El art. 90 C.c. establece el contenido mínimo del convenio regulador de los efectos de la separación, nulidad y divorcio. Sobre el particular, vid. TORRERO MUÑOZ. “El acuerdo de mediación familiar”, en *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación familiar*. Valencia 2003, p. 90.

41. En estos casos, la intervención en mediación no resulta fácil de entender en la medida en que, a pesar de que la tutela se equipara en su estructura y en sus fines a la institución familiar, los supuestos conflictos derivados de esta situación provienen de relaciones de difícil encaje entre las normas de derecho dispositivo, siendo la intervención judicial muy activa.

42. Cfr. ALZATE SÁEZ de HEREDIA. “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”. Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre mediación, organizadas por el Ayuntamiento de Vitoria, mayo 2003; GARCÍA VILLALUENGA. “La mediación en sede de adopción”. Los menores en protección. Serrano Ruiz-Calderón (Coord.). Madrid 2007, pp. 528 y ss.

43. En este sentido, GARCÍA VILLALUENGA. Ídem, p. 574.

44. Posibilidad prevista en el art. 4.1 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Galicia, cuando dispone que pueden promover la mediación familiar las personas unidas por vínculo matrimonial a los efectos de “buscar soluciones a las situaciones de conflicto que puedan plantearse entre ellas en cualquier momento anterior a la incoación de un proceso judicial sobre su situación de crisis familiar, mediante ofre-

cimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo o que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial”. Otros ejemplos los encontramos en la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, que establece en su Exposición de Motivos que “la eficacia de la mediación familiar se vislumbra especialmente en los casos de crisis de convivencia, dejando en manos de la pareja la posibilidad de reconciliarse o acordar su separación o divorcio...”, aunque en el desarrollo de su articulado no hace referencia expresa a la reconciliación; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias, en cuya Exposición de Motivos reconoce que “la mediación familiar supone, pues, una fórmula para resolver conflictos familiares, recomponiendo la propia familia desde dentro, en un clima de cooperación y respeto mutuo”.

45. SASTRE PELÁEZ. “Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica”. *Diario La Ley*, n.º 5478, viernes 8 de febrero de 2002, p. 7; SÁNCHEZ DURÁN. “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, en Parkinson. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona 2005, p. 317; PARKINSON. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona 2005, pp. 82 Y 83.

46. Cfr. PARKINSON. *Ídem*, p. 83.

47. ESPÍN ALBA —“La mediación familiar en Galicia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*. Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho de Familia. Madrid 2003, Tomo III, p. 4583—, estima que “no rige para la mediación familiar el principio del *favor matrimonii*, pues la postura neutral e imparcial del mediador no podría dirigir las técnicas de negociación hacia la recuperación de las relaciones rotas”.

48. ESPÍN ALBA —*ibídem*, p. 4583—, considera que “no se puede descartar *a priori* que el resultado de una mediación familiar sea una reconciliación, pues aunque ésta no es la finalidad en sí misma del proceso, el clima de comunicación y el equilibrio establecido puede generar en las partes el convencimiento de que la mejor solución para su crisis matrimonial es recuperar la convivencia, aunque a lo mejor bajo otros paradigmas de relación”.

49. Pensemos en la sociedad vasca, que desde un principio y, pese a no tener Ley de mediación, es considerada como experiencia relevante en el ámbito de la mediación. Resultan ilustrativas al respecto las palabras de PRATS ALBENTOSA —“Entrevista a Lorenzo Prats... cit.”, en Situación de la mediación familiar en España... cit., p. 281—, quien estima que “si tenemos en cuenta la realidad del País Vasco, su propia situación tensa, por razones de todos conocidas, no genera una sociedad débil, al contrario es una sociedad muy preocupada en cómo superar las situaciones de conflicto en las que puedan encontrarse, incluso en el ámbito comunitario. Lo que les lleva a crear, a tejer, puntos de aproximación y encuentro. Esta observación permite comprender y valorar la existencia de una profunda cultura de construcción de la paz en el País Vasco. Hay colectivos ciudadanos, empresas, e instituciones públicas y privadas, preocupadas por cultivar esta cultura de paz en el País Vasco, y, a este efecto, intensifican sus relaciones, de forma que interactúan entre ellas a fin de afrontar la solución de aquellos problemas concretos que se les plantean, tanto de carácter comunitario, como personal”.

50. Como bien ha dicho, BOLAÑOS CARTUJO —“El medidor familiar”, en *Mediación y Orientación Familiar*. Henri Bouche/Hidalgo (Directores). Madrid 2008, Vol. II, p. 165—, “la importancia del proceso de mediación radica en conseguir un hilo de continuidad y de poder en el control de la situación por parte de los miembros de la familia. En esta dinámica, los abogados, el juez y el propio mediador son convidados de excepción, humildes contribuidores a la necesaria autogestión familiar”.

51. Vid. al respecto, CARRAMOLINO GÓMEZ. “Los sujetos de la mediación”, en *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*. Valencia 2003, p. 151.

52. Cfr. BOLAÑOS CARTUJO. “El mediador familiar”, en *Mediación y Orientación familiar...* cit., p. 158.

53. La Sentencia 132/2007, de 21 de febrero AP de Barcelona —JUR 2007/204550—, reconoce que “es importante resaltar que en la práctica de la mediación en conflictos familiares los mediadores, aun cuando posean una formación específica respecto de las instituciones jurídicas objeto de negociación, su función no es la de asesorar (tarea reservada a los abogados de las partes). De hecho pueden proceder de otras licenciaturas o disciplinas, y no obstante ser excelentes profesionales que pueden ayudar a las partes a alcanzar acuerdos muy positivos para sus vidas y la de sus hijos. Mas en lo que se refiere a los aspectos jurídicos, tanto sustantivos, como en el caso de autos (...), como formales o fiscales, el mediador no es un asesor legal, por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea. Esta es la razón por la que acuerdo de mediación y Convenio Regulador son cosas distintas. Aquél es mucho más amplio, puede

que mucho más genérico o más específico, pero desde luego, no puede asimilarse su régimen jurídico al del convenio regulador”.

54 La imparcialidad “significa no tomar partido e implica una actitud de equidistancia que no impide tratar de reequilibrar las diferencias de poder entre las partes”. Cfr. SÁNCHEZ DURÁN. “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, en Parkinson. *Mediación Familiar...* cit., p. 322.

55. DIEZ/TAPIA. *Herramientas para trabajar en mediación*. Barcelona 1999, p. 108.

56. Como bien ha referido, GARCÍA PRESAS —*La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid 2009, p. 194—, “el aspecto en el que existen matices diferenciadores entre las distintas legislaciones autonómicas en esta materia tiene que ver con la obligatoriedad de las partes a asumir la confidencialidad. Debe reseñarse, en este sentido, que lo más conveniente es que dicho principio obligue también a las partes, ya que, de este modo, se facilita, en cierta medida, no sólo el procedimiento, sino que éste consiga los deseables acuerdos”.

57. La LAMF no hace referencia expresa a los mismos.

58. Sobre el interés del menor, RIVERO HERNÁNDEZ. *El interés del menor*. Madrid 2007, 2ª edic., p. 54; De TORRES PEREA. *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid 2008, pp. 267 y ss.

59. Diferenciación de situaciones que nos parece más acorde con la realidad.

60. Sentencia 49/2007, de 26 de enero AP de Tarragona —JUR 2007/127650—; Sentencia 406/2004, de 28 de junio AP de Barcelona —JUR 2004/211563—.

61. CASTILLO MARTÍNEZ. “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”. *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar...* cit., p. 26;

62. GARCÍA PRESAS —*La mediación familiar...* cit., p. 363—, propone que las sesiones se realicen de modo privado o reservado entre ellos y los mediadores, para conseguir un diálogo más fluido con la persona en cuestión, alejada de posibles presiones, probables tendencias a la inhibición, o simple temor parental que no le permita intervenir con plena libertad. Es necesario crear un clima de confianza y empatía con el mediador, en la medida en que la interlocución con estos colectivos en muchas ocasiones no es fácil, para lo cual defiende la intervención con carácter preceptivo de un profesional especializado en materia psico-pedagógica con el fin de favorecer la comunicación.

63. Sobre el particular, Sentencia 190/2006, de 14 de mayo AP de Lleida —JUR 2008/205165—, en la cual se establece que “en el caso concreto lo que se persigue es la protección de los intereses de los menores en cuanto a titulares de su derecho a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo lo que, a su vez, incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas, conforme al artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Por lo tanto, y como se encarga de poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (R 160/2007) “lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de “cosificación”, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz en las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes”; Sentencia 1048/2002, de 17 de octubre AP de Barcelona —JUR 2004/3755—; Sentencia 355/2006, de 19 de mayo AP de Barcelona —JUR 2006/272097—; Sentencia 1/2007, de 5 de enero AP de Lugo —JUR 2007/133416—; Sentencia 32/2006, de 18 de enero AP de Valencia —AC 2006/669—. Vid. también, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo. Derecho Civil. Parte General. Madrid 2003, Tomo I, pp. 951 y ss.

64. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”. A.C. 1999, 1, p. 307.

65. Vid. al respecto, Sentencia 2006/2037, de 17 de mayo AP de Cádiz.

66. GARCÍA PRESAS —*La mediación familiar...* cit., p. 207— estima que “el propio hecho de que exista un punto de partida acordado, en relación con el procedimiento a seguir, supone que, en cierto modo, existe un formalismo que, por

la levedad de su estructura y del compromiso adquirido en lo que a su desarrollo se refiere, puede llegar a considerarse con la denominación de “antiformalismo” siendo, en realidad, el origen mismo de la flexibilidad que distingue, entre otras características, a la mediación familiar”.

67. La LAMF no prevé, en circunstancias excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, la posible utilización de medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación (art. 8.1 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya).

68. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, considera que se encuentran legitimadas para participar en un procedimiento de mediación los menores de edad, si tienen suficiente juicio e incluso instalo en ciertos supuestos, y, en todos los casos, los mayores de doce años (art. 4.2).

69. Sobre esta situación en la anterior Ley Catalana de Mediación Familiar, vid. VILLAGRASA ALCAIDE/VALL RIUS: “La mediación familiar en Catalunya: análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo”. *La Ley* nº 5 (2001), pp. 1744 y ss. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, permite cuando exista contradicción de intereses que los menores participen asistidos por un defensor o defensora (art. 4.2).

70. “La voluntad es si cabe la gran herramienta de los actuantes, para abordar la resolución de los conflictos en el seno familiar” (...) “lo que lleva a considerar la mediación como un acto familiar, derivado de la dimensión que adquiere la voluntad en actos trascendentales en la vida de todo individuo cuando tiene que superar una situación de conflicto, porque en la familia esto adquiere un especial significado habida cuenta que afecta de forma determinante a la propia historia configurando nuevos mapas relacionales, donde las emociones y los afectos tienen su marco central”. Cfr. HILDALGO MENA. “La mediación familiar. Un acto familiar”, en *Mediación y Orientación familiar...* cit., p. 236.

71. En este sentido, LÓPEZ SAN LUÍS. “Aspectos generales de la mediación familiar”. *Tendencias actuales del Derecho de Familia*. López San Luí/Pérez Vallejo (Eds.). Almería 2004, p. 49.

72. Vid. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana (art. 13.3) y la Ley 5/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias (art. 4.3 y 12.1).

73. La mediación preceptiva es contraria a la mediación como institución y, en concreto, al principio de voluntariedad. Es adecuado diferenciar entre el carácter preceptivo de la mediación, como medio obligatorio al que recurrir para solucionar un conflicto y el carácter preceptivo u obligatorio de una previa sesión informativa, con el fin de que las partes puedan conocer las ventajas de este mecanismo de resolución de conflictos. Esta medida es correcta en tanto que en la actualidad todavía no existe en España una cultura de mediación consolidada de igual forma en todas las Comunidades Autónomas.

74. En este sentido, LLOPIS GINER. “La mediación: concepto y naturaleza”. *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación familiar...* cit., p. 15; Vid. tb. MARTÍN CASALS. “La mediación familiar en el Derecho Comparado: algunas de las propuestas de regulación en España a la luz de las tendencias europeas”. *Jornadas Internacionales de Mediación Familiar*. 2000, pp. 43 y ss.; LÓPEZ SAN LUÍS. “Aspectos generales de la mediación...” cit., p. 50.

75. “El mediador familiar”, en *Mediación y Orientación Familiar...* cit., p. 155.

76. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, al referirse a las personas mediadoras en el artículo 3.1, exige los siguientes requisitos: 1º. Que se trate de una persona física; 2º. Que se encuentre en posesión de un título universitario de carácter oficial; 3º. Que acredite una formación y capacitación específicas en mediación, debidamente actualizadas de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente; 4º. Que esté colegiada en el colegio profesional correspondiente, o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración Pública. La nueva Ley catalana amplía el círculo de personas que pueden ser mediadoras, sin circunscribirlo a ninguno en particular.

77. Sobre el particular, HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid 2000, 2ª edic., p. 13.

78. Como ha referido MERINO —Situación de la mediación familiar en España...cit., p. 262—, “cualquier persona que quiera formarse en mediación tiene que empezar por una formación de su propio carácter, es decir, un proceso de formación personal para formarse como profesional mediador”.

79. Tal y como se estableció en el Foro Europeo de Mediación Familiar.

80. Nuevamente en la DT se hace referencia a las personas mediadoras con experiencia en mediación familiar, pues prevé que “aquellos/as profesionales que a la entrada en vigor de la presente Ley vengán realizando actuaciones de mediación familiar podrán ser habilitados para el ejercicio de la misma, a través del procedimiento que se establezca reglamentariamente”.

81. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, hace también alusión en su artículo 3.2 a dos tipos de figuras: a. Los “co-mediadores”; b. Los “colaboradores con el mediador”, como técnicos expertos.

82. A diferencia de lo que contempla la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, en cuyo artículo 22 se reconocen las amplias funciones a los colegios profesionales que integran a los profesionales que hacen mediaciones, tales como: a. Gestionar el registro de personas mediadoras que estén colegiadas y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña; b. Proponer al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan a un colegio profesional; c. Llevar a cabo la formación específica y declarar la capacitación de las personas mediadoras; d. Cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación; e. Comunicar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios abiertos a personas mediadoras; f. Colaborar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña en el fomento y difusión de la mediación; g. Introducir, en el ámbito de la formación especializada que lleven a cabo, el estudio de las técnicas de mediación, negociación y resolución alternativa de conflictos; h. Elaborar propuestas y emitir los informes sobre los procedimientos de mediación que le pida el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña; i. Elaborar una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación, que debe enviarse al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña; j. Llevar a cabo formación de capacitación en materia de violencia en el ámbito familiar, para detectar e identificar situaciones de riesgo, prestando una especial atención a las que afectan a personas en situación de dependencia.

83. A diferencia de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya (art. 22.c, g, j).

84. Pensamos en los Colegios profesionales de: Abogados, Psicólogos, Trabajadores Sociales, Graduados Sociales, etc.

85. Vid. art. 2 LAMF.

86. Al respecto, ha resultado bastante desalentador el actual contenido del artículo 14 del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de febrero de 2010, el cual al regular las condiciones para actuar de mediador establece que “podrán ejercer funciones de mediador las personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que posean, como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado u que se encuentren inscritas en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación”.

87. Ley 18/2006, de 22 de noviembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares (Título I).

88. Cfr. PÉREZ GIMÉNEZ. “La mediación familiar: perspectiva contractual”. Westlaw BIB 2006/2785, p. 4 (Aranzadi Civil nº 22/2006, Estudio). El art. 4 de la Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares establece que “mediante el contrato de mediación, una persona denominada mediador familiar se obliga a prestar los servicios de información, orientación y asistencia, sin facultad decisoria propia, a cuenta y por encargo de los sujetos que, perteneciendo a una misma familia o grupo convivencial, están en conflicto y que se obligan a retribuir sus servicios con la finalidad de llegar a acuerdos”.

89. Sobre el particular, vid. LÓPEZ SAN LUÍS. “Aspectos generales de la mediación familiar”. *Tendencias actuales en el Derecho de Familia...* cit., p. 65; PÉREZ GIMÉNEZ. “La mediación familiar: perspectiva contractual...” cit., p. 5; GARCÍA GARCÍA. *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid 2003, pp. 33 y ss.

90. Art. 9.1º, a) de la Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

91. Art. 9.1º, b) de la Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

92. Las partes pueden desistir previo aviso y en las condiciones que sean pactadas, en cualquier momento. Asimismo el mediador puede abandonar el procedimiento, previa comunicación a las partes cuando exista falta de voluntad por alguna de las partes, imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, o cuando concurra cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento.

93. Art. 24.1º Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

94. En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ. “*El nuevo régimen jurídico de la crisis...* cit.”, p. 110.

95. Recordemos de la importancia del tiempo cronológico y psicológico en todo proceso de mediación.

96. Cfr. BERNAL SAMPER. —“Mediación extrajudicial”. Mediación y protección de menores en *Derecho de Familia*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 2005, p. 48. En la Sentencia 158/2007, de 5 de marzo, AP Barcelona —JUR 2007/120785—, en la cual se cuestiona la determinación del régimen de visitas en un caso de divorcio, en el Fundamento Jurídico 2º queda reconocida la prevalencia de los acuerdos que en cada momento puedan alcanzar las partes por sí mismas con ayuda de sus letrados o en proceso de mediación familiar, estableciendo el carácter subsidiario de la sentencia en defecto de acuerdo.

97. Sobre los negativos efectos de esta situación, los cuales son en cualquier caso cuestionables, vid. GUILARTE GUTIÉRREZ. “La mediación: panacea cuestionable”. *Revista de Derecho de Familia*. Enero 2000, nº 6, p. 41.

98. El acuerdo de mediación debe ser considerado un negocio jurídico de Derecho de Familia, por las siguientes causas: 1ª. Es una manifestación de la autonomía de la voluntad, pues las partes en conflicto autorregulan las consecuencias del mismo; 2º. El objeto de la mediación, según la LAMF son los conflictos de familia; 3ª. Tiene eficacia entre las partes, siempre que reúna los requisitos necesarios para la validez de los contratos y respeten los límites del art. 1255 C.c. En este supuesto es donde el acuerdo de mediación se acerca al convenio regulador pendiente de homologación judicial. En este sentido, TORRERO MUÑOZ. “El acuerdo de mediación familiar”. *Estudios sobre la Ley Valenciana...* cit., p. 93.

99. El art. 19 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, diferencia entre: a. Propuestas: cuando los acuerdos afecten a materias y personas que necesitan de una especial protección, así como los de orden público que determinen las leyes, necesitando para su eficacia la aprobación de la autoridad judicial; b. Acuerdos.

100. En estos términos, LÓPEZ SAN LUÍS. “*Aspectos generales de la mediación...* cit.”, p. 58; VILLAGRASA ALCAIDE. “El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos”, en *La protección de las personas mayores*. Lasarte Álvarez (Dir.). Madrid 2007, p. 142.

101. Vid. Sentencia 132/2007, de 21 de febrero AP de Barcelona —JUR 2007/204550—, en la cual las dos partes en conflicto se imputan haber incumplido. Al respecto en el Fundamento Jurídico 2º se establece que “La resolución que se impugna no otorga fuerza vinculante al acuerdo previo alcanzado, tras el examen crítico del contenido de lo convenido, aun cuando respecto a algunos de los complejos pactos en él previstos las partes han procedido a su cumplimiento parcial (...)”.

102. Como bien ha apuntado, PÉREZ VALLEJO —“EL proceso de mediación familiar y los “acuerdos mediados”, en Tendencias actuales en el *Derecho de Familia*. López San Luís/Pérez Vallejo (Edics.). Almería 2004, p. 93—, este mecanismo es más económico y sencillo, dotando de un reconocimiento explícito a los acuerdos alcanzados tras un proceso de mediación familiar que, por excelencia, es extrajudicial, procediéndose a su inscripción en los Registros correspondientes y elevándose a la categoría de título ejecutivo.

103. La Sentencia 132/2007, de 21 de febrero AP de Barcelona —JUR 2007/204550—, destaca que según “la doctrina civilista no puede equipararse el acuerdo de mediación, cuya naturaleza jurídica es singular y típica, con ninguna categoría contractual, ni tampoco —mucho menos—, con el convenio regulador, que es un instrumento procesal específico del procedimiento de familia consensuado (...)”. “El derecho comparado pone de relieve que la mediación, como metodología, es en gran parte ajena al derecho, con importantes elementos incorporados de otras ciencias sociales, como la psicología y la teoría social de la gestión positiva de los conflictos, por lo que los acuerdos que se generen y que son producto de esta metodología, también son de una naturaleza mixta, puesto que en la mayor parte de los casos pueden contener una gran parte de elementos extrajudiciales que los distinguen de cualquier régimen contractual.

Respecto a su naturaleza, es esencial la impronta que les imprime la intervención del mediador, que confiere al acuerdo una serie de características singulares. En relación con los contratos privados, en la mediación la igualdad y equilibrio entre las partes ha sido garantizada de forma más efectiva por la intervención del mediador neutral e imparcial por lo que cabe presumir que el análisis de los conflictos y las soluciones alcanzadas han sido asumidas como ventajosas por las dos partes. En cuanto a la libertad de forma que es consustancial con el proceso de racionalización que caracteriza todo acuerdo de este tipo, que su eficacia quede condicionada por un periodo de revocabilidad que las propias partes suelen pactar, dentro del cual los intervinientes en el acuerdo tienen la oportunidad de sopesar todas las circunstancias concurrentes, principalmente las de trascendencia jurídica, que deben ser objeto de asesoramiento específico por los abogados de las partes, como condición necesaria para garantía de sus derechos. Junto a los anteriores elementos, el acuerdo de mediación puede contener manifestaciones de voluntad, expresiones de propósitos, menciones o intervenciones de terceras personas. También el acuerdo puede referirse a una gran variedad de negocios posteriores que no se perfeccionan con el acuerdo de mediación, sino que deberán ser objeto de puntual contratación o concertación posterior, incluso con la intervención de terceros o las actuaciones en entidades mercantiles, con personalidad jurídica diferenciada. En definitiva, que tales pactos o acuerdos de mediación son del todo punto extraños a los instrumentos jurídicos clásicos. De lo hasta ahora analizado resulta que no puede confundirse el acuerdo de mediación alcanzado por las partes, con el Convenio Regulador del artículo 90 del Código Civil (...). Este es un instrumento definido en sede procesal, propio del procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo, bien sea con carácter originario o sobrevenido, y su alcance viene determinado en su sentido jurídico, por un específico contenido legal de carácter obligatorio, suscrito siempre por los cónyuges, y exclusivamente por ellos, respecto del cual cualquier adición, declaración, intervención de tercera persona o condición, es extraña al mismo. El acuerdo de mediación, a diferencia del Convenio regulador, no es un instituto procesal y tampoco está vinculado a los procedimientos del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Puede ser anterior a la judicialización del litigio, posterior al mismo, puede referirse únicamente a aspectos parciales del litigio o insertarse en un proceso contencioso, sin que sea obstáculo para que, respecto al resto de las cuestiones a resolver en una crisis matrimonial, se mantenga la controversia judicial contenciosa". Vid. al respecto, MUÑOZ GARCÍA. "Aspectos jurídicos de la mediación familiar... cit.", p. 272.

104. Sobre los acuerdos mediados, vid. PÉREZ VALLEJO. "*El proceso de mediación familiar y los "acuerdos mediados"*... cit.", pp. 75 y ss.

105. Orden público familiar que actúa como límite a la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, en los casos relacionados con los hijos y solamente en los supuestos en los que, con el pacto que concierten los padres, se les pueda causar una lesión o un perjuicio.—Cfr. PÉREZ VALLEJO. Ídem, p. 81—. Planteamiento extensible también a los supuestos en los que el contenido de los acuerdos pueda atentar contra el bienestar de las personas dependientes, discapacitadas o incapacitadas judicialmente (art. 26 LAMF).

106. Sobre el particular cfr., "Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación", en *Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Sáez Valcárcel/Ortuño Muñoz (Dirs.), Madrid 2007, pp. 25 y ss.

107. Cfr. LOPES y SERRANO. "*Un modelo de evaluación general de la mediación familiar*". p. 1493.

108. Vid. TAMANZA/GENNARI. "Éxitos y fracasos en la mediación familiar. Factores de eficacia y análisis del procedimiento". *Revista Interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*. La trama, octubre 2003, n.º 7, pp. 1 y ss.

109. En este sentido, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. Conferencia de Clausura del II Máster en Mediación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 11 de diciembre de 2008.

110. LLOVERAS/LUC —"Mediación: perspectiva Argentina". *Revista General de Derecho Procesal* 18 (2009), p. 22—, defienden que la mediación es una buena fórmula para aplicar al conflicto no sólo como un método alternativo, ni tan siquiera como un complemento de la jurisdicción, sino como "un medio independiente de acceso a la justicia con un fin de pacificación social basado en la libertad de los ciudadanos". "Es una intervención pacifista y de respeto, por eso su utilización e incorporación a nivel social desde el ámbito específico de la resolución de conflictos, transmite su efecto pacificador trasladando nuevos modelos de interacción y comunicaciones capaces de crear una sociedad más armónica y democrática".

111. Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. "La mediación en la violencia doméstica y de género: un camino hacia el restablecimiento del equilibrio y la igualdad... cit." (en prensa).

112. En estos términos, LARRAURI PIJOÁN. “Justicia restauradora y violencia doméstica”. Hechos post-delictivos y sistema de individualización de la pena. Asúa Batarrita/Garro Carrera (Edcs.). Bilbao 2009, p. 141; GARCÍA GARCÍA. “En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos acudir a la mediación? La mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales (II)”. *Revista de Derecho de Familia*. Abril 2002, nº 15, p. 49.

113. BERNAL SAMPER —“Mediación extrajudicial... cit.”, p. 42—, estima que las características propias de la mediación sugieren que un lugar adecuado para situar los servicios de mediación está en la adopción de una fórmula mixta donde la atención personalizada y de calidad esté unida a la gratuidad o bajo costo del servicio. La independencia de la institución favorece la implicación de las partes en el proceso, la imparcialidad del mediador, la confidencialidad del proceso, la informalidad y la rapidez, evitando la burocratización. La mediación realizada dentro de otra institución, aunque no sea judicial, es volver otra vez a la institucionalización.

114. Como bien ha dicho, SUÁREZ RODRÍGUEZ —“Aspectos psicológicos y psiquiátricos en situaciones de crisis conyugal”. Mediación y protección de menores en Derecho de familia. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid 2005, p. 91—, “el trabajo de los profesionales que desde diferentes campos, psicológico, jurídico, social, se ocupan de la familia, es hoy día de una complejidad que precisa lentes nuevas de comprensión y formas acorde de abordaje”.

115. MERINO —“Entrevista a Merino”, en Situación de la mediación familiar en España... cit.”, pp. 266 y 267—, ha admitido que en el desarrollo de la mediación en España existe un “peligro fundamental” que es “verlo como un negocio, como algo que funciona con la ley de mercado, de esto es mío y no es tuyo... el perder de vista la actitud colaborativa, que es precisamente lo que se requiere en un proceso de mediación, y el que las personas profesionales de la mediación nos estemos olvidando de ello y tratemos de acapararlo y llevarlo a nuestro terreno, a nuestro colegio profesional, es hoy por hoy el principal peligro”. (...) “Asimismo, el pretender legislar la mediación de tal manera que un procedimiento de mediación sea un procedimiento “pseudojudicial” de segunda categoría, equiparable a un procedimiento judicial por lo protocolarizado y rígido que se defina, y se pierda esa autonomía de la voluntad, que es imprescindible al considerar la mediación como un proceso que devuelve el poder a las partes a la hora de tomar decisiones”.

116. Se produce el llamado proceso de “deuteroaprendizaje” que permite reajustar las propias creencias desde las cuales mejorar la capacidad de resolver los conflictos. Cfr. HIDALGO MENA. “Ámbitos de aplicación de la mediación familiar...cit.”, p. 194.

117. Un concepto que delimite bien la figura o institución de la mediación, diferenciándolo de otras figuras afines, con el objetivo exclusivo de dar por terminada la confusión imperante en las diferentes leyes autonómicas trasladables, en última instancia, al ciudadano.

118. Unificación de las licenciaturas y diplomaturas que permiten acceder al desempeño de esta actividad, formación específica posterior —especialista, experto o máster— y, en su caso, la creación de un título universitario específico de naturaleza interdisciplinar que habilite para el desempeño de dicha actividad, número de horas de formación, homologación de estudios y órgano competente para ello.

119. Sin embargo, como el actual Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de febrero de 2010 sea finalmente aprobado, nuevamente muchas de estas cuestiones quedarán sin resolver.

120. Es necesaria una Ley de mediación nacional que regule al menos los principios generales, ya que “si faltan esas directrices generales, puede caerse en el error de que cada autonomía regule independientemente la mediación familiar y, como sucede actualmente con los proyectos y anteproyectos, dependiendo de quien haya impulsado el proyecto —abogados, psicólogos, etc.— la ley tenga una determinada orientación sectorial”. Cfr. PÉREZ MARTÍN. “La carrera hacia la mediación familiar... cit.”, p. 18.

121. Ley 18/2006, de 22 de noviembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares (Título I).