

**Estudio Sistemático
de la Mediación Familiar:
Propuestas de
Actualización y Mejora**

Juan Carlos Ortiz Pradillo

Edita: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.
Diseño y maquetación: Jer Publicidad.
Imprime: EGESA.
Depósito legal: TO-0196-2006.
ISBN: 978 84-691-2594-6
Año: 2016

A Leyre, porque sin ella no puedo volar.

INDICE

Prologo 9

Capítulo I. Conflictividad Familiar y Mediación 15

1. EL CONFLICTO 15

 1.1. FUNDAMENTOS DEL CONFLICTO 15

 1.1.1. EL DESACUERDO 15

 1.1.2. LA PERCEPCIÓN DEL CONFLICTO COMO UN PROBLEMA 16

 1.1.3. EL REPARTO DEL PODER 17

2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA 18

3. LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS 21

 3.1. LA AUTOTUTELA 22

 3.2. LA AUTOCOMPOSICIÓN 23

 3.3. LA HETEROCOMPOSICIÓN 24

4. EL FRACASO DE LAS FÓRMULAS HETEROCOMPOSITIVAS (VÍA JUDICIAL)
EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES 24

 4.1. INSTRUMENTOS COLABORATIVOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS
RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE FAMILIA 28

4.1.1.	LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR.....	28
4.1.2	LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN, ORIENTACIÓN E INTERVENCIÓN FAMILIAR	30
5.	EL RENACIMIENTO DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS (Y AUTOCOMPOSITIVOS) A LA VÍA JUDICIAL	39
6.	VENTAJAS DE EMPLEAR LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES... ..	42
6.1.	DESCONGESIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL.....	42
6.2.	REDUCCIÓN DE COSTES.....	51
6.2.1.	MENOR DURACIÓN TEMPORAL.....	51
6.2.2.	MENOR COSTE ECONÓMICO.....	56
6.2.3.	MENOR DESGASTE EMOCIONAL.....	58
6.3.	MEJORA DE LA COMUNICACIÓN ENTRE LAS PARTES	58
6.4.	MAYOR FLEXIBILIDAD	60
6.5.	MAYOR SATISFACCIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.....	61
6.6.	MEJOR Y MAYOR CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES ...	63

Capítulo II. Marco Jurídico de la Mediación Familiar 65

1.	LA MEDIACIÓN EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO.....	65
1.1.	EL FOMENTO DE LOS MÉTODOS A.D.R. EN LA UNIÓN EUROPEA.....	65
1.2.	LAS INICIATIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONSUMIDORES....	67
1.2.1	MÉTODOS ADR EN MATERIA DE CONSUMIDORES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS	72
1.3.	MARCO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO COMUNITARIO	76
1.3.1.	LA NECESIDAD DE UN MARCO REGULATORIO COMÚN.....	77
1.3.2.	ANTECEDENTES: EL LIBRO VERDE DE 2002 Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL AÑO 2004.....	80

1.3.3.	LA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.....	82
2.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA.....	99
2.1.	LA REGULACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL EN MATERIA CIVIL	99
2.2.	LA LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.....	102
2.3.	LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN OTROS SECTORES RELACIONADOS CON LA FAMILIA	106
2.3.1.	LA MEDIACIÓN Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ORDEN PENAL.....	106
2.3.2.	LA MEDIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR..	112
2.3.3.	MEDIACIÓN, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DELITOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR.....	114
3.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO AUTONÓMICO.....	134

Capítulo III. La mediación familiar en Castilla-La Mancha 143

1.	FAMILIA Y SERVICIOS SOCIAES.....	143
1.1.	SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS Y SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS	145
1.2.	PLANES Y PROGRAMAS DE ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN APOYO A LA FAMILIA	146
2.	LOS SERVICIOS SOCIALES EN CASTILLA-LA MANCHA.....	147
2.1.	LOS SERVICIOS SOCIALES GENERALES Y ESPECIALIZADOS EN CASTILLA-LA MANCHA	148
2.1.	PLANES Y PROGRAMAS DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN CASTILLA-LA MANCHA DIRIGIDOS A LA FAMILIA	153
3.	EL SERVICIO SOCIAL ESPECIALIZADO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN CASTILLA-LA MANCHA.....	155
3.1.	MARCO NORMATIVO.....	156

3.2.	OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	157
3.2.1.	ÁMBITO MATERIAL: DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO PRIVADO, DERECHOS “DISPONIBLES” Y DERECHO DE FAMILIA	159
3.2.2.	CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL.....	162
3.2.3.	OTROS CONFLICTOS FAMILIARES	163
3.3.	ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS Y ENTIDADES MEDIADORAS EN CASTILLA-LA MANCHA	170
3.3.1.	REQUISITOS	172
3.4.2.	DERECHOS Y DEBERES	175
3.4.3.	INCOMPATIBILIDADES	177
3.4.4.	RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y SANCIONADOR.....	179

Capítulo IV. Los Principios Rectores de la Mediación Familiar..... 183

1.	LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN	183
1.1.	VOLUNTARIEDAD.....	184
1.1.1.	VOLUNTARIEDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	185
1.1.2.	VOLUNTARIEDAD Y MEDIACIÓN OBLIGATORIA.....	186
1.1.3.	VOLUNTARIEDAD Y FLEXIBILIDAD PROCEDIMENTAL.....	201
1.2.	NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD.....	206
1.2.1.	NEUTRALIDAD COMO «ACTITUD» DURANTE LA BÚSQUEDA DEL ACUERDO.....	206
1.2.2.	IMPARCIALIDAD COMO «CUALIDAD»: AUSENCIA DE INTERÉS PERSONAL	211
1.2.3.	LA PROFESIONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD	214
1.3.	CONFIDENCIALIDAD.....	217
1.3.1.	DIFERENCIAS ENTRE CONFIDENCIALIDAD, SECRETO PROFESIONAL Y DEBER DE RESERVA.....	220

1.3.2.	ÁMBITO SUBJETIVO DE LA CONFIDENCIALIDAD.....	225
1.3.3.	ÁMBITO OBJETIVO DE LA CONFIDENCIALIDAD.....	226
1.3.4.	LÍMITES LEGALES A LA CONFIDENCIALIDAD.....	228
1.4.	GRATUIDAD.....	230
1.5.	PRESENCIALIDAD.....	234
1.5.1.	PRESENCIALIDAD Y MEDIACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS TELEMÁTICOS.....	236

Capítulo V. Conclusiones y Propuestas de Reforma de la Ley de Mediación Familiar en Castilla-La Mancha 241

1.	CONCLUSIONES GENERALES.....	241
2.	LOS MÉTODOS ADR: ¿DESCONGESTIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL O PREVENCIÓN DE CONFLICTOS?.....	242
3.	LA HIPERTROFIA LEGISLATIVA AUTONÓMICA.....	246
4.	LA AMPLIACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CASTILLA-LA MANCHA.....	249
4.1.	NUEVOS ÁMBITOS DE MEDIACIÓN EN LA LEY 1/2015.....	254
5.	INCONVENIENTES DE LA “ATOMIZACIÓN” DE LEYES AUTONÓMICAS.....	256
5.1.	DISPOSICIONES SUPERFLUAS.....	257
5.2.	LA “TERRITORIALIZACIÓN” DEL MEDIADOR.....	261
6.	EL COSTE Y LA FINANCIACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.....	262
6.1.	EL FOMENTO DE LOS MÉTODOS ADR Y LAS TASAS JUDICIALES.....	265

Bibliografía 271

PRÓLOGO

El hecho de que una persona que merece tu máximo respeto académico y admiración intelectual te pida que prologues su libro constituye uno de los mayores honores que puede recibir un universitario. El profesor Juan Carlos Ortiz Pradillo es merecedor de tal respeto y tal admiración y, además, es poseedor de una generosidad de la que he sido testigo afortunada en muchos momentos de nuestra vida académica común. El honor que me hace, por lo tanto, es tan grande como innecesario.

La tarea encomendada no resulta sencilla, por cuanto un prólogo debe ser, según indican algunas de las acepciones del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, un texto preliminar que sirva de introducción a la obra o una primera parte de la misma que se refiera a hechos anteriores a aquélla o que constituyan reflexiones sobre su tema central. Para cumplir mi tarea deberé, por tanto, ceñirme a la misión de aportar aquello que yo conozco y que puede ayudar al lector a comprender el mérito del trabajo, limitándome a lo que me corresponde, al estricto cumplimiento de lo que el sentido etimológico del término obliga, a lo que es previo a la palabra, *pro-logos*.

Comienzo por el autor. El profesor Ortiz Pradillo es una de las más brillantes realidades de la nueva generación de profesores e investigadores de la Universidad de Castilla-La Mancha. Pese a su juventud, el rigor académico, la formación profunda y la percepción aguda de los nuevos desafíos a los que el derecho puede dar una respuesta a la sociedad actual, le han llevado en los últimos años a trabajar de una manera integral y amplia la institución de la mediación. De su natural modestia conozco también que se sentirá incomodado si me prolongo en la descripción de los méritos, que son muchos, que le acompañan, por lo que voy a pasar a resaltarlos a través de la referencia a la obra prologada.

El trabajo que ve la luz tiene una característica que le hace especial a los ojos del estudioso de la mediación, pero también de cualquier operador práctico que quiera conocer de manera sencilla, y a la vez profunda, los conceptos básicos y el marco jurídico de la mediación en España. La especialidad consiste en constituir un análisis plenamente vigente de la realidad de la mediación en nuestro país y ser, al tiempo, punto de partida para una nueva generación de leyes autonómicas de mediación que sirvan para ampliar el camino iniciado por la mediación en conflictos de pareja.

Comienza el autor con un detallado análisis del conflicto y de la familia, de los conceptos y fundamentos que los caracterizan, de los métodos de resolución de conflictos y del fracaso que la vía judicial supone generalmente a la hora de solucionar el conflicto cuando éste afecta a las relaciones familiares, así como el redescubrimiento del valor de la mediación en esta materia y las ventajas de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Una joya se esconde, apenas apuntada, entre estas primeras páginas, cuando en el apartado quinto de este primer capítulo el autor sugiere, desde el mismo título, la referencia del renacimiento de los métodos alternativos a la vía judicial. Frente al entusiasmo del neófito, el profesor Ortiz Pradillo demuestra el conocimiento profundo, remontándose aunque sea de forma breve, a los antecedentes y los orígenes históricos de mediaciones e intermediaciones que se han utilizado con consecuencias jurídicas a través de los tiempos. Como señala el Eclesiastés (1:9) *nihil novum sub sole*.

Estas páginas, que podrán ser desarrolladas por el autor en estudios posteriores, tienen la información concisa que nos deja en los labios la miel del querer saber más, y ese afán que se despierta en el lector es propio de los trabajos importantes, de los sólidos planteamientos y de la escritura impecable.

Los capítulos II y III se refieren al marco jurídico de la mediación familiar en Europa, en España y en Castilla-La Mancha, aunque también contienen referencias a otras mediaciones desarrolladas e implementadas en los últimos años, especialmente en materia de consumo, nuevas tecnologías y, en España, a los grandes desafíos introducidos con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como las oportunidades que se ofrecen en el orden penal, incluido el derecho penal de menores y la situación de especial exclusión de la mediación en el caso de la violencia de género y las posibilidades de eludir dicha limitación.

Tras un breve recorrido por el derecho autonómico patrio, el autor centra el tercer capítulo en la mediación familiar en Castilla-La Mancha. Aquí se nos ofrece un estudio amplio y riguroso de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, que ha mantenido su vigencia en Castilla-La

Mancha hasta el 15 de Marzo de 2015, momento en que ha entrado en vigor la reciente Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

El autor no se limita al análisis del marco normativo del servicio social especializado de mediación familiar, sino que lo hace desde un acreditado conocimiento de los planes y programas de actuación en materia de familia de los servicios sociales de la región objeto del estudio, así como del estatuto jurídico del mediador.

Este análisis se completa con una parte que constituye, a mi juicio, uno de los grandes valores del trabajo del profesor Ortiz Pradillo, cual supone el análisis detallado y riguroso de los principios rectores de la mediación familiar. A la utilidad e interés indudable de su libro se añade lo que, a mi juicio, está llamado a convertirse en elemento nuclear y de referencia en el estudio de la mediación. El contenido jurídico de los principios en la mediación es algo que, he observado, no ha desarrollado de forma suficiente su potencial, debido sin duda al ámbito preferente de su aplicación en los servicios sociales, y se ha tratado en muchas ocasiones como una cuestión adjetiva en el proceso de dicha mediación.

El autor, sin embargo, con gran rigor académico, destaca y pone en su justo valor a los principios que, como he señalado, en muchas ocasiones no son tenidos más que como un elemento que adorna una institución pero sin concreción ni aplicación en la práctica cotidiana. El desarrollo del contenido de principios tales como la voluntariedad, la neutralidad e imparcialidad y las diferencias entre ellos, la profesionalidad, confidencialidad y la oralidad o presencialidad, nos reafirman en su calificación como de principios esenciales, constitutivos incluso de los que la mediación es.

No así, como señala el autor, el principio contenido en la Ley 4/2005, antes mencionada, de la gratuidad de mediación, que no afecta a la esencia de la misma y que fue incluso cuestionado por la legislación autonómica posterior, por la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha en su artículo 37,2,e, así como por la vigente Ley 1/2015, ya mencionada, que en su artículo 10 se refiere al coste de la mediación.

Esta cuestión excede, sin duda, al simple hecho de sobre quién se debe repercutir el coste de la mediación o, incluso, si todas las mediaciones deben tener el mismo tratamiento en esta materia. Para algunos, la gratuidad de la mediación constituye un impulso decisivo a su implantación, al favorecimiento de una cultura de la mediación. Sin embargo, en ocasiones, el cómo se lleva a la práctica esta gratuidad puede suponer la existencia de auténticos monopolios públicos de la mediación que impiden el florecimiento de una actividad y, por lo tanto, la posibilidad real de elección del mediador por las partes.

Uno de los riesgos que conlleva la mediación familiar es, precisamente, que su incardinación en el ámbito social nos conduzca, de manera interesada, a una perspectiva de confrontación entre lo público y lo privado, como la que ha caracterizado el debate de las políticas sociales en los últimos años. Esta confrontación debilitaría la institución de la mediación, que tiene en su esencia la necesaria confianza de las partes en el mediador, lo que sólo se garantizará de forma suficiente cuando se arbitren los mecanismos necesarios para que las partes puedan efectuar la libre elección del mismo.

En relación con la presencialidad, el profesor Ortiz Pradillo nos plantea la posibilidad de cumplir con este principio en las mediaciones realizadas a través de medios telemáticos, con referencia a las posibilidades expresas que se recogen en algunas leyes autonómicas y establece la posición, bien fundamentada, del autor al respecto.

El último capítulo constituye, a la vez, punto y final y punto de partida de lo que es la Obra, con mayúsculas, del profesor Ortiz Pradillo. Lo es en tanto que son sus conclusiones y propuestas de reforma de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha las que han constituido el núcleo inicial, y también el principal, de la nueva reciente Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. Doy fe de ello, puesto que fui la persona que tuvo el privilegio de encargar al autor la elaboración de lo que constituyó el primer borrador de dicha ley.

Durante casi dos años la sociedad de Castilla-La Mancha, a través de los colegios profesionales, asociaciones y entidades especializadas en mediación, la judicatura, la fiscalía y la Universidad integraron un grupo de trabajo que tuvo, en muchas ocasiones, las características de una comisión legislativa. En la pluralidad de los planteamientos tanto como en las dificultades técnicas, e incluso en la necesidad de reconducir el, en ocasiones, inevitable afán expansivo de las competencias reguladoras en esta materia, el profesor Ortiz Pradillo tuvo un papel muy destacado.

La Ley 1/2015 de Castilla-La Mancha no ha tenido una autoría única. Ha sido una ley coral en su gestación y aprobada por unanimidad en las Cortes de Castilla-La Mancha. La Presidenta de Castilla-La Mancha que firma esta ley puede tener el legítimo orgullo de que en su elaboración participaron de forma generosa, altruista, los mejores, que dejaron en ella, también, lo mejor de ellos mismos.

En el caso del profesor Ortiz Pradillo, la prueba de su participación es el valor de su estudio. Nunca antes una reforma legislativa contó con un estudio preliminar de la magnitud del que hoy tengo el honor de prologar. En él, el autor hace propia la fórmula del análisis cartesiano de “dividir cada una de las dificultades, que examinare, en cuantas partes fuere posible y en cuantas requiriese su mejor solución”.

Es también, de alguna manera, lo que debe hacer el mediador para ayudar a que las partes aborden y resuelvan el conflicto. En la mediación y en la investigación, los caminos confluyen, a veces.

Quedan pendientes nuevos estudios del autor sobre la mediación. Sin duda, con el tiempo, vendrán nuevos análisis, la perspectiva de la interpretación histórica que constituye la nueva ley de Castilla-La Mancha, de sus desarrollos normativos y de su aplicación en la práctica.

En todas las grandes investigaciones, el camino se bifurca en ocasiones, presenta opciones y alternativas aún inexploradas. Es una difícil decisión la de elegir un rumbo y llevarlo hasta el final, el mismo final que nosotros nos marcamos. Decir “hasta aquí” es la mayor de las complicaciones a las que se enfrenta el investigador. Pero esos senderos apenas atisbados pueden, deben ser retomados en el futuro. Por el momento, nos quedamos con una obra completa, necesaria y actual, que reúne dos grandes valores: nos ofrece un estudio detallado, riguroso y esencial de la figura de la mediación en España y en Castilla-La Mancha; y por otra parte nos proyecta hacia el futuro de la mediación con el que enlaza por la trayectoria del autor y por las propias consecuencias prácticas, ya acreditadas, de este trabajo.

Concluyo, pues, la presentación de una obra que tiene unas características que la hacen merecedora del calificativo de extraordinaria. En pocas ocasiones tenemos los investigadores la enorme fortuna de que nuestros conocimientos sirvan de manera directa y amplísima a cambiar la vida de las personas, a contribuir de manera directa al servicio público, al bien común. Juan Carlos Ortiz Pradillo lo ha hecho.

En Toledo, a 25 de junio de 2015

Silvia Valmaña Ochaita

Profesora Titular de Derecho Penal. UCLM

Directora General de Familia, Menores y Promoción Social.

Gobierno de Castilla-La Mancha

CAPÍTULO I.

Conflictividad familiar y mediación.

1. EL CONFLICTO

1.1. FUNDAMENTOS DEL CONFLICTO

1.1.1. EL DESACUERDO

El desarrollo de las sociedades actuales, caracterizadas por la gran diversidad de los miembros que las componen en lo que respecta a diferencias de raza, religión, lengua, tendencias sexuales, costumbres o cultura, y ello unido al reconocimiento y protección de dichas diversidades por parte de los poderes públicos, de modo que todo ciudadano pueda expresarse libremente, cuente con igualdad de oportunidades y pueda ejercitar el libre desarrollo de su personalidad, conduce inevitablemente al aumento de disensiones, conflictos y enfrentamientos entre los individuos y los grupos que perciben sus diferencias como irreconciliables o antagónicas¹. Ello significa reconocer que en cualquier faceta de nuestra vida cotidiana se producen frecuentemente desacuerdos con los demás. Ya sea en nuestra relación de pareja, en la familia, en el trabajo o en el ámbito educativo, con los amigos, etc., surgen tensiones con motivo de la discrepancia de opiniones, deseos o intereses. El reconocimiento de poder expresar libremente nuestras opiniones, gustos, ideas, etc., conlleva inexorablemente que se produzcan desacuerdos cuando nos encontramos con personas con otros gustos, aficiones, ideas, etc.

La mayoría de esos conflictos son fácilmente reconducibles y, por tanto, solucionados, ya sea a partir de una decisión que nos reconforta, o bien a través de una decisión que, aunque pueda no llegar a coincidir con nuestros planteamientos, cede-

1 ALCOVER DE LA HERA, C., “La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial”, en VV.AA., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 113.

mos en pos de un beneficio colectivo (lo que diga la mayoría), o de nuestros intereses individuales futuros (hoy por ti, mañana por mí). Sin embargo, estas tensiones no son tan fácilmente reconducibles en determinadas situaciones, y nos llevan a una situación de enfrentamiento o confrontación que puede concluir con la ruptura de la relación (de amistad, laboral, de pareja, etc.), e incluso derivar en una situación de violencia física o verbal. Por ello, la clave radica en entender el conflicto como aquella situación en la que dos o más personas entran en oposición o desacuerdo porque sus posiciones, intereses, necesidades, deseos o valores son incompatibles, o son percibidos como incompatibles, donde juegan un papel muy importante las emociones y sentimientos, y donde la relación entre las partes en conflicto puede salir robustecida o deteriorada en función de cómo sea el proceso de resolución de dicho conflicto².

1.1.2. LA PERCEPCIÓN DEL CONFLICTO COMO UN PROBLEMA

La percepción del problema es nuestra forma de recibir o interpretar el conflicto, sus causas y sus consecuencias. Para que exista un problema es necesario que el mismo se perciba como real por alguna de las partes. Es posible que la contraposición de intereses sea una falsa contraposición que no se corresponda con la realidad, pero sin embargo, si alguna de las partes lo percibe como un problema, estaremos entonces ante un conflicto. Ahora bien, dicho conflicto puede ser percibido como el peor de nuestros problemas, no darle gran importancia, e incluso entenderlo como una ocasión para mejorar nuestra vida. Una de las peculiaridades más relevantes de la psicología humana radica en las distorsiones perceptivas y cognitivas con que se afronta el mismo conflicto, pues las situaciones sociales que acompañan al conflicto son interpretadas de modo absolutamente distinto, en función del modo cómo uno es afectado por el conflicto³. Y así, un problema siempre puede ser analizado desde un punto de vista positivo, pues en ocasiones, el conflicto (la tensión) posibilita el cambio de nuestro comportamiento, la modificación de nuestros patrones y prejuicios, o falsas ideas arraigadas. Y en ambientes colectivos, el conflicto puesto en relación con la motivación, la autocrítica o el afán de superación, puede servir para favorecer la cohesión del grupo, mejorar su productividad, o la creatividad de sus miembros.

Es más, el conflicto resulta, en ocasiones, avivado desde las instituciones al ser interpretado como algo positivo para la sociedad en general. Así sucede, por ejemplo, con el Derecho a la huelga, que no sólo se reconoce como un instrumento válido y

2 DE DIEGO VALLEJO, R. / GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, ed. Pirámide, Madrid, 2006, p. 39.

3 SERRANO, G., "Percepción y Conflicto", en VV.AA., *Mediación: un método de ? Conflictos*, ed. COLEX, Madrid, 2010, p. 41.

permisible de conflicto colectivo en el ámbito laboral, sino que se regula legalmente su ejercicio y se reconoce como un derecho fundamental de los trabajadores. Otro ejemplo sería la competitividad entre las empresas por hacerse un hueco en el mercado y poder así vender mejor sus productos y llegar a un mayor número de consumidores. Dicha competencia no sólo se entiende como algo necesario y bueno para los consumidores, que se verán beneficiados por la “lucha” entre las empresas por ofertar sus productos y servicios a un precio menor, sino que incluso se prohíbe la posibilidad de que las empresas puedan llegar a pactos o acuerdos a la hora de ofertar sus productos y servicios, y repartirse determinadas cuotas de mercado mediante la concertación de precios que anulen, de facto, una competencia real.

Sin embargo, el conflicto suele ser siempre visto como un problema y una fuente de males, especialmente para uno mismo. Pero una incorrecta percepción del conflicto, guiado por las emociones y por pensamientos irracionales, puede llevarnos a distorsionar el alcance real del conflicto, magnificarlo, y a pensar negativamente en la imposibilidad de encontrar una solución a nuestro problema. Es entonces cuando entra en escena un tercero (un amigo, nuestra pareja, un familiar, o un profesional) que, no contaminado con nuestras percepciones, nos aconseja y ayuda en la forma de encarar dicha situación y buscar una solución al respecto.

1.1.3. EL REPARTO DEL PODER

Otro de los elementos nucleares del conflicto, clave para la comprensión del porqué surge y cómo se resuelve, es la distribución del poder en ese conflicto, entendiéndose por “poder” la capacidad que tiene un sujeto de influir en la voluntad o la conducta de otro sujeto. Esto es, cuando se produce un enfrentamiento entre varios sujetos, hay que ver cuál es el grado de poder de cada uno de ellos (las fuerzas con las que cuentan) dentro del grupo o dentro de la disputa, para una correcta comprensión de la magnitud del conflicto y de las posibilidades de llegar a una solución pacífica y definitiva del mismo. Cuando las fuerzas o el nivel de poder son claramente desiguales, uno de los miembros puede imponer su voluntad unilateralmente sobre el resto, sin necesidad de dialogar ni ceder. No resulta necesario someter la solución al consenso, pues basta con que el más fuerte tome una decisión para que el resto del grupo tenga que cumplir con la misma. Sin embargo, la imposición de una decisión no suprime o elimina las diferencias ni las apacigua. Puede que éstas queden marginadas o controladas, pero no desaparecen, sino todo lo contrario, se enquistan y permanecerán latentes. El sentimiento de sometimiento a la decisión del más fuerte genera resentimiento, y puede dar lugar a posteriores enfrentamientos, sublevaciones, etc.

Al contrario, cuando el reparto de fuerzas es más o menos equitativo, o en todo caso no es privativo de una de las partes, surge la necesidad de negociación entre las mismas, pues ambas saben que no pueden imponer unilateralmente su voluntad. Para ello, debe existir una necesaria *interdependencia estratégica*⁴ entre ambas partes, en el sentido de que ninguna de ellas pueda conseguir por sí misma un resultado satisfactorio, sino que se necesitan mutuamente, para que deban negociar. Y es con motivo de dicha negociación cuando las partes, bien *motu proprio*, bien ayudadas por un tercero, comienzan a pensar en la fórmula, que más convenga a sus intereses o menos perjudicial le resulte, de solventar el conflicto. Pero a su vez han de tener presente los deseos, intereses u opiniones de la otra parte, pues son concededoras de que una solución que resulte claramente perjudicial para la otra parte no será nunca aceptada por aquélla.

Aún cuando no exista un reparto equitativo o igualitario del poder entre las partes, ambas tienen algo que ofrecer, cuentan con ventajas y desventajas, algo que ganar y algo que perder. En definitiva, la necesidad de obtener algo que no se tiene, y el rechazo a perder aquello que se posee o disfruta, son elementos que van a marcar la marcha de la negociación entre las partes.

2. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA

No cabe duda de que se ha producido una profunda transformación en el modelo tradicional de familia, o en el concepto de lo que entendemos por *familia*. Y son dos los factores más relevantes que podemos apreciar a la hora de intentar explicar el aumento de la conflictividad familiar y de la complejidad a la hora de abordar y solventar los conflictos intrafamiliares. De una parte, la modificación de lo que hoy constituye la estructura familiar, tras la aparición de nuevas formas de convivencia, tales como uniones de hecho, familias monoparentales, familias compuestas por miembros que provienen de rupturas previas, con hijos e hijas por una o ambas partes, hermanos o hermanas de un solo progenitor o progenitora, a lo que debemos añadir el aumento del número de adopciones (incluidas las de carácter internacional, con hijos de distinta raza), fecundaciones *in vitro*, la capacidad de la mujer de controlar su fecundidad, y por tanto, su descendencia, o el retraso en el momento de la emancipación familiar de los hijos. Y de otra, una clara desaparición del patriarcado y del estilo autoritario en el que se seguían siempre a rajatabla los mandatos del padre o patriarca, incrementada por el cuestionamiento de los roles de género, tanto en la familia como en la Sociedad en general, fundamentalmente en lo que se refiere al

4 VECINA CIFUENTES, J., “Estrategias ante el conflicto: ¿negociar o litigar?”, en VV.AA., *Mediación: un método de ? Conflictos*, ed. COLEX, Madrid, 2010, p. 289.

papel de la mujer, que al incorporarse al mercado de trabajo, trae consigo una importante modificación de las relaciones familiares sustentadas hasta entonces en la dependencia económica de todos los miembros con respecto al padre, así como una necesaria reforma de la asignación tradicional de las obligaciones y responsabilidades domésticas entre los cónyuges.

Esta nueva composición de la vida familiar ha aumentado la conflictividad interna, así como la complejidad a la hora de buscar una salida negociada a los problemas. Tal y como describe MORENO MARTÍN⁵ de manera acertada, *el modelo familiar basado en el padre proveedor de ingresos, la madre ama de casa y educadora de los hijos, y éstos obedientes y sumisos, representado en la iconografía cinematográfica y televisiva del siglo XX como un grupo de apoyo mutuo en el que los problemas se resolvían mediante el diálogo pero respetando la autoridad y las demandas de cada rol, ha desaparecido como referencia cultural normativa y no ha sido sustituido por otro que genere la motivación suficiente como para que se erija en modelo de comportamiento familiar*. No existe una referencia de cómo actuar, de modo que *el conflicto se hace no sólo inevitable sino que puede verse como un mal necesario: mostrar conformidad puede suponer un retroceso en las posiciones de cada uno de los miembros de la unidad familiar. Así, los cónyuges compiten para igualar o superar sus salarios respectivos o por no asumir determinadas tareas. La íntima sensación de estar en peligro de perder la independencia, de someterse a una rutina empobrecedora o reproducir un rol socialmente desprestigiado (esposa sumisa, marido acabado) parece empujar a los miembros de la pareja a vivir en una incompatibilidad permanente, en un conflicto de baja intensidad imprescindible para la supervivencia del yo*.

En el caso de los niños y adolescentes el cambio en la concepción de la necesidad o no del conflicto parece evidente. En los años 70, las consignas que emanaban de los potentes movimientos sociales juveniles (la mística hippie, el antiautoritarismo poético del 68, el pacifismo, la objeción de conciencia, ...) animaron las propuestas pedagógicas sustentadas en el mito del buen salvaje: el desarrollo integral del menor pasaba por eliminar la represión y acompañar amorosamente la entrada en el mundo de los nuevos hombres y mujeres libres, y ofrecerles un ambiente de seguridad y rico en opciones que les permitiera desarrollar su creatividad y su identidad sin influencias, lo que podría traducirse en evitar en la medida de lo posible el conflicto vinculado a la obligación. No era necesario confrontar a los menores con la autoridad pues era el autoritarismo de la familia patriarcal lo que había creado una sociedad de hombres y mujeres reprimidos e infelices. Los años noventa, pero muy especialmente la primera década de este siglo XXI, ha asociado los problemas de disciplina, drogadicción y fracaso escolar de los jóvenes y adolescentes de las últimas generaciones con la falta de autoridad de los padres y con la debilidad a la hora de marcar límites. El modelo ha cambiado radicalmente y lo que antes era anatema (frustrar la expresión natural del pequeño) ahora es una recomendación: los límites, las frustraciones, fortalecen el carácter y genera felicidad. El problema es que ahora se exige a los padres que pongan límites, corrijan y confronten pero sin un modelo

5 MORENO MARTÍN, F., "La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto", en VV.AA., *Mediación: un método de ? Conflictos*, ed. COLEX, Madrid, 2010, p. 32.

*claro de para qué. En el modelo tradicional el propósito era claro: las correcciones, la represión y la disciplina tenían como fin que el niño aprendiera a obedecer, que cumpliera las normas sociales, que reprimiera su agresividad, su espontaneidad y reprodujera el orden social (“hay que usar el usted con los mayores”, “hay que obedecer al maestro”, “eso no se hace”, “eso no se dice”, etc). El modelo cultural de crianza se ha modificado radicalmente porque casi nadie toma como referencia que su labor educativa está orientada a que el niño sea obediente y funcional al sistema. Lo que los padres contemporáneos desean es que el niño sea “él mismo”. Se ha mantenido la referencia teórica del buen salvaje roussoniano (la identidad surge del interior y cualquier influencia externa es pernicioso para la bondad) pero se censura como negligente al progenitor que emplea el *laissez faire* y se le conmina a que ponga límites, corrija, reprenda y castigue esa libre expresión infantil cuando no nos agrade.*

La consecuencia más directa de este cambio en el modelo de Sociedad y familia, es el surgimiento de lo que podría denominarse un «nuevo pacto conyugal⁶», caracterizado por la negociabilidad de los términos de la convivencia, tanto en la forma en la que se inicia, como en la que se desarrolla y, eventualmente, puede terminarse. Y sin embargo, esa negociabilidad y esa continua equiparación de poderes entre los integrantes de la unidad familiar no ha dado lugar a una menor conflictividad en el seno de la pareja, sino al contrario. Ha ocasionado que los conflictos que surgen en su seno sean de naturaleza más compleja y difíciles de resolver, ya que los conflictos familiares exceden del ámbito de las crisis matrimoniales y de pareja, y se amplían también a discusiones referidas a la convivencia intergeneracional entre progenitores e hijos (conflictos entre padres y adolescentes debido a su forma de vida, comportamiento familiar, conflictos con los hijos con segundas parejas de sus progenitores, entre hijos de las parejas, entre la familia acogedora, los acogidos y la familia biológica, o en los supuestos de adopción etc.), entre hermanos (conflictos hereditarios, de atención a progenitores) hijos con miembros de la familia extensa (conflictos abuelos-nietos), etc⁷.

Estamos ante un modelo de familia diversa, menos jerárquica y más igualitaria, con menor sumisión o dependencia de una de las partes con respecto a la otra, y sin embargo, esa mayor autonomía e igualdad no provoca el resultado de que las partes en conflicto puedan dialogar, y en su caso, ceder, transigir y llegar a un acuerdo. Al contrario, se muestran incapaces de resolver sus problemas sin acudir a un tercero (familiar, terapeuta, juez...), por lo que al final, el conflicto se acaba judicializando y se encomienda a un tercero imparcial (juez) que resuelva el problema mediante la imposición de lo que él considere más justo (ajustado a Derecho), aunque la materia sobre la cual decidir tenga un importante componente afectivo, emocional, que no

6 LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 19 y ss.

7 HINOJAL, S., “La mediación familiar y su regulación. Análisis comparativo de las leyes de mediación familiar”, *Trabajo Social Hoy*, 2005, vol. I, p. 63.

conoce de leyes (cómo relacionarse con los hijos comunes, cómo decidir sobre su educación futura, alimentos, cómo repartir el patrimonio doméstico común, etc).

3. LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El Ordenamiento jurídico tiene por una de sus misiones principales prevenir y resolver de manera pacífica y definitiva los conflictos que puedan surgir entre los miembros de la comunidad, ya sean de manera individual o intersubjetiva, ya sean de manera colectiva o incluso frente a la propia Administración. Podría afirmarse que la prevención de los conflictos se lleva a cabo a través de la regulación en el ordenamiento material de cada uno de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, las facultades que les autorizan a realizar determinadas conductas, o los deberes y compromisos que les prohíben acometer determinadas actuaciones.

La resolución de los conflictos, por su parte, se hace necesaria cuando las desavenencias y controversias individuales o sociales llegan a un punto en que resultan irreconciliables, de manera que es preciso buscar algún mecanismo que posibilite la resolución de tales conflictos y, consiga restaurar la paz social. A lo largo de la historia, sabemos que se han desarrollado diversos métodos de solución de conflictos que pueden ser agrupados en tres modelos.

3.1. LA AUTOTUTELA

La autotutela, también denominada “autodefensa” o “justicia privada”, constituiría la fórmula más primitiva de solventar las desavenencias, al regirse por el uso de la fuerza para imponer la solución al litigio. Los caracteres propios de este mecanismo de solución de conflictos serían, de un lado, la inexistencia de un tercero ajeno a las partes, pero sobre todo, la imposición coactiva de la decisión de una de las partes sobre la otra (el uso de la fuerza), a lo que habría que añadirse la indiferencia respecto a si dicha solución se adopta o no a través de un procedimiento preestablecido⁸. Las causas que originan el recurso a esta modalidad de resolución de conflictos puede ser muy diversa: desde el propio deseo egoísta de obtener la satisfacción u otro tipo de beneficios (ej., la guerra, el duelo), hasta la frustración derivada de las propias deficiencias del sistema legal de un determinado país (la venganza).

⁸ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, ed. Civitas, Madrid, 1981, p. 22; ALMAGRO NOSETTE, J. / GIMENO SENDRA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal, Tomo I. Parte General. Proceso Civil*. ed. Tirant lo Blanch, 6ª edic., Valencia, 1992, p. 191.

No obstante, la autotutela no es una simple venganza sin sometimiento a ninguna regla o norma. En primer lugar, y ante la presunta injusticia, la respuesta no se produce desprovista de todo control, pues la propia represalia se formaliza y se somete a cierta medida. En este sentido, la “ley del talión” (ojo por ojo y diente por diente) representa, dentro todavía del primitivismo de la autotutela, un avance considerable, al impedir reacciones contra los agravios mucho más nocivas y perjudiciales que éstos mismos, aunque entraña gravísimos riesgos, como la posible desproporcionalidad en la reacción y el de conductas antijurídicas basadas en la fuerza, que es el elemento clave de la autotutela (lo que entraña una situación de partida ya injusta: sólo los fuertes o los débiles que gocen de protectores pueden reaccionar)⁹. Y en segundo lugar, a lo largo de la historia podemos comprobar como la intervención de la autoridad para limitar el uso de la autodefensa no prohíbe por completo el uso de las armas como modo de resolver los conflictos individuales, sino que solamente interviene para regularlo a fin de garantizar la lealtad del combate. Así, tal y como expresa CALAMANDREI, una pálida sombra de esta concepción se aprecia en el uso del duelo, en el que los “caballeros” creen que la contienda se hace lícita y, por consiguiente, se ennoblece, sólo porque el uso de las armas se desarrolla de acuerdo con las reglas del código caballeresco. La prohibición de la autodefensa, establecida en forma general por el Derecho Romano, desaparece en el periodo medieval y también en la edad moderna, en que las bárbaras concepciones de origen germano pusieron en boga por varios siglos, como forma de resolución de los conflictos, el duelo y la venganza; sólo en las legislaciones contemporáneas, a través del influjo del derecho canónico, la prohibición vuelve, en forma general y absoluta, como una de las premisas fundamentales sobre las cuales se basa, no sólo el ordenamiento de la justicia, sino, en absoluto, el edificio constitucional del Estado de Derecho¹⁰.

3.2. LA AUTOCOMPOSICIÓN

Los métodos autocompositivos se consideran una evolución con respecto a la autotutela, pues en ellos, las partes en conflicto ponen fin por sí mismas a sus desavenencias de manera pacífica, sin emplear la fuerza, bien mediante el acuerdo mutuo, bien por el sacrificio o la cesión de una de las partes a favor de la otra en pos de la consecución del arreglo. Al igual que la autotutela, son los propios afectados por la disputa los que llegan por sí mismos a una solución, pero en este caso no hay una imposición coactiva de la voluntad de una de ellas sobre la otra, aunque ello no significa que el acuerdo sea igualmente satisfactorio o equitativo para las dos partes,

9 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Lecciones de Derecho Procesal I. Introducción*. Barcelona, 1982, p. 11.

10 CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. I*. (traducción de Santiago SENTÍS MELENDO), EJEA, Buenos Aires, 1973, pp. 224 y 225.

pues se admiten múltiples formas de autocomposición, clasificables en *unilaterales* (la renuncia o el allanamiento de una parte a favor de la otra) o *bilaterales* (el desistimiento, la transacción, la conciliación y la mediación¹¹).

Además, en este tipo de sistemas de solución de conflictos, es posible la intervención de un tercero, bien *motu proprio*, bien de manera provocada por las partes, que acuden a él, no para que les resuelva el conflicto mediante una decisión reglada o equitativa, sino para que les ayude a aproximar intereses y posiciones, y en definitiva, les ayude en la tarea de alcanzar un acuerdo. Por ello, se dice que el tercero se sitúa y actúa *inter partes* y no *supra partes*, como veremos en la heterocomposición.

No obstante, estas notas características de los sistemas autocompositivos se encuentran actualmente difuminadas tras las reformas legislativas referidas a la mediación y a la conciliación. Así, la idea teórica de la actuación *inter partes* admite matices en la práctica, pues tras la institucionalización de la mediación y la conciliación, veremos más adelante como el tercero no está exactamente en una situación igualitaria a las partes, ya que éstas le han otorgado o reconocido ciertas facultades en consideración a sus capacidades u oficio (y correlativamente, le exigirán su sometimiento a determinadas obligaciones y responsabilidades), como por ejemplo, la facultad de poner fin al diálogo entre las partes si considera que resulta imposible alcanzar un acuerdo, o la posibilidad de proponer ciertos pactos o tratos puntuales que ayuden en el objetivo de alcanzar un acuerdo global. Y por otro lado, la tradicional diferenciación entre la mediación y la conciliación basada en que, en la primera, el tercero interviene de forma “espontánea” al conflicto para intentar su solución, mientras que, por el contrario, en la conciliación el tercero actúa de manera “provocada”, por haber sido llamado a ella por las propias partes¹², también se encuentra desdibujada con motivo de la profesionalización del mediador (en general, de los Servicios de mediación), pues no sólo las partes pueden solicitar acudir a este tipo de profesionales, sino que incluso el Estado fomenta e impone a las partes en ciertas ocasiones el deber de utilizar (intentar) este cauce para resolver su conflicto como condición para el correcto acceso ante los Tribunales de Justicia.

3.3. LA HETEROCOMPOSICIÓN

En los métodos heterocompositivos, la resolución del conflicto ya no depende exclusivamente de la voluntad de las partes, sino que se deposita en un sujeto distinto; un tercero a quien las partes previamente han acudido y, bien le han enco-

11 ALCALÁ-ZAMORA (*Nuevos Estudios de Derecho Procesal*, ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 31) también diferenciaba formas de autotutela unilaterales (el estado de necesidad o la legítima defensa) y bilaterales (el duelo).

12 GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos...*, op. cit., p. 24.

mendado voluntariamente la resolución de su disputa, o bien se encuentra obligado por razón de su oficio a emitir una solución, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes, y por tal motivo, la posición de ese tercero en los métodos heterocompositivos no es en un plano de igualdad con las partes. Bien por la propia voluntad de las partes de comprometerse a acatar la decisión que adopte ese tercero al cual han escogido para solventar sus diferencias con motivo de la “auctoritas” que le reconocen (arbitraje), bien porque el propio monopolio estatal les obligue a los ciudadanos a resolver sus controversias ante un tercero investido de determinadas garantías (jurisdicción), este tercero tiene por misión resolver el conflicto a través de la emisión de una declaración, ya sea conforme al Derecho, ya sea según su buen entender, y para ello, se encuentra en una posición de imparcialidad con respecto a las partes, pero también de superioridad, pudiendo llegar a imponer a las mismas toda clase de obligaciones, cautelas y formalidades, si lo considera necesario para la válida resolución del conflicto.

A diferencia de los métodos autocompositivos, en los que las partes son las dueñas de sus voluntades y son las que finalmente deciden si hay o no consenso, así como el contenido del mismo, en los sistemas heterocompositivos, las partes no van a decidir, al menos de un modo directo, el contenido del acuerdo. Es cierto que, en virtud de los derechos, obligaciones, posibilidades y cargas que el sistema legal les brinda a lo largo del procedimiento, y según los aprovechen o no, se van a situar ante la expectativa de lograr una resolución lo más próxima a sus intereses, y también es cierto que el tercero imparcial deberá acomodar su decisión dentro de los límites previamente fijados por las peticiones de las partes, pero el fallo definitivo del asunto es competencia exclusiva del tercero, de modo que es posible que el mismo no satisfaga plenamente a ninguna de las partes. Así por ejemplo, si está en disputa el objeto X y el juez o árbitro decide que una de las partes debe entregar la mitad de X a la otra, ambas considerarán que la decisión les perjudica; la parte A, porque debe entregar dicha mitad, y la parte B, porque ve como no obtiene la totalidad de lo reclamado. Ésta es una de las cuestiones por las que los sistemas autocompositivos han ganado terreno a la hora de resolver determinadas disputas, en las que se considera que cualquier decisión impuesta no será nunca plenamente satisfactoria para las partes, por lo que no existirá nunca una paz “definitiva” entre las mismas.

4. EL FRACASO DE LAS FÓRMULAS HETEROCOMPOSITIVAS (VÍA JUDICIAL) EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES

Esos cambios producidos respecto a lo que entendemos por familia y a las relaciones que se desenvuelven en su seno también han tenido una importante reper-

cusión en el plano judicial, al cuestionarse la eficacia de la vía judicial contenciosa para resolver los conflictos que se producen en el ámbito familiar, pues se trata de conflictos caracterizados por un alto componente personal y un elevado grado de tensión emocional que, lejos de ser sofocada en el proceso, es incluso potenciada y enquistada.

En el ámbito familiar, con mayor motivo, los tribunales de Justicia no deberían ser “el primer recurso”, sino el último¹³. Deberían ocuparse de los conflictos más graves y problemáticos, en los que no existe otro remedio que acudir a los tribunales para zanjar la disputa de un modo definitivo, con “efectos de cosa juzgada”, y sin embargo, se ven colapsados con pretensiones que, en muchas ocasiones, no obtendrán una respuesta satisfactoria para las partes, porque la propia estructura del proceso contencioso, basado precisamente en la confrontación entre aquéllas, no hará sino incrementar el enfrentamiento, el rencor y el alejamiento entre los sujetos que, quieran o no, están obligados a mantener determinadas relaciones post-ruptura.

Por ello, se considera que existe una inadecuación metodológica del sistema procesal contencioso para solventar de manera eficaz y definitiva los diversos conflictos que se produzcan en el ámbito familiar, cuyas razones pueden resumirse, de acuerdo con LUQUIN BERGARECHE¹⁴, en las siguientes:

- a) Los conflictos familiares con conflictos muy densos desde el punto de vista psicológico, en el sentido de que las partes se ven incapaces de llegar a una solución consensuada, pero la decisión de un tercero ajeno al conocimiento y experiencia de ese conflicto (el juez) no pondrá fin a tales conflictos de base emocional, de modo que la solución externa y definitiva dada al problema (la sentencia) será objeto de incumplimientos reiterados. El procedimiento judicial distorsiona la realidad porque no resuelve la auténtica raíz del conflicto¹⁵, y al no existir comunicación entre las partes, ya que ésta permanece en manos de profesionales especializados en el plano jurídico, no se ataja el problema de forma definitiva.
- b) Los conflictos familiares afectan a cuestiones de naturaleza personal, y en ocasiones, íntima de cada sujeto, por lo que se considera inadecuado un proceso de naturaleza pública para abordar unos conflictos en los que se ventilan cuestiones personalísimas y directamente vinculadas con la intimidad más profunda de las personas y los grupos familiares. Por ello, *la mediación familiar tiene un encaje idóneo en el Derecho de familia, al discurrir éste por cauces donde la persona,*

13 ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y Mediación Familiar*, ed. Rialp, Navarra, 2001, p. 117.

14 LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica...*, op. cit., pp. 44 y ss.

15 DE DIEGO VALLEJO, R. / GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, op. cit., p. 27.

*sus relaciones, y el ejercicio de sus derechos están íntimamente vinculados al principio de personalidad. Así, actualmente, las relaciones familiares han pasado a ser contempladas como medios para el desarrollo de la personalidad individual, y, por lo tanto, en relación directa con el art. 10 de la CE; por ello, el papel de la voluntad individual en su nacimiento y contenido cobra nuevas dimensiones*¹⁶.

- c) Los conflictos familiares son dinámicos, en el sentido de que lo que puede ser objeto de disputa en un momento determinado, puede no serlo después y viceversa, pues las relaciones sobre las que se asienta el conflicto permanecen en constante evolución a causa de nuevos elementos personales y emocionales, que hacen que se ponga en entredicho lo resuelto en un determinado momento sobre la base de una situación y unos hechos que ahora poco tienen que ver con la nueva realidad.
- d) El sistema judicial sigue sustentado en gran medida en la existencia de categorías tales como “víctima”, “culpable”, “vencedor” o “vencido” en el juicio, sin deparar en el coste personal que dicha demonización del contrario genera en las personas en conflicto, y sobre todo, en los hijos de éstas. En efecto, resulta inadecuado el reparto de tales papeles tradicionales (“víctima/culpable, ganador/perdedor) en el proceso judicial contencioso, que tienden a resaltar lo negativo de la parte contraria, pues ello provoca una mayor dificultad para las relaciones personales futuras de todo el núcleo familiar¹⁷.
- e) En el proceso judicial, se atiende a las pretensiones de las partes procesales, pero en los conflictos familiares, existen otras partes (miembros de la familia) que se van a ver también afectados por la resolución judicial y que, en la mayoría de los casos, no tienen la ocasión de ser escuchados ni tomados en consideración a la largo del proceso.
- f) La propia naturaleza de los conflictos familiares, y en concreto, la especial importancia que adquiere el elemento psicológico a la hora de determinar el interés superior del menor, y la adopción de medidas que protejan su bienestar físico y psíquico en cada caso, otorga una enorme importancia al dictamen pericial de especialistas no jurídicos, lo que obliga al órgano jurisdiccional a depender, en muchos casos, de lo que dictaminen estos otros profesionales.
- g) A diferencia de otros ámbitos del Derecho, en los que la resolución del caso

16 GARCÍA VILLALUENGA, L. / BOLAÑOS CARTUJO, I., *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos Pendientes*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, p. 45, que citan a MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *El Derecho civil a finales del siglo XX*, ed. Tecnos, Madrid, 1991.

17 UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los juzgados de familia de Málaga”, en VV.AA., *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, 2006, n° 111, p. 261.

puede resultar más previsible de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, el Derecho de Familia se caracteriza por permitir un amplio margen de imprevisibilidad en la respuesta judicial, en virtud de las amplias facultades discrecionales de que goza el juez de familia a la hora de resolver sobre aspectos ciertamente subjetivos, tales como el “interés familiar”, el “beneficio del menor”, etc.

La conclusión que podemos extraer de todas estas características que cuestionan la eficacia de la vía judicial para solucionar los conflictos en materia de Familia es que las sentencias dictadas en dicho ámbito suelen contener varios tipos de pronunciamientos, en virtud de las diversas clases de pretensiones que se instan en tales procesos. De una parte, existirán pronunciamientos de carácter económico (pago de alimentos, reparto de la sociedad de gananciales, etc.), y de otra parte, pronunciamientos de carácter personal (atribución de la custodia, régimen de visitas, etc). El cumplimiento de las primeras se acomoda más a la finalidad esencial del proceso como *instrumento de satisfacción de pretensiones*¹⁸, y de ahí que la ejecución forzosa de las mismas sea menos problemática, pues el Ordenamiento dispone de suficientes instrumentos para hacer valer la resolución judicial e imponerla, aún en contra de la voluntad de los interesados. Por el contrario, el cumplimiento de los pronunciamientos de carácter personal resulta más difícil en la práctica, debido a ese componente emocional que puede llegar a distorsionar la percepción del conflicto, y por lo tanto, el sentimiento de quedar vinculado a una solución que se considera injusta.

En efecto, los procesos judiciales por conflictos familiares no siempre se basan en pretensiones tangibles y cuantificables. La sentencia que ponga fin al mismo podrá pronunciarse sobre aquello que sí es medible (la cuantía a pagar como alimentos al cónyuge custodio, así como la pensión compensatoria, o el horario y calendario de visitas, el ajuar doméstico, o el uso de la vivienda conyugal) pero no podrá acceder al plano emocional en el que también existen pretensiones intangibles (la pérdida del amor, el orgullo herido, el desapego de los hijos, etc.). Ello da lugar a que, en los procesos matrimoniales, el verdadero litigio comienza con la ejecución del pronunciamiento judicial. Resulta factible obligar a una persona a pagar una determinada cantidad de dinero, pero es más complicado obligarle a que cumpla con sus obligaciones de responsabilidad parental para con sus hijos (cariño, formación, educación, etc.), lo cual suele complicarse aún más cuando es el menor el que se niega a cumplir el régimen de visitas con el progenitor no custodio.

La respuesta del Ordenamiento jurídico ante el posible incumplimiento de las medidas de carácter personal y no pecuniarias recogidas en el convenio regulador no deja de ser una respuesta represiva, sancionadora. En el plano penal, se regulan faltas y delitos relacionados con los derechos y obligaciones familiares (impago de

18 GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, 3ª edic., Madrid, 1968, p. 16.

pensiones, sustracción de menores, etc.), pero la respuesta en el plano civil también resulta punitiva, tal y como se deduce del contenido del art. 776 LEC. La imposición de multas coercitivas periódicas o la modificación del régimen de guarda y visitas, así como su limitación o suspensión temporal (art. 94 CC en relación con el art. 158 CC) pueden tener el efecto perverso de aumentar las tensiones familiares post-ruptura, y en definitiva, perjudicar el interés superior del menor, pues la imposición coercitiva de tales medidas difícilmente mejorará la comunicación entre los integrantes del conflicto.

4.1. INSTRUMENTOS COLABORATIVOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE FAMILIA

Ante los problemas que surgen en sede de ejecución de los pronunciamientos judiciales en materia de familia, y debido a la inadecuación de la legislación sustantiva y procesal para solucionar válidamente tales conflictos, el Ordenamiento ha tenido que buscar e instaurar determinados instrumentos de apoyo a los órganos judiciales a la hora de hacer cumplir las sentencias, que no toman como punto de partida la “imposición” a las partes de las resoluciones judiciales, sino la “colaboración” de las partes a la hora de buscar el mejor modo de llevar a cabo lo resuelto en sede judicial. De entre los mismos, destacan el empleo de los Puntos de Encuentro Familiar y la derivación de los casos conflictivos a los Servicios de Mediación, Orientación e Intervención Familiar.

4.1.1. LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR

Los Puntos de Encuentro Familiar (en adelante, P.E.F) surgen como instrumentos para facilitar o mantener los vínculos y las relaciones paterno-filiales después de las rupturas de pareja, para paliar de algún modo los efectos perjudiciales de tales rupturas sobre los intereses de los hijos menores, y pueden ser definidos como “un espacio neutral, formado por un equipo técnico multidisciplinar de expertos en mediación familiar, que trata de proporcionar un espacio adecuado que posibilite el encuentro del menor con el progenitor no custodio y/o la familia biológica, garantizando los intereses de los menores en situación de conflicto, al tiempo que se fomenta la coparentalidad y se asesora sobre habilidades parentales en aras de un correcto desarrollo bio-psico-social de los menores¹⁹”. Los usuarios suelen ser familias que tienen algún conflicto (incluidos los supuestos de violencia de género) o di-

19 BENITO VELLA, N. y otros, “Puntos de encuentro familiar: una realidad en alza”, *Trabajo Social Hoy*, 2005, primer semestre, p. 173.

facultad para mantener la relación entre los hijos menores y ambos progenitores, y su principal objetivo es dar una respuesta eficaz a un problema que manifiestan muchas familias, como es el inadecuado cumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, o la falta de adecuación de éste a las necesidades específicas del entorno familiar concreto y específico de cada caso y de cada menor. No obstante, los P.E.F no son meros centros en los que se ejecutan las medidas judiciales o administrativas, sino que también llevan a cabo actuaciones (englobadas dentro de lo que se denomina “Intervención Familiar”) presididas por su carácter transitorio: el objetivo es lograr la normalización de los encuentros y, por tanto, lograr la finalización de la intervención una vez que se considere conveniente. La organización, funciones, tipos de intervenciones, los derechos y obligaciones de los usuarios de estos servicios, etc., que presiden estos centros se encuentran regulados en la normativa autonómica, pues al igual que sucede con la normativa referida a la mediación familiar, no existe una norma marco común a nivel nacional (más allá de las disposiciones comunes sobre mediación en Derecho Privado que se estudiará en los capítulos posteriores), sino que han sido las Comunidades Autónomas las que han procedido a regular estos P.E.F dentro de sus legítimas competencias en materia de asistencia social y servicios sociales, lo que puede dar lugar a resultados desiguales entre los ciudadanos de una y otra Comunidad en función de la disponibilidad económica y del grado de desarrollo de estos centros en cada Autonomía²⁰, pues serán las Comunidades Autónomas las que definan si las actuaciones de los P.E.F son prestadas por la propia Administración pública, o bien a través de otras entidades públicas o privadas (por ej., Asociaciones y Fundaciones) mediante la correspondiente encomienda de gestión por parte de la Administración Pública, que en todo caso será la responsable de la planificación general y regulación del régimen interno de cada Punto, así como de las funciones de control, inspección y régimen sancionador.

Así por ejemplo, en Castilla-La Mancha su regulación se recoge con carácter general en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, la Ley 3/1994, de 3 de noviembre, de protección de los usuarios de entidades, centros y Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, y la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha. Y con carácter específico, en el Decreto 7/2009, de 27 de enero, de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar²¹. Dicho decreto configura los P.E.F como recursos sociales especializados de apoyo a la familia incardinados en el marco de los programas de Familia y de Infancia establecidos en el art. 11.a) y b) de la Ley 3/1986, dotados con un equipo de profesionales especializados pertenecientes a distintas disciplinas relacionadas con el

20 Como análisis de la regulación autonómica sobre los Puntos de Encuentro Familiar, vid. CAMPO IZQUIERDO, A. L., “Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica de los puntos de encuentro familiar”, *Actualidad Civil*, 2010, n°1, quincena del 1 al 15 de enero de 2010.

21 Decreto 2009/1028, publicado en el DOCM n° 3608, de 30 de enero de 2009.

ámbito social, para llevar a cabo los planes de intervención familiar que elaboren los citados profesionales conforme con su Reglamento interno, y destinados a la consecución de los siguientes objetivos²²:

- a) Facilitar el régimen de visitas en un lugar físico neutral.
- b) Garantizar el derecho fundamental de los hijos a relacionarse con ambos progenitores y con su familia extensa.
- c) Apoyar a los padres para que puedan tener una relación normalizada respecto de sus hijos, independientemente de su ruptura como pareja.
- d) Prevenir situaciones de violencia en relación con el cumplimiento del régimen de visitas.

4.1.2. LOS SERVICIOS DE MEDIACIÓN, ORIENTACIÓN E INTERVENCIÓN FAMILIAR

Los Servicios de Mediación, Orientación e Intervención Familiar también pueden ser considerados instrumentos de prevención o gestión positiva de los conflictos surgidos en el ámbito familiar en los que, vistos los problemas que plantea la ejecución forzosa de determinadas medidas no patrimoniales referidas a cuestiones familiares, se ha demandado una nueva fórmula de resolución de tales disputas más “democrática²³”, con una mayor participación de las personas afectadas en la toma de decisiones, que facilite el cumplimiento voluntario de aquéllas. En estas cuestiones de familia, a veces lo importante no es ganar el conflicto, sino solucionarlo o al menos, encauzarlo en una dirección que evite la escalada conflictiva, pues los importantes elementos afectivos en juego desaconsejan la consideración de las partes como vencedor y vencido. Aquí es donde podemos apreciar la importancia de la mediación, porque con ella no se pretende buscar un culpable ni sancionar los actos que puedan haber iniciado la separación o el divorcio conyugal, por citar los ejemplos más habituales. Uno de los logros de emplear la mediación a la hora de resolver los problemas suscitados con motivo de la ejecución de las resoluciones judiciales en materia de Familia consiste en que con aquélla no se prima la “búsqueda de la verdad” acerca de quién es el responsable de incumplir el pronunciamiento judicial, tanto como la “búsqueda de una solución mutuamente consensuada” que permita superar las desavenencias que originan dicho incumplimiento.

²² Art. 4 del Decreto 2009/1028.

²³ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”, *Revista de Derecho de Familia*, n° 7, abril, 2000, p. 45.

El gran aporte de la mediación a la hora de gestionar o resolver ciertos conflictos es la sustitución de la concepción tradicional de «ganar-perder» del sistema judicial contencioso (adversarial), por «ganar-ganar», pues este cambio de concepción no sólo afecta a los resultados, sino también al proceso mismo, ya que modifica la actitud de las partes²⁴. Así, la clave de la mediación familiar reside en que las partes ya no son consideradas como adversarios en un conflicto, sino como personas que tienen un problema común y a las que les interesa una solución que contemple las necesidades de ambas. Si con este instrumento se llegara al mismo desenlace que con la vía judicial (esto es: una resolución decidida por un tercero), la respuesta de las partes sería la misma (el incumplimiento de aquélla al igual que se incumplió la resolución judicial). Sin embargo, a diferencia del juez, el mediador no va a imponer nunca su solución, sino que acercará las posturas de las partes y les ayudará a encontrar una solución consensuada.

Por eso, al presentarse la mediación como una alternativa óptima en el Derecho procesal referido a asuntos familiares, la Ley prima o fomenta la búsqueda de ese arreglo amistoso, y de ahí que en cualquier momento del proceso judicial, la LEC permite que las partes puedan llegar a un acuerdo y continuar el proceso a través de los trámites de un proceso amistoso, o bien someterse a mediación familiar. Ésta puede tener lugar, no sólo cuando surge el proceso judicial, o durante el mismo (fase declarativa), sino también cuando los problemas se dan a la hora de cumplir de resuelto en dicho proceso (fase ejecutiva). Es decir, nada impide que las partes se sometan a mediación familiar para resolver los problemas surgidos con motivo del cumplimiento de la sentencia judicial.

Es más, desde los tribunales de Justicia se ha animado a las partes a acudir a la mediación familiar para acercar posturas y, en su caso, lograr acuerdos que permitan superar esas situaciones de incumplimiento de las medidas judiciales recogidas en la sentencia, e incluso que sustituyan a aquéllas. Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 17 de octubre de 2003, se confirma la sentencia de primera instancia desestimatoria de la solicitud de modificación de medidas referidas a la guarda y custodia de los hijos comunes y se recomienda a las partes “que acerquen en lo posible sus respectivas posiciones pensando siempre en el supremo interés de sus hijos, acudiendo a mediación familiar para paliar los problemas que tengan los mismos, máxime atendida su edad”. El Auto de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), de 5 de enero de 2007, recuerda la existencia de “una resolución judicial firme que debe ser acatada no pudiéndose acoger la causa de oposición a la ejecución, aunque sí debe procurarse que tal ejecución se lleve a efecto por cauces de consenso atendiendo el interés concurrente para las partes que es el adecuado desarrollo de los menores, por lo que en la ejecución se deberá introducir

24 DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “La mediación en la resolución de conflictos”, *Educar*, 2003, n°32, p. 127.

el apoyo de los servicios oficiales de mediación familiar, en el interior durante el que resuelva el expediente en curso de modificación de medidas”. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), de 26 de enero de 2007, se defiende el mantenimiento de las medidas recogidas en el convenio adoptado tras un proceso de mediación, frente a la solicitud de modificación de aquéllas, al no haberse acreditado un cambio sustancial de circunstancias que justifique su modificación, y en la Sentencia de dicha Sección de 11 de octubre de 2012 se insiste en la necesidad de remitir a las partes a mediación si quieren modificar las medidas previamente fijadas.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª), de 5 de marzo de 2007, referida a una solicitud de modificación del régimen de visitas fijado en la sentencia de divorcio, se advierte que “las dos partes solicitan determinación e inmutabilidad en las fechas y calendarios de las visitas, y concreción en los horarios de recogida y reintegro de la menor, anunciando ambos problemas, controversias y litigios si no son establecidos, cuando lo que la hija común necesita es, precisamente, lo contrario, es decir, un mayor esfuerzo de los dos progenitores por establecer vías de diálogo y entendimiento que posibiliten una actuación cooperadora en beneficio e interés de la menor”. De ahí que se declare expresamente en dicha sentencia que “procede fijar como criterio prevalente los acuerdos que en cada momento puedan alcanzar las partes bien por sí mismos, con ayuda de sus letrados o en proceso de mediación familiar, y de forma subsidiaria, se ha de mantener el de la sentencia”.

De modo más notorio, en la Sentencia de 14 de diciembre de 2011 de dicha Audiencia Provincial de Barcelona, respecto a la hora de establecer el ejercicio conjunto de la custodia, se reconoce que es necesario que las responsabilidades sean distribuidas entre los progenitores, y como quiera que “El tribunal no puede contemplar todas las circunstancias que concurren en la actualidad (ni prever las que de forma cambiante se han de producir en el futuro) y, sin embargo, ha quedado acreditado que los litigantes tienen capacidad suficiente para establecer la comunicación adecuada entre ellos en beneficio del hijo menor, porque lo han demostrado en épocas anteriores (...) se ha de requerir a ambos progenitores para que se sometan a un proceso de mediación con el objeto de que el ejercicio de las responsabilidades parentales responda a las necesidades actuales del hijo, máxime cuando el mismo presenta problemática conductual en la relación con la madre y en el desenvolvimiento escolar, y se hace necesario que los dos progenitores obren de consuno tras recibir la orientación y las pautas educativas de los especialistas en educación infantil”. Es más, dicha sentencia llega a advertir a los progenitores que “El carácter voluntario de la mediación determina que la obligación de seguir un proceso de tal naturaleza no puede ser impuesto por el tribunal, por lo que el alcance de lo acordado al respecto se sitúa en el nivel de recomendación que ha señalado la doctrina (SAP Barcelona de 21.2.2008, Sección 18.ª), sin perjuicio de que la actitud de colaboración en beneficio del menor que ello implica, o la posición con-

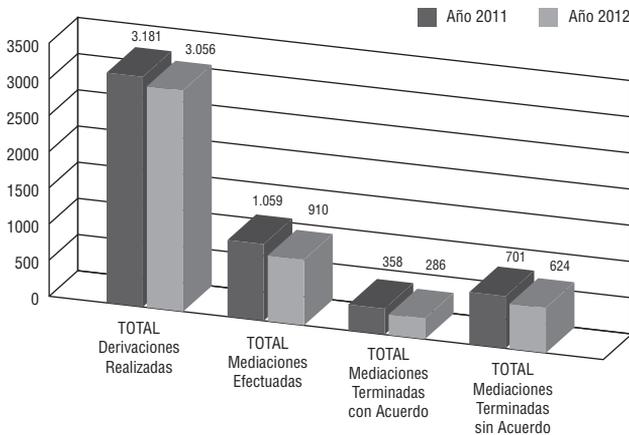
tumaz a participar en tal proceso de forma injustificada, pueda ser tenida en consideración tal como establece el artículo 233-11.c) del CC de Cataluña para, en un ulterior proceso de modificación de medidas, asignar la custodia individual a uno solo de los progenitores”. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) de 22 de octubre de 2009 declara lo siguiente en el párrafo séptimo de su F.J. Primero: «No rechazamos la gravedad de los hechos ni ocultamos la trascendencia que seguro tiene el cumplimiento del régimen de visitas en el crecimiento y educación de los niños, y sin perjuicio de que la ejecución de la resolución dictada en el proceso de separación o de divorcio matrimonial -pues no sabemos si existe auto de medidas provisionales o sentencia firme-, tiene sus vías de ejecución forzosa en el propio procedimiento civil de separación o divorcio, y que incluso siempre está la vía jurisdiccional penal de carácter represivo, deben conocer las partes (...) que existen otras instancias sociales -no necesariamente jurisdiccionales- que pueden ayudarles a resolver sus conflictos familiares, y así existen los Servicios de Mediación Familiar en los que profesionales, desde una perspectiva multidisciplinar, intentan que sean los propios implicados quienes lleguen a dar soluciones a esos conflictos familiares, que no dudamos sean importantes y difíciles, pero intentando en todo caso separar o discriminar los conflictos propios de los progenitores -seguro difíciles- de aquellos que afecten a los niños, ya que quizás desde la perspectiva del bienestar de los niños seguro se encuentran entre todas las soluciones más positivas y estables en este largo proceso que va a llevar el régimen de visitas de los niños hasta por lo menos su mayoría de edad, y que son los padres quienes seguramente den mejor solución que la dada por un tercero -los jueces, que no conocen a los niños ni las estructuras familiares-, respuesta judicial penal que siempre va a ser de carácter represivo».

De igual modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 13 de febrero de 2012, con motivo de resolver un recurso de apelación sobre el derecho de visitas de una abuela con respecto a su nieto, advierte que «La relación entre el hijo menor de la demandada debe configurarse, en todo caso, como un derecho del propio niño a mantener relaciones con su familia extensa y a consolidar sus vínculos con sus ascendientes de forma autónoma y suficiente, (...) La forma en la que ha de concretarse esta relación, debería ser objeto de consenso entre los adultos, en base a principios de respeto mutuo y tolerancia, al objeto de evitar que el menor se vea sometido a tensiones emocionales y afectivas que le depararán un grave riesgo para su formación, por lo que este Tribunal ha de reiterar la importancia de que ambas partes ejerzan sus derechos con miras en la protección del superior interés del niño. Lo que subyace en este litigio es una quiebra relacional, ajena a la esfera de lo jurídico, que debió ser objeto de un proceso de mediación entre las partes, (...) y a la que se debió derivar el caso desde el juzgado para evitar las consecuencias de la judicialización del problema y las secuelas que para un niño de tan corta edad le reportan las exploraciones judiciales, los dictámenes psicosociales y su propia presencia en las dependencias judiciales, que indudablemente se le po-

drían haber evitado», pero lo que llama la atención de esta resolución no es únicamente que aluda a la importancia de haber acudido a un proceso de mediación, sino que en su propio fallo parcialmente revocatorio de la sentencia de instancia, señala expresamente que «a) la concreción de las visitas se llevará a efecto por acuerdo entre ambas partes litigantes, que deberán someterse a un proceso de mediación para concretar la relación del niño con la abuela materna con el mayor grado de consenso y flexibilidad; b) en tanto no se alcanza un acuerdo expreso, (que deberá constar por escrito), se aplicará, con carácter mínimo, el régimen de visitas consistente en una tarde quincenal, durante dos horas, (...); e) cualquier diferencia que pueda surgir entre las partes se someterá a la decisión judicial en fase de ejecución de sentencia, que será resuelta con la mayor amplitud y discrecionalidad, para la salvaguarda de los intereses del niño, y derivando el caso, si fuere necesario, a los servicios de mediación familiar (...).».

Los datos que atestiguan este incremento de la derivación judicial a procesos de mediación puede apreciarse en los informes *Mediación intrajudicial en España: datos 2012* y *Mediación intrajudicial en España: datos 2013*, elaborados por el CGPJ²⁵, y en donde si bien el número total de mediaciones en el ámbito familiar en el año 2011 fue ligeramente superior a las derivaciones del año 2012, se aprecia un considerable aumento durante el año 2013 con respecto al año 2012, tanto en el ámbito familiar como en el penal o el civil.

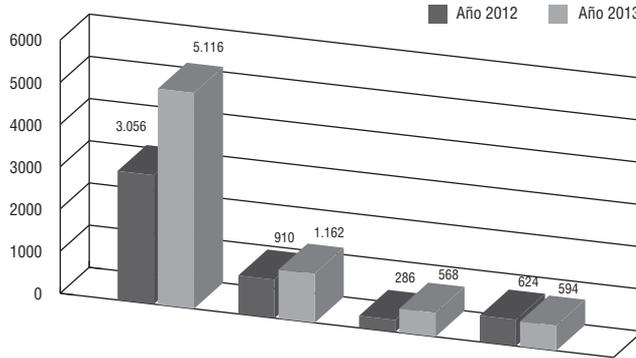
COMPARATIVA MEDIACIÓN FAMILIAR 2011-2012



Fuente: CGPJ

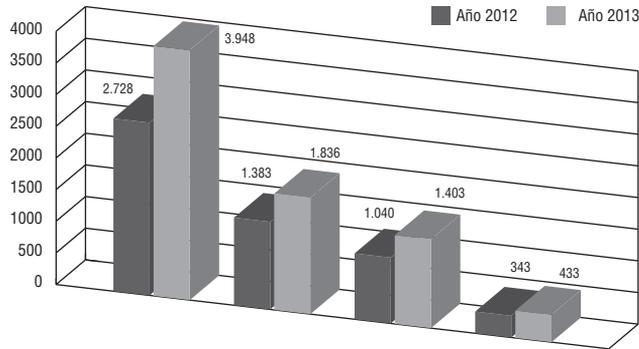
25 Datos estadísticos accesibles a través de Internet en la página web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos> (fecha de consulta: 29 de enero de 2015).

COMPARATIVA MEDIACIÓN FAMILIAR 2012-2013



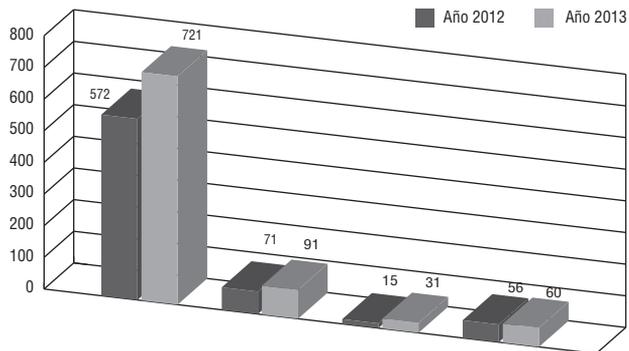
Fuente: CGPJ

COMPARATIVA MEDIACIÓN PENAL 2012-2013



Fuente: CGPJ

COMPARATIVA MEDIACIÓN CIVIL 2012-2013



Fuente: CGPJ

No obstante, y de acuerdo con el último informe del CGPJ de 2014²⁶, si bien se afirma que “la mediación intrajudicial familiar no deja de crecer año tras año en España, incrementándose las derivaciones efectuadas durante el 2014 alrededor de un 19% respecto al 2013”, no obstante, también se indica que el porcentaje de mediaciones con acuerdo ha bajado con respecto al año 2013 y que “ha disminuido – alrededor del 24%- el número de derivaciones efectuadas” de donde se deduce que “La mediación civil intrajudicial está constando (entendemos que quiere decir “costando”) que arraigue en la sociedad española”.

1. MEDIACIÓN FAMILIAR DATOS 2014 - COMPARATIVA 2013/2014

DATOS ANUALES 2013	
TOTAL Derivaciones realizadas	5.116
TOTAL Mediaciones efectuadas	1.162
TOTAL Mediaciones terminadas CON ACUERDO	568 48.8 %
TOTAL Mediaciones terminadas SIN ACUERDO	594 51.11%
DATOS ANUALES 2014	
TOTAL Derivaciones realizadas	6.101
TOTAL Mediaciones efectuadas	1.379
TOTAL Mediaciones terminadas CON ACUERDO	598 43.36 %
TOTAL Mediaciones terminadas SIN ACUERDO	781 56.6 %

Fuente: CGPJ

Frente a tales datos de la mediación intrajudicial, la percepción de las autoridades y prácticos del Derecho es que la mediación familiar es vista como una valiosa herramienta para la pacificación de la conflictividad familiar. Por ello, y como la familia en su sentido amplio (juventud, ancianos, menores, etc.) ha sido tradicionalmente una de las destinatarias principales de los servicios sociales, resulta lógico que desde los servicios sociales se impulsen múltiples programas y planes de atención a la familia y a la infancia en situación de riesgo de exclusión o de conflictividad social, que incluyan acciones de orientación e intervención con el principal objetivo de prevenir

26 Documento Mediación Intrajudicial en España: Datos 2014. Información accesible a través de Internet en la página web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana--datos-2014>. (fecha de consulta: 2 de febrero de 2016).

casos de violencia o conflictividad intrafamiliar o de convivencia social, lo cual redundaría necesariamente en una menor actividad judicial posterior.

De hecho, las Comunidades Autónomas no se han limitado a promover programas y planes de atención a la familia, sino que han procedido a crear Servicios Sociales específicos en materia de mediación familiar, debido a que la Asistencia social y los Servicios sociales han sido asumidos como competencia exclusiva por parte de las CC.AA al amparo de lo dispuesto en la Constitución (artículo 148.1.20ª CE). De ahí que hayan sido éstas y no el legislador estatal las que se han volcado en la promoción y ayuda a esos determinados colectivos a través de la creación de centros y servicios especializados en los que se llevan a cabo sesiones de mediación familiar. Es verdad que nada impide que estas labores de mediación entre familiares o personas a las que les une una determinada relación convivencial puedan ser desempeñadas, bien por personas a las que las partes les reconocen una determinada autoridad moral para influenciarles en la búsqueda del consenso (por ej., el párroco de la iglesia de la localidad, el juez de paz del municipio, el alcalde, o un ascendiente común), así como por determinados profesionales con una determinada formación especializada en la materia de mitigar y evitar controversias (ej., abogados de familia, psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos, etc.). De igual modo, estas tareas pueden ser desempeñadas con carácter individual y como actividad privada, o también pueden ser desempeñadas a través de entidades públicas, a través de las personas vinculadas a éstas, en concurrencia con los mediadores privados y con los colegios profesionales.

Pero la decisión mayoritaria de las Comunidades Autónomas, si se analiza su normativa autonómica (vid. *Infra.* el Capítulo II), ha sido la de institucionalizar estos procedimientos de gestión de conflictos a través de la creación de un servicio público y especializado de mediación, que bien puede ser realizado por la propia Administración pública, o a través de otras entidades públicas o privadas, mediante un convenio de colaboración. Hasta la fecha, se aprecia como en la mayoría de las normas autonómicas se regula la creación de una determinada entidad pública competente, al menos, en lo que respecta al registro y control, formación y habilitación, e incluso, potestad sancionadora de los mediadores, y funciones de coordinación y supervisión de los centros de mediación. Es más, dentro de dicha normativa autonómica, merece ser distinguida aquella regulación que entiende que la mediación familiar debe ser llevada a cabo como una función más de los servicios públicos en materia de asistencia social, y encomienda su desempeño a unos servicios sociales especializados creados a tal fin²⁷ (por ej., Valencia, Canarias, Castilla-La Mancha, Baleares, Navarra o Aragón). Un ejemplo destacable lo representa la regulación de las Islas Baleares, que ha pasado de establecer en su Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar, un ejercicio privado de la mediación, en virtud de un contrato de mediación

²⁷ Respecto a la naturaleza y regulación de los Servicios Sociales Especializados, vid. *Infra.* Capítulo III.

familiar, bajo los controles y requisitos establecidos por una autoridad pública (el Servicio de Mediación Familiar de las Islas Baleares), a proclamar en su nueva Ley 14/2010, de 9 de diciembre, que *«Actualmente se produce una confluencia entre el desarrollo de la institución de la mediación familiar y un proceso de universalización de los servicios sociales y, por tanto, entendemos que el de los servicios sociales es el marco idóneo en el que se ha de incluir la institución de la mediación familiar. En coherencia con este planteamiento, la actividad de mediación familiar se desarrollará mediante la red pública de mediación, sin perjuicio de las iniciativas privadas que puedan surgir y que habrán de someter su actuación a las disposiciones de esta ley»*. De igual modo, la Ley 2/2010 de Aragón, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, estableció en su disposición adicional segunda un régimen provisional de mediación familiar hasta la entrada en vigor de la Ley aragonesa de Mediación Familiar que declaraba que se entendía por mediación familiar *«el servicio especializado consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado que afecten a menores de edad derivados de la ruptura de la pareja, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas»*. Y ya en el art. 1 de su Ley 9/2011 de Mediación Familiar, el legislador autonómico aragonés conceptualiza la mediación familiar en Aragón como *«un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar»*. De hecho, la reciente Ley 9/2014, de 23 de octubre, de Apoyo a las Familias de Aragón²⁸ insiste en la prestación por parte del gobierno regional de “un servicio de mediación familiar intra y extrajudicial, que tenga por objeto el desarrollo de un proceso voluntario y extrajudicial de gestión de conflictos familiares en el que una persona mediadora, de una manera neutral e imparcial, facilita la comunicación entre las partes afectadas para la consecución de acuerdos”, como una de las medidas necesarias en materia de servicios sociales para “facilitar una dinámica familiar positiva, la solución de problemas y la toma de decisiones, además de potenciar y desarrollar los recursos familiares”.

También Navarra ha apostado por la consideración de que la mediación familiar debe ser un servicio social público. En su Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres²⁹, el art. 3.3 prevé que “el Gobierno de Navarra facilitará un servicio de mediación familiar público e imparcial para las partes”, y en su Disposición final segunda establece que *«En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley Foral, el Gobierno de Navarra aprobará un decreto foral en el que regulará la organización, el funcionamiento, las competencias y las atribuciones de los servicios de mediación familiar, para la resolución de los conflictos familiares»*.

28 BOE núm. 281, de 20 de noviembre de 2014.

29 Publicada en el B.O.N.A de 28 de marzo de 2011 y en el B.O.E de 12 de abril de 2011. Entró en vigor el 28 de junio de 2011.

y para la aplicación de esta Ley Foral. En este sentido, el Proyecto de Decreto Foral por el que se propone reformar y regular el servicio de mediación familiar de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra³⁰ establece que *el servicio de mediación familiar se concibe como servicio público, como un servicio preventivo de futuros conflictos*, lo que no tiene por qué implicar la gratuidad del mismo, pues también reconoce la necesidad de *la introducción de fórmulas de coparticipación del usuario en el coste de este servicio público.* De ahí que el art. 1.2 de dicho Borrador configure el Servicio de Mediación Familiar como un “Servicio Social Especializado incluido en la Cartera de Servicios Sociales de Ámbito General como una prestación técnica no garantizada”, y que el art. 5 establece como obligaciones de las personas usuarias del servicio, entre otras, la de “abonar, en su caso, el precio correspondiente al servicio público recibido” (art. 5.2.d).

De esta manera, y dentro de los diversos Servicios Sociales creados por las Comunidades Autónomas, los servicios de mediación familiar se engloban dentro de los distintos servicios de apoyo a las familias, como servicios sociales especializados³¹ destinados a dar respuesta a necesidades específicas de las personas que requieren una atención de mayor especialización técnica, y entre los cuales se encontrarían, junto con los mencionados servicios de mediación y orientación familiar, otros relacionados con la infancia y la familia, como es el caso de los Centros de Día de apoyo a la familia y a los adolescentes, o los Servicios relacionados con la Adopción y el Acogimiento familiar y residencial de menores.

5. EL RENACIMIENTO DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS (Y AUTOCOMPOSITIVOS) A LA VÍA JUDICIAL

Junto con las razones anteriormente expuestas y referidas a esa inadecuación metodológica del sistema procesal contencioso para solventar de manera eficaz y definitiva los diversos conflictos que se produzcan en el ámbito familiar, el otro *leitmotiv* que ha impulsado la promoción de los métodos autocompositivos de solución de controversias en el ámbito social y familiar ha sido la famosa y “endémica” lentitud del sistema judicial. Esa tardanza (en ocasiones, excesiva) en la tramitación de los procedimientos jurisdiccionales, ocasionado en parte por el aumento exponencial de la cantidad y complejidad de los litigios, que sobrecargan en exceso la Administración de Justicia, con las consiguientes dilaciones en la obtención de la tutela pretendida, redundan, no sólo en un mayor coste para los ciudadanos, sino también en un mayor descontento de aquéllos respecto al sistema judicial existente y una pérdida de

30 Borrador del Proyecto disponible en la página web del Gobierno Foral de Navarra. Versión online disponible en: http://gobiernoabierto.navarra.es/sites/default/files/decreto_foral_mediacion.pdf.

31 Respecto a los Servicios Sociales Especializados en materia de Familia, vid. supra el Capítulo III.

confianza en ver resueltos sus problemas de un modo rápido y eficaz, lo cual puede llegar a servir de caldo de cultivo para que los ciudadanos desistan de utilizar los cauces normativos de solución de controversias y decidan buscar ellos mismos fórmulas individuales (aunque prohibidas) de resolver sus problemas. Esta multiplicación de la litigiosidad en sede judicial ha demostrado la insuficiencia de los métodos clásicos de decisión basados en la heterocomposición³² a la hora de solventar tales conflictos. Por ello, y aún cuando el cauce jurisdiccional y, en su caso, el arbitraje, sigan siendo los sistemas más utilizados para lograr una solución definitiva e irrevocable de los conflictos matrimoniales y familiares, se ha querido hacer ver como novedad lo que no deja de ser un *renacimiento* de los denominados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC o ADR, si se utilizan sus siglas en inglés), que incluso parecen haber conquistado determinadas parcelas del ordenamiento jurídico en las que, debido al carácter indisponible de los derechos en conflicto, quedaban vedadas a cualquier solución distinta de la resolución jurisdiccional, como por ejemplo, el Derecho de Familia o incluso el Derecho Penal.

Así, por ejemplo, a lo largo de la historia de las civilizaciones existen muchas alusiones a procedimientos conciliatorios de solución de conflictos en los que un tercero mediaba entre las partes, para evitar tener que acudir a la Justicia “ordinaria”. Así, por ejemplo, en el siglo V antes de Cristo, en la antigua China, Confucio recomendaba la mediación como alternativa al litigio ante el tribunal³³, y dicha filosofía ha llegado hasta nuestros días a través de las Comisiones Populares de Conciliación de la República Popular China. Y en el Derecho Romano, diversos textos jurídicos aluden a la figura del *proxeneta* o *mediator* con la encomienda de poner en relación a dos personas para la celebración de un contrato³⁴.

No obstante, el germen de la mediación como mecanismo institucionalizado y profesional de resolución de controversias se residencia en los EE.UU. Tal y como refleja DE DIEGO VALLEJO³⁵, el movimiento *Alternative Dispute Resolution* es un movimiento que se inspiró en las costumbres de los grupos religiosos estrechamente unidos en las colonias americanas, tales como los cuáqueros, los inmigrantes holandeses de New Ámsterdam, los judíos del East Side de Manhattan, o los escandinavos

32 ORTUÑO MUÑOZ, J. P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Revista de la Fundación Alternativas*, nº 110/2007, disponible en <http://www.falternativas.org>.

33 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. / PENÍN ALEGRE, M. L., “Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología”, en VV.AA., *Mediación: un método de ? Conflictos*, ed. COLEX, Madrid, 2010, p. 9.

34 Vid. GARCÍA GÉRBOLES, L. / MUESMANN, M., “El entronque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho Romano hasta la actualidad”, en VV.AA., *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, ed. Netbiblio, Madrid, 2010, p. 24, que aluden al título 14 –De proxeneticis– del Libro 50 del Digesto de Justiniano.

35 DE DIEGO VALLEJO, R. / GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, ed. Pirámide, Madrid, 2006, p. 27 y ss.

de Minnesota, quienes compartían en común la resolución de sus diferencias dentro de sus respectivas comunidades a través de la mediación de los ministros de su iglesia o de los ancianos. Con posterioridad, las asociaciones comerciales de determinados sectores industriales establecieron sus propios canales privados de resolución de diferencias, y en 1768, la Cámara de Comercio de Nueva York crea su propia vía arbitral de resolución de controversias basada en los usos comerciales más que en los principios legales.

Finalmente, la institucionalización de dicha técnica de resolución de controversias se atribuye a la Universidad de Harvard y su corriente de pensamiento denominado *Critical Legal Studies*, que cuestiona el sistema judicial americano. Aunque el hito más conocido y uno de los exponentes más descatables fue el proyecto de negociación dirigido por FISHER y URY en la década de los ochenta titulado *Getting to yes*³⁶, a raíz del cual se produjo la mayor proliferación de la literatura relacionada con la mediación y la negociación que ha llegado hasta nuestros días, es preciso reconocer que la apuesta por la mediación como mecanismo de resolución de conflictos “fuera de los tribunales” y como instrumento para reducir la sobrecarga judicial ya fue defendida por Roscoe POUND en su conferencia “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” impartida en Minneapolis el 29 de agosto de 1906³⁷.

No obstante, existen otros antecedentes directos de la mediación familiar en el sistema legal de los EE.UU.³⁸. En 1963 se funda «The Association of Family and Conciliation Courts» para promover conciliaciones familiares en el seno de procesos judiciales como una alternativa a la vía judicial, y en 1980, el Congreso de los EE.UU aprueba la «Dispute Resolution Act» a través de la que se establecen programas de mediación y arbitraje de ámbito nacional administrador por el Departamento de Justicia. Por su parte, en 1977, el psicólogo social Morton DEUTSCH publica *The resolution of conflict: Constructive and destructive processes*, obra de referencia sobre el conflicto humano y posibles vías para su solución. En 1971, el abogado O. J. COOGLER funda en Atlanta el Family Mediation Center, primer centro privado dedicado a la mediación en los Estados Unidos, y en 1978 publica el libro *Structured Mediation in divorce Settlements: a handbook for marital mediators*. **En 1980, Howard IRVING escribió *Divorce Mediation*, y en 1981, John HAYNES publica *The Complete Problem Solver y Divorce Mediation: A practical guide for therapists and counsellors*.**

36 FISCHER, R. / URY, W., *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, ed. Bruce Patton - Business & Economics, 1981.

37 Publicada en 1926 en la American Law Review, vol. 40, p. 729 y ss.

38 Vid. LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 179 y ss.

6. VENTAJAS DE EMPLEAR LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES

En las conclusiones del seminario organizado por el CGPJ sobre las alternativas a la judicialización de los conflictos y el empleo de la mediación en el orden civil y en el orden penal, se exponen las siguientes ventajas referidas al empleo de la mediación en materia civil³⁹: ventajas para el mantenimiento de relaciones futuras pacíficas; el beneficio que van a obtener los hijos; la eliminación de los riesgos de perder el juicio y el abaratamiento de los costes; la rapidez de la resolución, lo que significa que deba existir un compromiso en cuanto a las fechas; la adaptabilidad del proceso a sus necesidades, señalando en la agenda las siguientes sesiones; el llamamiento a la responsabilidad en la autogestión de sus problemas, haciéndoles ver que tienen capacidad para resolverlo por sí mismas de forma mucho más satisfactoria; el compromiso de colaboración futura y en consecuencia, la evitación de problemas en la ejecución; la tranquilidad que les ofrece el hecho de que los acuerdos han de ser redactados después por sus abogados, y homologados por el tribunal; el compromiso de mantener la confidencialidad de todo lo que se hable en el entorno de la mediación; el mantenimiento en todo momento del carácter voluntario de la decisión de estar y permanecer en el proceso de mediación. Veamos alguna de estas ventajas con mayor detenimiento.

6.1. DESCONGESIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL

A pesar de que uno de los motivos esgrimidos tradicionalmente para la potenciación de estos métodos alternativos era el “Derecho de acceso a la Justicia⁴⁰”, debido quizá a esa influencia de las propuestas norteamericanas mencionadas anteriormente, lo cierto es que la verdadera razón hay que encontrarla, no ya en ese genérico acceso a la Justicia, que queda garantizado por el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en las Constituciones de nuestro entorno jurídico, así como en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, complementado por las normas sobre asistencia jurídica gratuita, sino en la intención de descongestionar la actual sobrecarga que sufre el sistema judicial.

Tal y como expresó el Informe de 2010 de la Comisión creada un año antes por el Gobierno para el estudio de la reforma sobre la Demarcación y Planta Judicial⁴¹, *la*

39 VV.AA., *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, 2006, nº 111, p. 638 y ss.

40 *Vide infra* el Capítulo II y la evolución en la Unión Europea del impulso a los ADR.

41 Informe de la Comisión Institucional creada por el Consejo de Ministros de 24 de abril de 2009, con el cometido de determinar, estudiar y proponer los elementos esenciales para la elaboración de una nueva Ley de Planta y Demarcación Judicial, p. 3. Informe finalizado el 7 de abril de 2010. Disponible en: http://www2.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento_C&cid=1215327539538&lang=es_es&pagename=eSEDE%2FDocumento_C%2FSE_DetalleHTML.

constante creación en los últimos años de nuevas unidades judiciales no ha servido para disminuir el volumen de asuntos pendientes ante los tribunales. La creación de más de 700 unidades judiciales entre 2001 y 2009 no ha impedido el incremento porcentual anual de la pendencia de asuntos, que en 2008 alcanzó el 15,80% interanual. En términos generales, la tasa de crecimiento anual promedio (2002-2008) de la pendencia (4.95) ha sido el doble de la de creación de nuevos órganos (2.70). El problema no se circunscribe sólo, por tanto, a la dotación de medios sino también a la inadecuación de la organización judicial a los nuevos tiempos y realidades.

En efecto, es posible afirmar que en la última década se ha producido un incremento exponencial de la litigiosidad en España, en todos los órdenes jurisdiccionales, y el ámbito del Derecho de Familia no es una excepción. De ahí que la mediación se considere una eficaz herramienta, tanto para evitar la judicialización de los conflictos, como para agilizar la solución a los mismos, lo cual también repercutirá en la descongestión de la Administración de Justicia, pues las partes pueden acudir a aquélla al margen del proceso judicial o con anterioridad al mismo (mediación extrajudicial), o también pueden acogerse a la mediación una vez ya está abierto el proceso judicial al haberse presentado la demanda de separación, divorcio, o cualquier otra materia susceptible de mediación, incluso una vez dictada la sentencia, para resolver los conflictos planteados con la ejecución de la misma (mediación intrajudicial). Uno de los motivos de este auge y fomento de los métodos ADR en España se halla en el objetivo de garantizar la resolución de los conflictos mediante métodos rápidos, sencillos, poco costosos, y sobre todo, que descongestionen la sobrecarga del sistema judicial. Y así, ya desde el Anteproyecto de Ley de Mediación en materia civil y mercantil de 19 de febrero de 2010 se afirmaba con rotundidad que la mediación tendría claros beneficios no solo para los ciudadanos que quieran acogerse a esta institución *sino también para la Administración de Justicia a la que puede liberar de una carga de trabajo*. Y como la mediación *liberaría también a nuestros tribunales de justicia de la excesiva carga de trabajo que en ese momento tienen*. Y el propio Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴², afirma que dicha ley *contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, (...) y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia*.

La reducción de la litigiosidad se ha convertido en una especie de mantra invocado en las últimas reformas procesales de nuestro país, caracterizadas por su voluntad de lograr la “modernización”, “eficacia”, “eficiencia”, “calidad”, y sobre todo, la “agilización” de la Administración de Justicia. Así por ejemplo, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, tenía por objetivo una reforma de la Justicia que reconociera

42 BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

a los ciudadanos su derecho a un servicio público de la Justicia ágil, transparente, responsable y plenamente conforme a los valores constitucionales; la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, tenía por objetivo actualizar esos procesos y facilitar tramitaciones simplificadas que permitan agilizar la justicia; la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, se enmarca dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia, —en donde ya se adelantaba la intención de aprobar una futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles—; la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, reconoce que para la salvaguarda del derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales es necesaria la modernización de la Administración de Justicia; y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, persigue dotar a los órganos judiciales de instrumentos que agilicen los procesos de resolución de controversias, eviten abusos equilibrando la protección y tutela de los distintos intereses en conflicto, protejan mejor a los trabajadores frente a los accidentes laborales y proporcionen mayor seguridad jurídica. Pero la reducción de la litigiosidad debería pasar por fomentar instrumentos alternativos pero igualmente eficaces para lograr la descongestión del sistema judicial, y no a través de medidas que, bajo la eufemística denominación de la *agilización* de la justicia, “constituyen severos recortes de los derechos de los justiciables que el Gobierno pretende hacer pasar por medidas encaminadas a mejorar la respuesta de juzgados y tribunales, para lograr una administración de Justicia más ágil, moderna y eficaz, y se intentan justificar en una pretendida sobrecarga de trabajo de los tribunales de apelación y casación⁴³”.

Dicho con otras palabras, da la impresión de que las Comunidades Autónomas perciben la mediación como una valiosa herramienta para la pacificación de la conflictividad familiar y la evitación de conflictos más graves que terminen judicializándose, mientras que el Estado observa la mediación como un nuevo método de ahorro de costes en la Justicia, al igual que la informatización de las oficinas judiciales o el empleo de la videoconferencia para minorar los gastos de los desplazamientos de peritos y testigos, y parece que la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles de 2012 se enmarca dentro de ese paquete de medidas legislativas que tratan de reducir el número de procesos incoados ante los tribunales, como medio para descongestionar un sistema judicial avocado a una lentitud irreparable, a través del impulso de otros métodos de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial⁴⁴.

43 VEGAS TORRES, J., “El proyecto de ley de medidas de agilización procesal”, *Otrosí*, núm 7, julio-septiembre de 2011, p. 29.

44 En el mismo sentido, SÁNCHEZ POS, M. V., *La Ley de Medidas de Agilización Procesal y la Ley de Mediación*:

A este problema del incremento de la litigiosidad judicial en el ámbito del Derecho de Familia necesariamente debe introducirse otro parámetro como es la repercusión que la crisis económica ha podido tener en dicho incremento. Ello se debe a que en la propia Memoria anual del CGPJ⁴⁵ correspondiente a los datos del año 2009, se advertía una cierta referencia a las consecuencias sobre la litigiosidad de la crisis económica mundial, cuyo «*día 0*» se ha datado a mediados del año 2008 con la quiebra de determinadas firmas internacionales norteamericanas. Así, en dicha memoria se daba cuenta del aumento de la litigiosidad civil (un incremento del 5,7% del número de asuntos ingresados en los órganos judiciales respecto a los ingresados en 2008), lo cual situaba la cifra de asuntos ingresados en el 2009 en 204,7 por cada 1.000 habitantes, con un incremento del 4,4% respecto a la de 2008. Y ello a pesar de que en 2009 se dictaron por los jueces españoles un total de 1.623.122 sentencias, un 6,7% más que las dictadas en 2008, siendo el mayor incremento en el número de sentencias desde 1996.

Por ello, la citada Memoria advertía que “los efectos de la crisis económica, que ya se había hecho notar en el segundo semestre del 2008, han sido muy intensos a lo largo de 2009, con una especial incidencia en las jurisdicciones civil y social, lo que se ha traducido en un importante incremento de la participación de estas jurisdicciones en el total de asuntos ingresados. La jurisdicción civil ha representado en 2009 un 21,2% de lo ingresado (un 18,9% en 2008), y la social un 5,1% (en 2008 un 4,6%)⁴⁶”. Y añadía: *Analizando el conjunto de la jurisdicción con las tasas de resolución, pendencia y congestión, observamos una leve disminución de la de resolución, e incrementos en las de congestión y de pendencia. Todo ello lleva a concluir que la situación de la jurisdicción civil ha empeorado en 2009. La crisis económica ha tenido un gran efecto en los juzgados de primera instancia, y un efecto enorme en los mercantiles, que han visto como su ingreso se incrementaba en más del 50%.*

Como quiera que, frente a ese incremento de la litigiosidad en el ámbito civil, y sobre todo en cuestiones mercantiles, se produjo una ligera disminución de las solicitudes de separaciones y divorcios en el año inmediatamente posterior al estallido de la crisis económica, rápidamente se planteó la posibilidad de que la crisis económica hubiera sido la responsable de reducir ese número de rupturas matrimoniales.

exposición de las reformas recientes de la Justicia Civil (con F. CORDÓN MORENO), ed. Aranzadi, Cicur Menor, 2012, pp. 95 y ss.

45 Memoria 2010, aprobada por el Pleno de 19 de mayo de 2010. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>.

46 Memoria Anual 2010, op. cit., p. 122.

EVOLUCIÓN DE LAS DISOLUCIONES MATRIMONIALES 1999-2008

AÑO	TOTAL	SEPARACIONES	DIVORCIOS	NULIDADES
1999	94.346	58.137	36.101	108
2000	99.474	61.617	37.743	114
2001	105.534	66.144	39.242	148
2002	115.374	73.567	41.621	186
2003	122.166	76.520	45.448	198
2004	132.789	81.618	50.974	197
2005	137.044	64.028	72.848	168
2006	145.919	18.793	126.952	174
2007	137.510	11.583	125.777	150
2008	118.939	8.761	110.036	142

Fuente: CGPJ

Según un informe publicado en 2009 por el Instituto Nacional de Estadística⁴⁷ sobre estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios del año 2008, las rupturas matrimoniales descendieron un 13,5% en el año 2008 respecto a 2007, mientras que los divorcios disminuyeron un 12,5% y las separaciones un 24,4%. En concreto, en el año 2008 se produjeron 8.761 separaciones (un 24,4% menos que en el año anterior) y 110.036 divorcios (un 12,5% menos). Como explicación a ese descenso del número de rupturas matrimoniales con respecto al año 2008 en que estalló la crisis económica, se ha planteado como teoría el que, ante una crisis económica, los integrantes de la pareja modifican sus prioridades. La falta de empleo o las dudas sobre el porvenir laboral, con las consecuencias que ello puede acarrear (falta de independencia económica, problemas para el pago de la hipoteca de la vivienda familiar, dificultad para que los hijos se emancipen o puedan cursar estudios superiores, etc.), hacen que la pareja se replantee si merece la pena dar ese paso final y solicitar la separación o el divorcio, con los consabidos gastos que ello conllevará, o deciden esperar hasta que la situación mejore, o incluso darse una segunda oportunidad⁴⁸.

El objeto del presente trabajo no pretende solventar la cuestión acerca de si el motivo por el que se han reducido o no el número de rupturas matrimoniales lo constituye o juega un decisivo papel el inicio de la crisis económica, sino si se ha reducido, en términos generales, la litigiosidad ante los Juzgados de Familia, por ser los que se ocupan

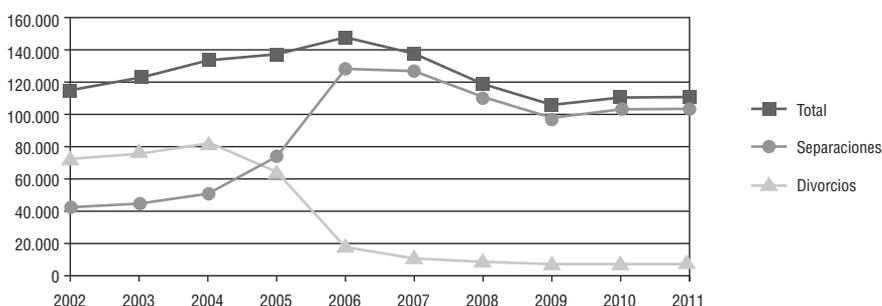
47 Nota de prensa de 17 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np567.pdf>.

48 Respecto a las ventajas de la mediación en situaciones de crisis económica, vid. ANTONIAZZI, M. C., "Consideraciones acerca de la mediación ante la crisis económico-social actual" (Artículo realizado para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- Métodos Participativos de Resolución de conflictos- Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Argentina- Julio 2007). Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4246.

de las principales materias relacionadas con la conflictividad intrafamiliar.

En conjunto, sí es posible afirmar que se ha producido una cierta reducción en el número de disoluciones matrimoniales en la última década, sobre todo si atendemos a los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística respecto del periodo 2002-2011⁴⁹, así como a los documentos sobre *Datos de Nulidades, Separaciones y Divorcios* elaborados trimestralmente por el Centro de Estadística del CGPJ⁵⁰, en donde se aprecia una considerable reducción del número de separaciones no consensuadas durante los años 2007 a 2012, sobre todo si atendemos a los datos en el ámbito de cada Tribunal Superior de Justicia.

DISOLUCIONES MATRIMONIALES 2002-2011



Fuente: INE

EVOLUCIÓN DE LAS DISOLUCIONES MATRIMONIALES 2002-2011

AÑO	TOTAL	SEPARACIONES	DIVORCIOS	NULIDADES
2002	115.374	73.567	41.621	186
2003	122.166	76.520	45.448	198
2004	132.789	81.618	50.974	197
2005	137.044	64.028	72.848	168
2006	145.919	18.793	126.952	174
2007	137.510	11.583	125.777	150
2008	118.939	8.761	110.036	142
2009	106.166	7.680	98.359	127
2010	110.321	7.248	102.933	140
2011	110.651	6.915	103.604	132

Fuente: CGPJ

49 Datos y gráficos extraídos del documento disponible en la web: <http://www.ine.es/prensa/np735.pdf>

50 Documentos disponibles en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>.

	EVOLUCIÓN 2007-2008	EVOLUCIÓN 2008-2009	EVOLUCIÓN 2009-2010	EVOLUCIÓN 2010-2011	EVOLUCIÓN 2011-2012
Andalucía	-10,4 %	4,3 %	9,8 %	-10,9 %	-7,2 %
Aragón	7,4 %	-19,0 %	-8,5 %	23,3 %	-20,8 %
Asturias	-17,0 %	-24,1 %	11,1 %	-22,9 %	14,8 %
Illes Balears	-8,1 %	-14,0 %	38,8 %	-52,9 %	75,0 %
Canarias	-17,1 %	0,0 %	-1,6 %	-0,8 %	8,9 %
Cantabria	-35,5 %	45,0 %	-13,8 %	32,0 %	-9,1 %
Castilla-León	-22,7 %	2,5 %	-15,2 %	-5,0 %	-11,4 %
Castilla-La Mancha	-25,8 %	1,4 %	-28 %	-14,6 %	13,6 %
Cataluña	-11,1 %	-7,8 %	-6,0 %	-6,9 %	-3,1 %
Comunitat Valenciana	-18,9 %	-17,1 %	0,3 %	-10,3 %	5,0 %
Extremadura	-23,3 %	4,3 %	-7,3 %	-18,0 %	20,5 %
Galicia	-13,2 %	-18,8 %	-21,5 %	0,0 %	-1,4 %
Madrid	-14,9 %	-22,4 %	2,6 %	-8,9 %	-12,3 %
Murcia	12,1 %	-5,0 %	-0,9 %	-9,7 %	-25,5 %
Navarra	60,0 %	-8,3 %	-9,1 %	20,0 %	-50,0 %
Pais Vasco	-23,8 %	5,1 %	-12,5 %	-11,0 %	-4,9 %
La Rioja	31,3 %	-14,3 %	-72,2 %	-20,0 %	100,0 %
TOTAL	-13,9 %	-6,7 %	-7,4 %	-9,3 %	-3,2 %

Separaciones no consensuadas según datos de cada TSJ. Fuente: CGPJ

Sin embargo, y junto con la reducción de las separaciones no consensuadas, ha habido un aumento de los divorcios. Así, si bien en los primeros años de la crisis se redujo el número de solicitudes de divorcios no consensuados (de los 50.247 del año 2007 se pasó a 47.567 en el año 2009), resulta que en el año 2012 el número de divorcios no consensuados ascendió a 49.330, frente a los 48.328 del anterior año 2011, y los divorcios consensuados ascendieron a 70.541, frente a los 68.851 del año 2011.

	TOTAL 2007	TOTAL 2008	TOTAL 2009	TOTAL 2010	TOTAL 2011	TOTAL 2012
TOTAL	50.247	47.977	47.567	48.622	48.328	49.330

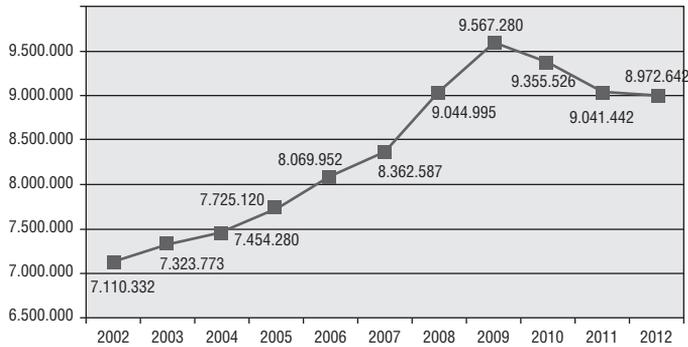
Divorcios no consensuados. Fuente: CGPJ

	TOTAL 2007	TOTAL 2008	TOTAL 2009	TOTAL 2010	TOTAL 2011	TOTAL 2012
TOTAL	80.633	73.826	68.395	70.932	68.851	70.541

Divorcios consensuados: Fuente: CGPJ

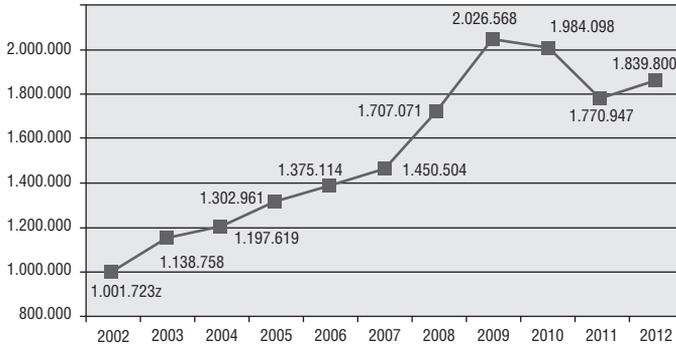
Por otra parte, si bien es cierto que, en términos generales, en los últimos años se ha producido una ligera reducción del número total de asuntos ingresados en los tribunales⁵¹, sin embargo, resulta que en la jurisdicción civil el número de asuntos ingresados en el año 2012 ha aumentado ligeramente con respecto al año anterior, a pesar de mantenerse (o empeorar) las perspectivas de desempleo y recesión económica derivadas de la crisis financiera, pues es dicha jurisdicción la competente para la resolución de las principales controversias de carácter patrimonial ocasionadas con motivo de la crisis económica (ejecuciones hipotecarias, desahucios, impagos, etc.).

ASUNTOS INGRESADOS EN TODAS LAS JURISDICCIONES



Fuente: CGPJ

ASUNTOS INGRESADOS EN LA JURISDICCIÓN CIVIL



Fuente: CGPJ

51 *La Justicia dato a dato* del año 2012. Documento elaborado por el CGPJ y disponible en la web: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Analisis_estadistico/La_Justicia_dato_a_dato/La_justicia_dato_a_dato_ano_2012

Es más, la crisis económica también parece haber producido, como efecto no deseado en los conflictos intrafamiliares, el aumento de las solicitudes de modificación de las medidas de guarda, custodia y alimentos, pues en el año 2012 se produjo un aumento en el ingreso de solicitudes de modificación de medidas definitivas, custodia, guarda o alimentos, tanto con carácter consensuado como no consensuado, motivado por esas situaciones derivadas de la crisis económica (rebaja de salarios, desempleo, pérdida de la vivienda, etc.).

	Modificación Medidas Consensuadas	Modificación Medidas No Consensuadas	Guarda, Custodia o Alimentos Consensuados	Guarda, Custodia o Alimentos No Consensuados
Andalucía	1060	5.741	1.898	5.244
Aragón	244	776	219	402
Asturias	196	855	243	438
Illes Balears	275	696	468	630
Canarias	413	1.833	1190	2.328
Cantabria	56	352	121	199
Castilla-León	246	1.203	431	813
Castilla-La Mancha	221	896	299	792
Cataluña	1.619	4.214	2.773	3.360
Comunitat Valenciana	886	3.912	1.381	2.528
Extremadura	108	516	139	374
Galicia	355	1.609	537	1168
Madrid	699	3.567	1.221	2.934
Murcia	200	717	397	841
Navarra	95	329	196	200
Pais Vasco	233	994	492	903
La Rioja	9	157	13	129
TOTAL	6.915	28.367	12.018	23.283
Variación Respecto a 2011	15,0%	23,7%	17,7%	10,9%

Fuente: CGPJ

6.2. REDUCCIÓN DE COSTES

6.2.1. MENOR DURACIÓN TEMPORAL

Otro de los argumentos para potenciar el cauce de la mediación frente a la controversia judicial se refiere a la menor duración temporal del procedimiento de mediación frente al proceso judicial contencioso. En la Memoria anual 2010 del CGPJ, en lo que respecta a la duración media de los procesos, se advertía como la duración media de los procesos en primera instancia ante los Juzgados de Familias no superaba los cuatro meses⁵².

	2009	2008	2007	2006	2005
Jdos. 1.ª Instancia	7,3	6,9	7,2	7,9	7,7
Jdos. Familia	4,0	4,0	4,1	4,3	3,9
Jdos. 1.ª Inst.ª e Intr.	8,6	8,1	8,1	7,9	7,7
Total Primera Instancia Civil	7,7	7,4	7,4	7,4	7,4

Duración expresada en meses. Fuente: CGPJ

No obstante, la duración media se eleva en función de la materia. Y así, a continuación se declaraba que “Es interesante analizar la duración media de algunos de los procesos más relevantes de esta jurisdicción. La duración de las separaciones ha continuado descendiendo suavemente en 2009, mientras que la duración de los divorcios ha tenido un leve incremento. Las duraciones medias más altas en 2009 para los divorcios contenciosos se han dado en Castilla-la Mancha (12,3), C. Valenciana (11,1), Baleares (10,9), Murcia (10,4) y Cataluña (10,1). Las menores duraciones se dieron en Aragón (6,1), Asturias (5,3) y Castilla León (6,9). Los divorcios consensuados tuvieron mayor duración en Murcia (2,8) y menor en Navarra con 0,4. Las duraciones medias más altas en las separaciones contenciosas se dieron en Baleares (28,4), C. Valenciana (19,4), Madrid (17) y Cataluña (15,6) Las más bajas en País Vasco (6,5) y Rioja (7,3). Las separaciones de mutuo acuerdo con mayor duración media se han dado en Murcia (5), Canarias (4,9) y C. Valenciana (4,8). Las más rápidas fueron en Asturias (1,9) y Rioja (2)⁵³”.

	2009	2008	2007	2006	2005
Nulidades	11,5	10,2	11,4	12,4	11,2
Divorcios Consensuados	1,9	1,8	1,6	1,8	2,0
Divorcios No Consensuados	9,2	8,8	8,4	7,6	7,8
Separación Mutuo Acuerdo	3,6	3,7	4,2	3,8	1,9
Separaciones Contenciosas	14,4	16,4	17,6	11,4	9,3

Duración expresada en meses. Fuente: CGPJ

52 Op. cit., pág. 139.

53 Op. cit., pág. 140.

Pues bien, frente a dichos datos del año 2010, en la Memoria anual 2013, correspondiente al año 2012 y aprobada por el Pleno del CGPJ de 25 de julio de 2013, se confirma un aumento en la duración media de los procesos ante los juzgados especializados de familia, frente a la importante reducción producida en los juzgados de primera instancia y de primera instancia e instrucción⁵⁴. No obstante, se observa como los divorcios y las separaciones han visto reducidas las duraciones medias, y más aún los de carácter consensuado, mientras que ha aumentado la duración media de las nulidades matrimoniales.

	2012	2011	2010	2009	2008
Jdos. 1.ª Instancia	7,2	8,0	7,7	7,3	6,9
Jdos. Familia	4,5	4,4	4,0	4,0	4,0
Jdos. 1.ª Inst.ª e Intr.	9,2	9,9	9,3	8,6	8,1
Total Primera Instancia Civil	8,0	8,6	8,3	7,7	7,4

Duración expresada en meses. Fuente: CGPJ

	2012	2011	2010	2009	2008
Nulidades	12,3	11,4	11,4	12,0	10,5
Divorcios Consensuados	1,9	2,0	2,0	1,9	1,8
Divorcios No Consensuados	9,6	9,7	9,4	9,2	8,8
Separación Mutuo Acuerdo	3,1	3,4	3,3	3,6	3,7
Separaciones Contenciosas	11,0	11,5	12,3	14,4	16,4

Duración expresada en meses. Fuente: CGPJ

Además, hay que tener en cuenta que, a la duración del proceso en primera instancia, hay que sumar la duración del más que probable recurso de apelación frente a la sentencia judicial que recoja el convenio regulador, así como el periodo de la ejecución forzosa de determinadas medidas recogidas en el mismo. Y de acuerdo con la citada memoria anual, la duración estimada de los recursos ante las Audiencias Provinciales también ha aumentado en los años 2011 y 2012 frente a años anteriores.

54 Memoria anual CGPJ referida al año 2012. Apartado *Panorámica de la Justicia: informe sobre la estructura de la carrera judicial. Panorámica de la justicia durante 2012*, pág. 557. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Memorias/Memoria_Anual/Memoria_anual_2013.

AUDIENCIA PROVINCIALES. RECURSOS CIVILES

	2012	2011	2010	2009	2008
Andalucía	6,5	5,7	4,9	4,2	3,6
Aragón	2,9	2,6	2,8	3,1	3,1
Asturias (Principado de)	4,1	3,5	3,3	3,1	4,5
Baleares (Illes)	4,6	3,9	3,1	2,9	3,2
Canarias	8,7	7,5	7,7	7,4	6,8
Cantabria	12,4	11,5	10,5	9,6	9,3
Castilla y León	3,7	3,4	3,1	3,0	4,0
Castilla-La Mancha	6,3	6,2	5,2	4,1	4,7
Cataluña	9,3	8,5	7,8	7,6	7,2
Comunitat Valenciana	4,3	3,7	3,1	2,9	3,2
Extremadura	1,5	1,8	1,5	1,6	2,1
Galicia	7,0	6,9	7,5	7,4	7,1
Madrid (Comunidad de)	7,8	8,1	8,2	7,9	7,7
Murcia (Region de)	4,8	4,3	4,6	4,3	5,4
Navarra (Comunidad Foral de)	6,9	7,8	9,0	8,6	9,0
País Vasco	3,0	3,9	4,8	4,6	5,4
Rioja (La)	10,1	9,0	9,6	10,4	9,5
España	6,5	6,0	5,8	5,5	5,5

Duración expresada en meses. Fuente: CGPJ

En definitiva, la duración del pleito civil (en todas sus instancias hasta que se obtiene una resolución firme) está muy por encima de la duración de la mediación, caracterizada por la flexibilidad procedimental en aras a lograr la consecución de un acuerdo (o la constatación de su imposibilidad) en un corto periodo de tiempo.

Como es obvio, la duración de un proceso judicial civil no puede quedar fijada de antemano, a salvo de convertir dichos plazos procesales en meras declaraciones de intenciones. ¿Pero puede establecerse legalmente un plazo máximo de duración a un procedimiento flexible, voluntario, y antiformalista como la mediación?, y en segundo lugar, ¿qué consecuencias debieran deducirse del incumplimiento de dicho plazo máximo?

En este sentido, cabría diferenciar dos tipos de leyes autonómicas en materia de mediación familiar: las de “primera generación”, referidas a las leyes autonómicas aprobadas a partir de 2001, y las de “segunda generación”, influenciadas por la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁵⁵,

55 DOGC de 30 de julio de 2009, así como el Decreto 171/2009, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje ante el Consejo Superior de la Cooperación.

y la Ley estatal 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aquellas leyes “de la primera generación” siguieron la inicial pauta de la anterior ley catalana del año 2001 y establecieron un periodo común de duración máxima de la mediación de tres meses, prorrogable hasta tres meses más, por acuerdo entre las partes y a instancias del mediador, en función de la naturaleza o de la complejidad del conflicto. Como especialidades más destacables, resalta lo dispuesto en la Ley 1/2011 de Mediación de Cantabria⁵⁶, que establece un plazo máximo de duración de tres meses sólo para los supuestos de mediación gratuita, y en función de la naturaleza y complejidad de los puntos en conflicto (art. 39). También la normativa vasca difiere de ese plazo genérico de tres meses, y establece un plazo general de cuatro meses a contar desde la reunión inicial, prorrogable expresamente por ambas partes hasta un plazo máximo de otros dos meses⁵⁷ (es decir, seis meses en total, al igual que el resto de leyes autonómicas). Por su parte, la actual ley de mediación familiar en las Islas Baleares⁵⁸ prevé en su artículo 15 una duración inicial de hasta 3 meses, aunque permite a la persona mediadora prorrogar la duración de la mediación *por el tiempo que el mediador o la mediadora considere necesario en relación con la expectativa de acuerdo existente*. Esto es, no establece un plazo máximo para dicha prórroga aunque se entiende que ésta sólo durará el tiempo necesario para lograr ese acuerdo que el mediador considera próximo y factible. No obstante, el apartado 2º del citado art. 15 sí establece una duración diferente para aquellas mediaciones “que derive la administración de justicia”, en las que *la duración del procedimiento no puede ser superior al plazo de suspensión del procedimiento judicial que establece el artículo 19.4, en relación con el artículo 770.7, de la Ley de enjuiciamiento civil*⁵⁹. Es decir, en teoría, la duración máxima de la mediación será variable en función de que aquella venga solicitada por las partes antes de acudir a los tribunales de justicia, al margen de los mismos o una vez finalizado el proceso (por ejemplo, si acuden a mediación familiar para intentar salvar los roces originados, precisamente, con la ejecución de la resolución judicial), o venga recomendada por el órgano judicial que conoce del proceso, en cuyo caso, estaría restringida a ese plazo máximo de sesenta días que establece el citado art. 19.4 LEC. Esta alusión es comprensible, pues la legislación autonómica no puede alterar los plazos procesales. Sin embargo, no tiene sentido condicionar la duración de algo voluntario y basado

56 Ley de Cantabria 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria. del Proyecto de Ley (BOC núm. 66, de 5 de abril de 2011).

57 Artículo 23 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco (BOPV núm. 34, de 18 de febrero de 2008). Véase también el Decreto 84/2009, de 21 de abril, del Consejo Asesor de la Mediación Familiar, que modifica en anterior Decreto 373/2005, de 15 de noviembre de 2005.

58 Ley 14/ 2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears (BOIB núm. 183, de 16 de diciembre de 2010), que sustituye a la Ley 18/2006, de 22 de noviembre (BOIB núm. 169, de 30 de abril de 2006).

59 En el mismo sentido, el art. 18 de la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón prevé una duración máxima de sesenta días, a contar desde la reunión inicial, aunque prorrogable a propuesta razonada del mediador familiar “por el tiempo necesario para conseguir los fines de este procedimiento”, mientras que si se trata de una mediación iniciada por la autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de suspensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal.

en la buena fe de las partes, a un plazo cerrado y sin atender a las circunstancias concretas del caso. En primer lugar, porque se estaría cercenando la posibilidad de que se produjera un acuerdo entre las partes (y por tanto, se evitara la continuación del proceso judicial que sólo acarreará mayores gastos y más conflictividad) por el simple transcurso del periodo establecido; en segundo lugar, porque nada impediría a las partes, aunque no pudieran seguir los cauces institucionales previstos para tal fin, mantener negociaciones extrajudiciales que culminaran el objetivo de zanjar sus disputas mediante un acuerdo bilateral, y en tercer lugar, porque aquéllas podrían volver a solicitar la suspensión temporal del proceso para intentar nuevamente llegar a una solución consensuada. ¿Denegaría el órgano judicial esa segunda solicitud de suspensión del proceso, a sabiendas de la predisposición de las partes de intentar llegar a un acuerdo?, ¿podría el órgano judicial obligar a las partes (que, como decimos han demostrado su interés en llegar a un acuerdo extrajudicial) a retomar las actuaciones procesales? Nada impediría que se produjera la caducidad de la instancia, con el consabido efecto de que podría volver a interponerse nueva demanda (art. 240.2 LEC).

La ley catalana de 2009 de mediación en el ámbito del derecho privado decidió modificar ese inicial plazo de tres meses y lo redujo a sesenta días hábiles (art. 17), a contar desde el día de la reunión inicial, aunque permite una prórroga hasta treinta días hábiles más, en consideración a la complejidad del conflicto o al número de personas implicadas. Y de igual modo, el Proyecto de Ley estatal de Mediación en materias civiles y mercantiles de 2010 preveía en su art. 21 que *La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones. La duración máxima del procedimiento será de dos meses a contar desde la fecha de la firma del acta de la sesión constitutiva, prorrogables con carácter excepcional y de común acuerdo de las partes por un mes más*⁶⁰.

Esta regulación explícita de la duración máxima de la mediación, muy próxima al plazo procesal previsto en el actual art. 19.4 LEC, fue inmediatamente cuestionado tanto desde la magistratura⁶¹, como por el CGPJ, que en su Informe al Anteproyecto de Ley⁶² declaró que «No obstante, con ser plausible la finalidad perseguida por esta norma, cabe dudar si no sería más acorde con los principios de voluntariedad y

60 Como plazo especial, la Disposición final quinta del PLMMCM prevé que el procedimiento de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad *tendrá una duración máxima improrrogable de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud por la institución de mediación.*

61 Véase el informe del magistrado Joaquín María ANDRÉS JOVEN (“Proyecto para la implantación en España de la mediación familiar intrajudicial tras la entrada en vigor de la ley 15/2005”, en VV.AA., *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación.* Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, 2006, n° 111, p. 201), que declara: “En dos ocasiones, señalamos incluso y por haberlo interesado así las partes expresamente [al suspender el proceso por sometimiento de las partes a mediación] nueva fecha de juicio en el propio acta de suspensión, pero luego dejamos de hacerlo por estimar imprudente el fijar un día clausus para la reanudación del proceso, con independencia de la previsión específica que el art. 770.7 de la LECivil contempla por remisión al art. 19.4 de la propia ley”.

62 Informe de 13 de mayo de 2010, p. 58 y ss.

autoorganización el no señalamiento legal de un tope máximo de duración del procedimiento, dejando que sean las partes en función de la complejidad del conflicto las que fijen en el acta inicial el plazo de duración del procedimiento, haciendo bueno por tanto lo previsto en el artículo 23.2.c) del Anteproyecto y suprimiendo la referencia que en el artículo 24 se hace a la duración máxima del procedimiento. Sucede además que nada impedirá a las partes volver a iniciar una nueva mediación una vez frustrado el anterior intento por expiración del plazo legal fijado para la duración del procedimiento, si acaso consideran que aún hay posibilidades para la solución amigable del conflicto y que simplemente necesitan algo más de tiempo para alcanzar un acuerdo. Por lo demás, partiendo de la premisa de que los plazos procesales para la interposición de acciones judiciales quedarán en suspenso durante el proceso de mediación (artículo 4 del Anteproyecto), ninguna de las partes se verá perjudicada por una dilatación en el tiempo del procedimiento de mediación».

Por ello, la vigente Ley 5/2012 omite hablar de plazos, y en su art. 20 dispone que *la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones*. Y en dicha dirección parece apuntar la propuesta de Decreto Foral por el que se regula el Servicio de Mediación Familiar de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, que propone que “la duración de la mediación dependerá de la complejidad de los puntos en conflicto y se realizará en el menor tiempo posible” (art. 12.1), si bien especifica a continuación que “El número máximo de sesiones será de seis, sin contar con la sesión informativa. Si realizadas dicho número de sesiones se apreciase la posibilidad de llegar a acuerdos, o bien concurrieran otras circunstancias justificadas, y se solicitase expresamente por ambas partes, la persona mediadora, previa conformidad del órgano competente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, podrá prorrogar el proceso por un máximo de dos sesiones más” (art. 12.2).

6.2.2. MENOR COSTE ECONÓMICO

En segundo lugar, a la reducción de la duración temporal del conflicto hay que añadir que la mediación representa un método de resolución de conflictos más económico que el proceso judicial, pues no requiere de postulación alguna, y aunque las partes se sirvan de abogados o asesores jurídicos (por ej., para la posterior redacción del acuerdo), no se precisa de la misma ni de la representación por procurador, y los honorarios que aquéllos cobren por intervenir en un procedimiento de mediación no debieran ser, ni mucho menos, los mismos que los acordados para la dirección letrada de una separación o divorcio contencioso.

Además de una reducción de costes para las partes, se estima que la mediación también supondría un importante ahorro económico para el Estado. La Asociación de Instituciones para la Difusión de la Mediación (IDM), que integra a la mayoría de los Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid, ha llegado incluso a señalar que el uso de la mediación como alternativa para la resolución de conflictos supondría un ahorro superior a los 1.400 millones de euros para las arcas públicas y que la utilización masiva de la mediación como proceso previo reduciría la entrada de casos en los tribunales en casi un 30%⁶³.

Por otra parte, los costes derivados de la preceptiva o no postulación procesal dependerán de si la mediación tiene carácter preprocesal o extraprocésal, o si por el contrario, se trata de una mediación intrajudicial una vez judicializado el conflicto, que concluirá con la correspondiente homologación judicial del acuerdo. Aun así, en el seno de dicho proceso judicial no parece conveniente que exista condena en costas a una de las partes al no existir “vencedores” ni “vencidos”, salvo la apreciación de temeridad o mala fe en la actuación procesal, por lo que las partes sólo deberán hacer frente a las costas generadas por su representación procesal y letrado, y además, no habrá una ulterior instancia al no existir perjuicio o gravamen que recurrir, ni (en principio) será necesario acudir a la fase de ejecución forzosa de lo homologado judicialmente. Es decir, en principio, tan sólo habrá que abonar los honorarios de la persona o institución mediadora, a salvo de que la legislación autonómica establezca la gratuidad del procedimiento de mediación familiar. En este punto, el coste de la mediación varía significativamente en función de en qué Comunidad Autónoma nos encontremos, tal y como se verá *ut infra* al analizar la gratuidad como uno de los principios rectores de la mediación familiar.

A ello debemos sumarle el ahorro de los costes generados con motivo del abono de las correspondientes tasas judiciales. De conformidad con la versión inicial del art. 4.1.a) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses⁶⁴, sólo estaban exentas de tasas judiciales la interposición de demanda y la presentación de ulteriores recursos en relación con los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores regulados en el título I del libro IV de la LEC, cuando se inicien mutuo acuerdo o por una de las partes con el consentimiento de la otra. Por el contrario, y aunque se tratase de litigios con hijos menores, las actuaciones estaban sujetas al abono de la correspondiente tasa, salvo que las medidas solicitadas versasen exclusivamente sobre esos procesos. Así por ejemplo,

63 Noticia publicada en el Diario ABC, de 22 de enero de 2016.

64 Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012).

la Consulta vinculante nº V0959-13 a la Dirección General de Tributos estimó que el procedimiento de modificación de medidas adoptadas por sentencia de divorcio, solicitando modificar o suprimir el régimen de visitas a los hijos menores de edad otorgado por el padre debía sujeto a tasa si la petición de modificación no es de mutuo acuerdo. Por fortuna, el posterior Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, modificó a través de su art. 11 dicha Ley de Tasas, eximiendo del pago de mismas a todas las personas físicas⁶⁵, lo cual conlleva *de facto* la eliminación de las tasas judiciales en los procesos de familia.

Antes de la reforma del año 2015, la propia Exposición de Motivos de la Ley 10/2012 indicaba que con dicha ley *se pretende favorecer el uso de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos* (arbitraje y mediación), y para ello *se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios*. En efecto, la ley prevé la devolución del 60% de la cuota satisfecha, una vez que el proceso haya finalizado por resolución firme y el Secretario así lo certifique. No obstante, no existe exención cuando, ante el incumplimiento por una de las partes del acuerdo alcanzado en una mediación, la otra solicite la ejecución forzosa de dicho título (la escritura pública que recoge tales acuerdos), lo cual debe ser criticado pues no constituye verdaderamente un “fomento de los métodos ADR”.

6.2.3. MENOR DESGASTE EMOCIONAL

Por último, a esa menor duración temporal y al menor coste económico, debe sumarse, en tercer lugar, el menor coste o desgaste anímico frente al que se produce durante la contienda judicial. El conocido dicho «que tengas pleitos y los ganes» cobra especial sentido cuando se trata de litigios con una importante carga emocional como son los procesos matrimoniales. Aunque con el proceso judicial se persigue la resolución definitiva de los conflictos intersubjetivos y sociales, la propia estructura y tramitación de aquél, y en particular, de los procesos de familia, aumenta la conflictividad entre las partes. A la consabida amargura que supone cualquier ruptura de pareja (que puede verse acompañada de sentimientos de despecho, desengaño, frustración y pena por sentir que se ha fracasado en un aspecto muy esencial de nuestra vida) se suman toda una serie de episodios que en nada ayudan a la superación de tales sentimientos. Así, a la designación de abogado para litigar contra quien hasta hace poco era tu pareja (y padre o madre de tus hijos), y que ahora es considerado como enemigo a batir, se suman las consecuencias derivadas de la solicitud de medidas provisionales (abandono del domicilio conyugal –y, en su caso, vuelta al hogar paterno–, pago de pensiones y alimentos, recogida del ajuar personal, etc.), la

65 BOE núm. 51, de 28 de Febrero de 2015, en vigor desde el 1 de marzo.

exploración de menores, los informes periciales psicológicos, el uso de detectives privados para tratar de acreditar la incapacidad o inconveniencia del contrario para asumir la custodia de los hijos o la existencia de un patrimonio oculto, etc. Todo ello no hace sino aumentar el cisma entre las partes, y por lo tanto, la imposibilidad de llegar a un consenso.

La mediación no elimina tales sentimientos, pero sí reduce esa constante confrontación entre las partes, al hacerles ver que la decisión a sus problemas puede venir de la mano de un acuerdo alcanzado por ellos mismos, lo cual redundará en otra ventaja más: la mejora de la comunicación entre las partes.

6.3. MEJORA DE LA COMUNICACIÓN ENTRE LAS PARTES

En muchas ocasiones, vemos como un proceso judicial acaba por completo (si no lo estaba ya) por liquidar la comunicación entre las partes. Son sus abogados o terceras personas (familiares o amigos) quienes asumen el rol de trasladar a la otra parte determinada información, por ejemplo, sobre la vida diaria de los hijos (horarios de clase, excursiones, cambios de última hora en el régimen de visitas,...). Como decimos, la estructura del proceso de mediación facilita la comunicación entre las partes al ser éstas, por sí mismas y sin intermediarios, quienes van a exponer ante el mediador y cuáles son sus problemas y sus pretensiones, y ayudadas por aquél, van a intentar buscar una solución que convenga a ambos, o al menos, que convenga al porvenir de los hijos. Y así, aún cuando la mediación finalice sin un acuerdo, muchas parejas que se han sometido a mediación reconocen abiertamente que dicho sistema, aún cuando no les haya permitido alcanzar una solución a sus conflictos, al menos sí les ha hecho recuperar ciertas vías de comunicación con la otra parte.

Esta cuestión es clave y hace que los sistemas ADR resulten más atractivos a la hora de dar una mejor respuesta a los intereses en juego que subyacen en determinados tipos de conflictos en los que las partes implicadas necesitan mantener una relación posterior viable⁶⁶, como ocurre con los conflictos de familia, pues aunque desaparezca el vínculo matrimonial entre la pareja, éstos van a seguir siendo los padres y tutores de los hijos menores. Y también en otros supuestos (riñas entre hermanos o familiares por el reparto de una herencia, por ejemplo), pues en España, aún perdura esa especial consideración por razón de los lazos de sangre que unen a las personas.

Además, esta ventaja resulta igualmente aplicable a otros supuestos en los que a las partes en conflicto les interesa seguir manteniendo una relación posterior a

66 ORTUÑO MUÑOZ, P: “el proyecto de Directiva europea sobre la mediación”. Versión electrónica disponible en http://cgae.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf

pesar de la disputa surgida puntualmente, como por ejemplo, a las controversias de las empresas y los consumidores, comunidades de propietarios (entre vecinos, o entre arrendadores e inquilinos), socios de entidades jurídicas, miembros de una comunidad escolar, etc. Y así, en la Exposición de Motivos de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado se reconoce expresamente que “Por otra parte, determinados conflictos surgidos en el ámbito de las comunidades y de las organizaciones que estructuran de una forma primaria la sociedad no pueden quedar excluidos del campo de aplicación natural de la presente ley, sobre todo cuando son consecuencia de la ruptura de las relaciones personales entre los afectados y exceden el ámbito meramente jurídico. En estos casos, la llamada mediación comunitaria, social o ciudadana se ha revelado muy útil para resolver problemas caracterizados por el hecho de que las personas involucradas deben continuar relacionándose. Son ejemplos evidentes los conflictos derivados de compartir un espacio común y las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa”. Y en su art. 2 se reconoce como ámbito de la mediación, no sólo las materias relacionadas con el Derecho de Familia, sino también *cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro* (particularmente, conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones, convivencia ciudadana o social, o cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción).

No obstante, esta ventaja ha sido cuestionada, tras apreciarse como mediaciones bien resueltas y sobre las cuales los participantes expresan su satisfacción, no han propiciado esa mejora en las relaciones interpersonales⁶⁷.

6.4. MAYOR FLEXIBILIDAD

Es un proceso indudablemente más flexible y creativo que el rígido y formalizado procedimiento judicial, y que se adapta mejor a las necesidades de las partes. En él cabe todo tipo de iniciativas, alternativas y opciones, siempre y cuando se respete la legalidad, así como los principios de orden público y ética y deontología

67 SERRANO, G., “Eficacia y Mediación Familiar”, Boletín de Psicología, núm. 92, marzo 2008, p. 55 (disponible en: <http://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N92-3.pdf>), quien considera que *establecer como “criterio de éxito” la mejora de las relaciones entre las partes resulta al menos problemático, dado que no depende del hecho en sí de la mediación, sino que está condicionada por otros factores, como el tipo de conflicto a solventar, la intensidad del mismo, el tiempo transcurrido hasta el comienzo de la mediación, etc.*

profesional (y, por supuesto, el interés superior de los menores⁶⁸). Además, es más sencillo, no informal pero sí antiformalista (se adapta a cada situación conflictiva –tono del mediador, número de sesiones, método a emplear, etc.), en el sentido de que, aunque las leyes establecen determinados requisitos y modos de proceder (capacidad del mediador, duración máxima, deberes de las partes durante las sesiones, etc.), es el mediador quien pacta las reglas con las partes. De hecho, muchas de las leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar recogen expresamente como un principio rector del procedimiento de mediación esta flexibilidad, con el debido sometimiento a las normas mínimas establecidas en dichas leyes como garantía de calidad de dicho procedimiento⁶⁹.

Esta mayor flexibilidad, tanto de la tramitación procedimental de la mediación como del contenido del acuerdo que se pueda alcanzar en su seno, facilita la colaboración de las partes a la hora de tener que asumir ciertos cambios o incidencias en la realización de los acuerdos alcanzados, por ejemplo, en lo que se refiere a hacer frente a gastos extraordinarios no previstos en las medidas provisionales o definitivas. Además, si fuera preciso un cambio en el convenio regulador pactado, siempre es posible volver a instar un procedimiento de mediación en vez de tener que abrir nuevamente la vía judicial para su modificación.

6.5. MAYOR SATISFACCIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Quizá la principal ventaja de este sistema autocompositivo de solución de conflictos es que las partes van a recibir con agrado y satisfacción, en la medida de lo posible, el acuerdo alcanzado al haber sido ellos quienes lo han logrado y al ser un acuerdo que se adapta a sus intereses y recoge, también en la medida de lo posible, sus pretensiones.

En los sistemas heterocompositivos (proceso y arbitraje), el tercero tiene por mandato u obligación, tomar una decisión basada en la legalidad, esto es, sometida a lo que establece el ordenamiento jurídico. La propia estructura de la vía judicial está orientada a la obtención de una resolución justa con las pretensiones de las partes, pero a la vez legítima desde el punto de vista de lo que establece la ley, y así, tras una inicial fase de alegaciones de las partes, en la que éstas exponen cuáles son sus pretensiones, pero también rechazan o excepcionan las pretensiones del contrario, procede una fase probatoria en la que las partes probarán sus alegaciones, pero también desvirtuarán o invalidarán los argumentos contrarios. Esta estructura de

68 LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 93 y ss.

69 Vid. art. 8.1 de la Ley 4/2001 de Galicia; art. 4.2 de la Ley 15/2003 de Canarias; art. 8.g) de la Ley 1/2008 del País Vasco; art. 12 de la Ley 1/2009 de Andalucía; o art. 2.g) de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares.

tipo adversarial no sólo no fomenta la búsqueda del acuerdo entre los sujetos, sino que intensifica la pugna entre las mismas por obtener una resolución favorable a sus peticiones. Por ello, el resultado, aunque legítimo, no satisfará a la parte perdedora, que impugnará tal resolución siempre que pueda y hasta agotar todas las instancias y cauces existentes.

Por el contrario, en la mediación, la función del mediador no gira exclusivamente entorno a la consecución de un acuerdo. Antes al contrario, su principal objetivo se centra en ayudar a las partes, en primer lugar, a identificar y confrontar cuál es la materia conflictiva; en su caso, a desbloquear la incomunicación entre las partes para conocer cuáles son sus quejas y sus aspiraciones, y por último, a promover las circunstancias apropiadas para que las partes puedan expresar claramente sus deseos y confrontar las intenciones de la parte contraria. Si así sucede, se estará en condiciones de impulsar determinadas sugerencias y propuestas para llegar a posibles soluciones consensuadas.

Frente al “decisionismo” del juez, que juzga y decide coactivamente, la intervención del mediador está orientada a facilitar la comunicación entre las partes⁷⁰. Esto es, la principal diferencia entre este método autocompositivo y la vía judicial/arbitral es que el tercero (mediador) se interesa por la causa real del conflicto y la percepción que las partes tienen de dicho conflicto, para promover las actuaciones necesarias para crear un escenario en el que las partes, a través del diálogo guiado, puedan llegar a un entendimiento sobre cuál resulta ser la mejor solución al conflicto, aunque ésta no sea la más acertada o correcta desde un punto de vista estrictamente legal. Más que imponer o sugerir una determinada solución, la principal característica de la mediación es que facilita que sean las partes las que tomen las decisiones que les afectan directamente. Por ello, la configuración de este método autocompositivo no se centra en el final (la resolución), sino en el camino (el acercamiento de las iniciales posturas enfrentadas), para, ahora sí, lograr un fin deseado por todos: la resolución pacífica y definitiva de la disputa.

Al mediador se le forma para desarrollar una serie de habilidades no pensadas para el juez o el árbitro. Así sucede, por ejemplo, con lo que se conoce como la «escucha activa⁷¹»: el mediador intenta recoger las emociones y clarificar los intereses de cada parte a la hora de concretar los puntos clave del conflicto, lo que le permitirá llevar a cabo un “brainstorming” o lluvia de ideas con la intención de favorecer la creatividad, facilitar que surja la mayor cantidad de ideas y propuestas posibles para

70 ORTUÑO MUÑOZ, P.: “el proyecto de Directiva europea sobre la mediación”. Versión electrónica disponible en http://cga.e.iurisline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf.

71 CASTILLEJO MANZANARES, C., “Habilidades y técnicas de la mediación”, *Seminario sobre Mediación*, impartido el 10 de noviembre de 2010 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, UCLM, y en el cual participé como co-director académico del mismo.

cada uno de los puntos en conflicto de la agenda, y a partir de ahí, llevar a cabo una búsqueda de soluciones aplicables, partiendo de las diferentes propuestas y de los recursos reales existentes.

6.6. MEJOR Y MAYOR CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

En un estudio estadístico que se realizó en los juzgados de familia de Barcelona sobre la ejecución de sentencias de familia respecto a los regímenes de visitas⁷², se señalaba como las ejecuciones forzosas provenían en el 72% de los casos de procesos tramitados de mutuo acuerdo, y con convenios reguladores, de lo cual se deducía que los acuerdos se alcanzan en muchas ocasiones como consecuencia de negociaciones muy coyunturales, sin la debida profundización respecto de las circunstancias y problemas de fondo que tiene la familia, y condicionadas por sentimientos de culpa o vindicativos, los cuales no se producen cuando el acuerdo se alcanza después de un proceso de mediación correctamente desarrollado.

Por ello, una de las más importantes y trascendentales ventajas de la mediación tiene que ver, precisamente, con los efectos que la misma produce en el ámbito de los procesos judiciales, y en general, con respecto a la Administración de Justicia, pues el acuerdo alcanzado en un procedimiento de mediación tiene un nivel de aceptación más alto por parte de los sujetos que lo han acordado, de modo que reduce significativamente el recurso a la vía judicial, y especialmente, a la fase ejecutiva. Es decir, las resoluciones judiciales que recogen los acuerdos de mediación van a ser cumplidas en mayor término que aquéllas otras que se pronuncian cuando no ha existido mediación o cuando ésta ha sido intentada sin éxito.

La mediación familiar devuelve a las partes el poder de decisión para resolver la crisis del matrimonio, o en general, el conflicto relacionado con el Derecho de familia, al aumentar el protagonismo de las partes en la toma de decisiones sobre cuestiones que les afectan directamente. De ahí que se haga especial hincapié en hablar de la mediación como método de “solución” del conflicto y no “resolución”, pues mientras que ésta segunda es impuesta, la primera es libremente consensuada y aceptada por las partes, lo que redundará en una menor actividad posterior para lograr el cumplimiento del acuerdo alcanzado.

Quien mejor ha analizado la repercusión de la mediación respecto al cumplimiento y eficacia de los acuerdos alcanzados ha sido SERRANO MARTÍNEZ, quien

72 Citado por ORTUÑO MUÑOZ, J. P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Revista de la Fundación Alternativas*, nº 110/2007, pág. 27, disponible en <http://www.falternativas.org>.

ha comprobado que, en general, tanto las partes como los mediadores tienen una opinión muy positiva de la mediación, no sólo debido a factores circunstanciales, como la rapidez temporal o el coste económico, sino a aspectos más centrales como es la capacidad de la mediación para generar un mayor compromiso con el acuerdo y hacer más eficaz el cumplimiento del mismo⁷³. En su análisis sobre la eficacia de la mediación familiar, diferencia entre indicios o criterios relevantes a medio plazo y a largo plazo. Entre los primeros, señala que son *indicios relevantes de una “buena mediación” los siguientes*: a) *el sentimiento, expresado por los actores de la mediación, de satisfacción por el resultado final de la misma*; b) *la aceptación y compromiso, es decir, la voluntad de cumplir los acuerdos alcanzados*; c) *la percepción de eficacia del proceso de mediación desde un punto de vista circunstancial (funcionamiento, rapidez, economía, etc.)*; d) *finalmente, como es evidente, resulta decisivo el cumplimiento de lo acordado, sin lo cual todo lo anterior deja de tener sentido*.

Ahora bien, el éxito de la mediación pasa también, y de modo más decisivo por el cumplimiento a largo plazo. Y así, *si el cumplimiento de los acuerdos no se mantiene a lo largo del tiempo, resulta obvio que la mediación ha fracasado. La investigación sobre los resultados a largo plazo ha sido mucho menos prolífica por la dificultad que implica, pero, como no hace falta justificar, resulta absolutamente imprescindible. Los criterios para evaluar la eficacia a largo plazo, básicamente se han reducido a dos: el grado de cumplimiento de los acuerdos y la mejora de las relaciones entre las partes*⁷⁴.

73 SERRANO, G., “Eficacia y Mediación Familiar”, *Boletín de Psicología*, núm. 92, marzo 2008, pp. 51-63, disponible en: <http://www.uv.es/seoane/boletin/previos/N92-3.pdf>. Véanse también sus otros trabajos “Qué dice la investigación científica sobre mediación”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, núm. 12, vol. 2-3, 1996, pp. 127-147; “Las Intervenciones de los mediadores” (con M. Méndez), *Revista de Psicología General y Aplicada*, núm. 52, vol. 2-3, 1999, pp. 235-253; “Factores determinantes de la mediación en conflictos familiares”, (con L. Mirón y D. Rodríguez), XXVIII Congreso de la Sociedad Interamericana de Psicología, Santiago de Chile, 2001; “Nuevos desarrollos en psicología de la mediación”. Congreso de Mediación Familiar, Valladolid, 2003; “Características de los mediadores y éxito de la mediación” (con C. Lopes, D. Rodríguez y L. Mirón), *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 16, 2006, pp. 75-88; y “Percepción y Conflicto”, en VV.AA., *Mediación: un método de ? Conflictos*, ed. COLEX, Madrid, 2010, pp. 41-54.

74 SERRANO, G., “Eficacia y Mediación Familiar”, op. cit., p. 54.

CAPÍTULO II.

Marco jurídico de la mediación familiar

1. LA MEDIACIÓN EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

1.1. EL FOMENTO DE LOS MÉTODOS A.D.R. EN LA UNIÓN EUROPEA

Los trabajos de la Unión Europea en aras a la consecución de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia⁷⁵ no se han dirigido únicamente al desarrollo de una legislación comunitaria interesada en la armonización de los sistemas judiciales de los Estados miembros, sino que también se ha marcado como objetivo la instauración, el impulso y la armonización de los mecanismos de resolución de conflictos alternativos a la vía judicial, a partir de las experiencias norteamericanas.

Dentro de la cooperación judicial civil europea en sentido estricto, el hito más destacado es la creación de dicho Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, iluminado por el principio de reconocimiento mutuo, y para cuya consecución se han seguido dos vías de acción complementarias⁷⁶: una de ellas, centrada en la adopción de medidas dirigidas a la supresión de aquellos procedimientos intermedios que aún son necesarios para el reconocimiento y *exequatur* de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como lo fueron los Reglamentos Bruselas I y Bruselas II, el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, o el referido a la creación de un Título Ejecutivo Europeo. Y una segunda vía de acción integrada por la aprobación de un conjunto de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho Procesal civil, como por ejemplo, el Reglamento sobre notificación y traslado de documentos

75 Vid. el Tratado de Amsterdam (DOCE C 340 de 10 de noviembre de 1997) y el Consejo Europeo en Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, así como el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (DO C19 de 23 de enero de 1999).

76 CABEZUDO BAJO, M. J., “El cobro de deudas transfronterizas en Europa: El Reglamento 1896/2006 y su aplicación en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, num. 15, 2008, disponible en: www.iustel.com.

judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento sobre la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, la Directiva sobre asistencia judicial gratuita en asuntos transfronterizos, o los Reglamentos sobre el procedimiento monitorio europeo y sobre el proceso para litigios de escasa cuantía.

Pero desde la Unión Europea también se ha seguido con especial interés el auge de los ADR, al entenderse que el *Derecho de acceso a la justicia* no sólo abarca el acceso a la vía judicial, sino también a los métodos extrajudiciales de resolución de litigios, dentro de ese objetivo de creación de un espacio judicial europeo de libertad, seguridad y justicia -y que, no debemos olvidar, constituye un derecho fundamental consagrado por el artículo 6 CEDH y por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea-.

Ahora bien, aun cuando el motivo principal esgrimido para la potenciación de estos métodos alternativos sea el Derecho de acceso a la Justicia, extraído de las propuestas norteamericanas, debemos preguntarnos si acaso la vía judicial no garantiza dicho acceso de los ciudadanos a los tribunales. En los EE.UU., cuyo sistema judicial acarrea un coste muy elevado que no todos pueden permitirse, sí tiene razón de ser argumentar que los ADR aseguran el acceso de cualquier ciudadano a la resolución de su conflicto, de manera que dicho acceso a la Justicia es visto como el acceso al sistema legal.

En Europa, la configuración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, complementado por las normas sobre asistencia jurídica gratuita, permiten a cualquier ciudadano acceder a los tribunales en busca de una resolución motivada que resuelva su conflicto, de modo que el auge de los ADR debe encontrarse en otro motivo: garantizar la resolución del conflicto mediante métodos rápidos, poco costosos, y sobre todo, que descongestionen la sobrecarga del sistema judicial.

Con independencia del motivo que se considere prioritario, lo cierto es que la Unión Europea también decidió apostar por la introducción y la potenciación de los sistemas ADR, al considerar dichos sistemas una prioridad política, tanto para garantizar el acceso a la Justicia de los ciudadanos, como para descargar de trabajo a la Administración de Justicia. Y así, en la primera Comunicación de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la Justicia, de 4 de enero de 1985⁷⁷, ésta se comprometía a *apoyar proyectos pilotos para aprender a solucionar los problemas surgidos en la práctica y, sobre la base de la información así conseguida, proponer soluciones concretas como la modificación de la legislación en sí misma, la creación de procedimientos administrativos o extrajudiciales, o de arbitraje y conciliación*. Y también en la Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de septiembre de 1986, respecto a medidas para

77 COM (84) 692 final.

prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales⁷⁸, se recomendaba promover *la solución amistosa de los conflictos*. Si la realización del mercado interior exige la confianza de los consumidores, ya sean éstos particulares o empresas, es preciso articular instrumentos que aumenten su confianza a la hora de utilizar los distintos cauces legales y procedimentales en defensa de sus Derechos, y los métodos ADR son considerados por la Unión Europea como un importante beneficio para los ciudadanos de cara al acceso a la Justicia, la reducción de sus costes y la duración de los procedimientos.

1.2. LAS INICIATIVAS COMUNITARIAS EN MATERIA DE CONSUMIDORES

En Europa, la mediación se ha considerado desde muy temprano un eficaz instrumento de resolución de conflictos, no sólo en materia de Derecho de Familia, tal y como atestigua la Recomendación R (98) 1, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la Mediación Familiar o el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 1996 (art. 13), sino también en materia penal (véase la Recomendación (99)19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materias penales), en materia civil (véase la Recomendación (2002)10, de 18 de septiembre, sobre Mediación en materias civiles), y en materia administrativa (véase la Recomendación 2001)9, de 5 de septiembre de 2001, sobre alternativas a la litigación entre autoridades administrativas y sujetos privados). No obstante, la mayoría de los textos aprobados en la última década por las instituciones europeas, ya sea con mayor o menor fuerza vinculante (Planes de Acciones, Libros Verdes, Recomendaciones, Directivas y Reglamentos) referidas al empleo de los métodos ADR se han centrado en el ámbito relacionado con los consumidores⁷⁹, al considerarse el empleo de los métodos extrajudiciales de resolución

78 Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales (Adoptada por el Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1986, durante la 39ª reunión de los Delegados de los Ministros).

79 Como ejemplos concretos de instrumentos comunitarios que promueven el empleo de las ADR en materia de consumo, cabe citar el Segundo Informe de la Comisión referente a la aplicación de la Directiva 85/374/CEE relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (COM (2000) 893 final); la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas (DOUE L 043 de 14 de febrero de 1997); la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOUE L 144, de 4 de junio de 1997); la Posición común (CE) n° 38/2001 de 17 de septiembre de 2001 adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva “Marco”) (DOUE C 337 de 30 de noviembre de 2001); la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 1998 sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo (DOUE L 101, de 1 de abril de 1998); la Recomendación (CE) 98/257/CE, 30 de Enero de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOUE L 115, de 17 de Abril de 1998); el Dictamen del 21 de octubre de 2000 sobre la propuesta del Reglamento (CE) no 44/2001

de conflictos como una fórmula de protección de los consumidores, pues se les garantiza el acceso a la justicia a través de la existencia de mecanismos eficaces de solución de conflictos por vías sencillas y a un coste asequible, que logran así superar los múltiples obstáculos a los que se tienen que enfrentar las partes inmersas en un litigio transfronterizo en materia de consumo. A las clásicas barreras referidas a la residencia de las partes en Estados miembros diferentes, lo cual origina complicaciones a la hora de determinar la Jurisdicción competente, la ley aplicable, la necesidad de traducción de las notificaciones y resoluciones, etc., se añade la desproporción existente entre el coste y la duración de un proceso judicial con respecto al valor de la reclamación, lo cual origina en el consumidor una clara dificultad de acceso a la justicia, pues ante dichos obstáculos y complicaciones, el ciudadano medio a menudo renuncia a hacer valer sus derechos.

Así por ejemplo, poco después de la firma del Tratado de la Unión Europea de Maastricht, a finales del año 1993 se publica el *Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y las soluciones de litigios en materia de consumo en el Mercado único*⁸⁰, en el que se analizaban, tanto los procedimientos judiciales como los procedimientos extrajudiciales, existentes en los distintos Estados miembros, con especial atención a los litigios transfronterizos, y se urgía a *poner un mayor énfasis en los mecanismos alternativos de solución no judicial de los litigios en materia de consumo, tras advertir que la pluralidad de las iniciativas extrajudiciales y el éxito que han tenido muchas de ellas demuestra que la “demanda” de justicia, en lo que se refiere a los litigios en materia de consumo, no se “satisface” en algunos Estados miembros por los procedimientos judiciales existentes.*

del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 12, de 16 de enero de 2001); la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). (DOUE L 178, de 17 de julio de 2000); la Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios (COM (2001) 161 final); la Recomendación de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios materia de consumo (2001/310/CE) (DOUE L 109 de 19 de abril de 2001); la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 sobre la mediación en los seguros (DOUE L 9, de 15 de enero de 2003); la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DOUE L 108 de 24 de abril de 2002); la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DOUE L 108, de 24 de abril de 2002); la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DOUE L 271, de 9 de octubre de 2002); la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (DOUE L 26, de 31 de enero de 2003); o el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores («Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores»). (DOUE L 364, de 9 de diciembre de 2004).

80 Bruselas, 16 de noviembre de 1993. COM (1993) 576 final.

Con posterioridad, el *Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior*, aprobado por la Comisión el 14 de febrero de 1996⁸¹, incluye una serie de iniciativas concretas encaminadas a promover los procedimientos extrajudiciales, como por ejemplo, medidas para garantizar la fiabilidad de los procedimientos o la utilización de impresos normalizados para las reclamaciones. Y en el denominado *Plan de Acción de Viena*⁸², así como en el Consejo Europeo extraordinario de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, se invocaba la necesidad de instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos o sustitutorios para la resolución de los conflictos.

También es destacable la creación de la *Red para la solución extrajudicial de litigios de consumo*⁸³ (*Red EJE-NET*) y de la *Red FIN-NET*⁸⁴. La primera es una red comunitaria de órganos nacionales⁸⁵ encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo transfronterizos, y cuyas funciones más destacables son las de informar a los consumidores sobre las posibilidades de utilizar los dispositivos de resolución alternativa de litigios; facilitar las reclamaciones transfronterizas, principalmente ayudando a los consumidores a solventar las dificultades prácticas relativas a las lenguas, proporcionándoles una ayuda práctica como, por ejemplo, la traducción de los formularios de reclamación; facilitar la presentación de reclamaciones, para lo cual existe un “formulario europeo de reclamación”⁸⁶; y ocuparse del seguimiento de las reclamaciones y de las operaciones efectuadas con los organismos dentro de la Red europea. Y la segunda se centra en la resolución extrajudicial de litigios en el sector de los servicios financieros, cuyo objetivo es informar al público de sus derechos en el mercado interior y permitir al consumidor que se encuentre afectado por un problema en el ámbito de los servicios financieros (banca, seguros o inversiones) tener un acceso directo a una modalidad de resolución extrajudicial de litigios.

Por último, es importante advertir que todas estas iniciativas de la Unión Europea referidas al fomento de los métodos ADR en materia de consumidores es una tarea en continua adaptación y mejora. Así, por ejemplo, en el *Documento de Consulta sobre el recurso a mecanismos alternativos para resolver litigios relacionados con las transacciones y las*

81 COM (1996) 13 final.

82 Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. DO C 19 de 23 de enero de 1999.

83 Vid. Resolución del Consejo, de 25 de mayo del 2000, relativa a una red a comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo (DOUE C 155, de 6 de junio de 2000).

84 http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_en.htm

85 En España, vid. el *Centro Europeo del Consumidor en España* (http://cec.consumo-inc.es/Secciones/Quienes/Quienes_es.asp).

86 http://ec.europa.eu/consumers/redress/compl/cons_compl/acce_just03_es.pdf.

*prácticas comerciales en la Unión Europea*⁸⁷, ya se adelantaba la necesidad de recopilar los puntos de vista de las partes interesadas sobre ellas y establecer cómo podría mejorarse la ADR para reforzar el acceso de los consumidores a medios sencillos, económicos y rápidos para resolver litigios y obtener compensación, por ejemplo, por los daños ocasionados como resultado de una práctica ilegal del comerciante, así como analizar y buscar propuestas a las diferentes carencias apreciadas en la puesta en práctica de los sistemas ADR en materia de consumo, como la falta de sensibilización de los consumidores y las empresas sobre la ADR o la falta de cobertura de estos mecanismos, que impiden su efectividad en la UE. Y en su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada «Acta del Mercado Único — Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza — “Juntos por un nuevo crecimiento” », la Comisión identificó la legislación sobre resolución alternativa de litigios, incluida la dimensión del comercio electrónico, como una de las doce prioridades para estimular el crecimiento, reforzar la confianza y avanzar en la realización del mercado único.

Con dichos objetivos, en 2011, la Comisión hace pública la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre Resolución alternativa de litigios en materia de consumo en el Mercado Único*⁸⁸, en donde se recuerdan los antecedentes fijados en la “estrategia Europa 2020” para lograr un mercado único más fuerte, profundo y amplio que genere crecimiento y la creación de empleo, y la repercusión que para dicho objetivo supone el recurso cada vez mayor a Internet como canal de venta al por menor y por la aparición de nuevos tipos de servicios. Por ello, la Comisión consideró trascendental el aseguramiento de la confianza de los consumidores en el Mercado Único, que sin embargo se ve afectada por la falta de seguridad en que los problemas derivados de la adquisición de mercancías y servicios puedan ser resueltos con eficiencia. Para solucionar tal problema, en dicha Comunicación se explica cómo las propuestas de la Comisión sobre la resolución alternativa de litigios (que abandona la terminología ADR y apuesta ahora por las siglas «RAL» (Resolución Alternativa de Litigios), y «RLI» (Resolución de Litigios en Línea, para referirse a los métodos anteriormente denominados —ODR—) contribuirán a fomentar el acceso a una resolución de litigios rápida, barata y efectiva mediante procedimientos alternativos de resolución de litigios para capacitar a los consumidores y convertirlos en el núcleo central del mercado único.

Se considera que el recurso a dichos mecanismos RAL es barato y rápido, por lo que las medidas propuestas tienden a aumentar la disponibilidad y la utilización de las entidades de resolución extrajudicial de litigios. Sin embargo, la diversidad y las diferencias en la disponibilidad geográfica y sectorial de las entidades de RAL

87 Versión electrónica (fecha de consulta: 1 de marzo de 2011) disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/docs/adr_consultation_paper_18012011_es.pdf

88 http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/communication_adr_es.pdf

impiden que los consumidores y las empresas exploten plenamente su potencial. Por eso, esta Comunicación sobre «Resolución alternativa de litigios para los litigios en materia de consumo en el Mercado Único» iba acompañada de dos propuestas legislativas: Una Propuesta de Directiva sobre Resolución Alternativa de Litigios (RAL)⁸⁹ y una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo)⁹⁰. El objetivo de ambas era garantizar a los consumidores un acceso fácil a la reparación en el Mercado Único, independientemente de que compren en línea o no y, por lo tanto, facilitarles el que contribuyan al crecimiento y a la estabilidad económica mediante una mayor demanda de consumo.

La *Propuesta de Directiva* tenía por objetivo garantizar la existencia de entidades extrajudiciales de calidad que traten todo litigio contractual entre un consumidor y una empresa, ya que dicha propuesta abarcaba los litigios entre consumidores y comerciantes (pero no los litigios entre comerciantes entre sí) derivados de la venta de mercancías o la prestación de servicios, así como también se refería a los procedimientos de mediación y a los procedimientos extrajudiciales que tienen una cierta naturaleza jurisdiccional, como los procedimientos ante las oficinas de reclamaciones de los consumidores, el arbitraje y los procedimientos de conciliación. Por el contrario, no se aplicaría a los sistemas de tratamiento de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante ni a las entidades de resolución de litigios en las que las personas físicas a cargo de la resolución de los litigios están empleadas exclusivamente por el comerciante.

Dicha Propuesta se ha convertido finalmente en una norma legal vinculante a través de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo)⁹¹.

La Directiva aborda las tres principales áreas problemáticas identificadas en la consulta con las partes interesadas y en estudios realizados por encargo de la Comisión. Dichas áreas problemáticas son las siguientes:

- a) lagunas en la cobertura de entidades de RAL tanto por sectores como a nivel geográfico;

89 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo). Disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/directive_adr_es.pdf.

90 Disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/odr_regulation_es.pdf.

91 DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

- b) falta de conocimiento e información, lo que impide a los consumidores y a las empresas recurrir a las entidades de RAL; y
- c) calidad variable de la RAL: un número significativo de entidades de RAL no se ajusta a los principios básicos establecidos en las dos Recomendaciones de la Comisión.

De acuerdo con la Directiva, las entidades de RAL deberán cumplir determinados criterios de calidad, es decir: estarán cualificadas y serán imparciales, transparentes, efectivas y equitativas; las empresas informarán a los clientes de qué entidad de RAL puede tratar, si lo hubiere, un litigio con ellos; las entidades de RAL resolverán los litigios en el plazo de 90 días. En definitiva, el objetivo de la Directiva es garantizar que haya entidades de RAL en toda la UE para hacerse cargo de todo litigio en materia de consumo que se derive de la venta de mercancías o de la prestación de servicios, de modo que si la Directiva se aplica adecuadamente, la Comisión considera que todo consumidor, independientemente de su lugar de residencia en la UE, tendrá acceso a entidades de RAL cuando surjan problemas derivados de toda adquisición de mercancías o servicios ofrecidos por un comerciante establecido en la UE, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan mantener o introducir disposiciones nacionales relativas a procedimientos no regulados por la Directiva, como procedimientos internos de tramitación de reclamaciones gestionados por el comerciante, pues tales procedimientos internos de tramitación de reclamaciones pueden constituir un medio eficaz de resolución temprana de litigios en materia de consumo.

1.2.1 MÉTODOS ADR EN MATERIA DE CONSUMIDORES Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Además, las ADR vinculadas a conflictos en materia de consumo en la Unión Europea han sido puestas en relación con el desarrollo de la Sociedad de la Información, con especial atención al ámbito del comercio electrónico, según se puso de manifiesto en el marco del “Plan de Acción e-Europe 2002” aprobado por el Consejo Europeo de Feira de los días 19 y 20 de junio de 2000, en el que se reconocía la importancia de potenciar la confianza de los consumidores, en colaboración con los grupos de consumidores, la industria y los Estados miembros, fomentando el acceso a sistemas alternativos de solución de los litigios, como medio para que el comercio electrónico alcance su máximo desarrollo. Tal y como recoge el *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*⁹², publicado por la Comisión el 19 de abril de 2002, “el continuo desarrollo de nuevas prácticas comerciales que implican la intervención de los consumidores, como el comercio electrónico, así como el previsible aumento de las transacciones transfron-

92 COM (2002) 196 final.

terizas, requieren especial atención para ganar la confianza de los consumidores, en particular facilitando el acceso, incluido por medios electrónicos, a medios prácticos, eficaces y poco onerosos para obtener indemnización”, de manera que desde las Instituciones Europeas también se ha propuesto a los Estados miembros la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación.

Tales servicios en línea de resolución de conflictos han sido tradicionalmente designados bajo el acrónimo ODR (*Online Dispute Resolution*) como métodos alternativos en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet, y sin necesidad de que los conflictos estén relacionados con el comercio electrónico o con el uso de las Nuevas Tecnologías⁹³, si bien las últimas disposiciones comunitarias en materia de consumidores han cambiado dicha terminología «ODR» por las siglas «RLL» a las que hacíamos referencia en el epígrafe anterior.

La Unión Europea lleva décadas impulsando ciertas iniciativas comunitarias sobre el empleo de las ODR en materia de consumo, de entre las que cabe citar el foro de debate (“*e-confidence*”) e intercambio de información sobre el tema de la confianza de los consumidores en Internet; un sistema europeo de acreditación de etiquetas de confianza en el comercio electrónico desarrollado por la Oficina Europea de las Uniones de Consumidores (BEUC)⁹⁴ y la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE)⁹⁵; el proyecto piloto de resolución de conflictos ECODIR⁹⁶ (*Electronic Consumer Dispute Resolution Platform*) o la Red SOLVIT⁹⁷, una red en línea con carácter gratuito, creada por la Comisión y por los Estados miembros (así como Noruega, Islandia y Liechtenstein) en 2002 para la solución, sin necesidad de acudir a la vía judicial, de problemas de los ciudadanos y empresas como consecuencia de una deficiente aplicación del Derecho relativo al mercado interior.

En el año 2011 se presentó la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo)*⁹⁸, anteriormente citada, que junto con la propuesta de Directiva

93 Como ejemplo, vid. MONTESINOS GARCÍA, A., “Mediación on line”, *Revista de la contratación electrónica*, núm. 94, 2008, pags. 85-110.

94 *Bureau Européen des Unions de Consommateurs*. <http://www.beuc.org>

95 Vid. <http://www.unice.org> y www.business-europe.eu. Vid. también el proyecto internacional privado de control de los sitios comerciales y de concesión de etiquetas de calidad “Webtrader” (http://www.budget-net.com/webtradersite/reseau_be.html), con apoyo financiero comunitario que administra la Dirección General de Empresas de la Comisión Europea.

96 <http://www.ecodir.org>

97 http://ec.europa.eu/solvit/site/about/index_es.htm. Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2010, sobre SOLVIT (2010/C 349 E/02), publicada en el DOUE C 349, de 22 de diciembre de 2010. Con mayor detalle, vid. LAPUENTE SASTRE, G., y otros, “La mediación transfronteriza europea: SOLVIT; una aplicación práctica”, en VV.AA., *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, ed. Netbiblio, Madrid, 2010, p. 271 y ss.

98 Disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/odr_regulation_es.pdf

sobre RAL en materia de consumo, tenía por objetivo mejorar el funcionamiento del mercado interior minorista y, en particular, para mejorar la reparación a los consumidores en relación con las transacciones transfronterizas de comercio electrónico. Dicha Propuesta se ha materializado en virtud del Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE⁹⁹.

Mediante el Reglamento sobre resolución de litigios en línea se creará una plataforma en línea para toda la UE («plataforma RLL») que proporcionará a consumidores y empresas un único punto de entrada para resolver en línea los litigios derivados de las adquisiciones hechas en línea en otro país de la UE. Este punto de entrada único europeo, disponible en todas las lenguas oficiales de la UE y de uso gratuito, enviará automáticamente la reclamación del consumidor a la entidad nacional de RAL competente y facilitará la resolución de litigios en un plazo de 30 días. Por lo tanto, la plataforma estará supeditada a la disponibilidad de RAL para litigios en materia de consumo en todos los Estados miembros. La plataforma también proporcionará información sobre entidades de RAL e información general sobre la RAL como forma extrajudicial de resolver litigios. Y la Comisión considera que el Reglamento resolverá una preocupación fundamental a la hora de llevar a cabo compras y ventas transfronterizas en línea, lo que liberará todo el potencial del comercio electrónico. Además, cada año se elaborará un informe de actividad sobre la utilización de la plataforma. Las autoridades competentes que deberán crearse en los Estados miembros con arreglo a la Directiva sobre RAL en materia de consumo harán un seguimiento del cumplimiento de las obligaciones establecidas en este Reglamento por parte de los sistemas de RAL.

Uno de los argumentos sobre la necesidad de aprobar dicha norma se debía a que, a pesar de las Recomendaciones de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, los mecanismos de resolución alternativa de litigios no se han establecido correctamente ni funcionan satisfactoriamente en todas las áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión, y mucho menos aún cuando se trata de compras a través de Internet.

Estas disparidades en términos de cobertura, calidad y conocimiento de la resolución alternativa de litigios en los distintos Estados miembros constituyen un obstáculo para el mercado interior y se hallan entre las razones por las cuales muchos

99 DOUE L 165, de 18 de junio de 2013.

consumidores se abstienen de comprar más allá de las fronteras y no confían en que los posibles litigios con los comerciantes puedan resolverse de un modo sencillo, rápido y asequible. Por los mismos motivos, podría suceder que los comerciantes se abstengan de vender sus productos a los consumidores de otros Estados miembros en los que el acceso a procedimientos de resolución alternativa de alta calidad sea insuficiente. Además, los comerciantes establecidos en un Estado miembro en el que no se cuente con suficientes procedimientos de resolución alternativa de alta calidad se ven en una posición de desventaja competitiva respecto de los comerciantes que sí tienen acceso a tales procedimientos y pueden, por consiguiente, resolver los litigios con consumidores de manera más rápida y económica.

Dado que el mercado interior es una realidad en la vida diaria de los consumidores cuando viajan, compran y pagan, y sobre todo, porque la dimensión digital del mercado interior se está convirtiendo en algo esencial tanto para los consumidores como para los comerciantes, cada vez son más los consumidores que compran en línea, y el número de comerciantes que venden en línea va en aumento. En este sentido, la Comisión estima muy importante que los consumidores y los comerciantes puedan realizar transacciones en línea, por lo que resulta indispensable dismantelar los obstáculos existentes y potenciar la confianza de los consumidores, y para ello, la disponibilidad de un sistema de resolución de litigios en línea fiable y eficiente podría contribuir en grado importante al logro de este objetivo.

El Reglamento 524/2013 debe aplicarse a la resolución extrajudicial de litigios iniciados por consumidores residentes en la Unión frente a comerciantes establecidos en la Unión que estén amparados por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Y con el fin de garantizar que la plataforma de resolución de litigios en línea también pueda utilizarse para los procedimientos de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «procedimientos de resolución alternativa») que permitan a los comerciantes presentar reclamaciones contra los consumidores, el Reglamento también puede asimismo aplicarse a la resolución extrajudicial de litigios entablados por comerciantes frente a consumidores para los que entidades de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «entidades de resolución alternativa») incluidas en la lista con arreglo al artículo 20, apartado 2, de la Directiva 2013/11/UE ofrezcan procedimientos de resolución alternativa pertinentes. La aplicación del presente Reglamento a dichos litigios no debe imponer a los Estados miembros la obligación de garantizar que las entidades de resolución alternativa ofrezcan este tipo de procedimientos. Es más, aunque los principales beneficiarios de la plataforma de resolución de litigios en línea sean concretamente los consumidores y los comerciantes que efectúen operaciones transfronterizas en línea, el Reglamento también puede aplicarse a las transacciones nacionales en

línea, con el fin de garantizar unas condiciones equitativas efectivas en materia de comercio electrónico. Además, se prevé que en cada Estado miembro se designen puntos de contacto de resolución de litigios en línea que cuenten al menos con dos asesores de resolución de litigios en línea. Los puntos de contacto de resolución de litigios en línea deben ofrecer apoyo a las partes implicadas en un litigio sometido a través de la plataforma de resolución de litigios en línea sin estar obligados a traducir los documentos relacionados con el litigio. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de atribuir la responsabilidad de los puntos de contacto de resolución de litigios en línea a sus centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor. Los Estados miembros deben recurrir a esta posibilidad para permitir que los puntos de contacto de resolución de litigios en línea se beneficien plenamente de la experiencia de los centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor en la facilitación de la resolución de litigios entre consumidores y comerciantes. La Comisión debe crear una red de puntos de contacto de resolución de litigios en línea para facilitar la cooperación entre estos, y proporcionar, en cooperación con los Estados miembros, una adecuada formación para los puntos de contacto de resolución de litigios en línea.

Precisamente, y para garantizar el correcto funcionamiento de la plataforma de resolución de litigios en línea, armonizar el formulario electrónico de reclamación, así como el modo y momento en que la parte reclamada debe ser informada de que se ha presentado una reclamación en la plataforma RLL, y otras cuestiones establecidas en el Reglamento 524/2013, la Comisión aprobó el pasado 1 de julio de 2015 el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo¹⁰⁰.

1.3. MARCO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO COMUNITARIO

Más allá de la conocida Recomendación R (98)1 del Comité de Ministros sobre la mediación familiar, aprobada en la reunión del 21 de enero de 1998 en el seno del Consejo de Europa, es importante señalar que la Unión Europea no había abordado, hasta hace relativamente poco, la necesidad de establecer una norma comunitaria vinculante para los Estados miembros que fomentara o armonizara las legislaciones en materia de mediación familiar.

100 DOUE L 171, de 2 de julio de 2015, páginas 1 a 4.

Es cierto que en determinados Reglamentos comunitarios aprobados en materia de Derecho de Familia se promueve el recurso a la mediación familiar como mecanismo de cooperación transfronteriza entre los Estados (por ej., el art. 55.e del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹⁰¹, o el art. 55.d del Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹⁰²) y que el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007¹⁰³, alude al empleo de los métodos alternativos de resolución de conflictos dentro del Capítulo 3 (dedicado a la “cooperación judicial en materia civil”), al establecer que “La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales” (art. 65.1), y en particular, “el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios” (art. 65.2 g).

No obstante, el marco jurídico de la mediación en el Derecho Comunitario en materia civil, y por lo tanto aplicable al ámbito familiar, no tuvo un desarrollo legislativo concreto hasta la aprobación de 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 mercantiles¹⁰⁴, destinada a regular ciertos contenidos mínimos de aquellos servicios de mediación instaurados por los Estados miembros para la resolución de asuntos de carácter transfronterizo¹⁰⁵.

1.3.1. LA NECESIDAD DE UN MARCO REGULATORIO COMÚN

Antes de pasar a analizar el marco regulatorio de la mediación familiar en la Unión Europea, cabría plantearse la cuestión acerca de si resultaba necesario o no llevar a cabo dicha regulación en este ámbito, a tenor del carácter flexible de la mediación,

101 DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

102 DOUE L 7, de 10 de enero de 2009.

103 DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007.

104 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 (DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008).

105 Como estudios sobre dicha Directiva, vid. ORTIZ PRADILLO, J. C., “La nueva Directiva europea sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de carácter transfronterizo”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº16, octubre 2008 (Publicación electrónica: www.iustel.com), así como ORTIZ PRADILLO, J. C., “La mediación en la Unión Europea: la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en VV.AA., *Mediación: un Método de ? conflictos*, ed. COLEX, Madrid, 2010, Págs. 55-73.

capaz de adaptarse a las necesidades de las partes en conflicto, su voluntariedad, y la ausencia de reglas preestablecidas (deslegalización, en el sentido de que la ley ocupa un papel menos central en el desarrollo de la negociación, y desjuridificación, en el sentido de que el Derecho como sistema cerrado de normas no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio¹⁰⁶). Todas ellas son características que, a priori, podrían parecer contrarias al establecimiento de un marco legal homogéneo. Sin embargo, diversas razones fundamentan la necesidad de una regulación a nivel Comunitario, como es el propio objetivo de establecer un Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, el cual exige la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, no sólo en el ámbito judicial, sino también en lo relativo a los diferentes métodos extrajudiciales de solución de litigios.

Así por ejemplo, para la aprobación de las distintas Directivas existentes en materia de protección del consumidor, tradicionalmente se han tenido en cuenta las distorsiones que sobre la competencia y sobre el mercado interior provoca la diversidad de las legislaciones de los Estados miembros en el sector de la venta de bienes o la prestación de servicios, y se ha considerado que se lograría una mayor protección del consumidor, a la vez que un aumento del estímulo de la competencia y de la libertad de opción de los ciudadanos, la aprobación de disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario.

Tales argumentos son igualmente válidos para fundamentar la armonización de los métodos extrajudiciales de solución de conflictos, pues dicha armonización resulta ser una fórmula apropiada para establecer un marco jurídico homogéneo en la Unión Europea que garantice los principios básicos de la metodología en la que se basa la mediación —la voluntariedad, la confidencialidad, la calidad del tercero interviniente, etc.—, con lo cual se aumenta la confianza de los particulares y empresas en estos procedimientos, sobre todo si las partes se encuentran en Estados miembros diferentes, así como también se garantiza la propia eficacia y cumplimiento de los acuerdos a los que se llegue tras la mediación, si éstos deben ser llevados a la práctica también en diferentes Estados miembros.

Por todo ello, si para lograr el reconocimiento y ejecución en toda la Unión Europea de las resoluciones judiciales se ha llevado a cabo una abundante actividad legislativa armonizadora para favorecer tanto la eficacia internacional de la fase de enjuiciamiento —v. gr., normas sobre competencia, ley aplicable, citaciones y práctica de pruebas—, como la posterior fase de reconocimiento y ejecución de las resoluciones adoptadas, *en la actual fase de implantación de la mediación, como sistema alternativo y complementario al de la vía judicial clásica para la resolución de conflictos, nos encontramos con los mismos problemas anteriormente citados respecto al de las sentencias judiciales, es decir, hace falta un sistema que, en beneficio de*

106 ORTUÑO MUÑOZ, P., “el proyecto de Directiva...”, op. Cit.

*los ciudadanos, otorgue seguridad jurídica al proceso de mediación y que permita su eficacia universal cuando el ámbito del conflicto trascienda de las fronteras de un Estado*¹⁰⁷.

El establecimiento de unas garantías mínimas son el factor clave para lograr el fomento y desarrollo de los sistemas ADR. Tal y como señala RAMOS MÉNDEZ¹⁰⁸, “a medida que el ciudadano ha visto que el sistema judicial le respondía con garantías, en esa medida ha ido incrementando sus necesidades de justicia y ha judicializado todo. Todo el mundo ha pasado de lavar el honor con la espada, para lavarla por la vía judicial. Hoy todo el mundo siente la necesidad de apelar a los Tribunales y a veces por cosas que no debían llegar a la vía judicial”. Por ello, si logramos que los sistemas ADR revistan las mismas o similares garantías que se predicán de los procesos judiciales, las convertiremos en una auténtica «alternativa» a la vía judicial para los ciudadanos, que optarán por escoger estos mecanismos de mayor sencillez a la par que menor coste, duración y confrontación que la vía judicial, a la hora de intentar lograr una solución a sus desavenencias.

Al igual que determinadas garantías o principios estructurales del proceso se han trasladado a otros ámbitos, como el procedimiento administrativo sancionador¹⁰⁹ o el arbitraje¹¹⁰, también pueden ser extrapolados como garantías a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Por tanto, resulta muy conveniente el establecimiento de un marco regulatorio homogéneo en toda la Unión Europea como una ley de mínimos que respete el marco competencial de cada Estado miembro, pero a la vez asegure unas garantías mínimas para que los acuerdos alcanzados a través de la mediación sean eficaces y puedan ser cumplidos en cualquier Estado, y generen en los ciudadanos la confianza suficiente como para acudir a dicho método.

De hecho, en el mencionado Libro Verde de 1993 se planteaba la cuestión de saber “en qué medida las garantías de independencia (o al menos imparcialidad) que en un Estado de Derecho se reconocen a la magistratura, podrán garantizarse por los nuevos “jueces” que, cada vez más, deberán solucionar litigios fuera de cualquier orden judicial”, y en el también aludido Plan de Acción de 1996 se destacaba como “ciertos procedimientos extrajudiciales pueden desempeñar un importante papel en la solución de los litigios en materia de consumo, en la medida en que se haya establecido previamente un cierto número de criterios mínimos que garanticen la transparencia del procedimiento y la independencia del órgano destinado a atender

107 ORTUÑO MUÑOZ, P., “el proyecto de Directiva...”, op. cit.

108 RAMOS MÉNDEZ, F., “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, *Justicia*, 1994, vol. IV, p. 812.

109 Como jurisprudencia constitucional referida a la aplicación de las garantías constitucionales y procesales al procedimiento administrativo sancionador vid. SSTC 18/1981, 246/1991, 61/1992, 270/1994, 136/1999 y 60/2000.

110 Vid. SSTC 62/1991, 174/1995, 107/1996 y 176/1996.

los litigios”. Cuestión distinta es si el mecanismo legislativo empleado para el establecimiento de ese marco regulatorio homogéneo en toda la Unión Europea es o no el apropiado¹¹¹.

1.3.2. ANTECEDENTES: EL LIBRO VERDE DE 2002 Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL AÑO 2004

Junto con las distintas iniciativas llevadas a cabo por la Unión Europea en materia de consumo, como antecedente directo de la regulación de las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil es preciso recordar el *Libro Verde de 19 de abril de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, con el que se pretendía proceder a una amplia consulta sobre las iniciativas y trabajos realizados en los Estados miembros y en la Unión Europea en materia de modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, reflexionar sobre las cuestiones jurídicas que se plantean en términos de calidad de las ADR, y en concreto, cuestiones sobre “las cláusulas de recurso a las ADR, los problemas que plantean los plazos de prescripción, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos derivados de ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad”, con el fin de preparar las medidas concretas que se hubieran de adoptar.

El fruto más destacable del citado Libro Verde fue la Propuesta de Directiva sobre mediación presentada por la Comisión el 22 de octubre de 2004¹¹², cuyas ideas clave pueden ser agrupadas en tres aspectos.

En primer lugar, la Propuesta de Directiva definió lo que debía entenderse por *mediación*¹¹³ y por *mediador*¹¹⁴, aunque lo hizo un modo bastante abierto, quizá para no excluir ninguna de las diversas prácticas que se llevan a cabo en los distintos Esta-

111 NAVARRO CONTRERAS (“El proyecto de directiva de mediación y la mediación comercial internacional”, en VV.AA., *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, ed. Universidad Juan Carlos I, Madrid, 2006, p. 61) estima que la vía del Reglamento comunitario se hubiera mostrado más adecuada, por cuanto, con su directa aplicabilidad, elimina la incertidumbre del cuándo, el cómo y el qué va a ser lo finalmente vigente en cada Estado miembro y aplicable por sus jueces y tribunales.

112 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles SEC(2004) 1314. COM(2004) 718 final.

113 Art. 2.a): “todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro”, si bien se exceptúa de dicho concepto “los intentos del juez por solucionar el litigio en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”.

114 Art. 2.b): “todo tercero que lleva a cabo una mediación, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro concernido y del modo en que haya sido designado o se le haya asignado la mediación”.

dos miembros, ni a ningún colectivo profesional. En aquel momento, se consideró más positivo fomentar las iniciativas autorreguladoras en dicho ámbito, de modo que la Propuesta se limitaba a declarar la intención de promover y fomentar el desarrollo y adhesión de los mediadores y de las organizaciones que presten servicios de mediación a Códigos de conducta voluntarios¹¹⁵, así como el fomento de otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación y a la formación de los mediadores.

En segundo lugar, establecía un ámbito de aplicación material, aunque algo confuso, pues el art. 1 declaraba que la Directiva se aplicaría a los asuntos civiles y mercantiles, sin quedar reducidos únicamente a los asuntos con elementos transfronterizos¹¹⁶, y por otro lado, en su Considerando octavo se establecía una delimitación negativa, al excluir “los procedimientos que tienen una cierta naturaleza jurisdiccional como el arbitraje, el recurso al Defensor del Pueblo, las denuncias de consumidores, la determinación por experto o procesos administrados por órganos que formulan una recomendación formal, ya sea jurídicamente vinculante o no, para resolver el conflicto”.

Dicho ámbito de aplicación fue objeto de diversas críticas. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo¹¹⁷ estableció en sus observaciones que “sería conveniente que, en el artículo 1.2, se estableciera su ámbito de aplicación y no se utilizara la fórmula negativa contenida en el octavo considerando. Además, se deberían tener en cuenta materias civiles y mercantiles, derivadas de otras, tales como las derivadas de materia fiscal, administrativa e, incluso, las acciones civiles derivadas de acciones penales”, y añadía que, “aunque la Propuesta de Directiva no va dirigida de forma exclusiva a la mediación en los conflictos transfronterizos, sí hay que pensar en la necesaria formación de los mediadores en el Derecho Comunitario, y sobre todo, en la creación de un marco jurídico que permita la libertad de este servicio en todos los países comunitarios”. El proyecto de resolución legislativa del Parlamento

115 Como, por ejemplo, el Código de Conducta Europeo para Mediadores aprobado en 2004. Versión disponible en castellano en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

116 Vid. apartado 1.2 de la Exposición de Motivos: “Promover la mediación solamente para los conflictos que presentan un elemento transfronterizo sería, por tanto, arbitrario y podría introducir un riesgo de discriminación, puesto que los órganos jurisdiccionales propondrían la mediación solamente a algunas partes en función de su domicilio, implicará indudablemente una reducción sustancial del impacto práctico de la Directiva propuesta y conduciría a una mayor incertidumbre jurídica” a la vez que se crearían “dos regímenes jurídicos paralelos, e incluso posiblemente de normas distintas sobre prestación y recepción de servicios de mediación, con el riesgo de efectos discriminatorios para usuarios y proveedores de servicios de mediación, lo cual contradice los principios del mercado interior, así como los esfuerzos de la Comunidad por simplificar el marco regulador para particulares y empresas”.

117 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 9 de junio de 2005 sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles. <http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=es&docnr=688&year=2005>.

Europeo sobre dicha Propuesta de Directiva¹¹⁸ incluyó el carácter transfronterizo del litigio, a la vez que excluía de la misma las negociaciones precontractuales o la conciliación judicial, y modificaba el art. 1.2 de la Propuesta para excluir expresamente *los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de la autoridad estatal (acta iure imperii)*. Y el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y la opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior de 22 de marzo de 2007¹¹⁹ también propuso que la Directiva sólo se aplicase en los casos transfronterizos.

En tercer lugar, el bloque normativo de la Propuesta de Directiva se centró en disposiciones referidas a la relación que la mediación debería guardar con el proceso jurisdiccional civil, en aras a posibilitar la eficacia de los acuerdos alcanzados en la mediación. Y así, se regulaba la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pudiera proponer a las partes el uso de la mediación (art. 3), el carácter ejecutorio del acuerdo alcanzado en la mediación, a petición de las partes, similar a una resolución judicial (art. 5), la inadmisibilidad como prueba en un proceso civil de las informaciones o manifestaciones hechas por el mediador o por las partes en el curso de la mediación, salvo que fuera necesario a efectos de la ejecución del acuerdo, para asegurar la protección de menores o para prevenir el daño a la integridad física o psicológica de una persona, o si el mediador y las partes están de acuerdo en ello (art. 6), así como la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción de las acciones a partir del momento en que se acudiera a la mediación (art. 7).

1.3.3. LA DIRECTIVA 2008/52/CE SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES.

El 24 de mayo de 2008 se publicó en el DOUE 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, como nuevo marco jurídico a nivel Comunitario para regular determinados aspectos de los servicios de mediación en los asuntos de carácter transfronterizo. El análisis de la Directiva puede enfocarse atendiendo a cuatro apartados. Tres de ellos referidos a su contenido (las definiciones, el ámbito de aplicación y los aspectos esenciales de la relación con los procesos judiciales), y el cuarto referido a lo que no se regula en la misma.

118 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0074&language=ES&mode=XML>. Vid. Enmiendas nº5 y nº13.

119 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0074&language=ES&mode=XML>.

1.3.3.1. CONCEPTOS.

Respecto al primer apartado, la Directiva utiliza unas definiciones abiertas de lo que ha de entenderse por “mediación” y por “mediador” a efectos de la aplicabilidad de la misma, con el objetivo subyacente, y anteriormente citado, de servir de ley de mínimos que permita a los Estados miembros, a la hora de legislar sobre la materia, decidir el modelo de mediación y el sujeto encargado de llevar a cabo la misma. Define como «mediación» *un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*. De este modo, tal definición ampara, tanto a aquellos procedimientos en los que el mediador puede llegar a proponer una solución práctica (mediación valorativa), como a aquéllos otros en los que el mediador ejerce como mero conductor del proceso para la gestión del conflicto, pero sin ofrecer propuestas de solución (mediación facilitadora), a la vez que ampara también las distintas formas a partir de las cuales se accede a la mediación, como por ejemplo, por la espontánea voluntad de las partes de acudir a la misma, porque venga exigida como requisito previo a la vía judicial el ordenamiento jurídico nacional o sea propuesta o exigida por el órgano judicial en el marco de un proceso judicial, o ya sea por venir establecida como cláusula contractual¹²⁰. Tampoco distingue entre procedimientos de mediación de naturaleza pública, como sería el caso de las gestionadas por las Administraciones Públicas, o de naturaleza privada, como por ejemplo, las que lleven a cabo determinados Colegios Profesionales o Entidades relacionadas con el ámbito empresarial o sindical¹²¹. No obstante, se excluyen aquellas gestiones llevadas a cabo por el órgano judicial competente para resolver el litigio en el curso de un proceso judicial (art. 3.a.II), así como las negociaciones precontractuales, la conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, la determinación por experto o el asesoramiento de éste al órgano jurisdiccional, ni los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto¹²².

Como vemos, la principal nota definitoria del concepto de mediación manejado por la Directiva es en la voluntariedad de la utilización de este método alternativo de solución de conflictos. Con independencia de que los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros prevean el recurso a la mediación como un requisito previo, o incluso obligatorio, a la vía judicial, ésta ha de estar presidida por la volun-

120 CASO SEÑAL, M., “Mediación. Signo distintivo de Europa”, *La Ley*, 31 de octubre de 2008, pp. 8 y ss.

121 ORTUÑO MUÑOZ, P., “el proyecto de Directiva europea sobre la mediación”. Versión electrónica disponible en http://cgae.iurislíne.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf.

122 Considerandos 11 y 12 de la Directiva. Se ha eliminado la exclusión expresa del “recurso al Defensor del Pueblo” que establecía la Propuesta de Directiva de 2004, aunque tal cauce puede incluirse dentro de *los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no*.

tariedad de las partes a la hora de alcanzar un acuerdo, y además, no puede impedir a aquéllas acudir a la vía judicial una vez finalizada o intentada la mediación sin éxito. La voluntariedad es clave, y se refiere, tanto al modo de iniciarse el proceso, como a su tramitación y a la vinculación de las partes al acuerdo alcanzado.

Por otra parte, la Directiva define como «mediador» a *todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación*, por lo que no excluye a ningún colectivo profesional ni exige ninguna titulación específica, lo cual corresponderá definir a los Estados miembros. Incluso se admite la mediación llevada a cabo por un juez, en la medida en que el Derecho nacional lo establezca (considerando 12 y art. 3.a.I), y siempre y cuando éste no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio.

Por este motivo, en España se ha propuesto que los Secretarios judiciales puedan actuar como mediadores al amparo de la competencia establecida en el art. 456.3.c) LOPJ¹²³, y en todo caso se ha recalcado la necesidad de conocimientos jurídicos por parte del mediador cuando sean objeto de los acuerdos decisiones que tengan trascendencia jurídica, tales como atribuciones o renunciaciones de derechos, generación de obligaciones, o transmisiones de propiedad sobre determinados bienes (por ejemplo, la necesidad de que las donaciones de bienes inmuebles se realicen mediante escritura pública), o que se tenga en cuenta la trascendencia fiscal de determinados negocios jurídicos. Para ello es evidente que las partes que intervienen en un proceso de mediación precisen asesoramiento jurídico, al menos para poder dilucidar si el acuerdo alcanzado es válido desde el punto de vista jurídico y si, en su caso, puede ser ratificado o rechazado por el juez por vulnerar el ordenamiento jurídico o derechos irrenunciables de las partes, cuestión clave cuando se trate de llevar a cumplimiento dicho acuerdo en el extranjero¹²⁴. Y así, vemos como la propia Directiva impide la ejecutividad del acuerdo cuando su contenido sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se pretenda cumplir (art. 6.1).

123 GIL NIEVAS, R., “La directiva de mediación en la Comunidad Europea”, en VV.AA., *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, ed. Universidad Juan Carlos I, Madrid, 2006, p. 43. El art. 456.3.c) LOPJ establece que “Los secretarios judiciales cuando así lo prevean las leyes procesales tendrán competencias en (...) Conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia”.

124 ORTUÑO MUÑOZ, P., “el proyecto de Directiva europea sobre la mediación”, op. cit; ÁLVAREZ MORENO, M. T., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Poder Judicial*, 2004, n°77, p. 254.

1.3.3.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Respecto al ámbito de aplicación, su ámbito *ratione materiae* son los asuntos civiles y mercantiles, referidos a derechos y obligaciones de carácter disponible, excluyéndose los de carácter indisponible para las partes, así como los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*). A diferencia de lo establecido en la Propuesta, el texto final de la Directiva sí limita su aplicación a los litigios que revistan carácter transfronterizo, entendiéndose por tales aquéllos en los que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en el momento¹²⁵ de llevarse a cabo la mediación (art. 2.1), o bien aquéllos en los que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c) (art. 2.2). No obstante, se invita a los Estados miembros a que, a la hora de trasponer dicha Directiva en sus ordenamientos jurídicos internos, prevean la aplicación de las disposiciones comunitarias también para los procedimientos de mediación de carácter nacional (considerando nº8). En cuanto a su aplicación *ratione personae*, al no establecerse disposición expresa en contra, la Directiva 2008/52 se aplicará tanto a personas físicas como jurídicas, sin más excepciones que las que puedan prever los Estados miembros en sus respectivas legislaciones, y por lo que respecta a su aplicación *ratione loci*, la Directiva sobre mediación se aplicará en todo el territorio correspondiente a la Unión Europea, a excepción de Dinamarca, que en virtud del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TCCE, decidió no participar en la adopción de la misma. Sí se aplica, por el contrario, a Irlanda y Reino Unido, quienes expresaron su voluntad de participar en la adopción y aplicación de la misma.

1.3.3.3. RELACIÓN MEDIACIÓN-PROCESO CIVIL.

El tercer apartado de estudio de esta norma se refiere a la relación que necesariamente ha de existir entre la mediación y el proceso judicial civil, que debe ser “equilibrada” dado que, si la mediación no debe considerarse una alternativa peor que el proceso judicial (considerando nº19), es preciso incidir en determinados aspectos del proceso civil para potenciar el uso de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con un marco jurídico predecible (considerando

125 La Directiva señala como dicho momento *la fecha en que: a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, b) un tribunal dicte la mediación, c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o d) El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, proponga a las partes que recurran a la mediación o les pida que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación.*

nº7), pues se presume que “un marco jurídico estable y fiable contribuiría a que la mediación se encontrara en pie de igualdad con el proceso judicial¹²⁶”.

La interacción entre la mediación y el proceso judicial civil resulta inevitable, ya que, por ejemplo, puede suceder que las partes acudan a la mediación como alternativa a la vía judicial, pero al no alcanzar un acuerdo, acaben finalmente en un proceso civil posterior; o bien se incoe previamente un proceso civil, y durante el mismo se decida acudir a la mediación; o ya sea porque se llegue a un acuerdo a través de la mediación pero una de las partes decida no cumplirlo. Esta interacción constituye uno de los aspectos clave de la Directiva, que lo aborda en torno a tres cuestiones básicas: la incidencia de la mediación en los plazos de prescripción y/o caducidad para ejercitar acciones ante los órganos judiciales; la validez como prueba ante los tribunales de las informaciones y los testimonios vertidos durante la mediación; y la eficacia de los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación.

i) Suspensión de los plazos de prescripción y caducidad

El Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos se preguntaba si convendría aproximar las legislaciones de los Estados miembros para que el recurso a las ADR suspendiera los plazos de prescripción para poder acudir a los tribunales, pues a falta de dicha suspensión, las partes podrían encontrarse con que, tras acudir a dichos métodos alternativos a la vía judicial, y tras fracasar en el intento de un acuerdo, tuvieran vedada el acceso a los Tribunales porque sus acciones se habrían extinguido por el transcurso del tiempo. De ahí el interés en promover la reforma de las leyes procesales nacionales en materia de plazos de prescripción, para que éstos se suspendan cuando se dé por comenzado el procedimiento alternativo para la solución del conflicto, y se reanude si éste concluye sin alcanzarse una solución.

A diferencia de la Propuesta de Directiva, que establecía directamente la suspensión de los plazos de caducidad o prescripción, a partir del momento en que las partes acudían a la mediación, y el reinicio de su cómputo una vez que ésta finalizare sin lograrse un acuerdo, la Directiva establece el deber de los Estados miembros de garantizar que “el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación”, pues como hemos indicado anteriormente, ni la mediación debe considerarse una alternativa peor que la vía judicial, ni su uso puede impedir o dificultar a las partes el acceso a la Justicia (entiéndase, a la vía judicial) para el supuesto de que tras la mediación no se alcanzara

126 Vid. Apartado 1.1.2 de la Propuesta de Directiva.

una solución al litigio entre las partes. Sin embargo, no se concreta ni el momento a partir del cual se entiende comenzada la mediación, ni a partir de cuándo se entiende que ha terminado, aunque en todo caso será preciso que conste de modo fehaciente la decisión voluntaria y libre de las partes de acudir a la mediación o de entenderla concluida, para así tener una fecha cierta a efectos de la suspensión de la caducidad y la prescripción¹²⁷. Tan sólo el considerando nº15 alude al hecho de que, a falta de acuerdo escrito, “debe considerarse que las partes convienen en recurrir a la mediación en la fecha en que toman medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación”, pero serán las legislaciones nacionales las que determinen qué se entiende por esas *medidas concretas*. Por ello, habrá que estar muy atentos a la fórmula que empleen los Estados miembros a la hora de regular dicha cuestión, el *dies ad quem* y el *dies a quo*, lo cual no es baladí, ya que si las partes acuden a la mediación en un Estado miembro, y una vez fracasada ésta deciden acudir a la vía judicial, en ese mismo Estado o incluso en otro Estado parte, será la *lex fori* de éste último la que determine si se entienden interrumpidos dichos plazos, desde cuándo, y mediante qué pruebas deberán acreditar las partes tales extremos. De ahí la importancia de garantizar un mismo régimen que se aplique en todos los Estados miembros, como por ejemplo sucede con las reglas del Reglamento 44/2001 en materia de litispendencia y conexidad, para evitar así que, una vez fracasado el intento de solución a través de la mediación, cada una de las partes acuda a los tribunales de un Estado miembro distinto y puedan producirse distorsiones en materia de competencia judicial.

ii) Confidencialidad

Otra cuestión importante es decidir qué valor pueden tener las informaciones obtenidas, tanto por el mediador como por las partes, durante el proceso de mediación. La confidencialidad constituye una condición *sine qua non* para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento¹²⁸, pero también puede ser motivo de actuaciones fraudulentas, pues esa sinceridad y franqueza de las partes con vistas a alcanzar una solución dan pie a que el mediador tenga acceso a informaciones que ni un juez ni un árbitro obtendrían durante un proceso jurisdiccional o arbitral. Si se quiere asegurar dicha sinceridad y franqueza, también es preciso garantizar a las partes que las informaciones y declaraciones vertidas durante la mediación no serán posteriormente utilizadas en su contra en un hipotético proceso judicial contencioso. Por ello, la Directiva (art. 7) establece la obligatoriedad de los Estados miembros de garantizar la exención de los mediadores y de las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación —no sólo las partes,

127 Vid. GIL NIEVAS, R., “La directiva de mediación en la Comunidad Europea”, en VV.AA., *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, ed. Universidad Juan Carlos I, Madrid, 2006, pp. 42 y 55.

128 Vid. Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, op. cit., p. 32.

sino también los asesores o colaboradores del mediador, peritos, etc.— de declarar en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, con las siguientes excepciones: a) salvo acuerdo contrario de las partes, b) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, y c) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

A diferencia de la Propuesta de Directiva, la versión final de ésta no enumera los documentos, opiniones o propuestas que quedan bajo el manto protector de la confidencialidad¹²⁹, como tampoco se especifica que tales extremos deben quedar excluidos con independencia de que el proceso judicial posterior se refiera o no al litigio que es o ha sido objeto de la mediación. La fórmula escogida por la Directiva es la de establecer un deber genérico de confidencialidad con determinadas excepciones, si bien se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de regular medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación, lo cual, nuevamente, puede ser visto con recelo, pues es necesario un grado mínimo de compatibilidad a nivel europeo de las normas en lo referente al modo de protección de la confidencialidad y su relación con el secreto profesional. Y así, por ejemplo, deberían armonizarse los deberes de confidencialidad del mediador con las obligaciones impuestas por la normativa comunitaria en materia de prevención del blanqueo de capitales¹³⁰, para excluir del deber de suministrar información, no sólo a los abogados cuando actúan en representación de sus clientes en un proceso judicial, sino también cuando actúen como mediadores en un conflicto.

Respecto al acuerdo entre las partes para “desclasificar” las informaciones obtenidas durante la mediación, se entiende que deberá ser expreso, aunque cabría también un consentimiento tácito si una de las partes llama al mediador a declarar como testigo y la otra no se opone. La alusión a que se trate de un proceso o arbitraje en materia civil o mercantil excluye la aplicación de dicho deber de confidencialidad en los procesos penales, aunque la alusión a “la protección del interés superior del menor” parece indicar que los procesos de familia en los cuales existan menores (v. gr., procesos sobre guarda y custodia, alimentos, etc.) también constituirán una excepción. Y finalmente, la mención a que el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación pueda ser necesario para la ejecución del mismo, debe

129 Vid. Letras a) a f) del art. 6.1 de la Propuesta de Directiva de 2004.

130 Véase la Directiva 91/308/CEE, de 1 de enero de 1993 (DOUE L 166 de 28.6.1991), la Directiva 2001/97/CE, de 28 de diciembre de 2001 (DOUE L 344 de 28.12.2001), y la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE L 309 de 25.11.2005).

entenderse en el sentido de que las partes vendrán obligadas a recoger por escrito los pactos a los que lleguen, sobre todo para el caso de que decidan solicitar posteriormente que el contenido de dicho acuerdo adquiera carácter ejecutivo en virtud de resolución judicial o documento auténtico emanado de una autoridad competente para poder ser reconocido y ejecutado en cualquier Estado miembro.

Por otra parte, y aunque no se recoja expresamente, el deber de confidencialidad del mediador no se debe entender referido únicamente a los supuestos en que sea citado a declarar como testigo. Dado que se admite que la mediación sea llevada a cabo por jueces, es preciso que éstos no puedan posteriormente conocer, como tales, del proceso judicial que entablen las partes, y para el caso de que el mediador sea abogado, tampoco debería poder actuar como árbitro sobre dicho litigio.

iii) La fuerza ejecutiva del Acuerdo

La tercera cuestión que aborda la Directiva respecto a la relación que debe existir entre los métodos ADR (y en particular la mediación) y el proceso judicial correspondiente, es la referida a la eficacia de los acuerdos a los que se llegue durante la mediación. El hecho de que dicha eficacia dependa del cumplimiento voluntario de las partes no significa que éstas queden en todo caso a expensas de la buena voluntad a la hora de cómo, dónde y cuándo cumplir lo previamente acordado. Resulta, por tanto, necesario arbitrar mecanismos para que lo pactado pueda alcanzar carácter ejecutivo.

El acuerdo alcanzado en la mediación es de cumplimiento voluntario, pero la Directiva prevé un procedimiento para que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que dicho acuerdo adquiera carácter ejecutivo, y dado que nos encontramos ante litigios transfronterizos, el objetivo perseguido con la Directiva es fijar un procedimiento para que dicha ejecutividad sea también transfronteriza, de modo tal que el acuerdo alcanzado llegue a ser reconocido y ejecutado en cualquier Estado miembro de una manera similar a lo que sucede con las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Respecto al procedimiento a seguir para dotar al acuerdo de carácter ejecutivo, la Directiva compele a los Estados miembros a garantizar que las partes puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido del acuerdo escrito resultante de una mediación, por ejemplo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional (ej., el auto que homologue una transacción extrajudicial) u otra autoridad competente (ej., un documento público notarial, o la decisión que adopte un organismo público encargado de la mediación¹³¹), de conformidad con la legislación del Estado miembro.

131 El Libro Verde de 2002 (p. 34) alude expresamente a las cámaras de comercio, a las que podemos añadir los colegios profesionales y demás entidades públicas o privadas acreditadas para llevar a cabo procedimientos de mediación.

bro en el que se formule la solicitud¹³², para lo cual se establece la obligación de los Estados de comunicar a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir la solicitud de las partes, salvo que el contenido de dicho acuerdo sea contrario a su legislación nacional o ésta no contemple su carácter ejecutivo. Como es lógico, para ello será necesario que el acuerdo conste por escrito¹³³. Y respecto al reconocimiento y ejecución de dicho acuerdo en otro Estado miembro, el considerando n°20 especifica que los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro “deberán ser reconocidos y declarados ejecutivos en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ej., sobre la base del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil o del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, a los cuales cabe también incorporar el Reglamento (CE) 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados¹³⁴, si el acuerdo es fruto de una transacción aprobada por un órgano jurisdiccional, se haya recogido en un documento público con fuerza ejecutiva.

1.3.3.4. CUESTIONES EXCLUIDAS DE LA REGULACIÓN.

Por último, y para finalizar el examen de la Directiva 2008/52/CE, también hay que señalar ciertos aspectos que quedan excluidos de su regulación, ya que la Directiva constituye una norma marco de mínimos que permite que sean los Estados los que decidan el modelo de mediación y los requisitos del sujeto encargado de llevar a cabo la misma, por lo que muchos aspectos concretos no han sido recogidos en la norma comunitaria, sino que serán las legislaciones nacionales las que los desarrollarán de un modo más detallado, como por ejemplo, si el procedimiento de mediación

132 Includo su Derecho internacional privado, según especifica el considerando n°19. A diferencia de la Propuesta, no se menciona expresamente que el contenido del acuerdo no deba ser “contrario al ordenamiento europeo”, pero como quiera éste integra los ordenamientos de los Estados miembros, dicha mención expresa no resulta, pues, necesaria.

133 El apartado II.B.4 de la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DOUE L 109, de 19 de abril de 2001) aconseja que *cualquier solución de un litigio acordada por las partes deberá registrarse en un soporte duradero y se precisarán con claridad los términos y los argumentos en que se asienta. Este documento se pondrá a disposición de las partes.*

134 GIL NIEVAS, R., “La directiva de mediación en la Comunidad Europea”, en VV.AA.: *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, ed. Universidad Juan Carlos I, Madrid, 2006, p. 49.

será gratuito o no, si han de tener una duración determinada y máxima¹³⁵, la eficacia de las cláusulas de sometimiento a la mediación que puedan ser insertadas en contratos y convenios, y el alcance de las mismas, el régimen de impugnabilidad de los acuerdos y las causas admisibles¹³⁶, o los requisitos y formación exigible para poder ejercer como mediador y su régimen de responsabilidad administrativa, civil y penal.

1.3.3.5. SEGUIMIENTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2008/52/CE.

Tres años después de su aprobación, el Parlamento Europeo se pronunció sobre el grado de aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, a través de su Resolución de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales¹³⁷. En dicha resolución, el Parlamento considera que la aprobación de la Directiva 2008/52/CE, además de incorporar un «marco jurídico predecible» sobre el recurso a la mediación en la Unión Europea, también ha sido de interés para los Estados vecinos y ha tenido una influencia cierta en la introducción de legislación similar en algunos de estos países.

El examen que realiza el Parlamento Europeo, respecto del grado de aplicación de la Directiva, se centra en comprobar cómo han aplicado los Estados miembros las principales disposiciones de la Directiva sobre la mediación en relación con la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales propongan a las partes que recurran a la mediación (artículo 5), con la garantía de confidencialidad (artículo 7), con el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación (artículo 6) y con el efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción (artículo 8).

Así, por ejemplo, observa que el requisito de confidencialidad establecido por la Directiva ya se contemplaba en la legislación nacional de algunos Estados miembros (v. gr., Bulgaria, Francia y Polonia), mientras que la legislación interna de Suecia sobre la mediación establece que la confidencialidad no es automática y requiere un acuerdo entre las partes en este sentido. Por otra parte, y de conformidad con el artículo 6 de la Directiva, la mayoría de los Estados miembros disponen de un procedimiento por el que se confiere al acuerdo por el que se establece una mediación la misma au-

135 Respecto a la actual discordancia entre los plazos máximos de duración de la mediación en la normativa autonómica y la proyectada legislación estatal, *vide infra* el Capítulo IV.

136 GIL NIEVAS (“La directiva de mediación en la Comunidad Europea”, op. cit., p. 47) afirma que *si la mediación produce como resultado la consecución de un acuerdo, debe intentar garantizarse el mismo de modo que no quede la posibilidad de abrir o reabrir un proceso judicial sobre el fondo del asunto. Se conseguiría así una verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial para la solución de controversias evitando que se convierta en un simple procedimiento previo al proceso judicial.*

137 Documento 2011/2026(INI).

toridad que a una decisión judicial. Así, algunas legislaciones nacionales han optado por la establecer la presentación del acuerdo ante un órgano jurisdiccional, mientras que, por el contrario, en muchos Estados miembros la legislación nacional también contempla la opción de la certificación notarial. Por ejemplo, mientras que en Grecia y Eslovenia la legislación establece que un órgano jurisdiccional puede obligar a un acuerdo de mediación, en los Países Bajos y en Alemania los acuerdos pueden tener carácter ejecutivo, como documentos notariales, y en otros Estados miembros, como por ejemplo Austria, la legislación aplicable permite que los acuerdos tengan carácter ejecutivo como documentos notariales, sin que el acto jurídico nacional de transposición haga referencia expresa a dicha posibilidad. Como se verá más adelante, en España se han recogido ambas posibilidades a la hora de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo (homologación judicial o elevación a escritura pública notarial).

Respecto al efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción, el Parlamento considera dicha norma como una disposición fundamental en cuanto que garantiza que a las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no se les impida posteriormente iniciar un proceso judicial a causa del tiempo transcurrido durante el procedimiento de mediación, y observa que los Estados miembros no han planteado aspectos específicos en relación con este punto.

Por otra parte, algunos Estados miembros han optado por ir más allá de los requisitos básicos de la Directiva en dos ámbitos: a saber, los incentivos financieros para la participación en la mediación y los requisitos obligatorios para la mediación. Así, y como quiera que el artículo 5, apartado 2, permite a los Estados miembros establecer la obligatoriedad de la mediación o someterla a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial, el Parlamento Europeo advierte que algunos Estados europeos han emprendido una serie de iniciativas para ofrecer incentivos financieros a las partes que opten por la mediación: en Bulgaria, las partes recibirán un reembolso del 50% de la tasa estatal ya abonada para dirimir el conflicto ante los tribunales si lo resuelven mediante la mediación, y la legislación rumana prevé el reembolso total de las costas judiciales si las partes resuelven un conflicto jurídico pendiente a través de la mediación. La legislación húngara cuenta con una disposición similar, y en Italia todos los actos y acuerdos alcanzados mediante mediación quedan exentos de tasas y costas.

En España, la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses¹³⁸ establece una devolución del 60% de la cuota de la

138 Publicada en el BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012, y modificada en virtud del Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero (BOE núm. 47, de 23 de Febrero de 2013) y del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de

tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios, una vez que el proceso finalice mediante resolución firme y el Secretario judicial certifique que se ha terminado el proceso por dicha vía extrajudicial, aunque ninguna exención se establece para el caso de que las partes hayan acudido a la mediación con carácter previo al proceso, y alcanzado un acuerdo dentro del mismo, una de ellas solicite judicialmente su ejecución forzosa ante el incumplimiento voluntario de la contraparte. La propia Exposición de Motivos de la Ley 10/2012 indica que con dicha ley se pretende favorecer el uso de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos (arbitraje y mediación)¹³⁹, de igual modo que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 defendía la necesidad de que “*La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos*”. Sin embargo, y a pesar de la voluntad de la LEC de equiparar en gran medida la ejecución forzosa de los laudos arbitrales, y ahora también los acuerdos fruto de una mediación, a las resoluciones judiciales, con una regulación casi unitaria en cuanto que “*títulos jurisdiccionales*” (art. 517 LEC), tanto unos como otros se consideran “*extrajudiciales*” a los efectos de exigirse el abono de la tasa judicial a la hora de solicitar su ejecución forzosa.

La reforma de la Ley de tasas judiciales en 2015, con la consiguiente exención del pago de la tasa a todas las personas físicas, representa una noticia positiva para la mediación familiar intrajudicial, en la que siempre estarán involucradas personas físicas. No obstante, para el caso de los métodos ADR utilizados por personas jurídicas (v. gr., mediación concursal, mediación mercantil, arbitraje, etc.), entendemos que la legalidad vigente es contraria al axioma imperante en la cultura arbitral, según el cual «a menor tiempo, menor coste». ¿Por qué el Estado exige la misma tasa judicial a quien acude a los tribunales estatales y utiliza toda la fase declarativa, con sus consiguientes gastos en medios materiales y personales, recursos no devolutivos, incidentes procesales, etc., que a quien acude sólo a los efectos de que se ejecute lo acordado previamente en un procedimiento de mediación voluntariamente desarrollado entre las partes?

Es evidente que el coste para la Administración de Justicia de la fase ejecutiva es claramente menor que el coste de todo un procedimiento —declarativo y ejecutivo—, y sin embargo, el importe de la tasa será el mismo. Por todo ello, consideramos que exigir tasa judicial a quien pretende la ejecución de un acuerdo de mediación es un

febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de Febrero de 2015).

139 “Con la finalidad básica de incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios”.

contrasentido con ese supuesto espíritu de la Ley de Tasas de incentivar que se acuda a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. Téngase en cuenta que en el proyectado art. 69 de la Ley del Notariado, según el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013, se pretendía eximir expresamente del pago de la tasa judicial al título ejecutivo “extrajudicial” consistente en el acta notarial que estableciera una deuda dineraria no contradicha¹⁴⁰ y no así el título ejecutivo “extrajudicial” consistente en la escritura pública notarial que recoge un acuerdo de mediación válidamente pactado entre las partes. ¿Por qué esa exención no se aplica también a la ejecución de las escrituras públicas que protocolicen notarialmente un acuerdo de mediación fruto de la Ley 5/2012? La posterior reforma de la Ley del Notariado en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no ha llegado finalmente a introducir tal exención, señalando únicamente que dicha acta notarial “llevara aparejada ejecución a los efectos del número 9.º del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha ejecución se tramitará conforme a lo establecido para los títulos ejecutivos extrajudiciales (art. 71.3.II LN). Es decir, que la interposición de la demanda ejecutiva de ese acta notarial sí llevará aparejada la exigencia del abono de la tasa judicial.

En conclusión, el Parlamento Europeo declaró en su Resolución de 2011 que el conjunto de los Estados miembros se encuentra en gran medida en condiciones de aplicar la Directiva 2008/52/CE antes del 21 de mayo de 2011 y que, mientras algunos Estados miembros están utilizando diversos enfoques normativos y algunos Estados se encuentran un poco retrasados, lo cierto es que la mayoría de los Estados miembros no sólo han dado buen cumplimiento de la Directiva, sino que en realidad superan los requisitos de la misma, y anima a que la Comisión, en su próxima Comunicación sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, también examine las áreas en las que los Estados miembros han decidido ampliar las medidas de la Directiva más allá del ámbito de aplicación previsto.

1.3.3.6. LEYES DE LOS ESTADOS MIEMBROS APROBADAS PARA INCORPORAR LA DIRECTIVA 2008/52/CE A LAS REGULACIONES NACIONALES.

Es cierto que los diferentes Estados miembros de la Unión Europea mantienen aún posturas muy dispares en lo que respecta al empleo de los ADR. Mientras que para algunos, la mediación tiene una arraigada tradición basada en los acuerdos de voluntades de las partes, otros Estados aún no han incorporado a sus ordenamientos

140 Ante dicha exención, se ha llegado a plantear la cuestión acerca de si la misma constituye acaso “un privilegio para favorecer a los Notarios a costa del erario público” (SEOANE CACHARRÓN, J., “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, Diario La Ley, núm. 8184, de 5 de noviembre de 2013).

ninguna legislación al respecto, y también los hay que, tras la regulación del arbitraje en ciertos sectores, han comenzado a desarrollar una incipiente normativa en materia de mediación, tanto con carácter extraprocésal, como en lo que respecta a la conciliación y mediación dentro de los procesos judiciales. Así por ejemplo, Italia fue el primer Estado miembro en proceder a reformar su normativa civil y procesal civil para recoger expresamente las directrices mínimas de la Directiva 2008/52/CE, y dar cabida así a la mediación como un procedimiento de resolución amistosa de conflictos sobre derechos disponibles, en virtud de la Ley 69/2009, de 19 de junio, de disposiciones para el desarrollo económico, la simplificación, competitividad, así como para la reforma procesal civil, que delegaba en el gobierno la potestad de aprobar, en un plazo de seis meses, uno o varios decretos legislativos sobre la mediación y la conciliación en materia civil y mercantil, de conformidad con el Derecho comunitario y de conformidad con determinados principios y criterios. Y dicha delegación dio como resultado el Decreto legislativo n°28, de 4 de marzo de 2010¹⁴¹ sobre la mediación en materia civil y mercantil, cuyos aspectos más destacables son analizados a continuación.

Entre los países con una normativa propia en materia de mediación anterior a la Directiva 2008/52, debemos citar en primer lugar a Francia, en donde a través del Decreto n°96-652, de 22 de julio de 1996 se reformó el Código Procesal Civil y se incorporó el Título VI bis, referido a la mediación (arts. 131-1 a 131-15). Conforme a dicha regulación, el tribunal que conociera de un proceso judicial (así como los référé), tras recabar el acuerdo de las partes, podía designar a un tercero que escuchase a las partes y confrontase sus puntos de vista para permitirles encontrar una solución a la controversia que les enfrenta, o a parte de ella. También se establecía una duración inicial de la mediación no superior a los tres meses, aunque a solicitud del mediador podría ser prorrogada (sólo una vez) por otro periodo igualmente no superior a tres meses. Dicha normativa también determinaba ciertos requisitos que debía reunir el mediador, tales como no haber sido objeto de alguna de determinadas condenas penales; no haber sido autor de hechos contrarios al honor, a la moral y a las buenas costumbres que hubieran dado lugar a una sanción disciplinaria o administrativa de destitución, expulsión, revocación o retirada de licencia o autorización; estar en posesión de la cualificación requerida en función de la naturaleza de la controversia; acreditar, según cada caso, un grado de formación o de experiencia adaptado a la práctica de la mediación; y estar revestido de las garantías de independencia necesarias para el ejercicio de la mediación. La incorporación de la Directiva 2008 al ordenamiento jurídico francés tuvo lugar a través la Ordenanza n° 2011-1540, de 16 de noviembre de 2011, y en virtud de la misma se aprobó el Decreto n° 2012-66, de 20 de enero de 2012, que introdujo en el Código de Procedimiento Civil un libro

141 Publicado en la Gaceta Oficial n°53, de 5 de marzo de 2010.

V dedicado a la resolución amistosa de litigios, con objeto de precisar las normas aplicables a la mediación y la conciliación convencionales.

También Irlanda cuenta con una regulación expresa de la mediación, principalmente en asuntos de responsabilidad civil por lesiones conforme a los arts. 15 y 16 de la Ley sobre responsabilidad civil y órganos jurisdiccionales de 2004 (Civil Liability and Courts Act), que la regula con carácter voluntario, y tras el ofrecimiento del órgano jurisdiccional a las partes en un juicio por lesiones para que examinen la posibilidad de lograr un arreglo extrajudicial. Y de igual modo, en el ámbito del Derecho de familia, se prevé la posibilidad de que en los procesos de separación o divorcio se acuda a la mediación para lograr un pacto entre los cónyuges, debiendo comunicar al juez el nombre del profesional encargado de llevar a cabo la mediación, que debe estar previamente capacitado por la Agencia Estatal de Asesoramiento Familiar, y en caso de no aportar al órgano judicial un certificado de que, al menos, se ha intentado dicha mediación, el tribunal puede aplazar el proceso por el tiempo que considere razonable.

Por su parte, en Austria se aprobó en el año 2003 la Ley de Mediación Civil¹⁴², con una regulación detallada de los supuestos en los que se puede someter la controversia a mediación, los requisitos y su tramitación, y sobre todo, la formación exigida al profesional que lleve a cabo la mediación, así como sus obligaciones y derechos. Y junto con la citada Ley de Mediación Civil, el art. 320 del Código Procesal Civil también se refiere a la mediación, al establecer la confidencialidad de los testimonios e información obtenidas durante el procedimiento de mediación, de manera que los mediadores no podrán ser llamados como testigos en cualquier proceso judicial, y para el caso de que infrinjan dicho deber de secreto, podrán responder penalmente. Por lo tanto, el ordenamiento austríaco no necesitaba transponer la citada Directiva de 2008.

En Bulgaria se aprobó la Ley de Mediación de 17 de diciembre de 2004¹⁴³, desarrollada por el Reglamento nº2, de 15 de marzo de 2007, que vino a establecer los requisitos de los mediadores y de las asociaciones y entidades que presten servicios de mediación, que deben estar inscritos en el Registro de mediadores creado por el Ministerio de Justicia, integrado en el registro central de organizaciones colectivas sin ánimo de lucro. También establecía la mediación como voluntaria, de modo que su coste debía ser asumido por las partes, cuya cuantía será convenida por las partes y el mediador. Posteriormente, dicha Ley ha sido reformada y actualizada en virtud de la Ley de mediación de 1 de abril de 2011, para acomodar el régimen interno a las directrices establecidas en la Directiva 2008/52/CE.

142 *Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen: Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG*, Boletín Oficial BGBl. I Nr. 29/2003. Junto con dicha Ley, también se aprobó un reglamento sobre el estatuto jurídico del mediador (*Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung – ZivMediat-AV*), Boletín Oficial BGBl. II Nr. 47/2004.

143 Boletín del Estado nº110, de 17 de diciembre. Disponible en: <http://aryme.com/legislacion-adr/europa/bulgaria/ley-arbitraje-mediacion/>

También es especialmente reseñable la Ley belga de 21 de febrero de 2005 de reforma del código procesal civil en materia de mediación¹⁴⁴, que prevé tanto la mediación extrajudicial como la mediación judicial en materia de familia. Además, tras la reforma del art. 1725 del citado código, cualquier contrato puede contener una cláusula de sometimiento a mediación para la resolución de las eventuales divergencias entre las partes respecto a la validez, interpretación, ejecución o rescisión del contrato suscrito, que puede ser alegada como excepción procesal en el caso de interposición de una demanda judicial o arbitral, y el árbitro o juez que conozca del conflicto deberá suspender el examen de la causa (dicha suspensión no afecta a la posible adopción de medidas cautelares). La ley también contiene los requisitos formativos que debe reunir el mediador, acreditados por una formación y una experiencia práctica que garanticen la independencia e imparcialidad necesarias para el ejercicio de la mediación, como por ejemplo, no haber sido objeto de una sanción disciplinaria o administrativa ni de una causa judicial que sean incompatibles con el ejercicio de la mediación.

En Bélgica, el control de los requisitos y de la formación de los mediadores se atribuye a la Comisión Federal de mediación, dependiente del Ministerio de Justicia, que se divide en una Comisión General formada por 6 expertos mediadores (dos notarios, dos abogados y dos representantes de los mediadores que no desempeñen funciones ni de abogacía ni de notaría), con importantes atribuciones, y tres Comisiones Especiales para diversos ámbitos (materia familiar; materia civil y comercial; y materia social). Estas comisiones se encargan de velar por la acreditación de los mediadores, la calidad y el desarrollo de la mediación. Y así, por ejemplo, disponen de la facultad de reglamentar los órganos y condiciones de formación de los mediadores, controlar y en su caso retirarles el certificado de mediadores si no reúnen las condiciones legalmente exigibles o no superan los cursos de formación continua, difundir entre los tribunales una lista de mediadores profesionales, así como ejercer la potestad disciplinaria y sancionadora sobre los mismos. Como ejemplos, la Decisión de 1 de febrero de 2007 regula las condiciones y procedimientos de autorización de los centros de formación y de la formación de mediadores autorizados, y la Decisión de 18 de diciembre de 2008 define las obligaciones de los mediadores acreditados en materia de formación continua y los criterios de acreditación de los programas en este ámbito.

El recurso a la mediación es una opción voluntaria de las partes, si bien se establece que, en materia de familiar, el juez debe informar a las partes, a través de una sesión informativa, acerca de la existencia de la mediación y de las posibilidades que ofrece. De acuerdo con el actual tenor del art. 1728, los documentos y comunicaciones emitidas durante el procedimiento de mediación son confidenciales y no

144 Publicada el 22 de marzo de 2005.

pueden ser utilizados en ningún proceso judicial, administrativo o arbitral, ni son admisibles como prueba. No obstante, la obligación de secreto puede ser levantada por el acuerdo entre las partes para permitir al juez que homologue los acuerdos de dicha mediación.

Conforme a los artículos 1733 y 1736 del Código de Procedimiento Judicial, la homologación judicial del acuerdo resultante de la mediación, le confiere a dicho acuerdo el carácter auténtico y ejecutivo, y en cuanto a la forma, revestirá la forma de sentencia. No obstante, se establece expresamente la posibilidad de que el juez se niegue a aprobar el acuerdo si es contrario al orden público o contrario a los intereses del menor. Y por último, existe una alternativa a la homologación judicial, ya que es posible trasladar el acuerdo resultante de la mediación a un acta notarial ante un notario, por acuerdo de las partes, en cuyo caso el acuerdo tendrá igualmente carácter auténtico y ejecutivo sin necesidad de recurrir a un juez.

En cuanto al resto de Estados Miembros, una eficaz herramienta para conocer las iniciativas nacionales a favor de los ADR como alternativa a las resoluciones judiciales, a la vez que nos muestra las disparidades existentes dentro de la Unión Europea entre los métodos de mediación y los ámbitos sujetos a mediación, lo constituye el actual Portal Europeo e-Justicia¹⁴⁵, y más en particular, el apartado dedicado a la mediación, que contiene información pormenorizada de cada país en lo que se refiere a organismos encargados de los servicios de mediación, ámbitos en los que resulta admisible la mediación o en cuáles es el más frecuente, si existen o no normas específicas que regulen la mediación, los costes de la mediación, así como los programas de formación.

En la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 30 de mayo de 2008 - *Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)*¹⁴⁶, se hacía incapie en el desarrollo por parte de la Comisión, desde el año 2003, del Portal de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, o los Atlas judiciales penales y civiles que permiten a los especialistas identificar a las autoridades judiciales competentes en los distintos puntos del espacio europeo. Por ello, dentro de las prioridades de la Acción 2008-2013 se advertía del potencial de ese Portal e-Justicia que permitiría a los ciudadanos acceder a la información superando las barreras lingüísticas, culturales y jurídicas, y serviría de mecanismo para favorecer la cooperación entre las autoridades judiciales, no sólo en sectores judiciales, sino también en lo relativo a actividades tales como el arbitraje o en general los mecanismos alternativos de solución de conflictos. La creación del Portal europeo e-Justicia, destinado al público y a las empresas para favorecer la vi-

145 <https://e-justice.europa.eu/home.do>

146 COM (2008) 329 final.

sibilidad de la acción europea y contribuir a mejorar el acceso a la justicia en Europa se hizo realidad el 19 de julio de 2010, bajo la Presidencia belga, como un servicio disponible en 22 idiomas de la UE, que ofrece información jurídica relativa a la regulación, tanto en Derecho Comunitario como en los ordenamientos nacionales de los Estados Miembros, sobre Derecho de Familia, asistencia jurídica gratuita, costas procesales, cobro de créditos pecuniarios, Registros mercantiles y de la propiedad, el uso de la videoconferencia, el recurso a los sistemas ADR, y expresamente, la mediación, los sistemas judiciales nacionales, las profesiones jurídicas, los atlas judiciales en materia civil y penal, así como el acceso a importantes bases de datos de jurisprudencia, tanto de la Unión Europea, como de los Estados.

Así por ejemplo, y con el objetivo de transponer la Directiva 2008/52/CE, podemos indicar las siguientes reformas nacionales: En Eslovenia, la Ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2 de junio de 2008, posteriormente reformada a través de la Ley sobre resolución alternativa de litigios en asuntos judiciales de 19 de noviembre de 2009; en Portugal, la Ley nº29/2009, de 29 de junio; en Hungría, el Reglamento 63/2009, de 11 de diciembre; en Italia, el Decreto legislativo nº28, de 4 de marzo de 2010 sobre la mediación en materia civil y mercantil; en Malta, la Ley nº9/2010, de 2 de julio; en Estonia, la Decisión nº562, aprobada el 18 de noviembre y publicada el 10 de diciembre de 2009; en Grecia, la Ley nº3898/2010, de 16 de diciembre de mediación en asuntos civiles y mercantiles ; en Chequia, la ley 202/2012 sobre mediación y, en el ámbito del procedimiento penal, por la ley 257/2000 relativa al Servicio de Mediación de la República Checa; en Croacia, la Ley de Mediación nº 18/11; en Luxemburgo, la Ley de 24 de febrero de 2012 junto con el Reglamento granducal de 25 de junio de 2012; y en Suecia, la ley 2011: 860 sobre la mediación en ciertas controversias de derecho privado.

2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

2.1. LA REGULACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL EN MATERIA CIVIL

El antecedente legislativo de la mediación familiar en España se ha querido ver en la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (denominada como *la ley del divorcio*)¹⁴⁷ ya que, con fundamento jurídico en el art. 32 CE, se inspiró en la idea del consenso a la hora de regular los efectos de la separación y del divorcio y permitía a las partes pactar los efectos de

147 LÓPEZ SAN LUIS, R., en VV.AA., *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 2004, p. 45.

la ruptura a través del denominado “convenio regulador”. A partir de ahí, el marco legislativo estatal vigente se residencia, por una parte, en el propio Código Civil, de manera principal, en los arts. 90 y ss., que permiten a los cónyuges acordar el contenido del citado convenio regulador, y especialmente, en el art. 159 CC, referido a las relaciones paterno-filiales, que emplaza al juez a decidir con cuál de los padres deben quedar al cuidado los hijos menores *si aquéllos no decidieren de común acuerdo*; en el propio art. 1255 CC que consagra uno de los pilares del Derecho Civil: el principio de autonomía de la voluntad de las partes; en el art. 1709 CC y ss., respecto al contrato de mandato; así como en el art. 1809 CC y sucesivos, relativos al contrato de transacción y al de mediación (art. 1814 CC).

Pero el recurso a la mediación es admisible en todos aquellos ámbitos del Derecho civil referido a materias que sean disponibles por las partes y en las que surjan determinados conflictos y desavenencias, y el Derecho de Familia es un sector muy particular del Derecho Privado en el que con frecuencia se producen disputas, roces y conflictos derivados de la propia convivencia intrafamiliar entre los cónyuges y el resto de familiares (v. gr., problemas con los abuelos respecto al régimen de visitas, o con los hijos durante la adolescencia), incluidos los casos derivados de la adopción y el acogimiento, los conflictos motivados por el reparto de herencias o división de bienes comunes, etc. Así, y entre otros ejemplos, puede ser mediable la indemnización por incumplimiento de la promesa de matrimonio (art. 43 CC), la propia reconciliación de la pareja (art. 84 CC, que deberá ser comunicada al juez, para que se ponga fin al procedimiento de separación), el contenido del Convenio regulador (art. 90 CC), así como las medidas provisionales en caso de ruptura, que se pidan con carácter previo a la presentación de la demanda o Con la presentación de la demanda (arts. 103 y ss. CC), las controversias durante el matrimonio en el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC), La división de la herencia (art. 782 y ss. LEC), la formación del inventario de bienes y la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 806 y ss. LEC), el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (art. 1326 CC) o la contribución a las cargas del matrimonio (art. 1362 y ss. CC) aunque haya separación de hecho.

Junto con la regulación deducida del Código Civil, la principal normativa estatal que se refiere a la utilización de la mediación familiar se recoge en la propia regulación de los procesos matrimoniales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley 15/2005 de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio¹⁴⁸, y con la cual se evidencia una significativa apuesta por las soluciones consensuadas y por la utilización de la mediación familiar como *recurso voluntario para reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor*, y ello por encima de la alegación y prueba de causas obje-

148 BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

tivas engarzadas con elementos subjetivos basados en la idea de culpabilidad que no hacían sino influir perjudicialmente en la ya deteriorada relación entre los cónyuges, al tener que exponer y acreditar circunstancias muy personales y de escaso o nulo interés jurídico (por ej., la infidelidad), lo cual generaba conflictos derivados del proceso mismo o acrecentaba los existentes, lo que repercutía en el mantenimiento de la controversia¹⁴⁹.

En la actual ordenación procesal se aprecia claramente esa intención del legislador en animar a las partes de manera constante a buscar una solución consensuada de sus diferencias, tal y como se establece en momentos muy diversos del proceso. Con carácter general, el art. 19 LEC permite a las partes solicitar al tribunal la suspensión del proceso, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia (en función de la naturaleza de los derechos en litigio), lo que posibilita que decidan resolver sus diferencias a través de métodos extrajudiciales, y a partir de la reforma efectuada en el año 2012, se indica expresamente como un motivo para solicitar dicha suspensión del proceso *para someterse a mediación o a arbitraje*.

Por otra parte, en la propia regulación de los procesos de separación y divorcio (arts. 770 a 777 LEC) se aprecia con mayor detalle esa voluntad legislativa en fomentar la mediación familiar. La reforma del año 2005 introdujo una nueva regla 7ª en el art. 770 LEC, según la cual *las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación*, lo cual debe ser puesto en relación con la regla 5º: *en cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el art. 777 (común acuerdo), las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo*.

La búsqueda del acuerdo también está presente en la solicitud de medidas provisionales previas a la demanda, pues el art. 771 LEC exige la celebración de una comparecencia *en la que se intentará un acuerdo de las partes*. En la solicitud de dichas medidas junto con la demanda (art. 773 LEC), hasta dos veces se prevé la posibilidad de llegar a un acuerdo: el apartado 1º permite a ambos cónyuges *someter a la aprobación del tribunal el acuerdo a que hubieren llegado sobre tales cuestiones*, y en el apartado 3º se declara que *antes de dictar el tribunal la resolución a que se refiere el apartado anterior (resolución sobre tales medidas provisionales), el Secretario judicial convocará a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que se sustanciará conforme a lo previsto en el artículo 771* (en la que, recordemos, se debe intentar un acuerdo de las partes). La búsqueda de un acuerdo está nuevamente presente en la celebración de la vista del juicio (art. 774.1 LEC) antes de acordar las medidas definitivas, en la que *si no lo hubieren hecho antes (...), los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias*

149 ASENCIO MELLADO, J. M., “La reforma de los procesos matrimoniales por la ley 15/2005, de 8 de julio”, *Práctica de Tribunales*, núm. 23, enero 2006, p. 21.

de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia, y dichas medidas definitivas se determinarán en la propia sentencia en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo (art. 774.4 LEC).

Es más, una vez dictada la sentencia, el art. 775 LEC posibilita la modificación de las medidas reguladoras de la relación entre los cónyuges tras la separación, nulidad o divorcio, *siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas*, y resulta obvio que la celebración de la mediación y la consecución de un acuerdo entre las partes constituye una variación sustantiva de unas medidas de carácter personal (visita a los hijos, etc.) que fueron impuestas por el órgano judicial al no existir en aquel momento un acuerdo entre las partes. El apartado 2º del art. 775 LEC permite que dicha solicitud de modificación de las medidas definitivas se haga *por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador*, e igualmente, el apartado 3º autoriza a las partes a solicitar la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior (ej., un proceso de separación ya finalizado, frente al cual ahora se insta el divorcio), *con arreglo a lo previsto en el artículo 773* (que alude a la búsqueda del acuerdo hasta en dos ocasiones).

Por su parte, el art. 777 LEC regula la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, en cuyo caso exige la presentación de una propuesta de convenio regulador, *incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*. Y para el caso de que el tribunal no apruebe en todo o en parte el convenio regulador propuesto, *se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal (art. 777.7ª LEC).*

Por último, también se prevé la posibilidad de que las partes soliciten con posterioridad la modificación del inicial convenio regulador presentado por las mismas, en cuyo caso, habrá que estar a la regulación contenida en el art. 777 si dicha solicitud de modificación lo es de mutuo acuerdo, o a lo previsto en el art. 775 si no lo es.

2.2. LA LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Más allá de las disposiciones del Código Civil referidas a la adopción de decisiones judiciales en materia de familia “en defecto de acuerdo entre las partes”, y de las constantes alusiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil al recurso a la mediación o a la búsqueda de acuerdo, en la regulación de los procesos matrimoniales, España no disponía hasta hace relativamente poco tiempo de una normativa que regulase a nivel estatal y con carácter homogéneo la mediación familiar.

Al amparo de las diversas iniciativas de la Unión Europea a favor de la utilización de los métodos ADR, y muy en particular, a raíz de la Recomendación R (98) 1, del Consejo de Europa, que recomendaba a los gobiernos de los Estados miembros “instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente” y “adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios siguientes para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares”, han sido las Comunidades Autónomas y no el Parlamento estatal las que han tomado la iniciativa a la hora de promulgar una legislación especial referida los servicios de mediación familiar, por lo que se ha afirmado, y con razón, que tanto el Estado como la Unión Europea han ido a remolque de las leyes autonómicas a la hora de legislar con respecto a la mediación familiar¹⁵⁰. No obstante, en la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, el gobierno se comprometía a «remitar 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».

Casi un lustro después, el Ministro de Justicia presentaba el 19 de febrero de 2010 ante el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (en adelante, APLM), con el objetivo de incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE, si bien en su Exposición de Motivos se advertía que dicho anteproyecto “va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea”. El principal objetivo era establecer “una norma que ponga en conexión la mediación y su ejercicio con el ámbito de la jurisdicción, para potenciar la eficacia real de aquella” y conformar “un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de de los asuntos civiles y mercantiles”, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

Tal anteproyecto fue muy criticado por el CGPJ en su Informe aprobado por el Pleno del 19 de mayo de 2010, en el que se cuestionaba la mayor parte del articulado del citado anteproyecto, y hay que reconocer que muchas de las observaciones vertidas en dicho Informe fueron tomadas en consideración y enmendadas en el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentado el 11 de abril de 2011¹⁵¹ (en adelante, PLM), y posteriormente ratificadas en la versión definitiva que finalmente aprobó el Parlamento: la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁵² (en adelante, Ley 5/2012).

150 Vid. MARÍN LÓPEZ, J. J. y Otros, *Legislación sobre Mediación Familiar*, 2ª edic., Madrid, Tecnos, 2008, p. 12.

151 Publicado en el BOCG, Serie A, de 29 de abril de 2011, Núm. 122-1.

152 BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

Es cierto que el PLM fue una de las propuestas legislativas a las que la disolución anticipada de las Cortes sorprendió en plena tramitación, y a diferencia de otras iniciativas, su texto no fue finalmente aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en su última sesión parlamentaria. Sin embargo, España seguía estando obligada a incorporar necesariamente las directrices establecidas en la Directiva 2008/52/CE. El plazo establecido en el art. 12 de la Directiva había finalizado el 21 de mayo de 2011, y como sabemos, tales plazos son vinculantes, en el sentido de que su incumplimiento puede motivar la apertura de correspondiente procedimiento de infracción por parte de la Comisión y desembocar en una demanda de la Comisión contra el Estado miembro ante el TJCE, incluso aunque las labores de transposición hayan dado comienzo, pues el TJCE tiene establecido que para garantizar no sólo jurídicamente, sino también de hecho, la plena aplicación de las Directivas, los Estados miembros deben establecer un marco legal preciso en el ámbito de que se trate, que permita a los particulares conocer sus derechos e invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁵³. De hecho, recientemente se publicitó el inicio por parte de la Comisión Europea de dicho procedimiento de infracción contra diversos países, entre los cuales se encuentra España, mediante el envío de las denominadas «cartas de emplazamiento», para que tales países comuniquen las medidas aprobadas para incorporar dicha Directiva a sus ordenamientos internos, y en España se da la circunstancia de que era el PLM el que tenía por objetivo, precisamente, incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE¹⁵⁴. Pues bien, la urgencia con la que dicha transposición debía efectuarse motivó que el gobierno aprobara el 5 de marzo de 2012 el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁵⁵, cuya exposición de motivos advierte expresamente esta circunstancia: “Precisamente, el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2008/52/CE, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justifica el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adapta-

153 Entre otras, vid. SSTJCE Comisión contra Italia, de 18 de enero de 2001 (asunto C-162/99); Comisión contra Luxemburgo, de 15 de junio de 1995 (asunto C-220/94), y Comisión contra Alemania, de 30 de mayo de 1991 (asunto C-361/88).

154 “La Comisión Europea toma medidas para facilitar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos”. Nota de prensa de la Comisión publicada el 22 de julio de 2011 (disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/919&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>), en donde se indica que nueve países no han notificado todavía todas las medidas nacionales necesarias para aplicar plenamente la Directiva. En consecuencia, la Comisión Europea inició acciones judiciales enviando «cartas de emplazamiento» a los siguientes países: la República Checa, España, Francia, Chipre, Luxemburgo, los Países Bajos, Finlandia, Eslovaquia y el Reino Unido. Los países disponen de dos meses para responder, y se reiteran las palabras de la Vicepresidenta y Comisaria de Justicia de la UE, Viviane Reding: «El acceso a la justicia es una piedra angular del espacio europeo de justicia. La mediación constituye una importante alternativa a la posibilidad de acudir a los tribunales en los litigios transfronterizos, y puede ayudar a las partes a dar con una solución amistosa. Ahorra tiempo y dinero y evita a las partes que participan en asuntos de carácter familiar, que ya de por sí son emocionales, el trauma adicional de acudir a los tribunales. Exhorto a los nueve países restantes a que finalicen urgentemente la incorporación, para que los ciudadanos y las empresas puedan gozar plenamente de sus derechos.»

155 BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012.

ción de nuestro Derecho, con lo que se pone fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea”.

La trascendencia de la ley estatal 5/2012 de cara al estudio de la mediación familiar en España es debida a que dicha norma constituye, junto con lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (y sin perjuicio de las disposiciones autonómicas), el régimen general aplicable a la mediación familiar, dado que de su ámbito de aplicación únicamente se excluye la mediación penal, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. Aunque la Ley 5/2012 no contenga ninguna alusión expresa al ámbito familiar (el art. 8 del PLM sí se refería expresamente a la mediación familiar, al exigir que “en la mediación familiar se debe tener presente el interés superior del menor”), dicha norma es enteramente aplicable a la mediación familiar. Por ello, y con razón, se ha afirmado que la mediación civil y mercantil regulada en la Ley 5/2012 *tiene una clara deuda con el Derecho de Familia, pues fue en el ámbito de estos procesos donde en primer lugar se introdujo en la LEC el recurso a la mediación con la Ley 15/2005*¹⁵⁶.

Además, la ley estatal ha generado importantes repercusiones sobre las vigentes leyes autonómicas en materia de mediación familiar, pues sólo una ley estatal puede poner en conexión la mediación con la jurisdicción, esto es, sólo a través de la intervención estatal es posible regular aquellos aspectos de la mediación que inciden necesariamente en la legislación procesal, competencia exclusiva del Parlamento estatal en virtud de lo establecido en el art. 149 CE. A pesar de que han sido las Comunidades Autónomas las que han promulgado una legislación especial referida la mediación familiar, y algunas de ellas ya han extendido dicha regulación a otras cuestiones de derecho privado y de ámbito social, la reforma de la legislación procesal resulta clave a la hora de garantizar el buen fin de la mediación como sistema alternativo a la vía judicial, pues como veremos a continuación, la mediación no sustituye a la vía jurisdiccional ni impide acudir a la misma; no es un “equivalente jurisdiccional”, como sucede con el arbitraje (respecto del cual también se necesita una regulación procesal que ponga en conexión determinadas cuestiones arbitrales con el sistema jurisdiccional, como sucede con las funciones de asistencia y control judicial en el arbitraje), sino un mecanismo complementario para la pacificación de controversias. Por ello, aspectos tan importantes como la suspensión del proceso judicial, la paralización de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones y derechos, la prohibición de declarar como testigo o perito en juicio, el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación, o los efectos de cosa juzgada de dicho acuerdo, sólo son posibles a través de la oportuna reforma procesal. De ahí que en muchas leyes autonómicas se regulen

156 UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia”, *Diario La Ley*, núm. 7996, de 8 de enero de 2013.

determinadas cuestiones procedimentales de la mediación, pero siempre «conforme a la legislación procesal vigente¹⁵⁷».

2.3. LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN OTROS SECTORES RELACIONADOS CON LA FAMILIA

2.3.1. MEDIACIÓN Y JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ORDEN PENAL

A pesar de que el objeto de análisis del presente estudio se centra en la mediación familiar, es importante indicar que la admisibilidad, fomento o prohibición de la mediación penal puede tener consecuencias en el ámbito familiar, de modo que cabe afirmar la posibilidad, e incluso conveniencia, de que se recurra a la mediación penal en determinados ilícitos referidos o relacionados con asuntos familiares, como pudieran ser los delitos contra las relaciones familiares (arts. 217 a 233 CP, con especial encaje en ilícitos penales referidos al incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio o resolución judicial en supuestos de separación, divorcio o nulidad, filiación o alimentos a favor de los hijos) e incluso que sea especialmente recomendable si se trata de delitos no violentos cometidos en el ámbito familiar y originados por un conflicto interpersonal entre víctima y agresor, en los que se puede presumir, por la propia vinculación entre los protagonistas, un riesgo de reiteración, porque están obligados a volverse a ver o convivir, complejidad de esos enfrentamientos que no puede abordarse desde el proceso judicial¹⁵⁸. Además, la excusa absolutoria de parentesco prevista en el artículo 268 CP cuando se tratase de cónyuges o parejas de hecho, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado¹⁵⁹ sólo procede en determinados casos de convivencia y siempre que en los hechos no concurra violencia o intimidación, a lo que hay que añadir que dicha excusa absolutoria impide castigar a una determinada persona, pero no excluye la objetiva relevancia penal del hecho, ni evita la responsabilidad civil derivada del mismo, ni la punibilidad de otras personas que pudieran participar en él.

El fundamento de la mediación aplicada al Derecho Penal se deriva de la corrien-

157 Vid. el art. 26.b) de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, el art. 14.c) de la Ley 1/2007 de Madrid, el art. 7.2 de la Ley 15/2009 de Cataluña, o el art. 7.c) de la Ley 9/2011 de Aragón. Resulta llamativa la norma recogida en el art. 14 de la Ley cántabra 1/2011, según la cual “El recurso a la mediación no tiene incidencia sobre el cómputo de los plazos procesales ni sustantivos, salvo que la legislación estatal así lo establezca”.

158 MBANZOULOU, P., TERCQ, N., *La médiation familiale pénale*, ed. L² harmattan, Paris, 2004, p. 56 y ss.

159 GARCÍA TORRES, M. L., “La mediación penal: especial atención a la mediación en los delitos sexuales y familiares”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 73, 2010; DÍAZ LÓPEZ, J. A., “Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Indret*, núm. 3, 2011.

te que propugna una Justicia *restaurativa*¹⁶⁰ frente al modelo tradicional de Justicia Penal *retributiva*, en la que debe considerarse a la víctima una parte importante en el desarrollo del proceso penal, de cara a conseguir una eficaz reparación –ya sea material o moral– del daño sufrido y una reducción de la victimización secundaria derivada de la actual rigidez de la instrucción penal en lo referido a la participación (o utilización, pues otro argumento a favor del impulso de la mediación se refiere a la sensación de “alienación”) de la víctima en la búsqueda de información y conformación de pruebas incriminatorias, a la vez que se lograría la reinserción del delincuente, a partir de su responsabilización por la comisión de la infracción. En este sentido, uno de los argumentos a favor de la utilización de la mediación penal lo expresa SÁEZ VALCÁRCEL¹⁶¹ al declarar que «la víctima, sin embargo, es un marginado del proceso. No hay espacio para su protagonismo. Se le considera desde el primer momento, en el mejor de los casos, como un medio de conocimiento, un recurso para la comprobación del hecho criminal y de la participación del imputado, un objeto. En el proceso penal no hay espacio para que el ofendido pueda expresar el dolor y la angustia que le ha producido el hecho violento. Se le convoca y se le interroga. Espera y desespera. Es difícil que logre entender el funcionamiento del juicio penal. En la mayoría de los casos se le conmina a comparecer bajo amenaza de persecución, nadie tiene tiempo para escuchar su relato, se le requiere para que sea breve, para que conteste sí o no, parece que al sistema no le preocupa su problema. Diga si es cierto que..., diga..., diga... Esa voz que en el concierto público ciertos opinadores profesionales dicen representar, demos la voz a las víctimas es una leyenda que se repite constantemente, en el proceso no tiene quién le oiga».

La pena, y muy particularmente, la pena privativa de libertad, no siempre evita la reincidencia en el delito, y por ello, se barajan “alternativas a la prisión” tales como la suspensión o sustitución de la ejecución de la condena, los trabajos en beneficio de la comunidad, la realización de cursos y talleres educativos, la libertad condicional, y ahora también se defiende la mediación como mecanismo de justicia restaurativa que ayude en la búsqueda de soluciones que promuevan la reparación, la reconciliación y el perdón, sin que ello signifique en todo caso un mecanismo para dulcificar la correspondiente pena a imponer al infractor ni un mero sistema de promoción de reparaciones pecuniarias a favor de la víctima. En nuestra opinión, si bien es cierto que uno de los elementos clave de la «Justicia reparadora» a la hora de lograr el resta-

160 Respecto al origen y fundamentos de la Justicia Restaurativa, vid. ZEHR/MIKA, “Fundamental concepts of Restorative Justice”, *Restorative Justice*, Dartmouth, London, 2003, p. 54 y DALY, “Restorative Justice. The real store”, en el mismo volumen, p. 57 y ss. Véase también el trabajo *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justice Through Dialogue*, 2000, elaborado por la Universidad de Minnesota (Center for Restorative Justice & Peacemaking) en colaboración con el Departamento de Justicia de los EE.UU (Office for Victims of Crime).

161 SÁEZ VALCÁRCEL, R. “la mediación reparadora en el proceso penal. reflexión a partir de una experiencia”, CGPJ, 2007. Ponencia publicada en el portal web del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones>. Fecha de consulta: 5 de mayo de 2013.

blecimiento de la situación alterada por el delito es la reconciliación de la víctima con el delincuente, debe incidirse, más que en dicha reconciliación —que, no obstante, puede ser una consecuencia del procedimiento de mediación— en la satisfacción de la víctima y en la readaptación y resocialización del delincuente.

En este sentido, la Justicia restaurativa no supone una corrección a la totalidad del sistema punitivo, ni reclama el abolicionismo del Derecho Penal. Se trata, por tanto, no de negar el conflicto, ni de abolir lo que hemos construido hasta ahora, ni mucho menos renegar del complejo entramado de garantías que hemos ido consiguiendo sobre la base del Estado Social y Democrático de Derecho. Se trata, más bien, de repensar y de reorientar el modelo de justicia penal en donde la reparación a la víctima también se comprenda atendiendo a la situación psicológica o anímica de la misma, procurando, realmente, que pueda rehacer su vida y que quede restaurada a la situación en la que se hallaba con anterioridad a los hechos¹⁶². Ahora bien, también se ha argumentado que la promoción de la “justicia consensuada”, a través de la implantación de determinadas manifestaciones del principio de oportunidad, a semejanza del sistema anglosajón, entre las que se incluiría la mediación, obedece también a la voluntad de introducir *técnicas de descongestión* ante la innegable sobrecarga de trabajo que colapsa Juzgados y Tribunales¹⁶³. Y con ello pueden producirse en la Sociedad un conjunto de inconvenientes que no pueden pasarse por alto, tal y como defiende MARTÍN RÍOS, entre los que cabría citar la pérdida de confianza en la Justicia, la falta de valor de la prevención general positiva y negativa, la desilusión de las expectativas de la justicia penal, así como el riesgo de crear una «justicia de pobres» y otra «de ricos¹⁶⁴».

En todo caso, y en virtud de esa tendencia a promover una reparación más eficaz de la víctima, lo cierto es que a raíz de importantes iniciativas por parte de la ONU¹⁶⁵ y de la Unión Europea¹⁶⁶, diversos Estados han implantado instrumentos alternati-

162 GONZÁLEZ-ARES FERNÁNDEZ, J. A., “La mediación en las causas penales y la protección de los principios y garantías constitucionales”, en VV.AA., *Mediación, Justicia y Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 40.

163 MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y Justicia Penal*, ed. Atelier, Barcelona, 2012, p. 399.

164 MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y Justicia Penal*, op. cit., p. 404 y LAMARCA PÉREZ, C., “Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 2007, núm. 44, p. 5.

165 Entre otros, véanse la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, sobre la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder; la Resolución 26/1999, de 28 de julio, sobre el desarrollo y la implementación de la mediación y las medidas de la Justicia Restaurativa en la Justicia Criminal; la Resolución 55/59, de 4 de diciembre de 2000, en la que hizo suya la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la Justicia; o la Resolución 14/2000, de 27 de julio, sobre los Principios básicos del uso de la Justicia Restaurativa en los procesos criminales. Respecto al fomento de la mediación penal por parte de la ONU, véase el manual *Handbook on Justice for Victims*. United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention. Centre for International Crime Prevention, New York. 1999.

166 Entre otras, véanse las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (83) 7, de 23 de junio, orientada a potenciar la participación del público en la elaboración y aplicación de políticas criminales

vos a la vía judicial para la resolución de determinados ilícitos penales, incluido el arbitraje, y por supuesto, el recurso a la mediación para determinados delitos.

En el caso de España, el orden penal no es extraño a medidas de política criminal tendentes a lograr esa mencionada *descongestión* de los tribunales a través de instrumentos fundamentados en el denominado “principio del consenso”, lo cual no es en absoluto novedoso ni referido únicamente a la mediación. Recordemos que la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ya encomendaba al Ministerio Público velar por la «simplificación» del procedimiento a través de la utilización de los mecanismos de aceleración y de consenso previstos en la Ley (en particular, la conformidad) *utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como «bagatelas»*. Lo que se defendía en la citada Circular 1/1989, y que es igualmente aplicable a los fines perseguidos por la mediación penal, es que tales soluciones consensuadas revelaban una actitud resocializadora del infractor que aceptaba su responsabilidad y que, al prestar su consentimiento de someterse a una sanción, esa actitud socializadora facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el artículo 25.2 CE.

En cualquier caso, debemos señalar que la mediación penal de adultos no ha sido aún regulada en una norma de ámbito general en España, sino que se aplica en virtud de las diversas posibilidades deducidas, entre otros, de los arts. 21.5, 66.2, 81.3, 88.1 y 125 del Código Penal y de los arts. 655, 784.3, 787, 795.1.5^a, 801.5 y 963 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁶⁷, y a través de diversas iniciativas, proyectos y protocolos

tendientes a prevenir la criminalidad y a facilitar la indemnización y la reparación a la víctima, como una forma de sustitución a la pena privativa de libertad; la Recomendación R (85) 11, de 28 de junio, sobre la posición de la víctima en el Derecho Penal y del proceso penal; la Recomendación (87) 18, de 17 de septiembre, sobre la simplificación de la Justicia penal; la Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre, por la que se define la mediación penal, o la Recomendación (2006) 8, de 14 de junio, sobre la asistencia a las víctimas de las infracciones. Y en la Unión Europea propiamente dicha, la Resolución del Parlamento Europeo sobre “Víctima de delitos en la Unión Europea. Normas y medidas” [COM (1999) 349 final]; la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOUE L 82, de 22 de marzo de 2001), y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE L 315, de 14 de noviembre de 2012).

167 El nuevo art. 963.1 LECrim, reformado en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015) permite al Juez acordar el sobreseimiento de los delitos leves patrimoniales en los supuestos de ausencia de interés público, que expresamente se presume “cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado”, lo cual abre la puerta a la posibilidad de que un pacto alcanzado en un procedimiento de mediación penal en dichos supuestos dé lugar al sobreseimiento de la causa penal.

aplicados por los distintos órganos jurisdiccionales penales¹⁶⁸. Tras los resultados apreciados a partir de dichos antecedentes, el Consejo General del Poder Judicial aprobó en el año 2013 una *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*¹⁶⁹ en la que se incluye una «Tipología de casos derivables a mediación penal» y se especifica que “es una opinión muy generalizada que la existencia de un listado cerrado puede resultar contraproducente porque puede obstaculizar y hasta impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos en él al crear estereotipos que operan a modo de freno automático en los operadores jurídicos para impedir una actitud más abierta y amplia ante la mediación penal”, si bien sí que considera excluibles de la mediación, por su propia naturaleza, los delitos sin víctima, es decir, los delitos de peligro abstracto, delitos contra bienes colectivos o bienes supra individuales.

Esta ausencia de regulación expresa y general de la mediación en asuntos penales se aparta de la propuesta contenida en la Decisión Marco 2001/220/JAI de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal¹⁷⁰, cuyo artículo 10 establecía expresamente que los Estados miembros procurarían impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida y deberían velar por que pudiera tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se hubiera alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales. Dicho artículo se percibía como una clara promoción de la mediación penal, hasta el punto de que en el Informe de la Comisión de 20 de abril de 2009¹⁷¹, de evaluación de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación de lo estipulado en la citada Decisión marco, se afirmó que dicho artículo “obliga a los Estados miembros a impulsar la mediación en los casos apropiados”. Es decir, se trataba de promover que los Estados incorporasen con carácter general la mediación en sus ámbitos penales, si bien se otorgaba a los Estados miembros un margen de apreciación para decidir sobre qué infracciones penales fomentarían el uso de la mediación penal.

Ahora bien, dicha Decisión Marco ha sido sustituida en el ámbito europeo a través de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el

168 Entre otros, vid. el *Protocolo sobre la Mediación en las diversas fases del proceso penal* publicado por el CGPJ, el 8 de julio de 2009, y elaborado para la experiencia piloto de mediación desarrollado por la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos y el Juzgado de lo penal 20 de Madrid y Juzgado de Instrucción 32 y 47 de Madrid (disponible en: www.poderjudicial.es). Respecto a la mediación penal en España, vid. las propuestas de RIOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, y BIBIANO GUILLÉN en *La mediación penal y penitenciaria*, ed. Colex, Madrid, 2006, así como GORDILLO SANTANA, L. F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, ed. Iustel, Madrid, 2007.

169 Publicada como separata de la Revista del Poder Judicial. Versión online disponible en la página web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Protocolos>. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2014.

170 Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001. DOUE L 82, de 22 de marzo de 2001, pág. 1.

171 COM(2009) 166 final.

apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹⁷², en la cual apreciamos un cambio de rumbo en esa inicial promoción de la mediación penal por parte del legislador comunitario. Tal y como se adelanta en el considerando núm. 46, los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, “requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias”, de modo que los Estados miembros deberán examinar y tomar en consideración, antes de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora, factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, así como los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima. Y tales garantías, recogidas en el art. 12, son propiamente presupuestos o condicionantes para permitir la mediación penal, como por ejemplo, que se cuente con el previo consentimiento libre e informado de la víctima y que antes se le haya ofrecido información *exhaustiva* e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo; y que el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso. En conclusión, la Directiva de 2012, a diferencia de la Decisión Marco de 2001, no obliga a los Estados miembros a que promuevan el empleo de la mediación penal, sino que, para el caso de que regulen servicios de justicia restaurativa, exige tales servicios reúnan una serie de garantías.

Pues bien, podemos afirmar que la actual política legislativa española en materia de mediación penal parece alinearse con los fundamentos de la Directiva europea del año 2012. En este sentido, el legislador estatal parece dispuesto a regular el instituto de la mediación penal de manera expresa, aunque aún no tenga decidido si hacerlo con ocasión de una reforma del proceso penal, o bien a través de una ley expresa, pues ninguna de las propuestas legislativas actualmente sometidas a debate parlamentario para reformar la LECrim incluye alusión alguna al régimen incluido en la Propuesta de Código Procesal Penal de 25 de febrero de 2013, que incorporaba con carácter general la mediación penal en el Título VI del Libro II (artículos 143 a 146), con importantes remisiones a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Hasta que se produzcan las oportunas reformas procesales, lo cierto es que la reforma del Código Penal efectuada en 2015¹⁷³ ha modificado la redacción del art. 84 CP conforme a la cual se incluye como motivo para proceder a la suspensión de la ejecución de la pena “el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”. Y la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito¹⁷⁴ inclu-

172 DOUE L 315, de 14.11.2012, pág. 57. De acuerdo con lo establecido en su art. 27, los Estados miembros deberán incorporar las disposiciones de dicha Directiva a más tardar el 16 de noviembre de 2015.

173 Reforma efectuada a través de la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

174 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

ye la mediación como un instrumento más de satisfacción moral y material de la víctima dentro de los servicios de justicia restaurativa a disposición de las mismas (art. 15), y ello con el mismo tenor que lo anticipado en la Directiva 2012/29/UE, pues en su Exposición de Motivos ya se anticipa que «el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio» y los requisitos establecidos en el citado art. 15 de la ley española para que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación penal entre víctima e infractor son: a) que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) que la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) que el infractor haya prestado su consentimiento; d) que el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) que no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2.3.2. MEDIACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

Por el contrario, la mediación sí está reglada en la Justicia Penal de menores como mecanismo para favorecer la reeducación del menor infractor, pues aunque no se señale expresamente, el principio de favorecer el interés del menor es uno de los principios rectores de la regulación penal juvenil¹⁷⁵. En este sentido, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores¹⁷⁶ declara expresamente en su Exposición de Motivos que «Un interés particular revisten

175 Para GÓMEZ COLOMER (“Tuición procesal penal de menores y jóvenes”, en VV.AA., *Justicia penal de menores y jóvenes: análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación* (coord. Josep Maria Tamarit Sumalla), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2002, p. 193), “más allá de lo procesal, no debería existir óbice a considerar el interés del menor como un principio de naturaleza mixta, sustantiva y procesal”.

176 BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000. Como estudios detallados sobre la mediación en la justicia penal juvenil, vid. FUNES ARTIAGA, J. (dir.), *Mediación y Justicia juvenil*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1995, CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, ed. Bosch, Barcelona, 1997; GARCÍA MATAS, E., “La mediación penal”, en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. / NAVARRO GUZMÁN, J. I. (coord.), *Menores, Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 633-640; CRUZ MÁRQUEZ, B., “La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, 07-14 (disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc>).

en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro». Y ya en su articulado permite al Ministerio Fiscal (art. 18) desistir de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo, lo cual puede venir ocasionado con motivo de una mediación escolar (para el caso de infracciones cometidas por menores en centros educativos contra compañeros y profesores) o una mediación penal llevada a cabo por los correspondientes servicios sociales autonómicos cuando las víctimas de los hechos fueran, precisamente, sus ascendientes o familiares¹⁷⁷. El Ministerio Fiscal también puede decidir sobreseer el expediente “por conciliación o reparación entre el menor y la víctima” (art. 19), entendiéndose por *conciliación* cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas, y por *reparación* el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

La mediación entre el menor y su víctima o el perjudicado es llevada a cabo por el Equipo Técnico de Apoyo a la Fiscalía de Menores, aunque también puede realizarse por organismos públicos de las Comunidades Autónomas u otras entidades (por ej., Asociaciones), quienes informarán al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

En el primer caso, se prevé expresamente que el propio Equipo Técnico encargado de elaborar un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, puede proponer al Ministerio Público la conveniencia de llevar a cabo la mediación (art. 27.3 LORPM), así como proceder a definir el contenido y finalidad de dicha actividad. En este supuesto, tal y como reconoce la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre,

¹⁷⁷ La Fiscalía General del Estado, no obstante, no se muestra partidaria del empleo de la mediación en los supuestos de violencia intrafamiliar sobre ascendientes, pues en la Circular 1/2010 sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes, declara que “La utilización de la conciliación en supuestos de escasa entidad exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación. No habrá de acudirse a la misma si se detecta una situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. Por ello, no deberá utilizarse ni cuando el menor maltratador no exteriorice su firme propósito de cesar en sus actos ni cuando el maltratado, por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitado para tomar parte en el proceso. La opción por la utilización de las soluciones extrajudiciales en estos casos, ciertamente residual por las propias dimensiones del conflicto subyacente, deberá en todo caso ir precedida por un riguroso estudio de las circunstancias psico socio educativas del menor y de su familia”.

relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, el ejercicio por el Fiscal de sus facultades discrecionales queda en gran medida condicionado, aunque no vinculado, por el trabajo del Equipo Técnico, pues gran parte del contenido reglado de sus decisiones favorables al sobreseimiento y archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del Equipo. Así por ejemplo, no es posible optar por el desistimiento en la continuación del Expediente en los términos del art. 19.1 si el Equipo no alcanza el éxito en sus esfuerzos de mediación o no propone una actividad socioeducativa sustitutiva del proceso.

En el segundo supuesto –por ej., mediación llevada a cabo por la institución pública autonómica encargada de la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores, o por las entidades públicas o privadas que hubieran suscrito el correspondiente convenio o acuerdo de colaboración para dicha ejecución-, hay que tener presente que el art. 51.3 LORPM permite la posibilidad de que la conciliación del menor con la víctima tenga lugar “en cualquier momento” (entiéndase, un vez dictada sentencia firme y durante la ejecución de la misma) y que dicho acuerdo pueda conducir al Juez a dejar sin efecto la medida, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores. Ello unido a la consideración de que “las reglas y garantías aplicables al proceso penal de adultos pueden modularse o llegar a excluirse al ser proyectadas al proceso penal de menores, dadas sus particulares características tanto en lo concerniente a la finalidad de las medidas, que no tienen un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y con vistas a su efectiva reinserción, como en lo relativo al desarrollo del proceso, donde ha de priorizarse el superior interés del menor¹⁷⁸” permiten afirmar que en el proceso penal de menores infractores la mediación podrá tener lugar en cualquier momento que se estime conveniente para favorecer la correcta educación y resocialización del menor a través de la concienciación sobre su responsabilidad por el daño ocasionado.

2.3.3. MEDIACIÓN, VIOLENCIA DE GÉNERO Y DELITOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Por último, merece especial interés analizar si resulta conveniente o no emplear la mediación en la Justicia Penal cuando estemos en presencia de determinados hechos delictivos en los que, por el seno de las relaciones en las que se producen (matrimonio, convivencia y otro tipo de relaciones de afectividad), puedan ser catalogados como «violencia de género», «violencia doméstica», «violencia intrafamiliar», o «delitos contra las relaciones familiares», debido a la complejidad de su tratamiento jurídico y al debate suscitado en torno a su posible utilización.

178 STC 146/2012, de 5 de julio, que cita las SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6; y 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5.

La violencia en el ámbito familiar ha pasado de ser considerada un problema casi privado y que debía ser resuelto “de puertas para adentro”, a ser representativa de la preocupación de la Sociedad por las víctimas, y particularmente, de la lucha del Estado contra la discriminación y por la igualdad entre hombres y mujeres. El tratamiento jurídico de la víctima ha sufrido una evolución radical en la que se ha pasado de un olvido material y procesal casi absoluto, debido a que el sujeto principal del proceso penal lo constituía el acusado □ al cual se le rodeó de toda una serie de garantías y derechos esenciales en las sucesivas reformas legales del derecho penal y procesal penal□, a una nueva etapa marcada por la necesidad de reconocer a la víctima un papel principal a la hora de intervenir en el proceso llamado a resolver el conflicto originado con la comisión del ilícito, priorizar el derecho a la tutela judicial de aquélla, con el consiguiente reconocimiento de importantes derechos dentro del proceso penal, e instaurar un nuevo modelo de Justicia reparadora en la que no sólo se persiga una respuesta represiva y una imposición y cumplimiento de una pena, sino también la efectiva reparación del agraviado y la debida asistencia, tanto antes como después del proceso penal.

La respuesta del legislador a la violencia de género representa el mejor ejemplo de ese deseo por dotar de una debida asistencia integral y una efectiva protección a las víctimas. La doctrina coincide en señalar el año 1989 como el origen de la primera regulación expresa sobre la violencia física en el seno familiar, a través de la introducción en el Código Penal de 1973 del artículo 425¹⁷⁹. Desde entonces, y hasta la promulgación de la LOMPIVG, tan aplaudida por unos y denostada por otros, muchos han sido los cambios legislativos en materia de violencia doméstica, que no han tenido la misma repercusión mediática pero sí importantes consecuencias jurídicas. Tal y como indica ANADÓN JIMÉNEZ¹⁸⁰, en el Código Penal de 1995 se tipificó en el originario art. 153 el maltrato habitual en el ámbito familiar, así como la falta de lesiones y de maltrato sin lesión en el art. 617, y se mantuvo la circunstancia mixta de parentesco como agravante en el art. 23. Posteriormente, a través de la L.O. 11/1999, de 30 de abril, se introduce el art. 57 CP para regular la posibilidad de acordar en la sentencia condenatoria, junto con la pena privativa de libertad, la prohibición de aproximación y comunicación a la víctima o familia, si bien dicha prohibición no se limitaba únicamente a los supuestos de violencia en el ámbito familiar, sino en función de la naturaleza del delito correspondiente.

179 Reforma articulada a través de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, el cual fue objeto de diversas críticas Al respecto, vid. DE LA LLANA VICENTE, M., “Evolución del tratamiento jurídico penal de la denominada *violencia doméstica*”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, vol. V, 1999. Dicha reforma legal tiene su antecedente en el Informe de la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del estudio de la mujer maltratada, publicado en el B.O. del Senado del día 12 de mayo de 1989.

180 ANADÓN JIMÉNEZ, M. A., “Análisis de la protección penal y procesal penal contra la violencia doméstica desde el Código Penal de 1995 hasta la Ley Orgánica 1/2004 (en especial, estudio de los aspectos sobre tutela penal y procesal penal en materia de violencia de género de la LO 1/2004 de 28 de diciembre)”, *Diario La Ley*, núm. 6457, de 6 de abril de 2006.

Pero más allá de la respuesta penal a la violencia intrafamiliar, es importante advertir otras medidas de protección contra dicha violencia recogidas en el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, y entre las que cabe citar la normativa referida a la protección de testigos: la L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, y la L.O. 14/1999¹⁸¹, que reformó diversos preceptos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos. Hasta entonces, se había criticado la desprotección social y jurídica existente frente a la violencia en el ámbito familiar, pues tan sólo se disponía de una medida eficaz de protección ante el riesgo de reiteración en el maltrato, que era la prisión provisional¹⁸². Las novedades más destacables de la reforma de 1999 fueron, a nuestro juicio, en el orden penal, la tipificación de la violencia psíquica dentro del delito de maltrato familiar habitual del art. 153 CP, que anteriormente sólo recogía la violencia física, y en el ámbito procesal, la medida cautelar del nuevo artículo 544 bis LECrim, que preveía la posibilidad de imponer al acusado, de oficio y ya en las primeras diligencias, la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas. Dicha ley también introdujo una importante medida de protección, aunque sólo para menores de edad, y consistente en la posibilidad de que declarasen “evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba”, si bien tal posibilidad fue extrapolada a cualquier otro testigo (y por tanto, también a la víctima) en aquellos supuestos en que la comparecencia resultara gravosa o perjudicial, a través del empleo de la videoconferencia, en virtud de la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

Esta Ley Orgánica 13/2003 merece especial atención, no sólo por dicha medida de protección de la víctima encaminada a evitar su confrontación visual con el acusado, sino porque también introdujo otras importantes reformas procesales de trascendental repercusión para las víctimas: por un lado, modificó el régimen de adopción de la prisión provisional para prever expresamente y como fin legítimo para adoptar dicha medida “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal” (art. 503.1.3º c) LECrim); en segundo lugar, modificó el artículo

181 L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999).

182 VALLESPÍN PÉREZ, D., “Algunas reflexiones acerca de las repercusiones procesales de la L.O. 1/2004, reguladora de las medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Justicia*, núm. 3-4, 2008, p. 191.

544 bis LECrim en el sentido de obligar al juez instructor a convocar la comparecencia para la adopción de la prisión provisional en el caso de incumplimiento por parte del inculcado de la orden de protección prevista en dicho artículo. Y en tercer lugar, estableció el deber de información a los directamente ofendidos y perjudicados por el delito (aunque no se hubieran constituido como parte en el proceso) de los autos relativos a la situación personal del imputado (art. 506 LECrim). Y no debemos olvidar la promulgación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y su complementaria L.O. 8/2002, de igual fecha, relativas al procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, que es aplicable a los delitos de violencia doméstica (lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual cometidos contra las personas del art. 173.2 CP), ni tampoco la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, del Fiscal General del Estado, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, que vino a realizar un profundo análisis de las reformas legislativas que incidían directamente sobre aspectos penales, procesales y cuestiones de carácter organizativo, con el fin de resolver determinadas dificultades y problemas interpretativos que se derivaban de los nuevos instrumentos jurídicos para la persecución y enjuiciamiento de los hechos delictivos relacionados con la violencia doméstica.

La diferenciación entre violencia de género y violencia intrafamiliar tiene importantes consecuencias cuando se trata de emplear la mediación como mecanismo de apaciguamiento de los conflictos intrafamiliares, pues el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁸³ introdujo un nuevo art. 87 *ter* LOPJ por el que se creaban los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con importantes competencias, no sólo en el orden penal, sino también competencias en el orden civil¹⁸⁴ cuando medie un acto de violencia de género, y el apartado 5º del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004 declara “vedada” la mediación.

Los argumentos utilizados por el legislador español fueron esencialmente dos: que la mayoría de los foros especializados considera inadecuada la mediación cuando existe violencia de género, y que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, y por tanto, no resultaría justo un intento de acercamiento de posturas o intereses cuando existe tal desigualdad. En efecto, se ha cuestionado la utilización de la mediación en los casos en los que exista violencia de género por el peligro a que el autor trate de amedrentar, manipular psicológicamente o mantener su control sobre

183 BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

184 Procesos de filiación, maternidad y paternidad; los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio; los que versen sobre relaciones paterno filiales; los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar; los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores; los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción; o los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

la víctima, a la vez que la mediación podría significar una intromisión estatal traumatizante para la propia víctima o ser percibido por la sociedad como una muestra de cierta tolerancia o permisividad hacia la violencia¹⁸⁵.

No obstante, y con respecto a la primera premisa, es importante señalar que muchos países admiten la posibilidad de acudir a la mediación, aún para los asuntos penales, y no existe una prohibición expresa cuando se trata de delitos cometidos contra mujeres¹⁸⁶. En los EE.UU., un estudio empírico desarrollado entre 1997 y el 2001 puso de manifiesto que la introducción de la mediación en casos de delitos graves vino de la mano de un interés por parte de las víctimas y reveló un alto índice de satisfacción en los participantes cercano al 80%¹⁸⁷. Posteriormente, la Comisión de violencia doméstica de la *American Bar Association* elaboró un estudio sobre las Leyes estatales que prohíben o permiten la mediación en asuntos en los que existe violencia doméstica¹⁸⁸. Incluso el CGPJ, en la citada *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial* de 2013, indica que «la experiencia demuestra que no se debería descartar el proceso de mediación en estos supuestos [delitos más graves], debe permitirse que sea la víctima de la infracción quien decida si desea someterse al proceso de mediación, y, contar asimismo con la determinación en el mismo sentido del acusado o condenado. No cabe duda que hasta en delitos muy graves, la mediación podría llevarse a efecto pasado un tiempo de cumplimiento de pena de prisión», y referido a ello, podríamos citar los denominados “Encuentros Restaurativos” entre presos de la banda terrorista ETA y víctimas, a semejanza de los denominados “encuentros de Glencree” celebrados en Irlanda en los años 2007 y 2008.

Y respecto al segundo de los motivos (la desigualdad de las partes), tampoco resulta ser un argumento trascendental, en nuestra opinión, para prohibir expresamente la mediación penal en los supuestos de violencia de género. Tal y como ha resaltado la ONU, es preciso tener en consideración ciertos factores que pueden influir

185 Como argumentos a favor y en contra, vid. SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “La mediación en el ámbito penal. Alusión especial al supuesto de violencia de género”, *Derecho y Proceso Penal*, 2014, núm. 35, pp. 61-92.

186 Tan sólo conocemos la Ley de 8 de septiembre de 2003 de violencia doméstica en Luxemburgo, que sí establece tal prohibición, lo cual ha sido muy criticado en dicho país por considerarse que *una exclusión sistemática de la mediación en estos casos puede convertirse en una medida demasiado severa, sin que una política criminal de fuerte cariz retribucionista pueda siempre identificarse como beneficiosa para la víctima*. (cita de ORTUÑO MUÑOZ, J. P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Revista de la Fundación Alternativas*, nº 110/2007, p. 66).

187 Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de Justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 2009, núm. 12 (disponible en: www.iustel.com), quien cita a UMBREIT, M.S./ VOS, B./ COATES, R.B./ ARMOUR, M.P., “Victims of Severe Violence in Mediated Dialogue with Offender: The Impact of the First Multi-site Study in the U.S.”, *International Review of Victimology*, 2006, vol. 13, pp. 27-48.

188 Véase el documento *Mediation in Family Law Matters Where DV is Present. Local Rules*. American Bar Association, Commission on domestic violence, January 2008. Disponible en la página web: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/domviol/docs/mediation_january_2008.authcheckdam.pdf. Fecha de consulta: 10 de enero de 2015.

en la existencia de desigualdad entre las partes a la hora de estimar conveniente o no la posibilidad de permitir la mediación (la edad, la madurez, la capacidad intelectual de las partes, los factores raciales, étnicos o culturales, o los graves desequilibrios de poder), pero el factor de género no se considera *per se* una causa de desigualdad. Es más, la propia Recomendación R (98) 1, del Consejo de Europa, sobre la Mediación Familiar, establece que el mediador pondrá especial atención en saber si ha habido violencia entre las partes o si puede producirse en un futuro, así como en los efectos que esta pueda tener sobre la situación de las partes en la negociación, y examinar si, en estas circunstancias, es apropiado el proceso de mediación.

Por ello, el factor de género no tiene por qué ser, a priori, un impedimento taxativo para la mediación penal, como sí hace la legislación española¹⁸⁹. Es más, la desigualdad entre las partes (víctima y agresor) está presente en todos los ilícitos penales, también en los cometidos por adolescentes y aun así se permite el recurso a la mediación, y además, resulta contradictorio con la idea de que la mediación y otras prácticas restaurativas poseen el efecto positivo para las víctimas de reducir el estrés post-traumático derivado del delito, particularmente en los casos en los que éste es grave, lo cual implica necesariamente que se deba aceptar la posible presencia del mismo en el proceso restaurativo, siempre y cuando no exista una grave situación de desventaja invalidante de cualquier tipo de diálogo, pues como advierte ORTUÑO¹⁹⁰, la metodología de la mediación es un antídoto de especial relevancia para prevenir situaciones de violencia doméstica y, en especial, de violencia contra la mujer, porque la mediación también es una forma de gestionar la «ira» y la «rabia» en contextos difíciles de comunicación, de modo que dicho autor llega a afirmar que “Aun cuando no puede intervenir en mediación en situaciones de desequilibrio de poder y, mucho menos, cuando existe amedrentamiento psicológico por la presencia de elementos de violencia o miedo, esta metodología sí que es de utilidad como estrategia preventiva”. Y en la misma dirección, FÁBREGA RUIZ estima que la prohibición establecida en materia de mediación en violencia de género “debe ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada y que debe comprobarse caso por caso y ser especialmente vigilada por el mediador¹⁹¹”.

Esta prohibición taxativa de mediación penal sólo para los casos de violencia de género, basada en la premisa de la desigualdad, tiene por objetivo lograr la pro-

189 Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., “La víctima de violencia de género...”, op. cit., p. 21.

190 ORTUÑO, P., “La mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero 2013, p. 20.

191 FÁBREGA RUIZ, C. F. / HEREDIA PUENTE, M., “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”, Trabajo publicado en Bajo Estrados Revista del Colegio de Abogados de Jaén (disponible también en: www.poderjudicial.es).

tección de la mujer víctima en un ámbito que representa *el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión* (Exposición de Motivos de la L.O 1/2004), y ha sido posteriormente asumido por las Naciones Unidas en su *Manual de legislación de la ONU sobre la violencia contra la mujer*¹⁹² publicado en el año 2010, en el cual recomienda prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales porque presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito. No obstante, debe advertirse que la premisa desde la que parte dicho Manual es que la mediación sería una “alternativa a la vía judicial” y que la mediación supone “retirar asuntos del control judicial”, algo que en realidad no sucede en España.

Frente a dicha opción, ciertos autores han alertado de que dicho propósito tiene también como consecuencia la reducción de la capacidad de decisión de la mujer, pues a pesar de que la Justicia Restaurativa se basa en implementar el rol activo de la víctima durante el proceso, convertirla en protagonista del proceso y reconocerle toda una serie de derechos, resulta que, por otro lado, se le niega la posibilidad de tomar determinadas decisiones que le atañen de manera muy directa. Así, la contrapartida a este impulso por convertir la violencia contra las mujeres en una cuestión de orden público y de máxima prioridad para las autoridades, tanto judiciales y policiales, como políticas, ha sido la limitación a la autonomía de la voluntad de las mujeres víctimas de este tipo de violencia, a través de determinados preceptos jurídicos impregnados de esa consideración paternalista en virtud de la cual las víctimas de esta tipología de delitos no están en condiciones de decidir por sí mismas y, por lo tanto, es el Estado el que se arroga la capacidad de decidir por el bien de la víctima y para evitar, no sólo a ésta sino a la Sociedad en general, determinados daños y perjuicios¹⁹³.

Como sabemos, el tratamiento jurídico de la víctima ha sufrido una evolución radical en la que se ha pasado de un olvido material y procesal casi absoluto, debido a que el sujeto principal del proceso penal lo constituía el acusado □ al cual se le rodeó de toda una serie de garantías y derechos esenciales en las sucesivas reformas legales del Derecho Penal y Procesal Penal □, a una nueva etapa marcada por la necesidad de reconocer a la víctima un papel principal a la hora de intervenir en el proceso

192 *Handbook and Supplement for legislation on violence against women*, p. 40. Publicado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División para el Adelanto de la Mujer. Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/.

193 Como estudio específico sobre dichas consecuencias referidas a minusvaloración jurídica de la voluntad de la víctima, vid. ORTIZ PRADILLO, J. C., “Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima”, *Diario La Ley*, de 8 de febrero de 2016.

llamado a resolver el conflicto originado con la comisión del ilícito, priorizar el derecho a la tutela judicial de aquélla, con el consiguiente reconocimiento de importantes derechos dentro del proceso penal, e instaurar un nuevo modelo de Justicia reparadora en la que no sólo se persiga una respuesta represiva y una imposición y cumplimiento de una pena, sino también la efectiva reparación del agraviado y la debida asistencia, tanto antes como después del proceso penal. La reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, así lo reconoce expresamente en su Preámbulo, en donde se afirma que debido a que el foco de atención procesal estaba centrado casi siempre en las garantías procesales y los derechos del imputado, acusado, procesado o condenado (...) se ha podido advertir una cierta postración de los derechos y especiales necesidades de las víctimas del delito que, en atención al valor superior de justicia que informa nuestro orden constitucional, es necesario abordar.

Si el principal acierto, o al menos el más aplaudido, de la LOMPIVG lo constituye el haber puesto el foco en el objetivo de dotar de una debida asistencia integral y una efectiva protección a las víctimas, más allá del proceso penal, la citada Ley 4/2015 sigue la misma dirección e incide en la necesidad de comprender que la protección y el apoyo a la víctima no tiene lugar sólo con motivo de un proceso judicial, sino que cobra una dimensión extraprocesal fundada en un concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo, en aras a la salvaguarda integral de la víctima.

Ahora bien, la contrapartida a este impulso por convertir la violencia contra las mujeres en una cuestión de orden público y de máxima prioridad para todas las autoridades, tanto judiciales y policiales, como políticas, ha sido la limitación a la autonomía de la voluntad de las mujeres víctimas de este tipo de violencia, a través de determinados preceptos jurídicos impregnados de esa consideración paternalista (o sencillamente machista) en virtud de la cual, las víctimas –mujeres- de esta tipología de delitos no están en condiciones de decidir por sí mismas y, por lo tanto, es el Estado –el *pater*- el que se arroga la capacidad de decidir por el bien de la víctima y para evitar, no sólo a ésta sino a la Sociedad en general, determinados daños y perjuicios.

Si partimos de la base de considerar como paternalismo jurídico aquella intervención por parte del Estado en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma, y en virtud de la cual se ejercita un determinado poder con el fin de impedir que ese sujeto lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le supongan un incremento del riesgo de daño¹⁹⁴, y dicho ejercicio de poder se justifica sobre la base de que tal acción evita daños importantes y es necesaria por cuanto el sujeto sobre el que se ejerce el poder no está en condiciones de cuidar de

194 GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Cuadernos Doxa de Filosofía del Derecho*, 1988, n°5, pp. 155-173.

sus propios intereses¹⁹⁵, es fácil concluir que en la persecución y enjuiciamiento de la violencia machista, subsisten (y se han incorporado otras) medidas legales en las que concurren ambos presupuestos.

De una parte, cumplen esa finalidad de promover determinados intereses a favor de la Sociedad: nadie cuestiona que la erradicación, no sólo de la violencia en el seno familiar, sino de la ejercida contra las mujeres como macabra consecuencia de una deplorable idea de dominación masculina, constituye uno de los obstáculos más graves y más perjudiciales para el propósito de lograr una sociedad más justa y equitativa, a la vez que se justifica una vez más en el mandato constitucional del art. 9.2 CE: adoptar las medidas oportunas para *reducir y erradicar las insoportables cifras de violencia que sufren las mujeres, fruto de las relaciones de poder, de dominio y de discriminación que han ejercido históricamente algunos hombres contra éstas, especialmente en el ámbito de la pareja o ex pareja* (Exposición de Motivos de la LOMPIVG). Y a ello hay que sumar la justificación teleológica de la finalidad protectora que tales medidas representan para las víctimas. Los Estados tienen la obligación de proteger de una manera efectiva a las víctimas, tal y como ha reconocido expresamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁶. En este sentido, la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, que incluye también la lucha estatal contra cualquier tipo de violencia contra aquélla, ha hecho reaccionar al legislador para evitar que la vulneración de los derechos de la víctima de violencia de género se produzca como consecuencia de actos u omisiones de una autoridad pública, de modo que la responsabilidad última a la hora de proteger los derechos de la mujer le corresponde al Estado y no a los particulares¹⁹⁷. Esta tesis adquiere mayor relevancia ahora que el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha condenado a España en el caso *AGC c. España* por no actuar de manera diligente para evitar la violación de los derechos de la demandante, una mujer víctima de violencia de género cuya hija fue asesinada por su padre durante el régimen de visitas, a pesar de que aquélla había presentado ante la autoridades más de treinta denuncias contra su pareja y había solicitado reiteradamente medidas de protección para ambas.

De otra parte, arrojan como resultado la consideración por parte del legislador de que la mujer a la cual se dirigen tales medidas (la mujer víctima de la violencia machista) no está en condiciones de decidir por sí misma qué es mejor para sus intereses. Más allá de garantizar la indisponibilidad por parte de los sujetos de determinados bienes jurídicos protegidos penalmente y evitar la privatización de la

195 ALEMANY, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Cuadernos Doxa de Filosofía del Derecho*, 2005, n°28, pp. 265-303.

196 Vid. STEDH Opuz c. Turquía, de 9 de junio de 2009 (demanda n° 33401/02).

197 CORCUERA CABEZUT, S., *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*. México: Oxford, 2012.

justicia penal, lo cierto es que el legislador toma en consideración los perniciosos efectos de la violencia machista sobre la mujer¹⁹⁸ (baja autoestima, inseguridad, miedo permanente, frustración, rechazo a las relaciones afectivas, temor a las relaciones sexuales, disminución de su rendimiento en actividades cotidianas, depresión, etc.) y concluye que la mujer víctima de esta forma de violencia, bien por el desequilibrio de poder existente entre víctima y agresor, o bien por las especiales circunstancias que rodean la relación entre ambos (hijos comunes, convivencia, posible afecto o cariño aún existente, falsas promesas y presiones del entorno familiar, deseo de recuperar la relación deteriorada, etc.), se encuentra alienada y por lo tanto, no le corresponde a ella sino al Estado resolver acerca de lo que debe permitirse y cómo deben ser protegidas estas mujeres.

Lo llamativo de esta voluntad política de erradicar la violencia de género a través de específicas medidas procesales y materiales es que ha sido criticada por un determinado sector doctrinal debido a ese paternalismo subyacente que establece *una serie de “automatismos” que, además de recortar el arbitrio judicial y dificultar la adaptación de la ley a las circunstancias concretas del caso, impiden a las mujeres expresar sus demandas y necesidades, y les obligan a soportar determinadas medidas de protección que, a menudo, ni desean, ni han solicitado*¹⁹⁹. Para este sector doctrinal, el sistema penal está ideado para reaccionar con una sola lógica: la mujer maltratada debe separarse y querer el castigo para el agresor; cualquier otra posibilidad es vista como una muestra de irracionalidad frente a la cual la opinión de la mujer debe ser desconsiderada²⁰⁰.

Merece la pena reflexionar sobre cómo la política criminal orientada a la lucha contra la violencia de género puede llegar a ser objeto de dos interpretaciones radicalmente opuestas.

Para algunos, resulta necesaria la adopción de medidas especiales porque “la violencia contra las mujeres es algo sustancialmente diferente a la violencia ejercida en el ámbito familiar, porque de sus características se deriva un desvalor añadido que

198 PÉREZ, M., “La violencia intrafamiliar”, *Revista Jurídica. Biblioteca Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art9.htm. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2013.

199 ORTUBAY FUENTES, M., “Cuando la Respuesta Penal a la Violencia Sexista se Vuelve contra las Mujeres: las Contradenuncias”, *Oñati Socio-legal Series* [online], 2015, vol. 5 (2), p. 650. Accesible en la página web: <http://ssrn.com/abstract=2612114>. Para dicha autora, algunos de esos “automatismos” que deberían ser objeto de revisión son: Equiparar una llamada a la policía con una denuncia, que supone el inicio de un proceso penal sin necesidad de ratificación alguna por parte de la mujer; la naturaleza de delito —y de delito “público”, perseguible de oficio— de cualquier manifestación de agresividad en el ámbito familiar y de pareja; la consideración como agravante en todo caso de circunstancias puramente objetivas, como, por ejemplo, realizar el hecho “en el domicilio común”; la imposición obligatoria de la pena de “alejamiento” en todos los delitos cometidos en el ámbito de la convivencia familiar, con independencia de su gravedad, del riesgo existente, etc.; o la prohibición, en todos los casos relacionados con la violencia de género, de la mediación.

200 LARRAURI PIJOAN, E., “¿Se debe proteger...”, op. cit., pp. 161-162.

va más allá del daño causado: tales acciones anulan a la mujer como persona, su voluntad, su iniciativa, y consagran el dominio del varón sobre la mujer, también, en la relación familiar y afectiva²⁰¹”, y constatan que “dicha violencia degrada los valores en los que han de apoyarse las relaciones afectivas y viola y menoscaba derechos constitucionales como la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación por razón de sexo²⁰²”.

Para otros, la misma causa esgrimida para justificar la adopción de determinadas medidas legislativas especiales frente a este tipo de violencia –la anulación de la mujer como persona, su voluntad, su iniciativa...- se convierte al mismo tiempo en la consecuencia de dichas medidas legislativas. Es decir, el Estado, al negar la capacidad a la mujer víctima de violencia machista de decidir por sí misma o restar valor a lo que ella desea, también limita su voluntad y su derecho a decidir libremente sobre cuestiones que le atañen directamente, no la considera como sujeto con pleno ejercicio de sus derechos. Se trata, por tanto, de la reproducción legal de ese rol patriarcal en el que la mujer sigue sometida a tutela, esta vez no al *pater familias*, sino al Estado, quien perpetúa la consideración de la mujer como “objeto” de tutela judicial y no como “sujeto” del proceso con plena capacidad para decidir, porque el Estado considera que sólo a través de tales medidas destinadas a garantizar una adecuada protección a la víctima de la violencia de género y un castigo ejemplarizante para el agresor es posible lograr el fin perseguido –erradicación de cualquier forma de violencia sobre la mujer-, aunque para ello deba considerarse irrelevante, desde un punto de vista jurídico, la voluntad expresada por aquélla, bajo la premisa de que no está en condiciones de decidir libremente.

Este patriarcado legislativo ha sido lo más criticado de la normativa en materia de violencia machista, porque construye un Derecho Penal de género que reproduce el sistema de dominio que se dice combatir, en el sentido de que dicha normativa *infantiliza* a la mujer al perpetuar la idea de que, en palabras de AÑÓN y MESTRE, «realmente las mujeres somos seres necesitados permanentemente de tutela masculina o estatal y, por tanto, no somos seres iguales ni autónomos (tesis patriarcal que queríamos combatir)²⁰³».

La prohibición de mediación sobre cualesquiera de los asuntos que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (lo cual afecta tanto en los procesos penales, como a aquellos civiles cuya competencia se residencie en los JVM)

201 FUENTES SORIANO, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, núm. 6362, de 18 de noviembre de 2005.

202 Véase la Circular 4/2005, de 18 de julio, del Fiscal General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la LMPiVG.

203 AÑÓN, M. J., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX/MARTÍNEZ (coord.), *La nueva ley contra la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2005, pág. 42.

también resulta ser una medida que, destinada a proteger a la mujer víctima de la violencia de género, limita su voluntad sin atender a las circunstancias concretas ni al asunto –civil o penal- sobre el que se quisiera emplear tal instrumento. Frente al fundamento de la mediación aplicada al Derecho Penal (Justicia restaurativa) como alternativa frente al modelo tradicional de Justicia retributiva, en la que debe considerarse a la víctima una parte importante en el desarrollo del proceso penal, de cara a conseguir una eficaz reparación del daño a la vez que se lograría la reinserción del delincuente a partir de su responsabilización por la comisión de la infracción, la prohibición de mediación en este ámbito de la Justicia Penal tiene como consecuencia consecuencia la reducción de la capacidad de decisión de la mujer, pues se le niega la posibilidad de tomar determinadas decisiones que le atañen de manera muy directa.

La situación en la que se encuentran las víctimas de este tipo de violencia es especial. Su agresor resulta ser su marido, novio, padre de sus hijos, etc., y tales condiciones especiales de la víctima deben apreciarse caso por caso a la hora de decidir si debe impulsarse o restringirse la mediación en este ámbito. De ahí que se haya cuestionado la utilización de la mediación en los casos en los que exista violencia de género por el peligro a que el autor trate de amedrentar, manipular psicológicamente o mantener su control sobre la víctima, a la vez que la mediación podría significar una intromisión estatal traumatizante para la propia víctima o ser percibido por la sociedad como una muestra de cierta tolerancia o permisividad hacia la violencia²⁰⁴.

No obstante, no comparto que se prohíba indiscriminadamente y de antemano la mediación sólo para los casos de violencia de género, basada en la necesaria “sobreprotección” de la mujer-víctima, con independencia de lo que ésta pueda opinar, pues ello significa negarle a la víctima, y sólo para estos casos de violencia de género, la condición de un sujeto capaz de discernir qué desea hacer con su vida, lo que puede redundar en una perpetuación de su consideración como ser indefenso al que hay que proteger y evitar que tome decisiones desacertadas.

No debe caerse en el error de catalogar la mediación como el mecanismo a través del cual víctima e infractor van a consensuar un pacto en que se realicen concesiones mutuas²⁰⁵, o se va a permitir a la víctima conocer las razones del autor, el contexto en que se desarrolló el delito e incluso facilitar una empatía con el agresor²⁰⁶. A diferencia de la mediación en el Derecho Privado, la mediación penal tiene por objetivo esencial conseguir una reparación más satisfactoria de las necesidades reales de la víctima, tanto desde el punto de vista económico como el personal, a la vez que se

204 Como argumentos a favor y en contra, vid. SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “La mediación en el ámbito penal. Alusión especial al supuesto de violencia de género”, *Derecho y Proceso Penal*, 2014, núm. 35, pp. 61-92.

205 DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “El reto de la mediación penal...”, op. cit.

206 HEREDIA PUENTE, M., “Perspectivas de futuro...”, op. cit.

le hace partícipe (sujeto) de la resolución del conflicto ocasionado con motivo del delito y no un mero elemento probatorio o instrumento al servicio de la vindicación formal²⁰⁷. Si con ello, a su vez, se consigue que el infractor admita su culpa por la acción realizada, se responsabilice de sus acciones y asuma la debida reparación del daño causado a la víctima y a la Sociedad en general, como muestra de su voluntad resocializadora, no hay por qué negarle la posibilidad de disfrutar de determinados beneficios jurídicos atenuantes de su conducta criminal, pues se estarían obteniendo resultados similares a los perseguidos con la imposición de la pena.

El recurso a la mediación en la Justicia penal no es una forma de eludir la reacción ante el delito, sino una forma más de reacción ante el mismo por el sistema penal²⁰⁸, máxime en los delitos públicos en los que no existe posibilidad del ofendido de disponer sobre la imposición o no de pena al autor del hecho delictivo. Por ello, el objetivo prioritario de la mediación es lograr una mayor y mejor satisfacción de la víctima, y no una rebaja de la pena al agresor. Tal satisfacción es el verdadero *Leitmotiv* de la mediación penal, mientras que lo segundo no es una finalidad, sino una consecuencia que no tiene por qué ser demonizada. Esto no significa que sea partidario de impulsar la mediación en el ámbito de la violencia de género, a tenor de las especiales circunstancias que rodean a las víctimas de este tipo de violencia. Simplemente, no comparto que se regule legalmente una prohibición indiscriminada de mediación penal sólo para los casos de violencia de género, basada en esa premisa de la desigualdad, y por lo tanto necesaria “sobreprotección” de la mujer víctima, con independencia de lo que ésta pueda opinar.

Tal y como advierte GUARDIOLA LAGO, no toda mujer víctima de la violencia de género tiene por qué encontrarse necesariamente sumida en un “síndrome de la mujer maltratada”, y en el supuesto de que se produzca, no es perdurable a lo largo del tiempo²⁰⁹. Además, las circunstancias en las que se ha producido un acto constitutivo de violencia de género pueden ser tan dispares que es precisamente un terreno en el que hay que poner especial atención a la situación personal de la víctima y su voluntad, porque la mediación puede ser un eficaz recurso para satisfacer los verdaderos deseos de la víctima. La prohibición absoluta de mediación penal en esta materia no distingue entre delitos graves, menos graves, o leves, de modo que una interpretación literal del precepto imposibilita el recurso a la mediación ante cualquier ilícito referido a la violencia de género, y sin embargo, nada impide actualmente que se acuda a la mediación en supuestos íntimamente relacionados con la violencia

207 DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *Diario La Ley*, núm. 6520, de 6 de julio de 2006.

208 HEREDIA PUENTE, M., “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 7257, de 7 de octubre de 2009.

209 Vid. GUARDIOLA LAGO, M. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, 2009, N.º. 12, p. 27.

en el entorno familiar, como son la violencia doméstica, la sustracción de los hijos comunes o el impago de pensiones. Es cierto que, en muchas ocasiones, la voluntad de la víctima puede considerarse “viciada” por falsas promesas o por presiones del entorno familiar para que retire la denuncia y vuelva a convivir con el agresor (de ahí que no se valore su consentimiento a la hora de determinar si se produce o no un quebrantamiento de condena cuando la pareja retoma la convivencia a pesar de existir una condena o una medida cautelar de alejamiento), pero una prohibición absoluta, al margen de la voluntad de la víctima, no nos parece la solución correcta. Incluso hay quien ha manifestado que las medidas previstas en la LOPIVG –incluida la orden de alejamiento– constituyen impedimentos para, junto con la reintegración social o la rehabilitación de los agresores, se pueda producir la recuperación de la relación de pareja, ya que opta por una intervención punitiva²¹⁰.

Esa premisa legal e indiscriminada da como resultado la consideración de que la víctima, por la naturaleza del delito sufrido, se encuentra “psicológicamente inhabilitada” para tomar parte en el proceso de mediación. Es decir, con tal percepción es el Estado quien “incapacita” a la mujer para tomar determinadas decisiones y la somete a la lógica del sistema penal anteriormente expuesto: la mujer víctima de la violencia de género debe desear el alejamiento y el castigo de su agresor. Tal y como indica VALL RIUS, la aplicabilidad y el éxito de la mediación depende más de la voluntad de las personas y de las circunstancias concretas de cada caso que del tipo e incluso la gravedad del delito en abstracto²¹¹. La prohibición de mediación penal sólo para los supuestos de violencia de género supone restarle capacidad de decisión a la víctima, y por ello, algunos autores han reclamado la revisión de dicha política legislativa criminal²¹². El propio CGPJ, en el *Acuerdo del Pleno de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica*, llegó a señalar no sólo que se reenviasen las faltas penales a la jurisdicción civil “para que sea el Juez de este orden o, en su caso, el Juez de Familia que conozca de proceso de separación, nulidad o divorcio el que adopte las medidas de todo orden que procedan para la corrección de

210 ALONSO SALGADO, C. / TORRADO TARDÍO, C. “Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?”, en VV.AA., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 604-605.

211 VALL RIUS, A., “El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española”, *La Ley*, nº 6528, de 18 de julio de 2006, p. 5.

212 Entre otros, ORTUÑO MUÑOZ, J. P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Revista de la Fundación Alternativas*, nº 110/2007, p. 83 (disponible en <http://www.falternativas.org>); JIMÉNEZ MUÑOZ, B., “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, 2008, pp. 25-36; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español”, *Diario La Ley*, núm. 7255, de 5 de octubre de 2009; y CASTILLEJO MANZANARES, R., “El nuevo proceso penal. La mediación”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 23, 2010, pp. 69-91. En la Memoria del Fiscal General del Estado del año 2010 (pág. 1252), la Fiscalía de Bilbao aboga por una reforma legislativa aborde, por una parte, el modo y momento procesal oportuno para acordar la derivación a la mediación penal, y por otro, el sistema para que el acuerdo entre las partes pueda tener un reflejo en el proceso, *sin olvidar, que pudiera ser aconsejable un catálogo de delitos susceptibles del sistema*.

estas conductas violentas más leves, aunque en todo caso indeseables”, sino también “la potenciación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, en aquellos supuestos en los que la escasa gravedad de la agresión y las circunstancias personales, familiares y sociales concurrentes aconsejen y permitan el mantenimiento de la relación familiar o de pareja”. Posteriormente, en las *Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre Instrumentos Auxiliares en el Ámbito del Derecho de Familia de 2010*²¹³ se afirmó expresamente que “se entiende desafortunada la previsión recogida en el artículo 87 ter de la LOPJ en su redacción dada a éste por la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, referente a vedar la mediación en todos los casos atribuidos a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sin diferenciar grados de violencia, ni si la misma es estructural o contextual. En definitiva se considera que la solución asumida por el legislador de prohibición absoluta de la mediación en todos los supuestos resulta encorsetada, ilógica e ineficaz, puesto que lo que debería ser determinante es la averiguación y determinación previa de la situación de equilibrio o desequilibrio entre el agresor y la víctima, para dar cabida o no a la mediación”.

Por otra parte, no debemos olvidar que la LMPIVG prohíbe expresamente la mediación, pero nada impide que resulten aplicables, si lo permiten las medidas cautelares o protectoras adoptadas, aquellas instituciones jurídicas propias o afines a un sistema de justicia penal reparadora o restaurativa en las que subyace una cierta necesidad de diálogo entre la víctima y el agresor, como por ejemplo, la atenuante genérica de reparación del art. 21.5 CP²¹⁴ o la conformidad de los arts. 787 y 801 LE-CRIM²¹⁵. Tampoco queda prohibido que se pueda llegar a condicionar la suspensión de la ejecución de la pena por un delito de violencia de género a la participación del penado en programas educativos conforme al art. 83 CP, o sustituir la pena privativa de libertad, siempre que no exceda del límite establecido en el art. 88 CP, por trabajos en beneficio de la comunidad junto con el sometimiento a programas específicos de

213 Seminario celebrado en Madrid los días 17 a 19 de febrero de 2010. Conclusiones disponibles en: <http://www.poderjudicial.es/search/publicaciones/#>.

214 SERRANO MASIP, M., “Efectos negativos de la proliferación de normas reguladoras de medidas cautelares y de protección aplicables a la violencia de género”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, nº1, año 2007. Cfr., la SAP Alicante, secc. 1ª, de 28 de diciembre de 2009, que declara que “las especiales características de la violencia de género no permiten aplicar de forma matemática esta circunstancia, sin más, cuando el acusado abona una suma concreta antes del juicio para dar cumplimiento al art. 21.5 CP e interesar una rebaja de la pena. En la violencia de género existen y concurren otra serie de factores que deben tenerse en consideración para que esta atenuante pueda ser aplicada, elevando, quizás, su naturaleza objetiva a un cierto subjetivismo en el que es preciso apreciar el grado de sufrimiento de la víctima a consecuencia de los hechos, si existe daño moral causado por los hechos probados, o si en el trasfondo de estos hechos se han dado circunstancias que no permitan apreciar la atenuante sin más sin comprobar la perversidad en la acción, el grado de atosigamiento a la víctima, el miedo padecido por esta que puede comprobarse en su declaración ante el tribunal en el juicio oral, por lo que no sería suficiente una mera satisfacción económica”.

215 En la Memoria del Fiscal General del Estado del año 2010 (pág. 1249), se plantea la posibilidad de extender, mediante la necesaria reforma legal, el ámbito de aplicación del instituto de la conformidad premiada a todos los delitos por los que se sigue procedimiento abreviado.

reeducación y tratamiento psicológico. Es más, en los procesos civiles de Derecho de Familia posteriores a una condena por violencia de género, ninguna norma prohíbe a las partes presentar de común acuerdo un convenio regulador o llegar a acuerdos en la audiencia previa al juicio civil, o incluso en cualquier momento, sobre la pensión de alimentos, etc. Se niega la «mediación» reglada, pero no la negociación ni la labor conciliadora del órgano judicial a la hora de favorecer tales acuerdos. Por ello, cada vez sean más quienes reclaman una revisión de la política legislativa criminal que prohíbe la mediación penal en los asuntos referidos a violencia de género²¹⁶.

De otra parte, debemos añadir la paradoja de que la mediación familiar también se configuró en España en un principio como un instrumento a disposición de los Servicios Sociales con la finalidad de prevenir y evitar situaciones de conflicto que pudieran degenerar en situaciones de violencia intrafamiliar. En este sentido, la primera ley específica en materia de prevención de malos tratos en el ámbito familiar se aprobó en Castilla-La Mancha, y en la misma se recogía un servicio de mediación familiar. El artículo 10 de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de *prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas*²¹⁷, prevé —si bien dicha ley no ha sido derogada expresamente— que “La Administración regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar dirigidos a todos los miembros de la familia, de forma individual y en su conjunto”. Y el art. 16 del Decreto 38/2002, de 12 de marzo, para la aplicación de la Ley 5/2001, también prevé “el ofrecimiento de programas de mediación a las familias, de forma individual y en su conjunto, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Para acceder a estos Programas la mujer habrá de ser previamente informada de sus derechos. El personal especializado elaborará un informe donde se refleje la idoneidad de esta medida”. No obstante, la posterior regulación del Servicio especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha en la Ley de 2005, así como la referida a los Puntos de Encuentro Familiar de dicha región²¹⁸, prohibían expresamente la mediación en los supuestos de violencia de género, mientras que la actual Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha²¹⁹, si bien permite a la Administración regional facilitar servicios de mediación de forma gratuita “Para las personas contempladas en el artículo 2.a), cuando sean derivadas desde los Servicios Sociales

216 Entre otros, vid. ORTUÑO MUÑOZ, J. P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Revista de la Fundación Alternativas*, n.º 110/2007, p. 83 (disponible en <http://www.falternativas.org>); JIMÉNEZ MUÑOZ, B., “En defensa de la mediación familiar en violencia de género”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 39, 2008, pp. 25-36; PÉREZ GINÉS, C. A., “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género «o los órdenes de protección de difícil control y cumplimiento»”, *La Ley*, núm. 7397, de 7 de mayo de 2010.

217 DOCM núm. 61, de 22 de mayo de 2001 y BOE núm. 148, de 21 de junio.

218 Vid. Art. 2.3 del Decreto 7/2009, de 27 de enero, de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar (DOCM núm. 20, de 30 de enero de 2009).

219 DOCM núm. 36, de 23 de febrero de 2015 y BOE núm. 148, de 22 de junio.

de Atención Primaria, desde los Servicios Especializados de Familia y Menores o desde otros Servicios Sociales Especializados, para evitar situaciones de conflictividad grave o *casos de violencia entre las partes* (art. 10.2.a)” , a continuación prohíbe a la persona mediadora iniciar una mediación “cuando tenga constancia de la existencia de un procedimiento por violencia o maltrato sobre los menores o demás miembros de la unidad familiar o por violencia de género (art. 14.4)”.

En una situación similar se encontraban otras Comunidades Autónomas. En Navarra, en el art. 12 *ter* de la Ley foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista de Navarra²²⁰ se aludía al servicio de mediación familiar como servicio destinado a la búsqueda de acuerdos en los casos de crisis matrimoniales o rupturas de pareja “al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes”. Y de la misma manera, la misma finalidad que en Navarra se apreciaba en el art. 25 de la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia de género en Aragón²²¹. No obstante, Aragón aprobó posteriormente la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres²²², en la cual regulaba con carácter transitorio la posibilidad de que los progenitores acudieran en cualquier momento a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura, y en dicha ley se prohibía expresamente la mediación familiar *cuando (uno de los progenitores) esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, ni tampoco cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género* (art. 4.5 en relación con el art. 6.6²²³).

También en Cataluña se prohíbe expresamente la mediación familiar, tanto en los supuestos en que se aprecie o constate violencia de género o violencia intrafamiliar, pues el art. 233-6 del Código Civil de Cataluña permite a los cónyuges, en cualquier fase del procedimiento matrimonial y en cualquier instancia, pueden someter las discrepancias a mediación e intentar llegar a un acuerdo total o parcial, *excepto en los casos de violencia familiar o machista*.

220 BON núm. 84, de 12 de julio de 2002 y BOE núm. 199, de 20 de agosto. Artículo introducido por la Ley foral 12/2003, de 7 de marzo, por la que se modifica la Ley Foral 12/2002 (BON, núm. 32, de 14 de marzo). Vid. también la Orden Foral 147/2007, del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar como servicio de asistencia social (BON núm. 107, de 29 de agosto).

221 BOA núm. 41, de 9 de abril de 2007 y BOE núm. 141, de 13 de junio.

222 BOA de 8 de junio de 2010.

223 También se señala expresamente la prohibición de mediación en los supuestos en que exista violencia o maltrato sobre la pareja o demás miembros de la unidad familiar en el art. 2 de la Ley madrileña de 2007, el art. 5.4 de la Ley 1/2008 del País Vasco, o en el art. 4.4 de la Ley balear de 2010, por citar algunos ejemplos concretos.

Y finalmente, el art. 13 de la actual Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón prohíbe expresamente acudir a la mediación familiar *cuando se esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra parte o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando por la Autoridad Judicial se advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

Sin embargo, la visión actual del legislador es claramente contraria a tolerar cualquier tipo de mediación en este ámbito. La postura española adoptada en la L.O. 1/2004 ha sido posteriormente asumida por las Naciones Unidas en su *Manual de legislación de la ONU sobre la violencia contra la mujer*²²⁴ publicado en el año 2010, en el cual recomienda prohibir explícitamente la mediación en todos los casos de violencia contra la mujer, tanto antes como durante los procedimientos judiciales *porque presupone que ambas partes tienen el mismo poder de negociación, refleja la presunción de que ambas partes son igualmente culpables de la violencia y reduce la responsabilidad de quien ha cometido el delito.*

En Europa, si bien no existe una regulación expresamente referida al uso de la mediación penal concerniente a delitos relacionados con la violencia contra las mujeres, ya hemos adelantado que resulta apreciable un cambio en la percepción e impulso de la mediación como instrumento de justicia restaurativa. Frente al planteamiento de la Decisión Marco 2001/220/JAI, que se percibía una clara promoción de la mediación penal, hasta el punto de que en el Informe de la Comisión de 20 de abril de 2009 se concluía que dicho artículo “obliga a los Estados miembros a impulsar la mediación en los casos apropiados”, entendemos que la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo²²⁵ no es tan optimista o no invita tan abiertamente a los Estados miembros a regular la mediación penal, pues justamente establece que los Estados a “deberán examinar y tomar en consideración, antes de remitir un asunto a los servicios de justicia reparadora, factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, así como los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima²²⁶”. De hecho, ya hemos advertido que tales garantías, recogidas en el art. 12, son propiamente presupuestos o condicionantes para permitir la mediación penal.

224 *Handbook and Supplement for legislation on violence against women*, p. 40. Publicado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División para el Adelanto de la Mujer. Disponible en: www.un.org/womenwatch/daw/.

225 DOUE L 315, de 14.11.2012, pág. 57. De acuerdo con lo establecido en su art. 27, los Estados miembros deberán incorporar las disposiciones de dicha Directiva a más tardar el 16 de noviembre de 2015.

226 Considerando núm. 46, op. cit.

A ello debemos añadir el hecho de que el TJUE, en su Sentencia de 15 de septiembre de 2011²²⁷, a resultas de un petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia provincial de Tarragona en donde se cuestionaba si el art. 10 de la Decisión Marco de 2001 debía ser interpretado en el sentido de que permite excluir con carácter general la mediación en los procesos penales relativos a delitos cometidos en el ámbito familiar en atención a la tipología específica de estos delitos o, si por el contrario, debería permitirse la mediación también en este tipo de procesos, ponderando caso por caso los intereses concurrentes, el Tribunal Europeo declaró expresamente que *el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones*. Y resulta claro que el legislador español no es partidario de promover la mediación penal en los supuestos de violencia de género.

Igualmente, y en materia de violencia sobre la mujer, hay que tener en cuenta la prohibición expresa de mediación penal contenida en el artículo 48 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 11 de mayo de 2011²²⁸, conforme al cual «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio». De nuevo hay que matizar que la prohibición contenida en dicho art. 48 lo es para los sistemas alternativos *obligatorios*, lo cual tampoco acontece en nuestro ordenamiento jurídico, en donde existe un monopolio estatal, judicial y procesal a la hora de aplicar el Derecho Penal.

A todo ello deben sumarse las perspectivas de *lege lata* y *lege ferenda* en España, que se sitúan en esa corriente marcada por el Convenio de Estambul y por la Directiva 2012/29/UE de no permitir la mediación en supuestos de violencia de género, e incluso aumentar sus restricciones. La Ley del Estatuto de la Víctima del Delito de 2015 establece expresamente en el apartado e) del art. 15 que un requisito para facilitar dichos servicios de justicia restaurativa es que la mediación *no esté prohibida por la Ley para el delito cometido*, sin que se haya propuesto hasta la fecha la reforma o la derogación del art. 87 ter LOPJ. Además, el Anteproyecto de Ley de 19 de julio de 2013 sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio –más conocido como el anteproyecto de la ley de la custodia compartida– proponía modificar la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles para excluir expresamente la mediación familiar «los conflictos

227 STJCE (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011 (asuntos acumulados C 483/09 y C 1/10).

228 En vigor en España desde el 1 de agosto de 2014 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE Núm. 137, de 6 de junio de 2014).

en los que las partes estén implicadas en supuestos de violencia doméstica, de género o en atentados contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra o de los hijos».

La excepción a esta *voluntas legislatoris* de rechazar la mediación en violencia de género la localizamos en la incorporación expresa del recurso a la mediación en un ámbito que puede estar próximo a la violencia intrafamiliar como es la sustracción internacional de menores. En virtud de la reforma llevada a cabo a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se ha introducido un nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los artículos 778 quáter a 778 sexies, en donde se prevé la utilización de la mediación en cualquier momento del proceso, de oficio o a petición de cualquiera de las partes. No obstante, consideramos que ello es debido, más que a la voluntad del legislador nacional, a la necesidad de articular en nuestro sistema interno instrumentos de cooperación ya presentes en los Convenios y Tratados internacionales sobre la materia, en los que la mediación siempre ha sido un instrumento promovido y empleado. En este sentido, y además del conocido Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, que se refiere implícitamente a la mediación cuando en el art. 7.c) prevé como obligación de los Estados colaborar entre sí con el fin de garantizar *la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable*. Junto a dicho Convenio, posteriormente se han adoptado otros Convenios internacionales en el ámbito del Derecho de familia en el que expresamente se señala la mediación transfronteriza, como es el caso del Convenio de La Haya; de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos y el Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. También el Consejo de Europa se ha mostrado partidario del empleo de la mediación en los supuestos de secuestro internacional de menores, tal y como se deduce de su Resolución 1291 (2002), de 26 de junio de 2002, y también debemos señalar como motor de esta promoción de la mediación la actividad de la Conferencia de La Haya a través del denominado “Proceso de Malta” en materia de conflictos familiares transfronterizos (debido a las conferencias en Malta celebradas en 2004, 2006 y 2009)²²⁹.

²²⁹ Como estudios específicos de la mediación en materia de sustracción internacional de menores, vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), vol. 6, n° 2, pp. 130-146; y RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “Análisis de la resolución judicial de la sustracción internacional de menores: su incidencia en el futuro de la mediación como modelo de resolución del conflicto”, *EN LETRA*, número 3 (2015), tomo II, pp. 171-217.

3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO AUTONÓMICO

A falta de una legislación estatal hasta hace poco inexistente, el grueso de la regulación sobre mediación familiar ha sido obra de las Comunidades Autónomas. El artículo 148.1 CE, en su epígrafe 20º, permite a las Comunidades Autónomas asumir plenitud de competencias en materia de Asistencia Social, y en virtud de tal habilitación constitucional, las Comunidades Autónomas han asumido como competencia exclusiva la Asistencia Social y Servicios Sociales, lo cual implica la promoción y ayuda a determinados colectivos, así como la creación de centros y servicios especializados para los mismos.

Desde comienzos de los años noventa, varios Juzgados de Cataluña, País Vasco, Valencia y Madrid pusieron en práctica diversas experiencias piloto de derivación a la mediación (a través de entidades y asociaciones privadas), por parte de la autoridad judicial, con fundamento jurídico en las amplias potestades atribuidas al juez en el art. 158 CC. Posteriormente, vino el aluvión de normas autonómicas regulatorias de los servicios de mediación en materia del Derecho de Familia.

La primera mención a la mediación familiar se establece en la Disposición Final Tercera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña²³⁰, en la que se señalaba lo siguiente:

En el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del presente Código, el Gobierno de la Generalidad ha de presentar al Parlamento un proyecto de ley reguladora de la mediación familiar sobre las siguientes bases:

- a) *confidencialidad absoluta del contenido de las sesiones de mediación.*
- b) *Libertad de las partes para apartarse o desistir de la mediación en cualquier momento.*
- c) *Aprobación judicial de los acuerdos alcanzados en la mediación.*
- d) *Duración máxima del proceso de mediación limitada a tres meses, prorrogables por le mismo tiempo a petición del mediador o mediadora.*

Poco después se aprobaba la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar en Cataluña²³¹, con el objetivo de institucionalizar, potenciar y extender a toda

230 DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998. BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

231 DOGC núm. 3355, de 26 de marzo, de 2001, con corrección de errores en DOGC núm. 3548, de 8 de enero de 2002. BOE núm. 91, de 16 de abril de 2001. Así como el Decreto 129/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001 (DOGC núm. 3867, de 17 de abril de 2003, y núm. 3898, de 4 de junio).

Cataluña la mediación familiar, y regular los aspectos jurídicos fundamentales de la misma. Además, al legislador catalán hay que reconocerle un doble mérito: fue el primero en regular institucionalmente la mediación familiar en España, y ha sido también el primero en extrapolar la mediación al resto del Derecho Privado, en consonancia con los postulados de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Y así, en julio de 2009 se aprobaba la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado²³², con el objetivo de promulgar una ley sobre mediación general aplicable también a determinados conflictos surgidos, además de en el entorno familiar, en el seno de la empresa familiar, en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones, así como las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, y en general, cualquier conflicto en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial. De hecho, en Cataluña se publicó en el año 2011 el *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, con el fin, de un lado, de exponer una “cartografía completa de las experiencias en mediación en todos los ámbitos sociales”, y de otro, analizar el marco jurídico y metodológico de la misma para ver si es posible extender su aplicación y mejorar su funcionamiento.

Al igual que la ley catalana de mediación familiar de 2001 marcó la pauta a seguir por el resto de Comunidades Autónomas, tal y como a continuación se detalla, estamos convencidos de que a la Ley de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009 le seguirán otras muchas normas autonómicas que, con los antecedentes marcados en el ámbito familiar, reformarán sus leyes para ampliar el campo de actuación de la mediación institucionalizada a esos otros sectores anteriormente citados (convivencia ciudadana, propiedad horizontal, entidades jurídicas, etc). Así ha sucedido en la Comunidad Autónoma de Cantabria, cuya Ley 1/2011²³³ declara expresamente en su Exposición de Motivos que «La presente Ley, en línea con esta última [la ley catalana de 2009], pero tratando de superarla y dar un ámbito absolutamente integral a esta institución, al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales de nuestra Comunidad Autónoma, se enmarca en la competencia autonómica plasmada en el artículo 25.5 del Estatuto de Autonomía para Cantabria. Y se enmarca en lo relativo al desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas como será la de mediador regulada por la presente Ley, sin poder

232 DOGC de 30 de julio de 2009, así como el Decreto 171/2009, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje ante el Consejo Superior de la Cooperación.

233 Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC núm. 66, de 5 de abril de 2011).

incidir ni en materias procesales ni en cuestiones de Derecho Civil, reservadas ambas en el artículo 149 de la Constitución Española, al Estado».

Volviendo al ámbito de la mediación familiar, a la ley catalana de 2001 le siguieron la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia²³⁴, y la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana²³⁵. Y después, la mayoría de Comunidades Autónomas han aprobado normas que regulan expresamente determinados servicios de mediación familiar, como son la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar en Canarias²³⁶, la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio social especializado de mediación familiar en Castilla-La Mancha²³⁷, la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla y León²³⁸, la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar en las Islas Baleares²³⁹, la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid²⁴⁰, la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar en Asturias²⁴¹, el Decreto 2/2007, de 26 de enero, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en La Rioja²⁴², la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco²⁴³, la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁴⁴, la Ley 9/2011, de 24 de

234 DOG núm. 117, de 18 de junio de 2001. BOE núm. 157, de 2 de junio. Véase también el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regulan la figura del mediador familiar, el Registro de mediadores familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita (DOG núm. 34, de 18 de febrero de 2003; corrección de errores en DOG núm. 44, de 4 de marzo).

235 DOGV núm. 4138, de 29 de noviembre de 2001 y BOE núm. 303, de 19 de diciembre. Véase también el Decreto 41/2007, de 13 de abril, por el que se desarrolla la ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 5492, de 18 de abril de 2007).

236 BOC núm. 85, de 6 de mayo de 2003 y BOE núm. 134, de 5 de junio. Dicha Ley ha sido modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar en Canarias (BOC núm. 130, de 5 de julio). Véase también el Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba en reglamento de la ley de mediación familiar en Canarias (BOC núm. 114, de 8 de junio de 2007).

237 DOCM núm. 111, de 3 de junio de 2003. BOE núm. 203, de 25 de agosto. Vid. también el Decreto 72/2009, de 27 de enero, de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar (DOCM núm. 20, de 30 de enero).

238 BOCL núm. 75, suplemento, de 18 de abril de 2006. Y BOE núm. 105, de 3 de mayo, con corrección de errores en BOE núm. 135, de 7 de junio. Véase también el Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar (BOCL núm. 99, de 23 de mayo de 2007).

239 BOIB núm. 169, de 30 de abril de 2006 (y BOE núm. 303, de 20 de diciembre), sustituida por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears (BOIB núm. 183, de 16 de diciembre de 2010).

240 BOCM núm. 54, de 5 de marzo de 2007 y BOE núm. 153, de 27 de junio.

241 BOPA núm. 81, de 9 de abril de 2007 y BOE núm. 170, de 17 de julio. Véase también el Decreto 93/2005, de 2 de septiembre, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar (BOPA núm. 214, de 15 de septiembre de 2005).

242 BOR núm. 14, de 30 de enero de 2007.

243 BOPV núm. 34, de 18 de febrero de 2008. Véase también el Decreto 84/2009, de 21 de abril, del Consejo Asesor de la Mediación Familiar, que modifica en anterior Decreto 373/2005, de 15 de noviembre de 2005.

244 BOE núm. 80, de 2 de abril de 2009.

marzo, de mediación familiar de Aragón²⁴⁵, la citada Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria²⁴⁶, y la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres²⁴⁷.

Por otra parte, es preciso advertir como algunas Comunidades Autónomas optaron en su momento por regular los servicios de mediación familiar en su normativa de desarrollo de protección frente a la violencia contra las mujeres²⁴⁸, aunque con el devenir legislativo (la prohibición expresa contenida en la L.O. 1/2004) esta pauta se ha ido modificando. Así, por ejemplo, en Castilla-La Mancha se preveía un servicio de mediación familiar en el art. 10 de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas²⁴⁹, y de forma reglamentaria, en el art. 16 del Decreto 38/2002, de 12 de marzo, para la aplicación de la Ley 5/2001. No obstante, la posterior regulación del citado Servicio especializado en la Ley de 2005, así como la referida a los Puntos de Encuentro Familiar de dicha región²⁵⁰, prohíben expresamente la mediación en los supuestos de violencia de género. En Navarra, en el art. 12 *ter* de la Ley foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista de Navarra²⁵¹, se aludía al servicio de mediación familiar como servicio destinado a la búsqueda de acuerdos en los casos de crisis matrimoniales o rupturas de pareja “al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes”, aunque auguramos que el futuro Decreto foral que regulará la organización, el funcionamiento, las competencias y las atribuciones de los servicios de mediación familiar mencionado en la Disposición final segunda de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, prohibirá expresamente la mediación en supuestos en los que se aprecie indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Y de la misma manera, la misma finalidad que en Navarra se apreciaba en el art. 25 de la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención

245 BOA de 7 de abril de 2011.

246 BOC núm. 66, de 5 de abril de 2011.

247 BOE núm. 87, de 12 de abril de 2011.

248 MARÍN LÓPEZ, J. J. y Otros, *Legislación sobre Mediación Familiar*, 2ª edic., Madrid, Tecnos, 2008, p. 16, califica dicha regulación como “opción legislativa desafortunada, en la medida en que el entorno personal y familiar creado como consecuencia de los actos de violencia hace absolutamente inidóneo y desaconsejable cualquier intento de mediación”.

249 DOCM núm. 61, de 22 de mayo de 2001 y BOE núm. 148, de 21 de junio.

250 Vid. Art. 2.3 del Decreto 7/2009, de 27 de enero, de organización y funcionamiento de los puntos de encuentro familiar (DOCM núm. 20, de 30 de enero de 2009).

251 BON núm. 84, de 12 de julio de 2002 y BOE núm. 199, de 20 de agosto. Artículo introducido por la Ley foral 12/2003, de 7 de marzo, por la que se modifica la Ley Foral 12/2002 (BON, núm. 32, de 14 de marzo). Vid. también la Orden Foral 147/2007, del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar como servicio de asistencia social (BON núm. 107, de 29 de agosto).

y protección integral a las mujeres víctimas de violencia de género en Aragón²⁵². No obstante, Aragón aprobó posteriormente la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres²⁵³, en la cual regulaba con carácter transitorio la posibilidad de que los progenitores acudieran en cualquier momento a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura, y en dicha ley se prohibía expresamente la mediación familiar *cuando (uno de los progenitores) esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, ni tampoco cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género* (art. 4.5 en relación con el art. 6.6²⁵⁴). El art. 13 de la actual Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón prohíbe expresamente acudir a la mediación familiar *cuando se esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra parte o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando por la Autoridad Judicial se advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.*

En tercer lugar, otro bloque normativo autonómico con referencias expresas a la mediación familiar lo constituyen las leyes autonómicas reguladoras del régimen de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia (las denominadas “leyes de custodia compartida”). Aragón, Cataluña, Navarra, Valencia y País Vasco han legislado de manera específica sobre esta materia, optando por impulsar como régimen general la custodia compartida, aunque con matices e intensidades diferentes. Así por ejemplo, Aragón fue en 2010 la Comunidad pionera en apostar por la custodia compartida como régimen preferente en los casos de separación o divorcio cuando no haya acuerdo entre los progenitores. En 2011 le siguieron las leyes catalana, navarra y valenciana, y en 2015 se ha sumado el País Vasco.

En todas estas leyes autonómicas referidas a las relaciones familiares cuando no existe matrimonio o convivencia se contienen alusiones expresas a la mediación familiar que, si bien no pretenden regular de manera detallada el procedimiento de mediación, sus principios rectores, etc., sí que incluyen medidas legislativas ciertamente importantes a la hora de conocer y completar el régimen jurídico de la mediación familiar en España.

252 BOA núm. 41, de 9 de abril de 2007 y BOE núm. 141, de 13 de junio.

253 BOA de 8 de junio de 2010.

254 También se señala expresamente la prohibición de mediación en los supuestos en que exista violencia o maltrato sobre la pareja o demás miembros de la unidad familiar en el art. 2 de la Ley madrileña de 2007, el art. 5.4 de la Ley 1/2008 del País Vasco, o en el art. 4.4 de la Ley balear de 2010, por citar algunos ejemplos concretos.

Por ejemplo, la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, reformadora del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia²⁵⁵, incorpora el Plan de parentalidad (art. 233-9) como un instrumento para ordenar las cuestiones principales que afectan a los hijos ante la separación de los progenitores y en el que se deberá concretar la manera en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales. A la hora de suscribir tales compromisos como parte integrante del convenio regulador, y para el caso de que surjan dudas o diferentes interpretaciones sobre cómo cumplir tales compromisos, la Ley establece con carácter general la remisión expresa a la mediación familiar para solventar estas divergencias.

En concreto, el art. 233-6 señala lo siguiente:

1. *Los cónyuges, en cualquier fase del procedimiento matrimonial y en cualquier instancia, pueden someter las discrepancias a mediación e intentar llegar a un acuerdo total o parcial, excepto en los casos de violencia familiar o machista.*
2. *El inicio de un proceso de mediación familiar, antes de la interposición de la demanda o en cualquier fase del procedimiento matrimonial, a iniciativa de las partes o por derivación de los abogados o de otros profesionales, está sujeto a los principios de voluntariedad y confidencialidad. En caso de desistimiento, este no puede perjudicar a los litigantes que han participado en dicho proceso.*
3. *La autoridad judicial puede remitir a los cónyuges a una sesión informativa sobre mediación, si considera que, dadas las circunstancias del caso, aún es posible llegar a un acuerdo.*
4. *Las partes pueden solicitar de mutuo acuerdo la suspensión del proceso mientras dura la mediación. La comunicación a la autoridad judicial del desistimiento de cualquiera de las partes o del acuerdo obtenido en la mediación da lugar al levantamiento de la suspensión.*
5. *Los acuerdos obtenidos en la mediación, una vez incorporados en forma al proceso, deben someterse a la aprobación judicial en los mismos términos que el artículo 233-3 establece para el convenio regulador.*
6. *Los acuerdos conseguidos en mediación respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor. La falta de aprobación por la autoridad judicial debe fundamentarse en criterios de orden público e interés del menor.*

En el año 2015, el País Vasco aprobó la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores²⁵⁶, en el que se

255 DOGC de 5 de agosto de 2010.

256 BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

establece expresamente que los Pactos en previsión de ruptura de la convivencia (similares a las capitulaciones) “podrán contener la previsión y compromiso de acudir, con carácter previo a la vía judicial, a la mediación familiar, con el objeto de resolver mediante el diálogo aquellos conflictos que puedan surgir tras la ruptura” y lo mismo se señala con respecto al Convenio regulador propuesto por las partes al presentar la demanda de separación, divorcio, nulidad o procedimiento de medidas paternofiliales, que también podrá contener la previsión y compromiso de acudir a la mediación familiar, con carácter previo a la vía judicial, con el objeto de resolver mediante el diálogo aquellos problemas que puedan surgir con motivo de la interpretación o cumplimiento del propio convenio regulador.

Lo más llamativo de dicha Ley de 2015 del País Vasco es su art. 6, referido a la mediación familiar, y en el que se establece la obligatoriedad del sometimiento a la mediación familiar con anterioridad a la presentación de acciones judiciales *cuando así se hubiera pactado expresamente antes de la ruptura* (en la misma línea que lo establecido en los arts. 39 y 63 LEC), así como la posibilidad de que el juez que conozca del proceso pueda derivar a las partes *con carácter obligatorio* a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios, lo cual se asemeja a lo adelantado en la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo²⁵⁷, en la que también se establece la obligatoriedad de acudir a la mediación con carácter previo a cualquier reclamación administrativa o demanda judicial en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor. La posibilidad de introducir, a través del Derecho Autonómico, supuestos de mediaciones obligatorias preprocesales será analizado al examinar si se ve afectada o no, por tales disposiciones, la «voluntariedad» como principio rector de la mediación (vid. infra Capítulo IV).

La importancia de estas leyes autonómicas sobre corresponsabilidad parental o custodia compartida reside en que, al igual que ha sucedido con la mediación familiar, han sido las CC.AA. las que han llevado la iniciativa y han tomado la delantera al Parlamento estatal, que en la pasada legislatura no llegó a pronunciarse con respecto a la iniciativa que preparaba el gobierno estatal (el Anteproyecto de Ley de 19 de julio de 2013 sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de nulidad, separación y divorcio –más conocido como el anteproyecto de la ley de la custodia compartida-). Según se defendía expresamente en su Exposición de Motivos, entre

257 BOE núm. 18, de 21 de enero de 2015. Dicha Ley ha sido desarrollada a través del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo (DOG núm. 6661, de 10 de Julio de 2014).

notas caracterizadoras de dicho régimen de custodia compartida debe incluirse la recomendación de acudir a la mediación familiar (no obligación), de común acuerdo o por decisión del Juez, y en cualquier momento, para resolver las discrepancias derivadas de la ruptura. *La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura.*

En cualquier caso, y con independencia de que no se llegara finalmente a aprobar una Ley estatal sobre custodia compartida, lo cierto es que en los últimos años la jurisprudencia –y particularmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo– ha respaldado la legalidad y la “conveniencia” de apostar por la custodia compartida más allá de lo que pueda establecer la actual legislación. La célebre STS de 29 de abril de 2013 ya adelantó que “el art. 92.8 del CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable”. Antes que ella, las SSTS de 8 de octubre de 2009, 1 de octubre de 2010 y 25 de mayo de 2012 ya defendían la idea de que la expresión “excepcionalmente” del art. 92.8º CC no se refiere a la custodia compartida frente a la exclusiva, sino a que no haya acuerdo entre los progenitores frente a la regla general de que sí exista. Posteriormente, el Tribunal Supremo ha mantenido esta idea de promover la aplicación de la custodia compartida (SSTS de 19 de julio de 2013, 29 de noviembre de 2013, 25 de abril de 2014 y 2 de abril de 2014).

Como ejemplo, en su STS de 16 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo incluye también el hecho de que “Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo” (lo cual es claramente alcanzable a través de la mediación familiar, aunque el TS no lo señale expresamente), de modo que la verdadera premisa para establecer la custodia compartida es “la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad”. Y en su posterior STS de 9 de septiembre de 2015, el Tribunal advierte que “la mera discrepancia sobre el sistema de custodia compartida no puede llevar a su exclusión, máxime cuando antes del inicio del proceso judicial las partes supieron adoptar un sistema de visitas por parte del padre casi tan amplio como el de custodia compartida”, a lo que se une el mutuo reconocimiento de las aptitudes de la otra parte y el cariño y estabilidad psicológica de los menores, a pesar de que el informe psicosocial se decantaba por atribuir la custodia a la madre.

Capítulo III.

La mediación familiar en Castilla-La Mancha

1. FAMILIA Y SERVICIOS SOCIALES

La asistencia social a la que se refiere el art. 148.1.20 CE, y que ha sido asumida de manera exclusiva por las Comunidades Autónomas, es la prestada en régimen público no contributivo a través de los denominados “Servicios Sociales” en su más amplio sentido, aunque los Estatutos de Autonomía se refieran a ellos con diferentes denominaciones (asistencia social, servicios sociales, bienestar social²⁵⁸).

Estos Servicios Sociales pueden ser conceptualizados como el conjunto de servicios y prestaciones que, conjuntamente con otros sistemas de bienestar social (Sanidad, Educación, Empleo, Vivienda y Seguridad Social) tienen como finalidad la promoción y desarrollo pleno de todas las personas, familias, grupos dentro de la sociedad, para la obtención de un mayor bienestar social y mejor calidad de vida, en el entorno donde se convive, así como prevenir y eliminar las causas que conducen a la exclusión y marginación social²⁵⁹.

De acuerdo con ALEMÁN BRACHO²⁶⁰, el objetivo principal de las leyes autonómicas reguladoras de los Servicios Sociales es implantar en las Comunidades Autónomas un sistema público, que ponga a disposición de las personas y de los grupos en que estas se integran, recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo y la promoción de su bienestar, y más en particular y dentro de

258 ALEMÁN BRACHO, C. / GARCÍA SERRANO, M., *Los Servicios Sociales Especializados en España*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 29. La STC 76/1986, de 9 de junio, declaró que la «Asistencia social» del art. 148.1.20º CE “aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema [Seguridad Social] y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social”.

259 Vid. *Guía de Ayudas Sociales para las Familias 2010*, Ministerio de Sanidad y Política Social, 10ª edic., p. 75 y ss. (disponible en: <http://www.msps.es/politicaSocial/informacion/docs/GUIAFAMILIA2010.pdf>).

260 ALEMÁN BRACHO, C. / GARCÍA SERRANO, M., *Los Servicios Sociales...*, op. cit., p. 33 y ss.

sus respectivos ámbitos territoriales, tienen como objeto regular las actuaciones que activen y desarrollen las diferentes Administraciones Públicas o la iniciativa privada en el campo de los Servicios Sociales; garantizar el desarrollo y el despliegue de la acción social mediante un sistema público de Servicios Sociales que contribuya al bienestar social mediante la prevención de situaciones de riesgo y la compensación de déficit de apoyo social, así como la eliminación o tratamiento de todas aquellas circunstancias que impidan o dificulten el pleno desarrollo de los individuos o de los grupos en que se integran, y avalar la correcta prestación de los Servicios Sociales a través de la ordenación de las entidades, centros y servicios de acción social y el desarrollo de actuaciones de inspección y control de la calidad en los servicios prestados. Regidos por los principios de universalidad, globalidad, igualdad, solidaridad, prevención, responsabilidad pública, descentralización, normalización e integración, participación, planificación y coordinación, los sistemas de Servicios Sociales tienen asignadas como principales funciones el estudio encaminado a la detección, análisis y evaluación de necesidades y demandas sociales de la población; la sensibilización social sobre las necesidades sociales existentes; la prevención de aquellas causas que representan situaciones de vulnerabilidad o desventaja para las personas; la habilitación y el desarrollo personal que facilite el desenvolvimiento autónomo; la orientación y asistencia material, jurídica y psico-social de las personas, familias o grupos que se encuentran en situaciones de riesgo; la tutela jurídico-social de las personas en situación de riesgo o desamparo; así como el apoyo a las familias en el desarrollo de sus funciones y, en concreto, en la prestación de cuidados personales a aquellos de sus miembros que, por la edad, discapacidad u otras circunstancias, se encuentren en estado de dependencia.

En la articulación y desarrollo de ese sistema público de Servicios Sociales, podemos afirmar que juega un rol esencial la familia, o para ser más exactos, las políticas sociales de atención a la familia. Si ponemos en relación el citado art. 148.1.20^a CE con lo establecido en el art. 39.1 CE —el primero de los principios rectores de la política social y económica— según el cual *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*, es fácil concluir que la familia cobra un papel muy relevante en el sistema de bienestar y de Servicios sociales, y más en particular, en los planes de actuación y catálogos de servicios y prestaciones de las Comunidades Autónomas, respaldados con frecuencia por el reconocimiento competencial en la reciente reforma de algunos de los Estatutos de Autonomía²⁶¹.

El papel de la familia en las sociedades desarrolladas la convierte en destinataria de los servicios sociales, al constituir un objetivo clave su protección y bienestar por parte de los distintos sectores públicos dentro de ese fin común de promoción y pleno desarrollo de todas las personas y grupos, también las familias, dentro del la

261 ALEMÁN BRACHO, C., GARCÍA SERRANO, M., *Los Servicios Sociales...*, op. cit., p. 111.

sociedad en aras a la obtención de un mayor bienestar social y mejor calidad de vida. Por ello, la protección a la familia, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, o la atención a las situaciones especiales (familias monoparentales, madres con discapacidad, familias en situación de crisis o en situaciones de riesgo o exclusión social) forman parte de la actuación pública de los servicios sociales, tanto de los servicios comunitarios o de atención primaria, como de los servicios sociales especializados.

1.1. SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS Y SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS

Los Servicios Sociales suelen estructurarse en dos niveles de atención: el primer nivel se denomina nivel de atención primaria, o también, servicios sociales comunitarios, y un segundo nivel de atención, que engloba a los servicios sociales específicos, también llamados sectoriales o especializados, para atender situaciones de especial complejidad en las que es necesaria una alta especialización.

Los servicios comunitarios o de atención primaria constituyen la estructura básica del sistema público de Servicios Sociales, con el objetivo de mejorar las condiciones de vida y bienestar social de los ciudadanos a través de una atención polivalente que incluya información, valoración y asesoramiento sobre los distintos servicios, recursos, prestaciones, actividades y equipamientos destinados a la atención social de la población²⁶².

Por su parte, los servicios sociales especializados son aquellos que se dirigen hacia determinados sectores de población que por sus condiciones o circunstancias necesitan una atención específica, y dentro de los mismos se distinguen los siguientes tipos de servicios²⁶³:

- los servicios sociales de la infancia y la adolescencia
- los servicios sociales de la juventud
- los servicios sociales de la familia
- los servicios sociales de la tercera edad
- los servicios sociales para discapacitados
- los servicios sociales de drogodependencias
- los servicios sociales de prevención, atención y reinserción social de la delincuencia
- los servicios sociales de la mujer

262 ALONSO SECO, J. M., GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, ed. BOE, Madrid, 2000, p. 174.

263 BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *El régimen jurídico de la acción social pública*, ed. HAEE/IVAP, Bilbao, 1992, p. 235; ALEMÁN BRACHO, C., GARCÍA SERRANO, M., *Los Servicios Sociales...*, op. cit., p. 58.

- los servicios sociales para minorías étnicas y otros colectivos (emigrantes, inmigrantes, refugiados, asilados,...)
- los servicios sociales de situaciones de emergencia social

Para el desarrollo de estos servicios especializados existen centros destinados a tal fin, como por ejemplo, los centros de día, centros de acogida, residencias, guarderías, centros ocupacionales, comunidades terapéuticas, albergues, comedores sociales, etc., y también se prevé la participación de entidades de iniciativa social privada sin ánimo de lucro, como las fundaciones, las cooperativas de iniciativa social, entidades de voluntariado o las organizaciones no gubernamentales, que pueden ser catalogadas como entidades prestadoras de servicios sociales (“entidades de utilidad pública”) cuando cumplan determinados requisitos, como es que contemplen entre sus fines la realización de servicios sociales y estén autorizadas para ello e inscritas en el correspondiente Registro. De hecho, es común que las Administraciones Públicas encomienden a estas entidades privadas la gestión de determinadas prestaciones de los servicios sociales especializados mediante conciertos, convenios o contratos a través de las correspondientes provisiones, subvenciones y ayudas.

1.2. PLANES Y PROGRAMAS DE ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN APOYO A LA FAMILIA

Con el objetivo de diseñar racional y eficazmente las distintas medidas, actuaciones y recursos necesarios para cumplir con sus objetivos, las CC.AA elaboran un Plan genérico o global (comúnmente denominado “Plan Estratégico de Servicios Sociales”) en el que se incluye un diagnóstico de las necesidades sociales que deben atenderse desde los servicios sociales, las previsiones de su evolución, los objetivos a alcanzar, las líneas estratégicas y las acciones que han de articularse para conseguirlos, así como los órganos responsables del desarrollo y ejecución de cada una de las acciones establecidas. De manera complementaria y en desarrollo de dicho Plan Estratégico, se presentan Planes específicos o sectoriales referidos al análisis de las necesidades y la demanda social advertida con respecto a las distintas líneas de actuación de ese Plan Estratégico (por ej., un Plan específico sobre familia, mujer, juventud, tercera edad, etc.). Y por otra parte, las distintas acciones o líneas de actuación a desarrollar en los distintos Servicios Sociales, ya sean comunitarios o específicos, se recogen a través de *Programas*.

La familia es objeto de atención, tanto por parte de los servicios sociales comunitarios, como por los especializados, pues ayudan a prevenir déficits sociales y

situaciones de marginación, favorecer la convivencia familiar y la estabilización de la estructura familiar o paliar situaciones carenciales familiares, y ello en virtud de determinados Planes y Programas de Actuación, como por ejemplo, los referidos a educación familiar y atención a familias desfavorecidas o en situación de riesgo de exclusión social, los programas de orientación y mediación familiar, así como los programas para prevenir situaciones de violencia intrafamiliar y la asistencia social a las víctimas de violencia de género. Dentro de los mismos, los programas de orientación, mediación y/o intervención familiar, asistidos en su caso por los puntos de encuentro familiar, estarían dirigidos a aquellas situaciones de conflicto o problemas de relación en la familia, bien entre padres e hijos o entre la pareja, y cuando esta situación puede degenerar en una ruptura familiar, o para las situaciones en las que la pareja haya decidido separarse, o cuando esté separada y haya problemas para que el padre o la madre que no vive con el hijo pueda verlo²⁶⁴.

2. LOS SERVICIOS SOCIALES EN CASTILLA-LA MANCHA

Al hablar de Servicios Sociales, la primera imagen que se nos representa es la de su gran dispersión legislativa existente, debido a la multiplicidad de organismos pertenecientes a las distintas esferas de la Administración Pública (Estatad, Regional, Provincial y Municipal) competentes en materia de Servicios Sociales. Ello genera dificultades en la planificación y coordinación de tales servicios debido a la existencia de lagunas legislativas con respecto a algunos de ellos y duplicidades en cuanto a otros.

Por ese motivo, y dado que la asistencia social ha sido una de las competencias asumidas en exclusiva por las Comunidades Autónomas en virtud del mandato constitucional establecido en el art. 148.1.20ª CE, varias Comunidades se apresuraron a aprobar una ley específica referida a los Servicios Sociales, como fue el caso de Castilla-La Mancha, a través de la Ley 3/1986, de 16 de abril de 1986, de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha²⁶⁵, con el objetivo de *corregir tales defectos, disponer de los instrumentos jurídicos necesarios para las competencias adquiridas y para la asunción de las futuras, así como dotar de racionalidad y eficacia a los servicios existentes, gestionando mejor y evitando el despilfarro de los recursos económicos públicos, concentrar los esfuerzos, públicos y privados, e introducir criterios de unidad, globalidad y coherencia en la organización y atribución de funciones a los mismos* (Exposición de Motivos de la Ley 3/1986).

Al amparo de lo establecido en el anterior art. 31.1.p) del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha se aprobó la citada Ley 3/1986, con el fin de establecer

264 ALEMÁN BRACHO, C., GARCÍA SERRANO, M., *Los Servicios Sociales...*, op. cit., p. 118.

265 DOCM núm. 20, de 20 de mayo de 1986 y BOE núm.174 de 22 de julio de 1986, así como las correcciones de errores publicadas en el DOCM núm. 22 de 3 de junio y DOCM núm. 23 de 10 de junio.

una regulación global, sistemática y estructurada de los Servicios Sociales en dicha Comunidad Autónoma, evitar duplicidades y la descoordinación de las distintas Administraciones Públicas, así como posibles desequilibrios territoriales en el acceso de los ciudadanos a determinados recursos.

Sin embargo, un aspecto intrínseco a la legislación autonómica en cualquier materia es, precisamente, la generación de distintos derechos en el acceso de los ciudadanos a determinados servicios y recursos en función del territorio en el que residan. A pesar de que el art. 139.1 CE declara expresamente que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», lo cierto es que dicha igualdad de derechos y obligaciones no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento, pues las diferencias de régimen jurídico resultan, inexcusablemente, del legítimo ejercicio de autonomía²⁶⁶ de los gobiernos autonómicos, de modo que podemos concluir que la regulación de derechos por parte de los Estatutos de Autonomía, así como el desarrollo de los mismos a través de la normativa autonómica correspondiente (y los Servicios Sociales son una buena muestra de ello) vendría a romper esa igualdad y anuncia desarrollos crecientemente diferenciados entre las distintas Comunidades Autónomas, sobre todo en aquellos ámbitos en los que con más fuerza se han desenvuelto las competencias transferidas, como la sanidad, el medio ambiente o la educación²⁶⁷.

2.1. LOS SERVICIOS SOCIALES GENERALES Y ESPECIALIZADOS EN CASTILLA-LA MANCHA

De acuerdo con la citada Ley 3/1986, los Servicios Sociales en Castilla-La Mancha pasaron a quedar configurados en dos niveles (art. 4): los *Servicios sociales generales* y los *Servicios sociales especializados*. Los primeros tenían por objeto promover y posibilitar el desarrollo del bienestar social de todos los ciudadanos así como elevar su calidad de vida, y se desempeñaban a través de los denominados “centros sociales polivalentes” (conceptuados como aquella estructura física desde donde los trabajadores sociales atienden a la comunidad en general, y en su caso, a un colectivo determinado, con la finalidad de elevar su bienestar social y promover el desarrollo comunitario —art. 10.3—). Estos Servicios sociales generales podían ser (art. 5 y ss.):

- a) De información, valoración y orientación, dirigido a los ciudadanos y entidades públicas y privadas en relación con sus derechos y los recursos sociales existentes, así como la recogida de datos necesarios para una posterior planificación.

266 Vid. SSTC 76/1983, de 5 de agosto, 122/1988, de 22 de junio y 319/1993, de 27 de octubre.

267 Vid. PRIETO SANCHÍS, L., “Sobre las declaraciones de Derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 49, 2010, p. 126.

- b) De promoción y cooperación social, con el objetivo de potenciar la vida de la comunidad, promoviendo la participación en tareas comunes e impulsando la iniciativa social, el voluntariado y el asociacionismo.
- c) De ayuda a domicilio, para prevenir y atender situaciones de necesidad, prestando apoyo de carácter doméstico, psicológico y social, facilitando la autonomía personal en el medio habitual.
- d) De convivencia, consistente en prestar alojamiento temporal o permanente a las personas carentes de hogar o con graves problemas de convivencia a través de residencias, hogares sustitutivos y viviendas tuteladas, así como impulsar programas integrales de rehabilitación social, previniendo procesos de inadaptación y marginación social.

Por su parte, los servicios especializados se consideraban aquéllos que se organizan para colectivos o sectores específicos de la población con una atención dirigida al diagnóstico, tratamiento, apoyo y rehabilitación de los déficits sociales de las personas pertenecientes a dichos sectores (art. 4.3), a través de Programas (art. 11) de familia, juventud, drogodependencia y alcoholismo, minusválidos, de la mujer, tercera edad, de prevención de la delincuencia y atención a ex-reclusos, así como de minorías étnicas, si bien la Ley dejaba abierta la posibilidad de crear cualquier otro servicio especializado que se considere necesario.

La Ley 3/1986 ha sido sustituida por la reciente Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha²⁶⁸. Al hilo de nuestro objeto de estudio (la mediación familiar), y respecto a las principales reformas que lleva a cabo la nueva normativa, es preciso advertir que la nueva Ley de Servicios Sociales en Castilla-La Mancha distingue ahora entre *Servicios Sociales de Atención Primaria* y *Servicios Sociales de Atención Especializada* como los dos niveles que, de manera coordinada y complementaria, conforman los Niveles de atención del Sistema Público de Servicios Sociales en Castilla-La Mancha.

Los primeros vienen a sustituir a los Servicios Sociales generales, y de acuerdo con los arts. 12 y ss., son servicios de titularidad y gestión pública. Constituyen el primer nivel de atención del Sistema Público de Servicios Sociales, y las prestaciones que conforman la atención primaria se desarrollarán en todas las zonas y áreas de servicios sociales de la Región, en el ámbito del municipio.

Los segundos, por su parte, vendrían a sustituir a los servicios sociales especializados para dar respuesta a necesidades específicas de las personas que requieren una

268 DOCM núm. 251, de 31 de diciembre de 2010, pág. 59420. En vigor desde el 1 de julio de 2011.

atención de mayor especialización técnica o un dispositivo que trasciende el ámbito de los Servicios Sociales de Atención Primaria. Otras de las importantes diferencias es que, de acuerdo con los arts. 18 y ss., estos servicios de atención especializada podrán ser servicios de titularidad pública o de titularidad privada con los que se haya establecido alguna forma de colaboración con la administración pública, sus prestaciones no se circunscriben al ámbito municipal, sino que se desarrollarán en las áreas de servicios sociales u otros ámbitos territoriales superiores a las áreas, y sus actuaciones sobre las personas destinatarias de los mismos se hacen depender de una primera y previa valoración de aquéllas por los Servicios Sociales de Atención Primaria, a excepción de aquellas situaciones de riesgo o urgencia social o de aquellas prestaciones cuya normativa reguladora exija condiciones diferente de acceso.

La nueva Ley de Servicios Sociales del año 2010 ya no menciona programas concretos de actuación, sino que diferencia entre “funciones” y “prestaciones”. Y así, en su art. 15 declara como funciones de los Servicios Sociales de Atención Primaria las siguientes:

- Información y asesoramiento sobre las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, así como orientación sobre otros sistemas de protección social hacia los que sea preciso encaminar a la persona, unidad familiar o entidad.
- Detección de situaciones de necesidad personales, familiares y sociales que dificulten la autonomía personal y la integración social.
- Valoración y diagnóstico de la situación social de la persona, familia o unidad de convivencia y del entorno comunitario.
- Prescripción de la intervención más adecuada, que deberá haber sido consensuada con la persona, su familia o unidad de convivencia, para dar respuesta a la situación de necesidad.
- Elaboración, seguimiento y evaluación del Plan de Atención Social individual o familiar.
- Intervención interdisciplinar con el objeto de mejorar la situación social de la persona o unidad familiar y dar respuesta a la situación de necesidad.
- Derivación a la atención especializada, cuando la situación social de la persona o unidad familiar lo requiera.
- Organización, gestión, coordinación y evaluación de las prestaciones de la atención primaria, en el marco de la normativa que lo regule.

- Acompañamiento, mediación y seguimiento en todo el proceso de intervención a seguir tanto en el Sistema Público de Servicios Sociales, como en otros Sistemas de Protección Social, asegurando una atención continuada e integral a través del profesional de referencia.
- Coordinación, integración y complementariedad de las intervenciones con la atención especializada.
- Complementariedad y coordinación con los niveles de atención del Sistema Sanitario y con el conjunto de entidades que actúen en el ámbito de los servicios sociales y que incidan en la mejora de la situación de la persona, grupo o comunidad.
- Promoción de los canales de comunicación entre los diferentes sistemas de protección social, agentes sociales e instituciones públicas o privadas que operen en el territorio, con el objeto de complementar la intervención a realizar por el Sistema Público de Servicios Sociales; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de protocolos que se establezcan al efecto.
- Estudio y observación de la evolución y desarrollo de la realidad social, detectando áreas susceptibles de intervención, con el objeto de diseñar proyectos para la implantación de nuevas prestaciones u optimización de los ya existentes.
- Registro de datos para proveer al Sistema Público de Servicios Sociales de información objetiva que sirva para la planificación e intervención social.
- Cuantas les sean atribuidas o encomendadas por la normativa vigente.

Por su parte, serían funciones de los Servicios Sociales de Atención Especializada las siguientes (art. 19):

- Valoración y diagnóstico de la situación de necesidad social, así como otras valoraciones de mayor especialización técnica, que no puedan abordarse desde los Servicios Sociales de Atención Primaria.
- Elaboración del Plan de Atención Social individualizado, familiar o de la unidad de convivencia, en colaboración con los Servicios Sociales de Atención Primaria, en aquellos casos que se requiera de una intervención conjunta.
- Intervención interdisciplinar a realizar por el equipo de profesionales del dispositivo donde se encuentre ubicada la persona.
- Organización, gestión, coordinación y evaluación de las prestaciones que conforman la atención especializada, en el marco de la normativa que las regule.

- Integración de las intervenciones con la atención primaria y complementariedad con los niveles de atención del Sistema Sanitario.
- Apoyo técnico y asesoramiento a los equipos de atención primaria.
- Registro de datos para proveer al Sistema Público de Servicios Sociales de información objetiva que sirva para la planificación e intervención social.
- Cuantas otras tenga atribuidas o les sean encomendadas por la normativa vigente.

Junto con dicho elenco de funciones de los distintos servicios sociales, la ley también prevé un catálogo expreso de prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, tanto por parte de los servicios de atención primaria como por los servicios de atención especializada, que se regulará mediante Decreto con una vigencia cuatrienal, y en el cual tales prestaciones se clasificarán como “prestaciones garantizadas²⁶⁹” (respecto de las cuales la ley prevé su gratuidad con carácter general) o “de acceso condicionado”, vinculadas estas últimas al cumplimiento de determinados requisitos en los términos que se establezcan en el catálogo y en la normativa correspondiente, de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria del sistema (norma que podrá establecer, en su caso, el copago por la obtención de tales prestaciones sociales), entre las que se incluyen importantes servicios relacionados con la mediación familiar, ya que conforme con el apartado 2º del art. 37, el catálogo de prestaciones de acceso condicionado de los Servicios de Atención Especializada deberá incluir, al menos, las siguientes:

- a) Prestación de apoyo para el envejecimiento activo
- b) Prestación de apoyo para el mantenimiento y desarrollo de habilidades y competencias básicas para la vida a personas con determinadas necesidades específicas
- c) Apoyo a jóvenes que hayan estado o estén bajo alguna medida administrativa o judicial de protección
- d) Prevención e intervención en violencia familiar

269 De acuerdo con el art. 36, son prestaciones técnicas garantizadas de los Servicios Sociales de Atención Primaria las de Información y Orientación, Estudio, Valoración y Acompañamiento, Atención a la familia o unidad de convivencia, Ayuda a Domicilio, Teleasistencia Domiciliaria, Alojamiento temporal para situaciones de urgencia social, Prevención y atención integral ante situaciones de exclusión social y Fomento de la participación social en el ámbito comunitario. Por su parte, son prestaciones garantizadas de los Servicios Sociales de Atención Especializada (art. 37) las de Valoración de la situación de dependencia, Valoración del grado de discapacidad, Valoración y atención temprana, Valoración y atención en situaciones de desprotección de menores, Atención en estancias diurnas y nocturnas, Atención residencial, Acogimiento familiar, Información, valoración y seguimiento de adopciones y Prestación destinada a familias numerosas.

- e) Orientación y mediación familiar
- f) Atención a familias en puntos de encuentro familiar

2.1. PLANES Y PROGRAMAS DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN CASTILLA-LA MANCHA DIRIGIDOS A LA FAMILIA

Los principales Planes y Programas en los que se estructuraban y concretaban las diferentes actuaciones de los Servicios Sociales en Castilla-La Mancha relativas a la familia no se mencionaban expresamente en la citada Ley 3/1986 y sí, aunque de manera parcial, en la posterior Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha²⁷⁰, la cual si concretaba los principios rectores, criterios de actuación y programas específicos referidos a determinados sectores (mujeres, menores, personas con discapacidad física, psíquica o sensorial, o personas mayores). No obstante, y en tanto en cuanto no se desarrolle lo dispuesto en la actual Ley 14/2010 de Servicios Sociales en Castilla-La Mancha, debemos atender a las distintas líneas de actuación de las Consejerías competentes en la materia, y respecto a la familia, hay que fijarse en la Consejería de Salud y Bienestar Social, la cual es en la actualidad el órgano de la Administración Regional de Castilla-La Mancha a quien corresponde “promover, proyectar y ejecutar la política regional en materia de bienestar social, programar, desarrollar y ejecutar los planes de apoyo a las personas con discapacidad, mayores, infancia, menores y familia en el marco de las competencias asumidas por este órgano, así como definir y ejecutar las actuaciones en materia de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia²⁷¹”.

De los distintos planes y programas aprobados por la citada Consejería, el último aprobado en Castilla-La Mancha y que puede servir de instrumento para tomar conocimiento de los distintos programas y actuaciones que se llevan a cabo en apoyo a la familia por parte de los Servicios Sociales —tanto generales como especializados— lo constituye el Plan Estratégico de Ayuda a la Familia de Castilla-La Mancha para el periodo 2013-2016, en el cual se establecen las bases que van a orientar la actividad del Gobierno de Castilla-La Mancha en los próximos años, de forma coordinada e integral sobre las materias que afectan a la familia en Castilla-La Mancha. De conformidad con dicho Plan, se prevén siete líneas estratégicas integradas, a su vez, por diversos objetivos y acciones. Es decir, en cada Línea

270 ÁLVAREZ, P., “Servicios Sociales”, en VV.AA., *Derecho Autonómico de Castilla-La Mancha*, ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 477.

271 Art. 1 del Decreto 139/2008, de 9 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Salud y Bienestar Social (DOCM núm. 189, de 12 de septiembre de 2008, pág. 28849).

estratégica se señalan varios objetivos a conseguir, los cuales se desglosan a su vez en distintas acciones orientadas a conseguirlos. Esas siete líneas estratégicas en las que se concentran las actuaciones a favor de la familia para el periodo 2013-2016 son: I) La familia como institución central y básica; II) Cooperación Institucional y participación social; III) Prevención; IV) Familias con personas en situación de dependencia y personas con discapacidad; V) Familias en situación de vulneración social; VI) Menores en dificultad o en conflicto social y sus familias; y VII) Formación e Investigación.

A lo largo de dicho Plan, diversos objetivos se refieren expresamente a desarrollar acciones relacionadas con la mediación. Así por ejemplo, en la línea estratégica III (Prevención), uno de las medidas a llevar a cabo es la creación del Registro de Mediadores Familiares, o la promoción de cursos de formación dirigidos a equipos directivos, orientadores y profesores en Consejos Escolares y también formación a determinados alumnos, para la participación en actuaciones de mediación escolar. Los servicios de mediación familiar también se recogen como una medida específica a desarrollar dentro de la línea estratégica V (Familias en situación de vulnerabilidad social) respecto de parejas en procesos de separación, en íntima relación con la reforma de la normativa reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar “para potenciar la mediación y la colaboración con las demás administraciones implicadas”. Y junto con la mediación familiar desde un punto de vista civil o social, también existen medidas encaminadas a potenciar la mediación penal respecto de menores infractores, tal y como se señala en la línea estratégica VI (Menores en dificultad o en conflicto social y sus familias), en donde se advierte la necesidad de emplear la mediación en la resolución de los conflictos provocados por dichos menores. Pero si en alguna línea se reconoce la importancia de la mediación como instrumento de resolución de conflictos es en la línea estratégica VII, referida a la Formación e Investigación, que además es considerada por el gobierno regional de Castilla-La Mancha como una línea prioritaria encaminada a reforzar el papel de la formación y de la investigación en los temas de familia, al considerarse que una mejor preparación de los profesionales que intervienen con las familias es imprescindible para favorecer las actuaciones y lograr una mayor eficiencia en la utilización de los recursos, y en la cual “se declaran los temas relacionados con la mediación como fuente de resolución de conflictos como línea de formación prioritaria, como lógica consecuencia de la importancia fundamental de la materia en el apoyo a la familia. Así por ejemplo, una de las medidas a poner en práctica es la ejecución de Planes de formación continua del funcionariado de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha que ejerzan funciones de mediación en materia de ayuda a la familia y protección de menores.

3. EL SERVICIO SOCIAL ESPECIALIZADO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN CASTILLA-LA MANCHA

Las actuaciones en materia de mediación, y en su caso, orientación e intervención familiar se desarrollaban, hasta la reforma de 2015, a través del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, regulado por la Ley 4/2005, de 24 de mayo²⁷², al amparo del art. 11 de la anterior Ley 3/196, dentro de los programas de familia, con el objetivo de regular la mediación familiar como un servicio social especializado en Castilla-La Mancha, constituyéndose como método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia, que se desarrollen total o parcialmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha por personas mediadoras o entidades públicas o privadas acreditadas que actúen profesionalmente en dicho ámbito, pudiéndose acoger a la mediación familiar regulada en la citada Ley las personas que habiendo residido ambas en Castilla-La Mancha, se encuentren en una situación de conflicto familiar, siempre que, al menos, una de ellas esté empadronada o tenga su residencia habitual en la misma (arts. 1 y 2 de la Ley 4/2005).

No obstante, la mediación familiar surgió en un principio con la finalidad de prevenir y evitar situaciones de conflicto que podían degenerar en situaciones de violencia intrafamiliar. De ahí que la primera ley de Castilla-La Mancha que reguló en primer lugar un servicio de mediación familiar fuera la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas²⁷³, cuyo artículo 10 prevé —ley aún en vigor, pues no ha sido derogada expresamente— que *La Administración regional, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar, ofrecerá gratuitamente programas de mediación familiar dirigidos a todos los miembros de la familia, de forma individual y en su conjunto*. Y el art. 16 del Decreto 38/2002, de 12 de marzo, para la aplicación de la Ley 5/2001, también prevé el ofrecimiento de *programas de mediación a las familias, de forma individual y en su conjunto, cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Para acceder a estos Programas la mujer habrá de ser previamente informada de sus derechos. El personal especializado elaborará un informe donde se refleje la idoneidad de esta medida*.

Pues bien, en Castilla-La Mancha la mediación familiar se lleva actualmente a cabo en los Centros de Mediación e Intervención Familiar de Castilla-La Mancha, en virtud de un Convenio firmado entre la asociación AMIFAM (Asociación para la Mediación e Intervención Familiar de Castilla-La Mancha) y la Dirección General de Familia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en los que se ofrece dicho servicio social especializado y de carácter gratuito, gracias a las subvenciones

272 DOCM núm. 111, de 3 de junio de 2005.

273 DOCM núm. 61, de 22 de mayo de 2001 y BOE núm. 148, de 21 de junio.

recibidas por parte de la Consejería para el desarrollo de servicios y programas de atención a la infancia y la familia. Así se recoge expresamente en la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/2005, que establece la posibilidad de que la Administración Regional pueda prestar el servicio social público especializado de mediación familiar, bien directamente *o mediante la colaboración con Entidades públicas o privadas, a través de convenios, contratos o cualquier forma de prestación de servicios públicos.*

3.1. MARCO NORMATIVO

El marco jurídico regulador del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar en Castilla-La Mancha quedaría determinado, de manera directa, por la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha²⁷⁴, así como por la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha (cuya disposición derogatoria única ha derogado expresamente la Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, la Ley 3/1994, de 3 de noviembre, de protección de los usuarios de entidades, centros y servicios sociales en Castilla-La Mancha, así como la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha) y la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas, en tanto en cuanto no sea derogada. A ello debemos añadir las disposiciones que apruebe la Consejería con competencias en la materia, que actualmente es la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, en virtud de la reordenación de la Administración Regional establecida en el Decreto 69/2011, de 27 de junio. La estructura orgánica y competencias de dicha Consejería se regulan en el Decreto 123/2011, de 7 de julio de 2011, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales²⁷⁵.

La nueva Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales asume las competencias que figuran en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha en su artículo 31, que son exclusivas en materia de asistencia social y servicios sociales, y conforme los arts. 3 y 9 del citado Decreto, el órgano encargado de la promoción del servicio especializado de mediación familiar es la Dirección General de la Familia, Menores, Promoción Social y Voluntariado.

274 DOCM Núm. 36, de 23 de febrero de 2015. En vigor desde el 1 de marzo de 2015.

275 Modificado por el Decreto 268/2011, de 08/09/2011, de modificación del Decreto 123/2011, de 7 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales.

3.2. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

De acuerdo con lo establecido en el capítulo I de la Ley 4/2005, y más exactamente en los arts. 1 a 5, la mediación familiar en Castilla-La Mancha debía ser conceptualizada como aquel método de resolución extrajudicial de determinados conflictos familiares, a través del cual aquellas personas interesadas y respecto de las cuales al menos una de ellas esté empadronada o tenga su residencia habitual en Castilla-La Mancha, pueden solicitar voluntariamente la intervención de una tercera parte imparcial, neutral y profesional, inscrita en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras creado a tal efecto, para que las oriente, asesore y auxilie, a través de un procedimiento reglado, en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar. Por el contrario, el art. 2 de la Ley 1/2015 conceptúa la mediación social o familiar como:

- a) *El procedimiento en el que dos o más partes inmersas en un conflicto social o familiar consienten voluntariamente que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y profesional, promueva la comunicación y el diálogo entre las partes y les ayude en la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su controversia. Se entiende por conflicto de carácter social o familiar aquél derivado de problemas sociales o familiares en los que estén involucrados menores de edad, personas mayores, personas con capacidad jurídica limitada, así como personas que se encuentren en una situación personal de grave necesidad económica, social o familiar.*
- b) *Los servicios dirigidos a ayudar a las personas adoptadas, o a sus padres o tutores si fueran menores, al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores con su familia de origen, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente.*
- c) *Los servicios de la Administración Autonómica dirigidos a la conciliación y la reparación del daño, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores.*

De otra parte, su ámbito de aplicación puede ser delimitado desde un punto de vista territorial, subjetivo (por razón de los sujetos partícipes, lo cual puede ser diferenciado, a su vez, según quiénes pueden solicitar el servicio de mediación, y según quiénes pueden conducir válidamente dicho procedimiento de resolución de conflictos), o material (por razón de la materia u objeto sobre lo que puede llegar a concluirse un acuerdo de mediación).

Desde el punto de vista territorial, resulta fácil entender que la regulación de la mediación familiar sea aplicable a aquellas actuaciones que se desarrollen total o parcialmente en el territorio de dicha Comunidad Autónoma a través de personas mediadoras o entidades públicas o privadas acreditadas que actúen profesionalmente en dicho ámbito y se encuentren previamente inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la correspondiente Comunidad Autónoma, en caso de

existir, pues ésta es una práctica habitual al regular los servicios sociales. En algún caso se exige, además, que alguna de las partes esté empadronada o tenga su residencia habitual en dicha Comunidad, como es el caso de lo previsto en la Ley del País Vasco (art. 2) y en la de Castilla-La Mancha (art. 4). En este último supuesto, su normativa permite incluso la mediación familiar internacional, siempre que una de las partes esté empadronada o tenga su residencia habitual en Castilla-La Mancha, sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales ratificados por España y en las normas estatales sobre esta materia. Se elimina así la alusión expresa de la anterior ley castellanomanchega de 2005 de poder solicitar “la adopción y aplicación de las medidas judiciales oportunas tendentes al retorno del menor indebidamente desplazado o retenido, en los términos previstos por el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, así como en los restantes convenios internacionales ratificados por España y en las normas estatales sobre esta materia²⁷⁶”. En realidad, esta advertencia resulta igualmente superflua o con un mero carácter informativo, ya que nuestra legislación autonómica no puede incidir en la adopción o denegación de medidas judiciales o la apertura de procesos judiciales que se establezca, bien en la legislación procesal estatal, bien en la normativa comunitaria o internacional aplicable. Su finalidad sería más bien servir de advertencia de lo contrario, esto es, que la adopción de medidas judiciales sobre dicha materia relacionada con el menor no tiene por qué impedir a las partes intentar una mediación familiar internacional ante sujetos o instituciones radicadas en Castilla-La Mancha para llegar a un acuerdo sobre la tutela y custodia del menor.

Ahora bien, esa anterior mención de la Ley de Castilla La Mancha de 2005 puede considerarse casi “visionaria” si atendemos a la reforma de la LEC introducida a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria²⁷⁷ con el objetivo de fomentar la mediación en los supuestos de sustracción internacional de hijos menores. La Disposición final tercera de dicha Ley ha modificado determinados artículos de la LEC referidos al procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, y como medidas tendentes a asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos, ha añadido un artículo 778 ter LEC cuyo apartado 12 establece que «En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos,

276 Art. 2 de la derogada Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio social especializado de mediación familiar en Castilla-La Mancha.

277 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 03 de julio de 2015. En vigor desde el 23 de julio.

el Secretario judicial acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad Pública que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal».

3.2.1. ÁMBITO MATERIAL: DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHO PRIVADO, DERECHOS “DISPONIBLES” Y DERECHO DE FAMILIA.

Finalmente, y desde el punto de vista material —el más relevante—, es preciso concretar qué entiende la Ley 4/2005 por “Conflictos familiares susceptibles de mediación” (art. 3).

Puesto que la mediación es un método extrajudicial de resolución de conflictos voluntario, basado en la libertad y en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, en principio podemos concluir que éstos podrán mediar sobre aquellos derechos subjetivos sobre los cuales tengan plena disposición de los mismos. Ahora bien, a pesar del paralelismo existente entre mediación y arbitraje en cuanto a que ambos son métodos no jurisdiccionales de resolución de conflictos y ambos están basados en la autonomía de la voluntad, las diferencias exceden de la posibilidad de que el tercero imponga la resolución del conflicto, proponga resoluciones, o sólo trate de ayudar a las partes a alcanzar una resolución amistosa del conflicto.

No procede en este momento analizar en profundidad las diferencias existentes entre el arbitraje y la mediación, pero es importante advertir que, si bien en la mediación también es común señalar como su ámbito de aplicación aquellas “materias disponibles” o “de libre disposición” por las partes²⁷⁸, el hecho de que una determinada cuestión no pueda ser sometida a arbitraje, no significa que sobre la misma no pueda iniciarse un proceso de mediación para llegar a determinados acuerdos, sobre todo de cara al proceso judicial necesario a la hora de establecer determinadas relaciones jurídicas.

Es importante remarcar las diferencias respecto a las cuestiones susceptibles de arbitraje y aquellas otras respecto de las cuales es posible llegar a una solución consensuada a través de la mediación. Tradicionalmente se ha negado la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones de familia, y sin embargo, éstas constituyen el principal objeto de la mediación familiar. De ahí que la mayoría de las leyes autonómicas

278 Aunque es preciso advertir que la libre disposición no se refiere a una “materia”, pues las materias no son disponibles o indisponibles, sino que la disponibilidad debe referirse a los derechos subjetivos (Vid. MONTERO AROCA, J., “Comentario al artículo 2.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”, en BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, ed. Thomson-Civitas, Barcelona, 2004, pp. 99-133).

establezcan como ámbito de aplicación de la mediación familiar toda una serie de relaciones jurídicas entre las parejas y demás miembros familiares (ascendientes, descendientes, etc.), aun cuando para la válida constitución, modificación o extinción de dichas relaciones se precise una sentencia judicial, y por ende, un proceso jurisdiccional al respecto. Es decir, la necesidad de tener que acudir a la jurisdicción —y, por lo tanto, la imposibilidad de someter tal cuestión a arbitraje— para conformar válidamente una determinada relación jurídica de Derecho de Familia, no significa que no pueda acudirse de modo *complementario* a otro método para facilitar o poner fin a la controversia jurídica entre las partes, tal y como ocurre con la mediación.

Del mismo modo, el hecho de que una determinada materia esté sometida a normas de Derecho público tampoco imposibilita la utilización de la mediación. Sin entrar ahora a analizar el alcance de la mediación penal, podemos apreciar como el ordenamiento consiente la utilización de la mediación y la conciliación, y en general, la celebración de acuerdos, también respecto de cuestiones administrativas e incluso tributarias. Y así, comprobamos como, con carácter general, la LRJPAC permite resolver los conflictos entre la Administración y los ciudadanos de forma convencional “con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizados de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin” (art. 88.1), así como también posibilita que las leyes puedan “el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo” (art. 107.2), y en sede jurisdiccional, el actual art. 77 LJCA reconoce como modo de terminación del proceso contencioso-administrativo la posibilidad de que las partes “puedan alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad²⁷⁹” (art. 77.1). Y en el ámbito tributario, *a pesar de la au-*

279 Adviértase que en el Anteproyecto de ley de reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de Regulación del arbitraje institucional en la administración general del Estado, presentado por el ministro de Justicia el 19 de febrero de 2010, se contenía la reforma del art. 77.1 LJCA para permitir que el juez pudiera, respecto a materias susceptibles de transacción y, en particular, sobre reclamaciones de cantidad, “imponer a las partes el sometimiento a mediación de acuerdo con la legislación reguladora de la mediación”. La misma reforma del art. 77 LJCA que recogía en el Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Sin embargo, dicha reforma no ha sido finalmente aprobada tras la reforma de la citada ley de arbitraje en virtud de la Ley 11/2011, de 20 de mayo (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011).

sencia de una habilitación similar a la contenida en la LRJPAC en el ordenamiento jurídico fiscal, el procedimiento tributario no presenta ninguna especialidad respecto del resto de procedimientos administrativos que impida la utilización de la forma negociada en su seno. Es más, en el concreto ámbito fiscal podemos encontrar claros ejemplos de acuerdos entre la Administración y el obligado tributario en orden a fijar determinados elementos de la relación jurídico-tributaria, tales como los acuerdos previos sobre precios de transferencia, los planes de amortización, los planes especiales de reinversión, los planes sobre imputación temporal, las actas con acuerdo (insertas en el procedimiento de inspección) y, dentro del procedimiento de recaudación, la tasación pericial contradictoria²⁸⁰.

Por lo tanto, los conceptos de “materias disponibles”, mediación y transacción no son términos sinónimos ni equiparables, sino más bien figuras con características, principios y elementos en común. Y volviendo al tema de la mediación en materia de Derecho de familia, cuando el art. 1814 CC prohíbe la transacción sobre “cuestiones matrimoniales”, se está refiriendo a las cuestiones relacionadas con el Estado civil (v. gr., vínculo marital), pero no a determinadas cuestiones patrimoniales sobre las que sí se puede disponer²⁸¹. Así, los cónyuges no pueden disolver o anular el matrimonio en virtud de un pacto de transacción, pero sí pueden acordar determinadas consecuencias jurídicas derivadas de la finalización de esa relación jurídica existente entre los mismos. De ahí que dicha prohibición de transigir sobre cuestiones matrimoniales no afecte, por ejemplo, al régimen económico matrimonial o a la pensión compensatoria, por tratarse de controversias jurídicas que, a pesar de traer causa del estado civil por razón de matrimonio, se refieren a cuestiones patrimoniales que pueden ser objeto de la libre disposición de las partes (con determinados límites de orden público controlables judicialmente), y por ello, susceptibles de ser superadas por cualquier acto o negocio jurídico realizado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad con tal finalidad²⁸². De hecho, el art. 751 LEC declara la indisponibilidad del objeto procesal en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores y, por consiguiente, rechaza la posibilidad de renuncia, allanamiento o transacción en tales procesos, si bien su apartado 3º permite la celebración de pactos sobre aquellas pretensiones *que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable*.

El ejemplo más destacable lo constituye el convenio regulador tras la separación o divorcio. Éste no deja de ser un acuerdo en el que las partes establecen determinadas relaciones de futuro, aunque deba ser en todo caso homologado judicialmente y

280 Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, M. L., “La conciliación y la mediación en el Derecho Tributario”, en VV.AA., *Mediación: un método de ? Conflictos*, ed. COLEX, Madrid, 2010, p. 206.

281 Vid. SSTS, Sala 1ª, de 13 de octubre de 1966 y de 31 de enero de 1985, en las que se afirma que la regulación de las consecuencias de naturaleza patrimonial que se deriven de la separación de hecho de los cónyuges, no es supuesto incluido en la prohibición del art. 1814 CC.

282 VIOLA DEMESTRE, I., *El contrato de transacción en el Código Civil*, ed. Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2003, p. 273.

recogido en la sentencia que ponga fin al proceso judicial de separación o divorcio y, sin embargo, no puede ser equiparado al contrato de transacción porque versa sobre cuestiones de orden público familiar no disponibles ni transigibles por las partes (ej., los alimentos).

3.2.2. CONSECUENCIAS DE LA RUPTURA MATRIMONIAL

La mayoría de leyes autonómicas centran su ámbito material de aplicación en las cuestiones familiares –tanto personales como patrimoniales– relacionadas con la ruptura de la pareja (unida por vínculo matrimonial o de hecho). Así por ejemplo, las primeras leyes de Cataluña y Valencia de 2001 se referían concretamente a promover la mediación familiar para facilitar el establecimiento de las medidas y efectos de las sentencias de separación, nulidad y divorcio, y más en concreto, en la elaboración de los acuerdos necesarios que pudieran reflejarse en el convenio regulador de la separación o divorcio, en el cumplimiento y ejecución de las sentencias recaídas en los dichos procedimientos, o incluso a la hora de convenir la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme en tales procesos, bien por razón del cambio de circunstancias, bien por decisión voluntaria de los interesados. Por eso, muchas de las materias que se enumeran vienen a coincidir prácticamente con el contenido que debe tener el convenio regulador según el art. 90 CC. Así, el art. 4 de la anterior Ley de Castilla-La Mancha de 2005 recogía como materias susceptibles de mediación: a) la determinación de la persona bajo cuya guarda han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos; b) El régimen de visitas del progenitor que no viva con dichos hijos y, en su caso, de otros miembros de la familia; c) La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiares, con arreglo a la regulación legal vigente; d) La contribución a las cargas de la pareja y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso; e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial o de la comunidad existente entre los miembros de la pareja de hecho; y f) La pensión compensatoria a la que se refiere el art. 97 CC que, en su caso, corresponda al miembro de la pareja al que la ruptura produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en la unión. Es decir, su ámbito de aplicación se centraba casi de manera exclusiva en las cuestiones personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la pareja.

Sin embargo, la vigente Ley de mediación familiar en Castilla-La Mancha ha aumentado su ámbito material de aplicación, pues junto con las “clásicas” cuestiones familiares relacionadas con la ruptura de la pareja (unida por vínculo matrimonial o de hecho), y que suelen comprender el contenido que debe tener el convenio regula-

dor según el art. 90 CC, la normativa del año 2015 incluye en su art. 3 un exhaustivo listado de conflictos referidos a:

- a) *Los conflictos relativos al régimen de relación y comunicación de los menores con sus progenitores y demás parientes y personas del ámbito familiar.*
- b) *Los conflictos relativos a los procesos de ruptura de pareja.*
- c) *Los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes.*
- d) *Los conflictos relativos a la atención y el ejercicio de la tutela o curatela de personas con capacidad jurídica limitada y personas en situación de dependencia con las que exista una relación de parentesco.*
- e) *Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, la familia de acogida y/o la familia biológica cuando afecten a menores de edad, o cuando se pretenda facilitar la comunicación entre aquellos como consecuencia de que se haya ejercitado el derecho a conocer los datos de los orígenes biológicos del adoptado.*
- f) *Los conflictos entre los miembros de la comunidad escolar, profesores, alumnos y padres.*
- g) *Los conflictos surgidos en el ámbito sanitario, estableciendo contextos de diálogo que promuevan una mejor relación interpersonal entre las partes.*
- h) *Los conflictos entre los responsables de las instituciones públicas o entidades sociales y personas usuarias de las mismas.*
- i) *Los conflictos existentes entre la víctima y el menor infractor.*
- j) *Cualesquiera otros conflictos que afecten a las personas mencionadas en el artículo 2 a) y se encomienden a los servicios de mediación de la Consejería competente en materia de familia.*

3.2.3. OTROS CONFLICTOS FAMILIARES

De acuerdo con lo establecido en los arts. 3 y 4 de la anterior ley castellanomanchega, también podían constituir el objeto de la mediación “las relaciones personales del menor con sus parientes y allegados” y “el ejercicio de la patria potestad o de la tutela o curatela” (art. 3.3), así como “cualesquiera otras [materias] susceptibles de libre disposición por las partes” (art. 4, letra g). Esto resultaba especialmente importante a la hora de poder someter a mediación familiar en Castilla-La Mancha, y bajo la normativa de la ley 4/2005, el conocimiento de otras disputas familiares que

decidieran someter las partes en conflicto, aunque no se refirieran expresamente a las consecuencias personales y patrimoniales de la ruptura del matrimonio o pareja de hecho, tal y como han reconocido otras leyes autonómicas posteriores.

Una interpretación amplia de la anterior normativa permitiría incluir, respecto a *las relaciones del menor con parientes y allegados* (art. 3.2), los conflictos surgidos entre la familia adoptante, el adoptado y la familia biológica en la búsqueda de orígenes biológicos de la persona adoptada, los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica²⁸³, o los conflictos entre los progenitores y los abuelos del menor respecto a las relaciones normalizadas que estos últimos u otros parientes pretendan tener con sus nietos. Y por lo que respecta a la cláusula de cierre relativa a *cualesquiera otras materias de libre disposición por las partes* (art. 4, letra g), ésta posibilitaba que, en teoría, el Servicio social especializado de mediación familiar podría ser utilizado por las partes para la búsqueda de acuerdos sobre innumerables cuestiones y disputas familiares. Esto es, una interpretación amplia o extensiva de dicha norma permitiría utilizar los servicios de mediación familiar para intentar resolver cualquier disputa surgida con motivo de la convivencia familiar (bloqueos en la relación, desavenencias por la conducta o la actitud entre los cónyuges, disputas por las formas de ejercer la función parental, redefinición de roles, toma de acuerdos acerca de la procreación, problemas con los hijos dependientes mayores de edad, discusiones sobre cambio de domicilio o de trabajo, injerencias entre hermanos, disputas sobre la intimidad, los espacios personales y las propiedades, etc²⁸⁴).

Lo cierto es que la mayoría de leyes autonómicas, frente a esa opción de centrarse en las materias previstas en el Código Civil en situaciones de ruptura del vínculo matrimonial o de afectividad, han optado por establecer listados más o menos cerrados de controversias sometibles a mediación. Frente a la escueta regulación del art. 6 de la Ley 4/2001 de Galicia, conforme al cual “las cuestiones que podrán someterse a una actuación de mediación familiar serán todas aquéllas, derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales, de cuya disposición puedan hacer las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente”, el art. 1 de la Ley 1/2009 de Andalucía especifica que los conflictos objeto de mediación familiar deberán «guardar relación con los siguientes asuntos: a) Los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, b) Las cuestiones relativas al derecho de alimentos y cuidado de personas en situación de dependencia, conforme a la definición reflejada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y

283 Expresamente mencionados, por citar varios ejemplos, en el art. 3 de la ley 1/2006, de mediación familiar de Castilla y León; art. 8 de la ley 1/2007, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; art. 3 de la ley 3/2007 de mediación familiar en Asturias; art. 5 de la ley 1/2008 de mediación familiar del País Vasco; art. 1 de la ley 1/2009 de mediación familiar en Andalucía; o art. 5.g) de la Ley 9/2011 de Aragón.

284 PÉREZ I MONTEIL, J., “La mediación familiar en España, 10 años después del Congreso de Valencia de 1999”, *Informació psicològica*, n° 96, maig-agost 2009, p. 5.

la atención a las 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, tutela 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, el hijo o hija adoptado y la familia biológica en la búsqueda de orígenes de la persona adoptada, g) Los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica, h) La disolución de parejas de hecho».

Si se examinan estos listados, a medida que se amplía la enumeración o se trata de especificar casos concretos, se corre el riesgo de caer en la reiteración o la redundancia. En el ejemplo de la legislación andaluza, los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas (letra e del art. 1.2) no deja de ser un caso concreto perfectamente incardinable –y por ende, superfluo– dentro de las “relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad (letra c). Es más, ello puede dar lugar a que a algún autor le llame la atención que ciertas leyes amplíen su ámbito de aplicación a los vinculados hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad y otras se “limiten” hasta el tercer grado y califique de decepcionante dicha legislación²⁸⁵. De igual modo, el art. 5.2 de la Ley 9/2011 de Aragón diferencia entre situaciones derivadas de “crisis de convivencia” en el seno del matrimonio o de la pareja (letra d) y conflictos nacidos como consecuencia de una “ruptura de pareja” (letra a), lo cual no deja de ser un mero matiz subjetivo, pues la ruptura del matrimonio o pareja podría calificarse igualmente de “crisis de convivencia”. Es más, esta Ley menciona expresamente como supuesto sometible a mediación “las desaveniencias entre personas mayores y sus descendientes” (letra e), lo cual podría llegar a englobar desde supuestos de grave conflictividad intergeneracional con episodios de violencia hasta pequeñas disputas por el uso del mando a distancia de la televisión. En el mismo sentido, la vigente Ley castellanomanchega de 2015 enumera en su art. 3 un listado de conflictos que pueden ser objeto de la mediación social y familiar en donde la letra b) se refiere genéricamente a “los conflictos relativos a los procesos de ruptura de pareja”, que perfectamente englobará las materias susceptibles de ser pactadas como medidas provisionales o definitivas tras la separación (alimentos, régimen de visitas, etc.) que también se señalan en la letra a) (los conflictos relativos al régimen de relación y comunicación de los menores con sus progenitores, esto es, el régimen de visitas).

Una solución terminológica intermedia en la que fácilmente quedarían insertadas muchas de las controversias familiares es aquella que permite someter a mediación

285 En efecto, RONDÓN GARCÍA (*Bases para la mediación familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 44) califica de “decepcionante” la Ley 1/2009 de mediación familiar en Andalucía porque no alcanza al cuarto grado de vinculación consanguínea o de afinidad como sí prevén otras leyes.

“las relaciones personales del menor con sus parientes y allegados²⁸⁶”. Ello permite el recurso a la mediación para la solución de aquellas controversias familiares que surjan entre personas unidas por vínculo familiar –sin necesidad de delimitar un determinado grado de consanguinidad o afinidad–, y en dicho supuesto se podría fácilmente entender comprendidas las disputas sobre alimentos entre parientes, conflictos intergeneracionales en el seno familiar, así como aquellas discrepancias relacionadas con los menores (biológicos o adoptados, y por ende, con los familiares biológicos de aquéllos).

La legislación que, hasta la fecha, contiene la enumeración más minuciosa y pormenorizada de las distintas cuestiones relacionadas con la convivencia familiar que pueden ser sometidas a mediación es la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, que precisamente ha sido aprobada con el objetivo de ampliar el alcance de la mediación a determinados conflictos del ámbito civil respecto a la Ley de mediación familiar del año 2001. Esta ley del año 2009 diferencia entre «mediación familiar (art. 2.1)» y «mediación civil (art. 2.2)». En ambos casos, lleva a cabo sendas enumeraciones muy prolijas —recogidas como *numerus apertus*— con una cláusula de cierre. En realidad, casi todas las normas autonómicas, a través de dichas listas más o menos abiertas y con cláusulas de cierre, se refieren a lo mismo pero con menos palabras.

Así, por ejemplo, la ley canaria de mediación familiar dispone en su art. 3 que “Podrá ser objeto de mediación familiar cualquier conflicto familiar siempre que ver-se sobre materias respecto de las cuales el ordenamiento jurídico vigente reconozca a los interesados la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologados judicialmente”, y a continuación ejemplifica lo que dicha norma entiende por conflicto familiar. Por su parte, la Ley de mediación familiar de las Islas Baleares de 2010 reconoce en su art. 4 que los sujetos que se sometan a mediación familiar “determinarán la extensión de las materias sobre las cuales pretenden llegar a un acuerdo con la ayuda del mediador o la mediadora”, si bien advierte que “en cualquier caso, las cuestiones que pueden someterse a la mediación familiar se referirán siempre y necesariamente a materias de derecho civil de familia, disponibles por las partes de acuerdo con este derecho y que sean susceptibles de ser planteadas judicialmente”. Y por último, la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón se refiere al ámbito de conocimiento de su servicio de mediación familiar hasta en tres ocasiones: en su art. 1 establece con carácter general que el servicio de mediación familiar tiene por objeto “facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar”. Posteriormente, en su art. 5 enumera los *conflictos susceptibles de mediación familiar*, que podrán referirse “a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado”, aunque

286 Término previsto, por ej., en el art. 3.2 de la Ley de Castilla-La Mancha y en el art. 5 de la Ley de Aragón.

en su apartado 2 indica las materias sobre las que tendrá lugar “específicamente la intervención del mediador familiar²⁸⁷”. Y, por último, su art. 6 sentencia que “La intervención del mediador familiar podrá versar sobre cualquier materia de Derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente”.

Dentro de esas otras materias referidas a controversias intrafamiliares, nada impide que se legisle sobre mediación en supuestos de grave crisis marital que, de no atajarse a tiempo a través de los programas de mediación u orientación familiar, pudieran desembocar en episodios de violencia intrafamiliar que no constituyan violencia de género. Las leyes autonómicas actuales prohíben con carácter general iniciar el procedimiento de mediación familiar “cuando tenga constancia de la existencia de malos tratos a los hijos menores o al otro miembro de la pareja”, debido a la prohibición expresa de la L.O. 1/2004, pero nada impide llevar a cabo actuaciones de apoyo e intervención psicosocial y educativa destinadas a las familias en cuyo seno se produzcan episodios de grave crisis convivencial, sobre todo en aquellas familias en riesgo de exclusión social, precisamente con el fin de prevenir la violencia conyugal.

Por último, y precisamente en lo que respecta a la cláusula de cierre relativa a *cualesquiera otras materias de libre disposición por las partes*, ésta posibilita que, en teoría, los Servicios sociales de mediación familiar pudieran ser utilizados por las partes para la búsqueda de acuerdos sobre innumerables cuestiones y disputas familiares. Esto es, una interpretación amplia o extensiva de dicha norma permitiría utilizar los servicios de mediación familiar para intentar resolver cualquier disputa surgida con motivo de la convivencia familiar (bloqueos en la relación, desavenencias por la conducta o la actitud entre los cónyuges, disputas por las formas de ejercer la función parental, redefinición de roles, toma de acuerdos acerca de la procreación, problemas con los hijos dependientes mayores de edad, discusiones sobre cambio de domicilio o de trabajo, injerencias entre hermanos, disputas sobre la intimidad, los espacios personales y las propiedades, etc²⁸⁸). En nuestra opinión, una interpretación extensiva en el uso de los servicios sociales de mediación familiar, unida a su carácter gratuito, podría degenerar en una sobrecarga de trabajo imposible de asumir por un servicio público.

287 Art. 5.2: «a) Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados. b) Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos. c) Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas. d) Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja. e) Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes. f) Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional. g) Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar. Salvo en los supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o la integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos. h) Problemáticas referidas al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar. i) Cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte».

288 PÉREZ I MONTIEL, J., “La mediación familiar en España, 10 años después del Congreso de Valencia de 1999”, *Informació psicològica*, nº 96, maig-agost 2009, p. 5.

Es preciso establecer ciertos límites para evitar dicho colapso, y entendemos que no toda disputa “mediable” tiene por qué ser resuelta a través de un servicio social público. Es importante diferenciar entre aquellas controversias relacionadas con el Derecho de familia susceptibles de ser sometidas a un servicio social y público de mediación, orientación o intervención familiar (por ej., porque estén en juego determinados intereses públicos como los alimentos de los hijos a pactar en el Convenio regulador, los desacuerdos surgidos en el ejercicio de la patria potestad y custodia o en el ejercicio de la representación legal de los hijos o en la administración de los bienes de aquéllos, respecto al régimen de visitas sobre aquéllos, así como aquellos conflictos que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos), de aquellas otras controversias de derecho privado o de familia que puedan ser resueltas a través de instituciones privadas o profesionales especialistas en la materia (abogados, terapeutas, y en general, mediadores privados). Así, por ejemplo, de la legislación civil pueden extraerse interesantes cuestiones de familia que serían susceptibles de someterse a mediación, pero no tienen por qué ser encomendadas a un servicio social: la indemnización por incumplimiento de la promesa de matrimonio (art. 43 CC), la posible reconciliación de la pareja²⁸⁹ (art. 84 CC), los desacuerdos en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (art. 1326 CC) o en la contribución a las cargas del matrimonio (art. 1362 y ss. CC), o las disputas ante la división de patrimonios y reparto de herencias o la liquidación del régimen económico matrimonial. De igual modo, todas aquellas controversias que afecten al desarrollo de la empresa familiar, en sus diversas fórmulas jurídicas, podrían ser válidamente sometidas a mediación, sin que ésta tenga por qué resultar enteramente costeada por las Comunidades Autónomas.

Un ejemplo concreto de esta necesaria limitación a la hora de interpretar esa cláusula de cierre puede ser la legislación castellanomanchega. Frente a la anterior normativa del año 2005 que establecía como cláusula de cierre la posibilidad de acudir al Servicio social especializado de mediación familiar para “Cualesquiera otras [materias] susceptibles de libre disposición por las partes en los casos de ruptura de parejas (art. 4.g)”, la vigente Ley de 2015 permite acudir al Servicio regional de Mediación social y familiar para “cualesquiera otros conflictos que afecten a las personas mencionadas en el artículo 2.a) y se encomienden a mediación de la Consejería competente en materia de familia (art. 3.j)”.

El matiz diferenciador es importante. De una parte, porque delimita subjetivamente los conflictos de los que podrá conocer el citado Servicio social regional a

289 A favor de la utilización de la “mediación preventiva” como instrumento para posibilitar la reconciliación de la pareja, vid. PASCUAL LUJÁN, T., “La mediación familiar preventiva”, *Diario La Ley*, núm. 8565, de 19 de junio de 2015.

aquéllos que afecten a las personas citadas en el art. 2.a), que son: menores de edad, personas mayores, personas con capacidad jurídica limitada, así como personas que se encuentren en una situación personal de grave necesidad económica, social o familiar. Y de otra parte, porque al referirse a los supuestos que “se encomienden a mediación de la Consejería competente” parece limitarse a aquellas mediaciones que serán desarrolladas directamente por el personal perteneciente a la Administración regional, pues el artículo 11 diferencia dos tipos de sujetos mediadores: de un lado, la Administración Autonómica a través de las personas vinculadas a las mismas, que presten servicios en puestos de trabajo entre cuyas funciones figure la mediación, y de otro, las personas físicas y jurídicas habilitadas por el Servicio Regional de Mediación Social y Familiar en las condiciones que se determinen reglamentariamente. Igualmente, el art. 10 –costes de la mediación- diferencia dos tipos de procedimientos: la «mediación gratuita» *para las personas contempladas en el artículo 2.a), cuando sean derivadas desde los Servicios Sociales de Atención Primaria, desde los Servicios Especializados de Familia y Menores o desde otros Servicios Sociales Especializados, en los casos de mediación para la conciliación y reparación extrajudicial del daño en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores y en los casos de mediación para la búsqueda de orígenes en adopción;* y la «mediación retribuida» *cuando se trate de mediación entre personas adultas, salvo pacto en contrario, y cuyo coste será el precio público que se establezca.* También el artículo 19 diferencia dos tipos de mediación en lo referido a la designación de la persona mediadora: *En los supuestos de mediación social y familiar gratuita* corresponderá a la Dirección General competente en materia de familia la designación de la persona mediadora, de entre quienes formen parte del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha, mientras que *en los restantes supuestos de mediación social y familiar,* las partes elegirán, de común acuerdo, a la persona mediadora de entre quienes formen parte del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha.

En nuestra opinión, una interpretación extensiva en el uso de los servicios sociales de mediación familiar, unida a su carácter gratuito, podría degenerar en una sobrecarga de trabajo imposible de asumir por un servicio público. Es preciso establecer ciertos límites para evitar dicho colapso, y entendemos que no toda disputa “mediable” tiene por qué ser resuelta a través de un servicio social público. Es importante diferenciar entre aquellas controversias relacionadas con el Derecho de familia susceptibles de ser sometidas a un servicio social y público de mediación, orientación o intervención familiar (por ej., porque estén en juego determinados intereses públicos como los alimentos de los hijos a pactar en el Convenio regulador, los desacuerdos surgidos en el ejercicio de la patria potestad y custodia o en el ejercicio de la representación legal de los hijos o en la administración de los bienes de aquéllos, respecto al régimen de visitas sobre aquéllos, así como aquellos conflictos que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho

a conocer los datos biológicos), de aquellas otras controversias de derecho privado o de familia que puedan ser resueltas a través de instituciones privadas o profesionales especialistas en la materia (abogados, terapeutas, y en general, mediadores privados). Así, por ejemplo, de la legislación civil pueden extraerse interesantes cuestiones de familia que serían susceptibles de someterse a mediación, pero no tienen por qué ser encomendadas a un servicio social: la indemnización por incumplimiento de la promesa de matrimonio (art. 43 CC), la posible reconciliación de la pareja (art. 84 CC), los desacuerdos en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (art. 1326 CC) o en la contribución a las cargas del matrimonio (art. 1362 y ss. CC), o las disputas ante la división de patrimonios y reparto de herencias o la liquidación del régimen económico matrimonial. De igual modo, todas aquellas controversias que afecten al desarrollo de la empresa familiar, en sus diversas fórmulas jurídicas, podrían ser válidamente sometidas a mediación, sin que ésta tenga por qué resultar enteramente costeada por las Comunidades Autónomas.

3.3. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS PERSONAS Y ENTIDADES MEDIADORAS EN CASTILLA-LA MANCHA

La exigencia de una determinada cualificación profesional, así como de una concreta formación específica, de cara a poder inscribirse en el registro correspondiente y actuar válidamente como persona mediadora, permiten afirmar la existencia de una nueva profesión: el mediador familiar. Este nuevo profesional deberá conducir su actuación conforme a unos principios básicos rectores, dispondrá de una serie de derechos y estará sometido a una serie de deberes y obligaciones, y en su caso, podrá ser responsable de sus actos, no ya en vía civil o penal, sino también en vía disciplinaria de acuerdo con el régimen disciplinario y sancionador previsto en la normativa correspondiente.

Este conjunto de derechos y deberes se configura dentro de lo que se ha venido a denominar el «estatuto jurídico del mediador», entendiendo por el mismo el régimen que delimita y caracteriza el ejercicio de la mediación familiar como profesión. Y consideramos que la correcta configuración del mismo es esencial para el desarrollo y éxito de la mediación como fórmula alternativa a la vía jurisdiccional, pues *el cómo discurre el proceso de mediación y, en gran parte, el resultado del proceso de mediación, va a ser responsabilidad del mediador. De ahí que la credibilidad de la mediación, como proceso eficaz para la solución de controversias, se vincula directamente al respeto que los mediadores van a conquistar a través de un trabajo de alta calidad técnica, basado en los más rígidos principios éticos*²⁹⁰. Dicho

290 BELLOSO MARTÍN, N., “Una propuesta de código ético de los mediadores”, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 2007, núm. 15. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/15/belloso.pdf> (fecha de consulta: 4 de enero de 2009).

de otro modo, *al igual que ocurre en otras profesiones (jurídicas o no) viene determinada en gran medida por la adecuada formación y acceso a la profesión de quienes la desempeñan; por los deberes, derechos y responsabilidades que asumen y por la conducta ética y compromiso profesional que dispensan a las partes. Sólo un profesional que reúna estos requisitos, condiciones y circunstancias puede contribuir a que la mediación prospere como sistema de solución de conflictos. El «aficionado», el no profesional, quien no conoce el oficio ni está preparado, por mucha voluntad que ponga, sólo puede contribuir al desgaste del prestigio del mediador como profesional, a la merma de su reconocimiento y al menoscabo de la mediación en sí misma*²⁹¹.

En el Capítulo II, al examinar el marco jurídico de la mediación familiar en Europa, ya vimos como la Directiva 2008/52 no establece un estatuto determinado de los sujetos mediadores, más allá de la recomendación hecha a los Estados para que garanticen la calidad de los servicios y la formación continua de los mediadores a través de la autorregulación y la adhesión a códigos de conducta. Y eso a pesar de que en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva²⁹² se advirtiera que “en la mediación es primordial garantizar la calidad del servicio prestado, por lo cual convendría que, en la presente Propuesta, se indicaran unas líneas orientadoras que sirvieran para armonizar, mínimamente, los requisitos necesarios para ejercer la actividad de mediador. La necesidad de competencia e independencia de los mediadores, en línea con lo que se recomienda para la mediación en materia de consumo, sería unas de las condiciones necesarias, y se conseguiría reforzando la cooperación europea para obtener una mayor homogeneidad de los sistemas de formación y designación de los mediadores”. Para ello, se proponía regular como requisitos mínimos exigibles a los mediadores, una titulación adecuada y formación en las materias objeto de la mediación; la independencia e imparcialidad en relación con las partes litigantes; así como su transparencia y responsabilidad en sus actuaciones, a la par que debería quedar garantizada la libertad de prestación de servicios entre todos los Estados miembros.

El estatuto jurídico del mediador recogido en los anteriores preceptos 2, 6 y 27 de la Ley 4/2005 se aplicaba a *las actuaciones de mediación familiar que desarrollen personas o entidades mediadoras públicas o privadas, incluidas las Administraciones Públicas a través de las personas vinculadas a las mismas, que se hallen inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-La Mancha, dependiente de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales. Por el contrario, no resultaba de aplicación a aquellas actuaciones de mediación que puedan desarrollar, tanto personas físicas en el libre ejercicio de su profesión, como los Colegios Profesionales y demás entidades no inscritas en el citado Registro de Personas y Entidades Mediadoras, de*

291 MARTÍN DIZ, F., *Mediación: Sistema complementario de Administración de Justicia*, ed. CGPJ, Madrid, 2010, p. 180.

292 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”. COM (2004) 718 final – 2004/0251 (COD). Apartado 3.4.

modo que tales prácticas quedarían reguladas por su propia normativa reguladora (en el caso de Colegios Profesionales y demás entidades de Derecho Público, como por ejemplo, las Cámaras de Comercio), o por la legislación estatal correspondiente (en el caso de profesionales liberales). Pero como nunca llegó a aprobarse un Registro de mediadores en Castilla-La Mancha, resulta que la única mediación familiar sujeta a dicha normativa autonómica era la llevada a cabo en los Centros de Mediación e Intervención Familiar de Castilla-La Mancha, en virtud de un Convenio firmado entre la asociación AMIFAM y la Dirección General de Familia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, pero ello no impide que otros profesionales (por ej., los abogados ejercientes) puedan conducir también mediaciones en materia de Derecho de Familia.

La Ley 1/2015 contiene ahora un capítulo (Capítulo I del Título I) dedicado a los «Derechos y obligaciones de la persona mediadora y de las partes», en el que prevé que puedan llevar a cabo actuaciones de mediación familiar tanto la Administración Autonómica a través de las personas vinculadas a las mismas, que presten servicios en puestos de trabajo entre cuyas funciones figure la mediación, como las personas físicas y jurídicas habilitadas por el Servicio Regional de Mediación Social y Familiar en las condiciones que se determinen reglamentariamente (Reglamento que aún no ha sido desarrollado).

3.3.1. REQUISITOS

La actual Ley ha eliminado el listado cerrado de titulaciones que la anterior norma exigía para desempeñar actuaciones de mediación familiar en Castilla-La Mancha (título universitario de Licenciatura en Derecho, Pedagogía, Psicología, Psicopedagogía o Sociología, o de la Diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social). En este sentido, hay que tener presente que el requisito de poseer un título universitario de educación superior constituye una característica común y casi uniforme en la legislación autonómica, si bien algunas establecen expresamente en su normativa la exigencia de una formación específica de postgrado con un mínimo de horas de duración, bien en la propia Ley reguladora de la mediación familiar²⁹³, bien en su

293 Como ejemplo, el art. 9 de la Ley 1/2008 del País Vasco exige, además de acreditar licenciatura en Derecho, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía o diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social, demostrar “una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar que deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico en mediación de una duración mínima de 200 horas”. Por su parte, el art. 7 de la Ley 7/2001 de Valencia exige, además de la titulación universitaria en Derecho, Psicología o Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social, acreditar “el aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o master”, o bien, si se trata de otros licenciados universitarios superiores, deberán acreditar “el aprovechamiento de una formación universitaria específica de postgrado, mínima de especialista”.

Reglamento de desarrollo²⁹⁴. Como vemos, todas ellas han optado por manejar un criterio multidisciplinar a la hora de determinar quiénes pueden inscribirse y actuar válidamente como mediadores familiares en el territorio de la respectiva comunidad autónoma, sin limitar tal desempeño a una concreta titulación universitaria, y menos aún, sin exigir la profesión de abogado, y dicha opción ha sido respaldada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de junio de 2008 respecto a la regulación del Registro de Mediadores Familiares de Galicia²⁹⁵, en donde el Tribunal Supremo advierte que la labor del mediador tiene una finalidad “psico-socio-familiar” que va más allá del plano estrictamente jurídico, de modo que no existe ninguna intromisión el ámbito profesional de la abogacía por parte de personas tituladas en otros conocimientos (psicólogos, educadores sociales, etc) que desempeñen tareas de mediador familiar. Si bien es cierto que dicha sentencia no se pronuncia expresamente sobre una cuestión muy importante —a saber: si los mediadores pueden confeccionar actas donde se recojan los acuerdos jurídicos a los que lleguen las partes, y si tal labor constituye o no una actividad de asesoramiento jurídico conforme al art. 6 del Estatuto General de la Abogacía Española— por tratarse de una cuestión nueva no aducida en su momento la instancia correspondiente (Tribunal Superior de Justicia), lo cierto es que el Tribunal Supremo viene a zanjar la cuestión al indicar que “procede reproducir las valoraciones de la sentencia recurrida en el particular que analiza y valora que el Decreto impugnado no regula ni autoriza ninguna actividad de asesoramiento jurídico”.

Como es lógico, el cumplimiento de tales requisitos, por otra parte dispares en función de la Comunidad Autónoma donde se pretenda ejercer, habilitan únicamente para el ejercicio profesional en el territorio de la respectiva Comunidad. Y con independencia de lo que puedan establecer las legislaciones autonómicas correspon-

294 Por ej., los arts. 11 y 12 del Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña; los arts. 2 y 3 del Reglamento 159/2003, de 31 de enero, de Galicia; el art. 4 del Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar en Canarias; el art. 4 del Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León; o el art. 13 del Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2006 de mediación familiar en Baleares (a falta de desarrollo reglamentario de la Ley 14/2010). El Borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en Andalucía, prevé exigir una formación especializada en materia de mediación familiar, con un mínimo de 200 horas acumulables, que podrán reducirse a 150 horas en el caso de que se acredite una experiencia mínima de 2 años de actuación profesional con aplicación de las técnicas de mediación, impartida por una Universidad, colegio profesional, organización sindical en planes de formación continua, otras administraciones públicas y entidades inscritas en el Registro de Asociaciones que tengan entre sus fines la promoción y el desarrollo de la mediación familiar, una experiencia de al menos, 5 años de ejercicio de la profesión en tareas relacionadas con el ejercicio de la mediación familiar durante los últimos 10 años, o una experiencia mínima de 7 años de ejercicio de la profesión en tareas relacionadas con el ejercicio de la mediación familiar durante los últimos 10 años.

295 STS, Sala 3ª, de 9 de junio de 2008 (Recurso de Casación núm. 2693/2005) respecto a la legalidad del Decreto 159/2003 de 31 de enero de la Comunidad Autónoma de Galicia en el que se regula la figura del Mediador Familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita en dicha Comunidad.

dientes, los órganos jurisdiccionales no quedan vinculados por aquéllas a la hora de homologar judicialmente el acuerdo mediado que le presenten las partes procesales, aunque la mediación se hubiera llevado a cabo por una persona mediadora en otra Comunidad Autónoma distinta al lugar del órgano judicial. Por el contrario, la Ley 5/2012 sí que establece unos requisitos mínimos habilitadores para el ejercicio de la mediación “con los efectos procesales previstos en esta ley en todo el territorio nacional”. En un principio, el art. 12 PLM exigía hallarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delito doloso; estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior; tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente; y figurar en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación dependiente del Ministerio de Justicia, quien reglamentariamente podría establecer determinados requisitos de “experiencia, formación y otras circunstancias” a los mediadores e instituciones de mediación que pretendieran inscribirse (art. 6). De ahí la conveniencia de establecer una cierta homogeneidad en cuanto a la formación exigible para desempeñar válidamente la mediación familiar en todo el territorio nacional. Y más aún, para avanzar en el sentido de garantizar, a través de una formación y unos requisitos homogéneos, la libertad de prestación de servicios entre todos los Estados miembros de la Unión Europea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 del Tratado.

El vigente art. 11 de la Ley 5/2012 exige como condiciones para ejercer de mediador, hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión; estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior; contar con la formación específica para ejercer la mediación establecida en el Real Decreto 980/2013²⁹⁶; y suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga, cuya suma asegurada o garantizada “será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga”.

296 De conformidad con lo dispuesto en los arts. 4 y 5 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013), “La formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. La formación específica de la mediación se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 por ciento del de la duración mínima prevista en este real decreto para la formación del mediador. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales. La duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva. Y además, los mediadores deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas”.

3.4.2. DERECHOS Y DEBERES

La primera de las leyes autonómicas sobre mediación familiar, esto es, la Ley 1/2001 de Cataluña, no establecía propiamente un estatuto jurídico del mediador, más allá de los deberes impuestos en el art. 19, y relacionados con los principios rectores de la mediación (imparcialidad, confidencialidad, respeto al interés superior de los menores e incapaces); el derecho a cobrar la retribución correspondiente, bien de las partes, bien de la Administración pública (art. 24); y el sometimiento al régimen sancionador establecido en el Capítulo V de dicha ley, cuyo órgano competente para su tramitación y resolución sería el Colegio profesional al cual perteneciese la persona mediadora, con los procedimientos y mediante los órganos que establezcan sus normas estatutarias en materia disciplinaria. Fue la ley valenciana de 2001 la primera que señaló expresamente los derechos y deberes de la persona mediadora (arts. 8 y 9).

Posteriormente, las leyes autonómicas han procedido a establecer, no sólo los derechos y deberes de la persona mediadora, sino igualmente los derechos y deberes que asisten a las partes que acudan a estos procedimientos de mediación familiar, los cuales repercutirán sobre el estatuto jurídico del mediador, que será el primero, junto con el organismo público correspondiente, en tener que cumplir con tales derechos y poder exigirles a las partes su recíproco cumplimiento de sus deberes. Y la ley estatal 5/2012 también incorpora a lo largo de su articulado toda una serie de obligaciones y derechos de la persona mediadora.

En Castilla-La Mancha, la ley de 2005 se refería expresamente a los derechos, obligaciones, incompatibilidades y supuestos sancionadores para el mediador, de modo que los derechos de los usuarios que acudan a dicho servicio social especializado debíamos deducirlos del contenido de la ley, como por ejemplo, el derecho a acudir a dicho servicio social especializado (art. 2.2) y gratuito (art. 9); el derecho a desistir de la mediación en cualquier momento sin necesidad de alegar causa alguna y para alcanzar los acuerdos (art. 8.2); a solicitar el inicio del procedimiento de mediación y a designar de común acuerdo a la persona mediadora (art. 16); a recibir en la sesión inicial la información establecida en el art. 18 y recibir una copia del acta de dicha sesión, así como del acta final (art. 22); a solicitar la prórroga del procedimiento de mediación (art. 20.2); a compeler a la otra parte a elevar a escritura pública los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar y documentados en el acta final (art. 24); a utilizar los acuerdos alcanzados en la mediación para la redacción del convenio regulador ante los órganos judiciales, o para su modificación (art. 25); y en general, a los derechos y garantías de las personas usuarias de los servicios sociales establecidos en la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

La actual Ley de 2015 no sólo contempla los derechos y deberes de las personas mediadoras, sino también incorpora en su artículo 15 un listado de los derechos de las partes en la mediación, así como un listado de sus obligaciones en el art. 16. No obstante, también hay que precisar que tales listados no son los únicos, pues algunos de los derechos y obligaciones de las partes también figuran en otros preceptos. Como ejemplo, cuando el art. 14.5 establece que todas las causas de abstención de la persona mediadora “serán asimismo causas de recusación por las partes”, está incluyendo el derecho de las partes a recusar al mediador, lo cual puede también entenderse incluido dentro del derecho de aquéllas a formular quejas, sugerencias o reclamaciones (art. 15.f).

Por otra parte, los derechos y deberes de la persona mediadora que establezca la legislación autonómica específica en materia de mediación familiar deben verse complementados con aquellos derechos y deberes, prohibiciones, incompatibilidades, supuestos de responsabilidad y demás exigencias deontológicas que se determinen estatutariamente en la normativa del Colegio profesional al cual pertenezca el mediador. No en vano, en algún caso se ha atribuido expresamente a los propios colegios profesionales a los cuales pertenezcan las personas mediadoras el ejercicio de la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación²⁹⁷. Y en Castilla-La Mancha, aún cuando la competencia para la tramitación del procedimiento sancionador se atribuya a un determinado órgano de la Administración regional en función de la gravedad de la infracción cometida (art. 34), se establece expresamente que dicho régimen sancionador podrá adoptarse *sin perjuicio de la potestad disciplinaria que ejercite el Colegio Profesional o la propia institución o entidad de mediación y sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios que puedan reclamarse a la persona mediadora y, en su caso, a la institución de mediación que corresponda, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente* (art. 33.2).

En efecto, en ese haz de derechos y deberes del mediador familiar no existe ninguna alusión a la necesidad de contar con un código de deontología profesional para los mediadores familiares que les facilite y guíe en su actuación. La normativa referida a tales derechos y obligaciones parece confundir entre los derechos y los principios rectores de la mediación, de tal forma que los deberes impuestos a la persona mediadora se identifican o se mezclan de forma arbitraria con los principios por los que debe regirse la mediación, no diferenciando entre las obligaciones del mediador frente a las partes, de aquellas otras obligaciones referidas a su profesión²⁹⁸. Son una

297 En Cataluña, vid. el art. 30 de la Ley 1/2001 y el art. 22 de la Ley 15/2009. En Castilla-La Mancha, véase la remisión del art. 29.2 de la Ley 4/2005 a “la potestad disciplinaria que ejercite el Colegio Profesional cuando se trate de profesionales de colegiación obligatoria”.

298 OTERO PARGA, M., “La ética del Mediador”, en VV.AA., *Mediación y Resolución de Conflictos: técnicas y ámbitos* (directora HELENA SOLETO MUÑOZ), ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 86 y ss. Vid. también la propuesta de BELLOSO MARTÍN (“Una propuesta...”, op. cit.) del año 2007.

minoría las leyes autonómicas aprobadas en dicho ámbito que recogen la necesidad de que la persona mediadora se atenga en su actuación a las normas deontológicas propias de su ramo profesional, pero como anteriormente concluíamos, dicha profesión se caracteriza por la multidisciplinariedad de los profesionales que pueden desempeñarla (abogados, psicólogos, pedagogos, educadores y trabajadores sociales, etc.), y de ahí que la ética y deontología exigibles se remitan a lo establecido en sus respectivos colegios profesionales. Así, el art. 10.11º de la Ley 1/2006 de Castilla y León exige al mediador ejercer la actividad mediadora conforme a la buena fe y a la “adecuada práctica profesional”; el art. 10.c) de la Ley 9/2011 de Aragón establece como deber del mediador “cumplir con las normas deontológicas que se establezcan por su colegio o asociación profesional”, y el art. 33 de la Ley 1/2011 de Cantabria va más allá al reclamar el respeto a las normas deontológicas del colegio o asociación profesional a la cual pertenecen, así como a *las que apruebe la Consejería competente en materia de Justicia en relación con las responsabilidades, deberes y actividad del mediador*. Y todo ello a pesar de que desde el año 2004, en Europa se viene fomentando la adhesión de los mediadores y de las organizaciones que presten servicios de mediación a al Código de Conducta Europeo para Mediadores aprobado a mediados de 2004²⁹⁹, y así lo recomienda expresamente el considerando nº17 de la Directiva 2008/52.

3.4.3. INCOMPATIBILIDADES

La regulación de un determinado catálogo de incompatibilidades por parte de la persona mediadora es una cuestión intrínsecamente relacionada con la imparcialidad exigible a dicha persona. Podemos diferenciar dos grupos de normas según su régimen establecido en este punto: aquéllas que establecen el deber del mediador de abstenerse de conocer y conducir aquellos procedimientos de mediación en los que concurra una determinada causa que haga peligrar su imparcialidad, y aquéllas otras que incluyen el derecho de las partes a recusar al mediador propuesto, a través del oportuno procedimiento establecido, bien en la propia ley, bien en su reglamento de desarrollo³⁰⁰.

La Ley de Castilla-La Mancha se incluiría dentro del primer grupo, con un breve listado de causas de abstención en el art. 14. No obstante, es importante destacar que la actual norma de 2015 ha mejorado una concreta laguna de la anterior Ley 4/2005. Ésta preveía en su art. 12.1.c), como causa de abstención, la concurrencia

299 Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

300 Vid. Art. 12.3 de la Ley 1/2001 de Cataluña, posteriormente recogido en el art. 6 de la Ley 15/2009; arts. 12.4 y 13.3 de la Ley 4/2001 de Galicia; art. 11.2 de la Ley 1/2006 de Castilla y León; art. 21.2 de la Ley 3/2007 de Asturias; art. 14.3 de la Ley 1/2008 del País Vasco; arts. 4.c), 17.2 y 21 de la Ley 1/2009 de Andalucía; art. 11.4 de la Ley 14/2010 de Baleares; y arts. 15.3, 22.d) y 34.3 de la Ley 1/2011 de Cantabria.

de cualquier conflicto de intereses con alguna de las partes que comprometiera su imparcialidad, pero no permitía que las partes pudieran acordar expresamente que una persona, aun concurriendo en alguna causa de abstención, pudiera actuar válidamente como mediadora, a diferencia de lo admitido, por ejemplo, en la Ley de mediación familiar de las Islas Baleares³⁰¹, o de la propia legislación estatal.

En nuestra opinión, la clave para garantizar la imparcialidad de la persona mediadora no reside, ni en la enumeración de un listado de causas de falta de imparcialidad con carácter abierto o tasado, ni en el reconocimiento a las partes de la posibilidad de recusar al mediador elegido o propuesto, sino en garantizar, de una parte, que las partes tengan conocimiento de todas aquellas circunstancias y motivos que puedan hacer dudar de la imparcialidad del mediador, y de otra, que las partes puedan decidir libremente, a raíz de dicha información, si desean o no que el mediador continúe su labor. Tal y como se advertía en la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo³⁰², para garantizar la imparcialidad de un procedimiento, las personas mediadoras debían “facilitar a ambas partes información sobre su imparcialidad y competencia antes de que comience el procedimiento”, lo cual queda estrechamente vinculado a la «transparencia» del procedimiento a la que alguna ley sobre mediación familiar hace mención expresa en su articulado³⁰³.

Nuestro argumento es reconocido en el informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley³⁰⁴, que admite que “esa posible parcialidad del mediador puede ser salvada con tal de que las partes hayan sido advertidas del problema y hagan constar expresamente que consienten, pese a todo, la intervención del mediador. Esto significa que el principio de imparcialidad resulta notablemente difuminado por los efectos del [por lo que se ve, preponderante] principio de voluntariedad de las partes, del que deriva la capacidad de éstas para decidir sobre el procedimiento de mediación y designar al mediador”.

El PLM recogía la misma primacía del principio de autonomía de la voluntad de las partes sobre el principio de imparcialidad, al disponer la obligación del mediador

301 Tanto el art. 11 de la anterior Ley 18/2006, como el art. 7 de la vigente Ley 14/2010 autorizan a llevar a cabo procedimientos de mediación a personas incurso en alguna causa de incompatibilidad, cuando exista acuerdo de los integrantes de la parte familiar.

302 DOCE L 109, de 19 de abril de 2001, p. 56.

303 Art. 8.c) de la Ley vasca 1/2008 de Mediación Familiar: «Transparencia. Las partes deben contar con información precisa sobre las características del procedimiento y su funcionamiento, sobre el alcance del mismo y sus consecuencias y el valor de los acuerdos que pudieran alcanzarse». El principio de transparencia ya fue señalado en la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE L 115, de 17 de abril de 1998, p. 31).

304 Informe CGPJ..., op. cit., p. 34.

de comunicar a las partes esas posibles circunstancias relacionadas con su imparcialidad, con expresa mención de determinados supuestos recogidos en el aptdo. 5º del art. 14, y dicho deber de información permanecería vigente a lo largo de todo el procedimiento de mediación (art. 14.5.III). Y la misma previsión es la recogida en el art. 13.5 de la ley de 2012, conforme al cual “Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso: a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación”.

Por lo tanto, se admite la posibilidad de que las partes puedan, una vez conocidas tales circunstancias, consentir expresamente que el mediador inicie o continúe la mediación solicitada. Con ello, se relaciona dicha imparcialidad con los principios de transparencia y profesionalidad exigidos también al sujeto mediador, a la vez que se reconoce, una vez más, la autonomía de la voluntad de las partes para convenir cómo y con la ayuda de quién desean intentar alcanzar un acuerdo consensuado que ponga fin a su conflicto.

Pues bien, la reforma de la ley de mediación familiar en 2015 ha incluido esta facultad de las partes. El actual art. 14 de la Ley castellanomanchega reproduce casi literalmente el art. 13 de la Ley estatal 5/2012, pues establece ese deber de la persona mediadora de revelar a las partes, en cualquier momento, cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad, y en particular, los supuestos establecidos en los apartados anteriores. Y en tales casos, se faculta a las partes a aceptar expresamente que el mediador inicie o continúe la mediación.

3.4.4. RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y SANCIONADOR

El régimen disciplinario y sancionador aplicable a los mediadores familiares de Castilla-La Mancha, más allá de lo que puedan disponer sus correspondientes Colegios Profesionales, se recoge en el Título IV de la Ley (arts. 33 y siguientes), en los que se establecen las clases de infracciones, las correspondientes sanciones a imponer, así como los órganos y procedimientos sancionadores, o la posibilidad de

adoptar medidas cautelares durante la tramitación de un procedimiento sancionador, con remisión específica a la normativa administrativa común³⁰⁵.

La Ley estatal de 2012, por su parte, no realiza ninguna enumeración de las causas que determinan la responsabilidad del mediador, quizás porque se prefiere que sean las leyes autonómicas las que desarrollen dicho aspecto y enumeren ciertos supuestos en que pueda entenderse que el mediador haya incumplido con sus deberes y lo coloquen en el ámbito de responder por ello³⁰⁶. Lo más que establece es una breve alusión a la responsabilidad civil, bien del mediador, bien de la Entidad de Mediación, por los daños y perjuicios que puedan causar a las partes, que podría considerarse como una responsabilidad derivada de una obligación de medios y no de resultado. No obstante, es cierto que a lo largo de dicha Ley se establecen determinados deberes, tanto para el mediador como para la Entidad, que en caso de incumplimiento o mala praxis pueden generar la responsabilidad civil de aquellos. En el caso de las Instituciones de Mediación, el art. 14 indica que “La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”, y aunque no queda claro si la responsabilidad de aquélla es subsidiaria o solidaria respecto de la acción contra la persona mediadora (la expresión “y en su caso” del art. 14 parece presumir la subsidiariedad), la exposición de motivos del Reglamento de desarrollo de la Ley indica expresamente que *se establece que la institución de mediación habrá de asumir solidariamente con el mediador la responsabilidad derivada de la actuación de éste para garantizar de forma efectiva la previsión establecida en la ley que otorga al perjudicado acción contra el mediador y la institución de mediación que corresponda, con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores*. Entre las obligaciones referidas expresamente a las Instituciones de Mediación se encuentra, por ejemplo, el deber de garantizar la transparencia en la designación del mediador y velar por que éste no pueda asumir también funciones de arbitraje (art. 5 de la Ley 5/2012, en relación con el mandato establecido en el art. 17.4 de la Ley de Arbitraje), o el deber de custodia y conservación de la documentación (art. 22). Y entre las obligaciones referidas expresamente a la persona mediadora, además de esa alusión a llevar a cabo el encargo *fielmente* (art. 14), también cabría citar los deberes de garantizar la igualdad de oportunidades de las partes para exponer sus posiciones, facilitar la comunicación entre las mismas y “desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes” (arts. 7, 13 y 21); los deberes de confidencialidad derivados del art. 9; el cumplimiento de las condiciones para poder actuar como mediador (art. 11); el deber de informar a las partes sobre

305 Entendemos que la referencia explícita a la Ley 30/1992 debe ser ahora referida a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, en vigor a partir del 1 de octubre de 2016).

306 VALERO LLORCA, J. / COBAS COBIELLA, M. E., “La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión”, *Diario La Ley*, núm. 7987, de 19 de diciembre de 2012.

cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad (art. 13); los deberes de información durante la sesión informativa (art. 17) o al firmarse el acuerdo de mediación (art. 23); o los deberes de conservación y custodia de documentos previstos en el art. 22). Es más, aunque la ley se refiera únicamente a la responsabilidad civil, no hay que descartar la posibilidad de ciertos supuestos de responsabilidad penal (por ej., en el supuesto de revelación de secretos del art. 199.2 CP, pues el mediador tiene el deber de guardar secreto profesional).

Capítulo IV.

Los principios rectores de la mediación familiar.

1. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN.

El estudio de una figura jurídica exige un análisis en profundidad de su estructura, y para ello, resulta clave analizar qué principios o presupuestos jurídicos constituyen las notas características que lo diferencian del resto de figuras e instituciones de nuestro ordenamiento jurídico. Los principios rectores representan el armazón sobre el cual se irán asentando las distintas disposiciones jurídicas definitorias de esa figura, y de las cuales se derivarán, en su caso, trascendentales garantías, derechos y obligaciones para quienes se valgan de ella. Como la mediación aspira a convertirse en un sistema de resolución de conflictos, habrá que poner especial cuidado en discernir cuáles son las verdaderas características que lo diferencian respecto del resto de mecanismos empleados para la pacificación de los conflictos intersubjetivos y sociales. Así, cuando se trata de delimitar y distinguir la configuración y alcance del arbitraje como alternativa a la vía jurisdiccional para la resolución de conflictos, a nadie se le escapa la importancia que tiene la decisión de instaurar, por ejemplo, el principio de audiencia y contradicción, o el principio de única instancia. De la misma manera, cuando se decide articular un nuevo proceso judicial declarativo, resulta crucial la decisión de configurarlo como un proceso donde rija la libre valoración de la prueba frente a la prueba legal o tasada; el principio de doble instancia frente al de instancia única; el principio de oralidad frente al de escritura; o el principio dispositivo frente al inquisitivo, así como las consecuencias del alcance que se dé a la interpretación de principios tales como el de “buena fe procesal”, de “debido proceso”, de “igualdad de partes”, etc.

De acuerdo con el art. 8 de la Ley 4/2005, “constituyen principios esenciales de la mediación familiar los de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y profesionalidad”. No obstante, a la hora de precisar el contenido y las

consecuencias jurídicas de cada uno de estos principios, resulta importante su análisis comparativo con el resto de leyes autonómicas sobre mediación familiar, para discernir cuáles son verdaderamente principios rectores de la mediación, cuáles constituyen consecuencias accesorias de los mismos, y cuáles meras formulaciones retóricas y superfluas debido al exceso de celo del legislador. Dicho en otros términos, es preciso diferenciar entre los caracteres esenciales de la mediación y aquellos otros accidentales.

1.1. VOLUNTARIEDAD

Sin lugar a dudas, la característica principal y más distintiva de la mediación como sistema alternativo de solución de conflictos es su voluntariedad. Como método autocompositivo de resolución de conflictos, la consecución del acuerdo depende de la voluntad de las partes, sin que exista una imposición coactiva de la voluntad de una de ellas sobre la otra, y sin que la solución venga impuesta por un tercero ajeno a las mismas. La clave de la mediación reside en que son las partes las que deciden libremente acudir a este sistema de solución de conflictos con la finalidad de acercar posturas y lograr un acuerdo satisfactorio para ambas. Y por ello, la voluntariedad conlleva que las partes sean libres de acudir a la mediación, de mantenerse en la misma o de retirarse de dicho sistema en cualquier momento. Así lo recogen la mayorías de las leyes autonómicas, y en el caso de la norma castellanomanchega, se recoge expresamente en su art. 8.2, según el cual «Las partes gozan de entera libertad para iniciar el procedimiento de mediación familiar, para desistir de él en cualquier momento del mismo sin necesidad de alegar causa alguna y para alcanzar los acuerdos que estimen más convenientes para sus intereses, con respeto, en este último caso, a las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación vigente».

La voluntariedad tiene igualmente su reflejo en la actitud positiva y constructiva de las partes a favor de la consecución de un acuerdo (idea cooperativa) más que de derrotar a su contrincante (idea adversarial), lo cual se ha querido recalcar con la mención expresa en las distintas leyes autonómicas de la idea de que las partes deben actuar conforme a las reglas de la buena fe, con respeto mutuo hacia la otra parte y hacia la labor del mediador. Incluso la propia Ley estatal cae en la obviedad de exigir a las partes “prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad” (art. 10.3).

1.1.1. VOLUNTARIEDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Como quiera que la mediación sólo es aplicable respecto de derechos e intereses subjetivos disponibles por sus titulares, no cabe duda de que toda mediación estará informada por las características derivadas del principio dispositivo (poder de disposición sobre el derecho subjetivo material, así como el control sobre el inicio y la finalización del procedimiento de mediación), a excepción de la vinculación del juzgador a las pretensiones de las partes porque aquí no hay tercero que decida.

No obstante, es preciso diferenciar entre “voluntariedad” y “autonomía de la voluntad”, y aquí reside una importante diferencia entre la mediación y otros mecanismos, como sucede con el arbitraje. Ni todo lo que queda a la libre voluntad de las partes tiene que ver con la voluntariedad como característica esencial de la mediación, ni aquello que limite dicha voluntad debe entenderse contrario a la voluntariedad. De hecho, la paulatina institucionalización y regulación de la mediación en nuestro ordenamiento jurídico hace necesario diferenciar ciertos aspectos referidos a la autonomía de la voluntad de las partes, que no coincide exactamente con la voluntariedad.

Al igual que el arbitraje, la mediación se basa en la autonomía de la voluntad de las partes, que pueden optar por acudir a dicho sistema o a otro diferente. En ambos casos, las partes acuerdan sustraer de los tribunales jurisdiccionales el conocimiento de determinadas controversias y atribuir su resolución (o ayuda para su solución, en el caso de la mediación) a un tercero ajeno a las mismas pero elegido libremente por ellas. Sin embargo, una vez escogida una u otra vía, el alcance de la autonomía de la voluntad varía. Una vez que se ha optado por el arbitraje y se ha suscrito el oportuno pacto de sometimiento (cláusula o convenio arbitral), éste despliega importantes efectos que limitan el sometimiento voluntario de las partes, pues en ausencia de la concurrencia de voluntades de ambas partes, una no puede desentenderse de ese pacto previo y acudir a la vía judicial, como tampoco puede obviar el procedimiento arbitral establecido, o la decisión que ponga fin al mismo (laudo). Por el contrario, a pesar de haberse acordado el sometimiento de una disputa a mediación o haberse iniciado válidamente dicho procedimiento, las partes son libres de desistir del mismo y no pueden ser compelidas a intentar alcanzar un acuerdo. Obligar a las partes a continuar una mediación resulta un contrasentido, debido a esa voluntariedad que impregna esta fórmula autocompositiva de resolución de conflictos.

1.1.2. VOLUNTARIEDAD Y MEDIACIÓN OBLIGATORIA.

El PLM preveía tres tipos de mediación: con carácter general, una mediación voluntaria en asuntos civiles o mercantiles sobre todo tipo de materias disponibles; en segundo lugar, una mediación obligatoria y previa al proceso para la reclamación de determinadas cantidades pecuniarias; y en tercer lugar, la posibilidad de una mediación derivada judicialmente en el ámbito contencioso-administrativo, a través de la reforma del art. 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que autorizaría al Juez o Tribunal de la primera o única instancia, por un lado, a someter a las partes, una vez formuladas la demanda y la contestación, la posibilidad de alcanzar un acuerdo que pusiera fin a la controversia, cuando el juicio se promoviera sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando versase sobre estimación de cantidad, y de otro lado, a imponer a las partes el sometimiento a las normas de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles relativas a los principios de la misma, el estatuto del mediador y el procedimiento, en esas mismas materias³⁰⁷.

De estos tres tipos de mediación, nos vamos a centrar en examinar las distintas fórmulas escogidas en el PLM (algunas de las cuales fueron finalmente desterradas de la redacción definitiva de la Ley 5/2012) para impulsar la utilización de la mediación a través de dos mecanismos: por un lado, a través del reconocimiento de la existencia de cláusulas contractuales de sometimiento a la mediación, y por otro lado, a través de la propuesta de exigir una mediación obligatoria y preprocesal para determinadas controversias.

1.1.2.1. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA DE SOMETIMIENTO A MEDIACIÓN

En primer lugar, el impulso a la mediación preprocesal vendría de la mano del intento de equiparación de una hipotética cláusula compromisoria de sometimiento a mediación a las cláusulas arbitrales, para impedir el inicio de acciones judiciales. El art. 8.3 APLM establecía que *Cuando entre las partes en conflicto exista una cláusula por escrito, incorporada en un contrato o en acuerdo independiente, que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir en su relación, se iniciará el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia*

³⁰⁷ Adviértase que esa reforma del art. 77 LJCA también se contenía en el Anteproyecto de ley de reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje y de Regulación del arbitraje institucional en la administración general del Estado, y sin embargo, dicha mención fue eliminada en el Proyecto de Ley (vid. BOCG de 8 de septiembre de 2010, Serie A, Núm. 85-1), así como de la definitiva Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011).

del contrato en el que conste. Si la controversia versa sobre la validez de la propia cláusula las partes podrán retirarse de la mediación en la primera sesión alegando dicha circunstancia. Por su parte, el PLM mantenía la misma postura (art. 7.2), aunque eliminaba esa última frase referida a la validez de la propia cláusula de sometimiento a mediación, y la Ley 5/2012 ha decidido mantener esa equiparación de la cláusula de compromiso de sometimiento a mediación con la cláusula de sometimiento a arbitraje, pues su art. 10.2 (párrafos II y III) advierten que *durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.*

La primera impresión que nos producía leer la regulación que el PLM hacía de tales cláusulas de sometimiento a mediación era la de su falta de eficacia práctica sobre las partes para el caso de que éstas la incumpliesen y acudieran directamente a la vía judicial. De poco sirve que una norma establezca que *las partes podrán retirarse de la mediación en la primera sesión alegando dicha circunstancia* (la falta de validez de la cláusula de sometimiento a mediación), porque las partes podrán retirarse de esa primera sesión alegando cualquier circunstancia, como por ejemplo, la simple voluntad de no querer llegar a un acuerdo. Por ello, el Informe del CGPJ al citado Anteproyecto³⁰⁸ echaba en falta “un tratamiento más pormenorizado del convenio de mediación”, y a falta del mismo, indicaba que tendría que acudir a la jurisprudencia a la hora de admitir dichas cláusulas de compromiso de mediación, por ejemplo, en cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión, sin olvidar que el régimen establecido en el PLM no se aplicaría a la mediación de consumo (art. 2.2.c). En efecto, no nos parece contraria a derecho aquella disposición contractual por la cual, para garantizar que las partes intentarían una mediación antes que acudir a la vía judicial, se establezca como cláusula penal el pago de una determinada suma de dinero con arreglo a lo establecido en los arts. 1.152 CC y ss., por aquella parte que acuda a los tribunales en lugar de someterse a una mediación previa. Pero desde un punto de vista procesal, hay que advertir que el PLM no llevaba aparejada una reforma de los artículos 39 y 63 LEC que incluyera como defecto de jurisdicción el haber acordado someter la controversia a mediación, por lo que no quedaba claro cuál sería la consecuencia jurídica de que una de las partes, aun habiendo firmado una cláusula de sometimiento a mediación, decidiera acudir a los tribunales. ¿Debería ser entendida esa “cláusula” como una excepción procesal análoga a los efectos del art. 425 LEC? No lo parece si la mediación se caracteriza por ser un mecanismo voluntario para las partes. Y de la misma manera, se establecía que *Durante el tiempo que se desarrolle*

308 Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, aprobado por el Pleno del CGPJ el 19 de mayo de 2010, pág. 35.

la mediación y en relación con su objeto las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial, pero seguía sin preverse una sanción o consecuencia jurídica expresa para aquella parte que decidiera desmarcarse de la mediación ya iniciada y emprendiera la vía judicial. ¿Acaso una sanción por actuar de forma contraria a la buena fe? El PLM guardaba silencio al respecto, y la legislación autonómica, aunque establece determinados deberes de las personas sometidas a la mediación entre los que se incluye su actuación de buena fe, no prevé sanción alguna para aquéllas, y sí para los mediadores. Una hipotética consecuencia para aquella parte que, sometida a mediación, interpusiera una demanda judicial, podría ser la previsión reglamentaria □ para el caso de que se tratara de una mediación institucional a cargo de una entidad pública o privada□ de la pérdida de la provisión de fondos que hubiera entregado a la institución mediadora conforme con lo previsto en el art. 16.2 PLM, pero bastaría la comunicación previa de la parte de que desiste de continuar el procedimiento para evitar dicha sanción, por lo que tal previsión legal resultaría poco práctica, y a la vez, desincentivadora de este mecanismo extrajudicial.

A diferencia de lo establecido en el art. 11 de la Ley de Arbitraje, el inicio de la mediación no impediría a los tribunales conocer de las demandas que se susciten en relación con lo que constituye el objeto de la mediación, ni produciría efectos similares a la litispendencia, ni se preveía un mecanismo similar a la declinatoria para evitar la apertura de la vía judicial, y ni tan siquiera era preceptivo para las partes solicitar la suspensión del proceso en caso de querer acudir a una mediación extrajudicial³⁰⁹. De ahí que, en el Informe del CGPJ al APLM se advirtiera que *“para dotar de efectividad a la prohibición de entablar acciones judiciales constante un procedimiento de mediación se aconseja establecer la correspondiente excepción procesal, de manera que una parte pueda hacer valer la pendencia del proceso de mediación en el caso de que, sin haberse puesto fin a éste, la otra parte interponga una acción judicial o una demanda arbitral³¹⁰”*.

Pues bien, la vigente Ley 5/2012 incorpora la posibilidad de denunciar la existencia de un compromiso de sometimiento a mediación al igual que si de una sumisión a arbitraje se tratase: mediante la invocación de declinatoria conforme a lo previsto en la LEC. Adviértase que el art. 10.2.III dice expresamente que *“el compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”*. Es decir, una lectura literal del precepto obligaría al cumplimiento de una doble condición para que opere dicha excepción procesal: que exista un compromiso de sometimiento a mediación y que el procedimiento de mediación se hubiera iniciado.

309 Vid. arts. 19.4 y 770.7ª LEC con anterioridad a la reforma operada a través de la Ley 5/2012.

310 Informe del CGPJ, op. cit., pág. 114.

Estimamos que esa doble condición no debe estimarse necesaria con carácter cumulativo. Esto es, no es necesario que el procedimiento de mediación ya se haya iniciado, sino que bastaría con que las partes hubieran pactado expresamente ese compromiso de mediación (y para apreciar la existencia de dicho compromiso, bastará aplicar *mutatis mutandi* las exigencias establecidas por la ley y la jurisprudencia para estimar existente un convenio arbitral conforme al art. 9 de la Ley de Arbitraje).

Sin embargo, consideramos equivocada esta fórmula para impulsar la utilización de la mediación basada en asimilar dicho sistema al arbitraje, porque falla lo esencial: lo que caracteriza a la mediación es que se trata de un instrumento voluntario en el que las partes quieren resolver el conflicto por sí mismas y acuden a un tercero para que les ayude, no para que decida por ellos. No tiene sentido prohibir a las partes interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial si han firmado un pacto de mediación, porque ésta nacería ya desprovista de cualquier probabilidad de éxito, o al menos dichas probabilidades se verían seriamente mermadas. Cuando las partes acuden a los tribunales en defensa de la tutela de sus derechos es debido a que los demás cauces de pacificación de la controversia (reuniones, contactos, reclamaciones previas, negociaciones, etc.) no han operado el efecto deseado. Por ejemplo, ante el incumplimiento de una obligación de hacer contractualmente pactada, lo habitual es que el acreedor requiera en diversas ocasiones al deudor para que lleve a cabo la prestación prometida. Tras contactos infructuosos es cuando se decide acudir a un tercero para que obligue a ese cumplimiento, y en muy contadas ocasiones se decide volver a renegociar dicha obligación. Pero de poco servirá obligar a ese acreedor a que reclame al deudor que ambos acudan a una mediación, y sancionar económicamente a aquella parte que incumpla dicha cláusula contractual sólo traerá, como consecuencia, la no incorporación de la misma a los contratos.

Como decimos, es muy probable que la parte que decide interponer una demanda, a pesar de que en su momento apostara por la mediación, lo haga porque se han roto todas las vías de comunicación con la otra parte (negociaciones y requerimientos previos) y ve imposible intentar una solución consensuada. Y para tomar esta decisión no se le puede exigir que cumpla el trámite formal de convocar a la otra parte a una sesión, y para el caso de que ambas se presentaran, firmar un documento (acta) en el que se recoja lo obvio: que no existe voluntad de acuerdo y el intento de mediación debe darse por zanjado. Es curioso que al mediador se le conceda la potestad de dar por finalizado el procedimiento de mediación por apreciar de manera justificada (¿acaso deberá “motivarlo” así en el acta?) que las posiciones de las partes son irreconciliables, y sin embargo, tal posibilidad no se les permita a las partes con carácter previo al inicio del procedimiento, si en su momento firmaron un documento con la intención de someterse a mediación para resolver sus disputas.

1.1.2.2. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA RECLAMACIONES DE CANTIDAD A TRAVÉS DE JUICIO VERBAL

También sorprende la otra opción escogida en un primer momento por el pre-legislador para potenciar el uso de la mediación: instaurar una mediación previa obligatoria como requisito de procedibilidad, antes de poder reclamar judicialmente cantidades que deban tramitarse conforme las reglas de los juicios verbales (inferiores a los 6.000 euros). Esta previsión no contradice la voluntariedad de la mediación pues no se obliga a la consecución de un acuerdo ni a la tramitación de un proceso de diálogo; la “obligatoriedad” se centra en acreditar haber intentado un acuerdo antes de acceder a la vía judicial, por ejemplo, justificando la asistencia a una primera sesión de carácter informativo, o bien justificando haber requerido de modo fehaciente a la otra parte para que se sometiera a mediación. De este modo, la regulación propuesta respetaría lo establecido en la Directiva 52/2008, que prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan imponer obligatoriamente el uso de la mediación, siempre y cuando ello no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial³¹¹ (art. 5), y en nuestra opinión, no resulta contraria al Derecho de acceso a los tribunales consagrado en el art. 24 CE, pues no se trata de un requisito de difícil cumplimiento (STC 124/1988) que impida o dificulte dicho libre acceso, sino únicamente cierta actividad previa similar al intento de conciliación vigente hasta 1984³¹².

Sin embargo, esta obligatoriedad de intentar alcanzar un acuerdo y de acreditar dicho intento antes de poder reclamar judicialmente determinadas cantidades ha sido criticada por considerarse que aquellas fórmulas de mediación que no se basan en la voluntariedad darán lugar a que las partes se muestren más reacias a llegar a acuerdos cuando se les obliga, al menos, a intentarlo, y ello repercutirá en el número de acuerdos alcanzados. Uno de los éxitos reconocidos a la mediación se basa en que las partes se sienten protagonistas en todo momento, tanto de la decisión de intentar alcanzar un acuerdo consensuado y acudir a un mecanismo

311 Adviértase que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29) señalaba como cláusula que podía ser declarada abusiva el “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante (cláusula q)”.

312 Cfr. LORCA NAVARRETE, A. M., Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación “en asuntos civiles y mercantiles” elaborado por el Ministerio de Justicia del Gobierno de España “con los efectos procesales que de ella derivan”, ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010, p. 8; MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, ed. CGPJ, Madrid, 2010, p. 73, para quien sería inaceptable y de nulo valor jurídico las disposiciones legales, las cláusulas compromisorias e incluso las resoluciones judiciales que impongan la mediación obligatoria como requisito previo e imprescindible antes de proceder en vía jurisdiccional.

voluntario para alcanzar dicho consenso, como de lo acordado. Pero tampoco les falta razón a quienes defienden las ventajas de establecer tal obligatoriedad como fórmula para dar a conocer dicho instituto jurídico, de modo tal que el establecimiento de una mediación obligatoria previa cumpliría una función de divulgación y legitimación social de la mediación al igual que sucede con el fomento del arbitraje en materia de consumo, de manera que, una vez los ciudadanos tomen conciencia de su existencia y de las ventajas que se deducen de la misma, apostarán por aquélla en mayor medida, lo cual redundará en la consecución del objetivo perseguido: una descongestión del sistema judicial³¹³.

El modelo escogido en el PLM se basaba en una reforma del juicio verbal (arts. 437 y 439 LEC), de modo que para poder reclamar cantidades a través de dicho cauce, se preveía la necesidad de haber intentado una mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, y acompañar a ésta el documento que acredite dicho intento (v. gr., el acta inicial, un requerimiento notarial, o la propia solicitud de mediación presentada ante una institución de mediación conforme al art. 4 PLM). A tenor de la regulación proyectada, esta obligatoriedad preprocesal de intentar una mediación no sería aplicable a la mediación familiar, pues aun cuando el art. 753.1 LEC dispone que los procesos familiares se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, resulta obvio que la mediación obligatoria previa se establece sólo para los juicios verbales por razón de la cuantía (juicios verbales a los que alude el apartado 2 del artículo 250, según dispone el proyectado art. 437.3 LEC) y no por razón de la materia.

En cualquier caso, la opción de establecer la mediación con carácter obligatorio antes de poder reclamar judicialmente determinadas cantidades dinerarias nos parece un error, por diversos motivos.

En primer lugar porque, tal como se expresa en el Informe del CGPJ³¹⁴, supone reinstaurar un sistema muy similar a la conciliación previa a la demanda que se establecía en el art. 460 de la LEC 1881, derogada en virtud del art. 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se corre el riesgo de que se convierta *en una suerte de formalidad cumplimentada de forma rutinaria, y en definitiva en una traba para el acceso al sistema judicial*, ya que el propio art. 18.2 PLM reconocía que «En los supuestos de mediación obligatoria, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia de al menos una de las partes. En este caso el mediador documentará tal circunstancia, entregando copia a los comparecientes». Es decir, sería el futuro demandante quien tendría la

313 VARGAS PÁVEZ, M., “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”, *Revista de Derecho*, vol. XXI, n.º 2, diciembre 2008, pp. 183-202.

314 Informe de 19 de mayo de 2010, op. cit., pág. 96 y ss.

carga de instar dicha mediación y conseguir el acta que recoja la inasistencia de la otra parte, para a continuación incorporar dicho acta a su escrito de demanda sucinta de juicio verbal, convirtiendo ese intento de mediación en un simple trámite previo que no haría sino alargar en el tiempo el ejercicio del derecho de acceso a la justicia. Como apunta DE LA OLIVA SANTOS, “no se ha registrado cambio alguno en la cultura jurídica española que permita suponer que la obligatoriedad de la mediación proyectada en asuntos civiles será ahora efectiva cuando antes la conciliación resultó un mero estorbo³¹⁵”.

En segundo lugar, llama la atención que ese intento de mediación sólo tenga una validez de seis meses. ¿Por qué?, ¿significa acaso que, si una vez intentada una mediación, el futuro demandante deja transcurrir dicho plazo, deberá volver a instar un nuevo intento de mediación con quien, seis meses antes, no quiso pactar? El transcurso de dicho plazo puede deberse a múltiples causas (negociaciones, propuestas recíprocas, aplazamientos de lo reclamado, pactos de no exigibilidad de la deuda, etc.) que no tienen por qué significar una situación “consentida” por el demandante con similares efectos a lo previsto en el art. 728.1.II LEC para el caso de las medidas cautelares.

En tercer lugar, tampoco está clara la justificación de instaurar un intento de mediación previa sólo para “pequeñas” reclamaciones de cantidad. A pesar de que la Exposición de Motivos del PLM defiende que «Para impulsar la utilización de este instituto la ley exige acudir a la mediación en determinados casos como requisito necesario y previo al proceso o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos. En particular, así se hace en el ámbito de las reclamaciones de cantidad», lo cierto es que no en toda reclamación de cantidad deberá intentarse previamente una mediación con la contraparte, sino sólo para pequeñas cuantías que deban tramitarse conforme a los cauces del juicio verbal. Por ello, si lo que se pretende con tal regulación es facilitar el pago por parte del deudor de manera amistosa antes de acudir a la vía contenciosa, ¿por qué no intentar una mediación antes de presentar la petición inicial del proceso monitorio, expresamente previsto para reclamaciones dinerarias donde la exigibilidad de la deuda se presume menos controvertida?

De acuerdo con la previsión del PLM, resultaría que para reclamar pequeñas cuantías de dinero se exigiría al actor dicho intento de acuerdo, con la consiguiente oportunidad al deudor de pagar y evitar el juicio y los gastos que éste generaría, mientras que para cuantías mucho más elevadas no se tiene en cuenta para nada la voluntad del deudor, como por ejemplo, la posibilidad de que ambas partes pudieran pactar el pago fraccionado de la deuda u otro tipo de compensación. No nos parece

315 DE LA OLIVA SANTOS, A., “Mediación y Justicia: síntomas patológicos”, *Otrosí*, núm. 8, octubre-diciembre 2011, p. 10.

coherente que no se inste a las partes a lograr un acuerdo antes de acudir a la vía contenciosa para reclamaciones de grandes cantidades de dinero, con el consabido ahorro en costas que ello supondría, y sí cuando se trata de pequeñas cuantías. Presuponer de antemano la ineficacia de un intento previo de acuerdo amistoso cuando lo adeudado supera los 6.000 euros, y confiar en el mismo cuando lo exigible es menor, nos parece ciertamente falta de confianza por parte del prelegislador en una figura jurídica que, por el contrario, trata de impulsar. Y a ello habría que añadir que un importante sector jurídico en el que pueden surgir reclamaciones inferiores a los 6.000 euros, como es el caso del Derecho de Consumo, quedaría excluido de este sistema.

Por otra parte, desconocemos los motivos del PLM para haber decidido fijar el ámbito del juicio verbal como cuantía para impulsar la mediación a través de su exigencia previa a la demanda. Puestos a vincular la exigibilidad de búsqueda de un consenso a una determinada cantidad dineraria reclamable, tendría más sentido exigir un intento de mediación previa al proceso en aquellos supuestos en los que las partes no necesiten comparecer y actuar judicialmente con asistencia letrada y representación procesal (reclamaciones de menos de 2.000 euros), o en aquellos otros en los que el juicio verbal será la única instancia porque la sentencia que resuelva el mismo no será recurrible (reclamaciones inferiores a los 3.000 euros), en virtud de la reforma procesal operada a través de la Ley 37/2011 de medidas de agilización procesal. Sobre todo en el primer caso, acudir a entidades mediadoras serviría para descongestionar la carga de trabajo de los tribunales cuando se reclaman judicialmente pequeñas cuantías, a la par que actuaría como fórmula extrajudicial de lucha contra la morosidad comercial, pues muchos comerciantes renuncian a reclamar judicialmente tales deudas cuanto se trata de cuantías insignificantes, porque los gastos que dichas reclamaciones judiciales conllevan pueden desincentivar su exigencia ante los tribunales.

En cuarto lugar, entendemos que dicha mediación obligatoria previa al proceso podría ser instaurada, y quizá con mejores resultados, en los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario en los que se acumulen la pretensión de condena al pago de las mismas. En un intento por evitar la judicialización de estos conflictos a cambio de conseguir el desalojo voluntario del arrendatario, el vigente art. 437.3 LEC prevé la posibilidad de que el demandante se comprometa en su escrito de demanda a condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro de un debido plazo. En ese caso, ¿por qué no instar a las partes a que intenten alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de dicho desalojo voluntario a través de una mediación preprocesal, o incluso, intrajudicial? Dicha mediación previa podría ser el marco ideal para que ambas partes transigieran en parte de sus pretensiones, y podría servir igualmente para contrastar la voluntad real o no del arrendatario de desalojar el inmueble o

enervar la posible acción judicial de desahucio mediante la consignación notarial de las cantidades reclamadas, si existen discrepancias respecto a la exigibilidad o cuantía de las mismas. Es más, ese intento de mediación previa, debidamente notificado al deudor, serviría también como requerimiento previo del arrendador a los efectos del art. 22.4 LEC. Por ello, debe valorarse positivamente la modificación que la ley 5/2012 ha operado sobre el art. 440 LEC, en el que se establece expresamente que en la citación del Secretario judicial a las partes para la celebración de vista del juicio verbal “se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma”, aunque al igual que se concede un plazo de tres días siguientes a la recepción de dicha citación para indicar los testigos que deben ser citados judicialmente, también cabría la posibilidad de que esa voluntad de acudir a mediación se manifestara antes de celebrarse la audiencia, para agilizar así aquellos procesos judiciales en los que las partes desean negociar.

Finalmente, también resultaba cuestionable que dicha mediación no se impulse en uno de los ámbitos en los que aquélla ha demostrado sobradamente sus beneficios, como lo son los procesos matrimoniales. En este sector, la mediación se ha mostrado como un instrumento válido y muy eficaz para favorecer el diálogo, y por tanto, el acuerdo consensuado entre los progenitores a la hora de cumplir sus responsabilidades parentales tras la ruptura, lo cual redundaría en una menor conflictividad judicial para reclamar o hacer cumplir tales responsabilidades, y en un mayor beneficio para todos los miembros de la familia, y especialmente, para los menores. Es más, uno de los aspectos mejor valorados de la reforma producida en España con la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio fue, precisamente, el reforzamiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges con el fin de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio que evitara en lo posible la intervención judicial, a través de la potenciación de la mediación en cualquier momento del proceso y como recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares³¹⁶.

Por ello, entendemos que, en caso de instaurar una mediación preprocesal obligatoria, ésta debiera imponerse respecto de aquellas materias sobre las cuales el recurso a la mediación ha demostrado sobradamente sus beneficios, como así ha resultado en el ámbito familiar³¹⁷, y muy particularmente, en aquellos supuestos en los que, tras

316 GARCÍA VILLALUENGA, L., BOLAÑOS CARTUJO, I., *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos Pendientes*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, p. 31.

317 Según GARCÍA VILLALUENGA (“la mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº4, 2010, p. 742), la Ley de Matrimonio de 1993 de Noruega impone a los cónyuges con hijos menores de 16 años acudir a la mediación familiar antes de iniciar el proceso de separación o divorcio.

la etapa judicial, las partes en conflicto están abocadas a mantener una comunicación posterior. Así, por ejemplo, en el caso de un matrimonio separado con un hijo de un año de edad, la ejecución de la sentencia judicial que recoja el convenio regulador tendrá una duración de más de diecisiete años, en los cuales pueden surgir innumerables conflictos que den lugar a diversos procesos civiles de ejecución (modificación de medidas, reclamación de impago de pensiones, etc.), de modo que no estaría de más prever mecanismos autocompositivos durante la ejecución que eviten una continua judicialización de las desavenencias familiares. De hecho, desde los juzgados de familia resulta cada vez más habitual tratar de derivar a las partes a que acudan a la mediación familiar para acercar posturas, bien de cara a la elaboración y ratificación del convenio regulador, bien de cara a lograr acuerdos que permitan superar esas situaciones de incumplimiento de las medidas judiciales recogidas en la sentencia, e incluso que sustituyan a las mismas³¹⁸.

Sin embargo, hay que reconocer que otros países en los que se ha regulado una mediación obligatoria previa a la vía judicial en determinadas materias, también han excluido de su ámbito de aplicación diversos aspectos del Derecho de Familia. Así, Argentina aprobó la mediación civil obligatoria previa y, sin embargo, excluía dicho carácter obligatorio respecto a las “Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas, los Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación, así como los Juicios sucesorios y voluntarios³¹⁹”. Y en Chile se diferencia tres tipos de mediación: la previa (obligatoria), la voluntaria y la prohibida, estableciéndose la obligatoriedad de una mediación previa para “las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial³²⁰”, si bien la prohíbe para los asuntos relativos al estado civil de las personas, y en especial, las causas de divorcio, salvo en los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, o los procedimientos sobre adopción.

318 Vid. SAP de Barcelona (Sección 18ª), de 17 de octubre de 2003; AAP de Lugo (Sección 1ª), de 5 de enero de 2007; SAP de Tarragona (Sección 1ª), de 26 de enero de 2007; SAP de Barcelona (Sección 12ª), de 5 de marzo de 2007; y SAP de Madrid (Sección 17ª) de 22 de octubre de 2009. Además, en las conclusiones definitivas del Seminario del CGPJ “Técnicas de mediación y conciliación” celebrado en Madrid los días 9 a 11 de junio de 2004, se destaca la necesidad de una reforma legal que impida que, en estos procesos de familia, *el sistema judicial lejos de contribuir a pacificar el conflicto suele incrementarlo, tanto en la fase declarativa como especialmente en la de ejecución* (conclusiones disponibles en www.poderjudicial.es).

319 Art. 2 de la Ley 24.573, de 4 de Octubre de 1995. La posterior Ley 26.589, de 3 de mayo de 2010 sobre mediación y conciliación, mantiene esas mismas materias excluidas del carácter obligatorio de la mediación previa a todo proceso judicial.

320 Art. 106 de la Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004, creadora de los Tribunales de Familia, modificada posteriormente por la Ley 20.286, de 15 de septiembre de 2008.

Por todo ello, debe considerarse acertada la decisión de la Ley 5/2012 de haber eliminado finalmente esa condición de procedibilidad para reclamaciones inferiores a los 6.000 euros.

1.1.2.3. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA RECLAMACIONES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES RELACIONADAS CON EL DERECHO AUTONÓMICO FORAL O ESPECIAL

La Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo³²¹ adiciona un nuevo artículo 132-4 al Código de Consumo de Cataluña por el cual no solamente se exige a las administraciones públicas catalanas y, especialmente, los servicios públicos de consumo que garanticen, en los casos de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual como consecuencia del incumplimiento del deudor, que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación destinado a la resolución extrajudicial de conflictos previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial, sino que el apartado tercero del art. 8 de la Ley 20/2014 declara expresamente que «Las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje. Una vez transcurrido el plazo de tres meses a contar de la notificación del acuerdo de inicio de la mediación sin haber alcanzado un acuerdo satisfactorio, cualquiera de las partes puede acudir a la reclamación administrativa o a la demanda judicial». Es cierto que dicha normativa no se refiere directamente al ámbito propio del Derecho de Familia, sino del Derecho de Consumo, pero no cabe duda de que su utilización redundará en cuestiones relacionadas con la unidad familiar, pues se dirige específicamente a “impulsar una serie de medidas que mejoren la situación de las personas consumidoras en el ámbito de los créditos o préstamos hipotecarios, especialmente *cuando se trata de la adquisición de la vivienda habitual*”. Dicho con otras palabras, aunque no afecte directamente a los conflictos intrafamiliares generalmente relacionados con el uso de la mediación familiar (conflictos referidos a la ruptura de la pareja, alimentos entre parientes, cuidado de personas dependientes, conflictos entre la familia adoptante, la familia de acogida y/o la familia biológica, etc.), la pérdida de la vivienda habitual con motivo de la ejecución de un préstamo con garantía hipotecaria afecta indudablemente a la vida familiar y puede ser el origen de diversos conflictos y situaciones que desembocarán en la necesaria asistencia por parte de los servicios sociales autonómicos (realojo temporal, declaración de situación de desamparo de los menores, acceso a

321 BOE núm. 18, de 21 de enero de 2015. Dicha Ley ha sido desarrollada a través del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo (DOGC núm. 6661, de 10 de Julio de 2014).

listados de demandantes de viviendas sociales, etc).

En la misma línea, la Ley 7/2015 del Parlamento Vasco, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores³²², también ha incluido en su art. 6 –mediación familiar–, no sólo la posibilidad de que tanto los Pactos en previsión de ruptura de la convivencia (similares a las capitulaciones) como la propuesta de Convenio Regulador puedan contener la previsión y compromiso de acudir obligatoriamente a la mediación familiar, con carácter previo a la vía judicial, *cuando así se hubiera pactado expresamente antes de la ruptura* (en la misma línea que lo establecido en los arts. 39 y 63 LEC), sino también la posibilidad de que el juez que conozca del proceso pueda derivar a las partes *con carácter obligatorio* a una sesión informativa de mediación intrajudicial a fin de que sean informadas sobre dichas medidas, su funcionamiento y beneficios. La nota diferenciadora reside en que mientras la normativa catalana establece un supuesto de obligatoriedad legal de intentar la mediación con carácter previo al proceso, la norma vasca establece la obligatoriedad por remisión judicial de acudir a esa sesión informativa previa.

La instauración –y más si cabe en una norma autonómica– de la obligatoriedad de intentar un procedimiento alternativo de resolución de conflictos con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales arroja una serie de importantes cuestiones procesales, sobre todo en lo relativo a determinar si puede alegarse dicha obligatoriedad como excepción procesal o si puede rechazarse una demanda judicial por el hecho de no haberse intentado previamente la mediación obligatoria regulada en el citado Código de consumo de Cataluña.

En primer lugar, frente a la decisión del legislador estatal de no imponer ninguna actuación preceptiva (asistencia a una sesión informativa, etc.) en la Ley 5/2012, debe recordarse que la Directiva 2008/52/CE no impedía que la legislación nacional pudiera establecer obligatoriamente el uso de la mediación o someterla a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial (considerando nº 14 y art. 5.2). De hecho, y en virtud de tal posibilidad establecida en la Directiva de 2008, Italia estableció la mediación como “condizione di procedibilità” para determinadas materias que presentaban un alto grado de conflictividad a través de la Ley núm. 28 de 18 de junio de 2009 y del Decreto Legislativo núm. 28 de 2010. Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano resolvió en su Sentencia 272/2012, de 6 de diciembre, que el Gobierno se había extralimitado en el ejercicio de la potestad legislativa delegada (advírtase que el Gobierno italiano ha aprobado, a través de un Decreto-Legge núm. 69, de 21 de junio de 2013, de Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia, varias reformas del anterior Decreto Legislativo de 2010 que, no obstante, mantienen la obligatorie-

322 BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

dad de la mediación para determinados conflictos civiles). Con ello se impidió que el TJUE se pronunciara sobre la compatibilidad o no con el Derecho Europeo de esa mediación obligatoria en materia civil y mercantil, pues si bien la anterior normativa italiana fue objeto de una petición de decisión prejudicial (Asunto C-492/11), en las conclusiones de la Abogado General del TJUE de 11 de abril de 2013 se entendió que la cuestión había quedado sin objeto debido a esa sentencia de la Corte Constitucional italiana.

En materia de consumo, hay que tener en cuenta que la Directiva 2013/11/UE, específicamente referida a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, también permite en su art. 1 que la legislación nacional de los Estados miembros pueda establecer la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial. Sin embargo, el considerando núm. 77 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010³²³ parece dar un paso adelante, pues establece no sólo el que “los consumidores tengan acceso a vías extrajudiciales de reclamación y recurso para la resolución de los litigios que se deriven de los derechos y obligaciones establecidos en la presente Directiva”, sino que “Los Estados miembros deben garantizar que la participación de prestamistas e intermediarios de crédito en este tipo de procedimientos de resolución alternativa de litigios *no sea facultativa*”. Y ello a pesar de que el artículo 39 de la citada Directiva no llega tan lejos, pues no impone la obligatoriedad de tales procedimientos alternativos de resolución de conflictos, sino que señala únicamente que los Estados “velarán por el establecimiento de procedimientos adecuados y efectivos de reclamación y recurso para la resolución extrajudicial de los litigios de los consumidores con prestamistas, intermediarios de crédito y representantes designados en relación con contratos de crédito”. Al margen de que se pueda discutir si la alusión a la *legislación nacional* contenida en las citadas Directivas se refiere a todo el ordenamiento jurídico de los Estados miembros —incluido, por tanto, el Derecho autonómico— o por el contrario, únicamente a la legislación procesal, lo cierto es que parece deducirse que la instauración de la mediación preprocesal con carácter obligatorio (su intento o asistencia a una sesión inicial), al menos en sectores específicos, terminará por generalizarse en nuestro país. Y para muestra, el Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo aprobado por el Consejo de Ministros del 17 de abril de 2015 con el objetivo, entre otros, de transponer al ordenamiento español de la Directiva de 2013/11/UE, declara en su Exposición de Motivos que «el recurso a estas entidades y sus procedimientos, se

323 DOUE L 60, de 28 de febrero de 2014.

configura, de forma general, como voluntario para las partes excepto que una norma establezca la obligatoriedad de recurrir a procedimientos gestionados por este tipo de entidades, sin que se pueda impedir en este caso su acceso al sistema judicial» y a continuación, en su artículo 2.2, considera incluidos dentro de su ámbito de aplicación «aquellos procedimientos de aceptación obligatoria para el empresario, siempre que no impidan ejercer su derecho de acceso al sistema judicial». Es decir, cabría sostener que la mediación obligatoria en materia de créditos hipotecarios regulada en el Código de Consumo de Cataluña como requisito de procedibilidad para interponer la correspondiente acción judicial sobre ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del consumidor se habría adelantado, de este modo, a la legislación estatal, asumiendo las directrices marcadas por las Directivas 2013/11/UE y 2014/17/UE.

Otra cuestión a resolver es cómo exigir el cumplimiento de tal obligatoriedad. Así, es cuestionable que la parte ejecutada –el deudor hipotecario- pueda oponer la declinatoria de jurisdicción regulada en los artículos 10.2 de la Ley 5/2012 y 39 LEC porque: a) la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles señala expresamente que no se aplica a la mediación en materia de consumo (art. 2.2.d) y esa mediación obligatoria ideada expresamente para cuando el sujeto deudor es un consumidor final y el sujeto acreedor es una entidad financiera o intermediaria, se inserta precisamente en el ámbito del Derecho de consumo³²⁴. Y b), porque la declinatoria de jurisdicción prevista en el art. 39 LEC sólo procede a instancia de parte “por haberse sometido a mediación la controversia”, lo cual permitiría sostener dos interpretaciones: una literal y restrictiva, según la cual se aplicaría sólo cuando las partes hubieran convenido con carácter previo al proceso un pacto de sometimiento a mediación o arbitraje, pero no cuando la mediación no haya sido pactada sino que resulte obligatoria por Ley, y otra más amplia e integradora, según la cual la expresión “haberse sometido a mediación” podría referirse tanto los supuestos de mediación obligatoria convencional –pactada por las partes- como legal –exigida por la ley-. A ello hay que sumar el hecho de que el procedimiento de mediación, en virtud de lo dispuesto en los arts. 13 y 15 del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, sólo puede ser iniciado a instancia del consumidor y no de la empresa (acreedor hipotecario), de modo que podría plantearse la posibilidad de interpretar el art. 39 LEC en el sentido de permitir el ejercicio de la declinatoria de jurisdicción por parte del consumidor demandado cuando, habiendo intentado iniciar el procedimiento de mediación hipotecaria, el acreedor hipotecario (empresa) no hubiera atendido su petición y hubiera acudido directamente a los

324 Coincidimos en este punto con BASTANTE GRANELL (“Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares”, *Anales de Derecho*, núm. 31, 2013, p. 195), para quien la mediación hipotecaria es “una especialidad de la mediación de consumo, puesto que centra su actividad en una determinada clase de consumidores: los deudores hipotecarios; en un ámbito concreto de su protección: la reestructuración del préstamo hipotecario y la evitación de la ejecución; y en la defensa de un específico bien de uso o consumo común, ordinario y generalizado de protección prioritaria: la vivienda”.

tribunales. Ahora bien, esta exégesis choca con lo establecido en el art. 20.2 del Decreto 98/2014, según el cual si la empresa no contesta a la solicitud de mediación, “se entiende que no acepta el procedimiento de mediación, por lo que se archivarán las actuaciones y se notificará a las partes”.

Mayores problemas interpretativos plantea la duda respecto a si los tribunales pueden rechazar una demanda ejecutiva sobre bienes hipotecados en virtud de una norma autonómica que establece la obligatoriedad de un intento de mediación como requisito de procedibilidad para poder iniciar un proceso judicial con dicho objeto. Para algunos, aunque el art. 149.1.6ª CE establece la competencia exclusiva del Estado en materia de «legislación procesal», las CC.AA pueden legislar sobre aquellas cuestiones referidas a “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” y no es cuestionable que el Derecho de Consumo es una materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Específicamente referido a la posibilidad de legislar sobre soluciones auto y heterocompositivas, GIMENO SENDRA³²⁵ ha señalado que “en esta materia, el «Parlament de Catalunya» ostenta plena capacidad normativa para promulgar las correspondientes normas procesales que instauren soluciones auto o heterocompositivas o determinados actos de la jurisdicción voluntaria, siempre y cuando recaigan sobre materias de su competencia y de carácter disponible, como por ejemplo, legislar en materia de Arbitraje sobre materias de su competencia, incluida la de consumo (art. 28 EA Cat.)” y JUAN SÁNCHEZ³²⁶ también defiende la posibilidad de que las CC.AA puedan, a la hora de desarrollar sus competencias exclusivas, regular sistemas alternativos de resolución de conflictos. Por su parte, PÉREZ DAUDÍ no ve contradicción con el art. 149.1.6ª CE y estima que la nueva disposición fijada en el Código de consumo de Cataluña es un requisito de procedibilidad –adjuntar a la demanda aquella documentación que justifique haber intentado o celebrado un procedimiento de mediación sin haber llegado a un acuerdo- subsanable, pero sin que se haya articulado su tratamiento procesal, de modo que resultaría aplicable el art. 403.3 LEC que prevé que no se admitirán las demandas «cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales», y lo mismo procedería en fase de ejecución conforme a lo previsto en el art. 551 LEC³²⁷.

325 GIMENO SENDRA, V., “Competencias autonómicas en la regulación del proceso en defensa de los derechos estatutarios”, *Revista de Derecho Político*, núm. 79, septiembre-diciembre 2010, p. 22, págs. 13-25

326 JUAN SÁNCHEZ, R., “Legislación Procesal y Comunidades Autónomas”, *Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 146.

327 PÉREZ DAUDÍ, V., “Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios”, *Diario La Ley*, núm. 8541, de 18 de Mayo de 2015.

Para otros, no cabe la posibilidad de que una norma autonómica pueda suponer una modificación de la normativa procesal en tanto en cuanto establece una condición para la admisión a trámite de una demanda (o como dijimos anteriormente, una carga procesal de acreditar un intento previo de sometimiento a mediación), por lo que dicho procedimiento de mediación previsto en la Ley 20/2014 y Decreto 98/2014 *podría constituir una violación al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción contemplado en el art. 24 C.E.*³²⁸ en el sentido de que dicha condición de procedibilidad, a la postre, condiciona la admisión a trámite de las demandas, lo cual afecta directamente a la normativa procesal y podría calificarse de inconstitucional³²⁹, pues una cosa es regular sistemas alternativos a la vía judicial con carácter facultativo y otra muy distinta es establecer tales sistemas con carácter obligatorio para poder acceder a la jurisdicción ordinaria.

1.1.3. VOLUNTARIEDAD Y FLEXIBILIDAD PROCEDIMENTAL

Frente al principio de legalidad procesal establecido en el art. 1 LEC, cabe preguntarse si en la mediación es necesario o no que una ley regule cómo debe ser el procedimiento a seguir, pues la mediación se caracteriza justamente por ser lo opuesto al proceso jurisdiccional: flexible, sin reglas preestablecidas, confidencial, privada, capaz de adaptarse a las necesidades de las partes en conflicto.

En la mediación se habla de «deslegalización», en el sentido de que la ley ocupa un papel menos central en el desarrollo de la negociación; de «desjudicialización», toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales; y de «desjuridificación», en el sentido de que el Derecho como sistema cerrado de normas no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio³³⁰. Por ello, a quienes acuden a la mediación con el deseo de llegar a un acuerdo, pudiendo haber optado por “entregar” la resolución de su problema a un tercero, no se les puede constreñir su voluntad con normas que les digan cuándo y cómo pueden actuar dentro del mismo. La voluntariedad no debe tener su reflejo únicamente en la decisión de acceder a la mediación o permanecer en ella, sino que exige que las partes asuman un papel protagonista en su diseño y su desarrollo, con una participación activa en la búsqueda de una solución a su problema.

328 FRANCO CONFORTI, O. D., “Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos?”, *Diario La Ley*, núm. 8534, de 7 de Mayo de 2015.

329 ORTELLS RAMOS, M., “La Administración de Justicia”, en VV.AA., *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana* (director: J. M^o Baño León), ed. Civitas, Madrid, 2007, p. 390.

330 ORTUÑO MUÑOZ, P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*, ed. Fundación Alternativas, Madrid, 2007, p. 8.

Pero, por otra parte, deben existir determinadas garantías que otorguen a los partícipes la certeza de que el esfuerzo por alcanzar una solución consensuada no será tiempo y dinero perdido, sino que tendrá un reconocimiento por parte del Ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, los sistemas ADR *son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento*³³¹. Y en nuestra opinión, el establecimiento de unas garantías mínimas es el factor clave para lograr el fomento y desarrollo de los sistemas ADR, por lo que resulta muy conveniente el establecimiento de un marco regulatorio que dote de seguridad jurídica a las actuaciones a desarrollar de cara a la pacificación del conflicto a través de la consecución de un acuerdo, de tal manera que los acuerdos alcanzados a través de la mediación sean eficaces y puedan ser cumplidos, y generen en los ciudadanos la confianza suficiente como para acudir a dicho método. Por ello, la mayoría de leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar reconocer el principio de flexibilidad procedimental como uno de los principios rectores de la mediación, si bien advierten igualmente que el procedimiento deberá tener lugar respetando las normas mínimas establecidas en la ley como garantía de calidad.

Ahora bien, una cosa es establecer previamente un cierto número de criterios mínimos que garanticen la transparencia del procedimiento de cara a la consecución de un acuerdo que ponga fin a la controversia (por ejemplo, el estatuto jurídico de la persona o entidad mediadora, con especial atención a su profesionalidad, sus derechos, deberes y obligaciones; el régimen de la confidencialidad de la información tratada; la eficacia vinculante del acuerdo de mediación; los costes de la mediación; o el modo de impugnar el acuerdo), y otra muy distinta es normar sobre aspectos accesorios como, por ejemplo, que las partes deben respetar los puntos de vista por ellas expresados; que las partes deben prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad; que se debe establecer por escrito el programa de actuaciones, el lugar de celebración o la lengua del procedimiento; que el mediador facilitará a las partes la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado; o que las mediaciones para la reclamación de cantidad inferior a 600 euros deberán intentar resolverse a través de medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes.

Una de las notas características de la mediación es su flexibilidad, la cual ha sido elevada a la categoría de principio rector de la mediación en la mayoría de las leyes autonómicas sobre mediación familiar³³². No obstante, resulta indispensable discer-

331 Vid. el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, publicado por la Comisión el 19 de abril de 2002, pág. 30. COM (2002) 196 final.

332 Como ejemplos, vid. art. 8.1 de la Ley 4/2001 de Galicia; art. 4.2 de la Ley 15/2003 de Canarias; el art. 4.e) de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; art. 8.g) de la Ley 1/2008 del País Vasco; art. 12 de la Ley 1/2009 de Andalucía; art. 2.g) de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares; art. 7.g) de la Ley 9/2011 de Aragón; o el art.

nir si dicha nota característica es verdaderamente un principio rector o una mera consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, pues la propia Ley estatal 5/2012 reconoce que, *sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*.

En este sentido, ya hemos comprobado como la configuración y los requisitos procedimentales de la mediación es una de las cuestiones que la Directiva Europea no entró a regular, y lo hizo de manera consciente porque entendía que deberían ser los Estados miembros los que decidan el modelo de mediación. Tan sólo definía como «mediación» en el art. 3 aquel *procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*. Pero, como decimos, no indicaba esa estructura del procedimiento de mediación, aunque de los Considerandos del texto comunitario se deduce que dicho procedimiento deberá ser “económico y rápido” (considerando nº6), en el que las partes “se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento” (considerando nº13) y que debe aspirar a “preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes, y a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente” (considerando nº17).

Aunque la mayor flexibilidad de la mediación, tanto en su tramitación como en cuanto a la formulación del contenido del acuerdo que se pueda alcanzar en su seno, constituye una ventaja frente a la rigidez del procedimiento judicial, ello no significa que se puedan obviar determinados límites (la legalidad, el orden público, la deontología profesional, o el interés superior de los menores). La autonomía de la voluntad reconocida a las partes para configurar el procedimiento a seguir a la hora de intentar alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas no significa, sin embargo, total discrecionalidad a la hora de articular dicho procedimiento, ¿o acaso sí?

Ya que la mediación es un método de solución consensuada de conflictos que se ha caracterizado tradicionalmente por su carácter informal o antiformalista y privado, espontáneo y no sujeto a normas, debemos preguntarnos si tiene sentido obligar a dos sujetos enfrentados que desean llegar a un acuerdo, a seguir un determinado procedimiento reglado para poder alcanzar válidamente dicho acuerdo. Esto es justamente lo que llevan a cabo las distintas legislaciones reguladoras de la mediación familiar y es lo que pretendía hacer el PLM: someter a esas partes al cumplimiento de determinados requisitos. Y ello porque tales leyes condicionan el cumplimiento de esos requisitos para que las partes puedan servirse de determinados beneficios (por ej., servicios sociales gratuitos puestos a su disposición) o para que el ordena-

11 de la Ley 1/2011 de Cantabria. Como especialidad, el art. 4.9 de la Ley 1/2006 de Castilla y León habla de “Sencillez y celeridad del procedimiento de mediación”.

miento jurídico reconozca determinados efectos a esa búsqueda de una solución consensuada (v. gr., suspensión del cómputo los plazos de prescripción y caducidad de las acciones, confidencialidad de la información aportada, consideración de dicho acuerdo como título ejecutivo, etc).

Sin embargo, ni las leyes autonómicas ni la Ley estatal impiden la existencia de una mediación “paralegal”, si por ésta entendemos aquella que se desarrolla al margen de las prescripciones legales y que puede desempeñar cualquier tercero al que acuden las partes en conflicto para tratar de resolver pacíficamente sus diferencias (un familiar, un vecino común, el párroco del pueblo, el alcalde, etc.) porque, además, no tendría sentido que una norma jurídica prohibiera a dos sujetos enfrentados resolver sus controversias —en materias disponibles— de forma pacífica y consensuada. Lo que hacen las leyes referidas a la mediación civil y mercantil —autonómicas y estatal— es establecer una serie de requisitos a cumplir para que esa mediación sea reconocida como tal a los oportunos efectos legales anteriormente citados.

Por todo ello, aunque el art. 10.1 de la Ley 5/2012 establezca que *la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente*, podemos afirmar que la mediación reglada en dicha normativa no se caracteriza precisamente por ser un procedimiento «flexible», pues el grado de autonomía reconocido a las partes para configurar la tramitación a seguir es mucho menor que la concedida en la configuración de un arbitraje, en el que la mayoría de las normas son dispositivas y, por tanto, modificables por acuerdo de las partes.

La Ley de Arbitraje otorga una amplia autonomía a las partes para convenir los plazos de notificaciones (art. 5), la determinación del número de árbitros (art. 12) y sus características (art. 13), el procedimiento de designación de los árbitros (art. 15), su número, el plazo de aceptación (art. 16), el procedimiento de recusación (art. 18), remoción (art. 19) y sustitución (art. 20), la potestad arbitral de acordar medidas cautelares (art. 23), determinación del procedimiento a seguir (art. 25), el lugar del arbitraje (art. 26), el momento de inicio (art. 27), su idioma (art. 28), la posibilidad de modificar o ampliar las peticiones presentadas inicialmente (art. 29), la forma de las actuaciones arbitrales (art. 30), las consecuencias de la falta de comparecencia de las partes (art. 31), el nombramiento de peritos y la participación de las partes en la audiencia de los mismos para interrogarles, y la aportación de dictámenes de peritos libremente designados por cada parte (art. 32), etc. Los únicos límites a esta autonomía de la voluntad de las partes se reflejan en el respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

La mediación reglada, por el contrario, concede menos posibilidades a las partes de configurar a su voluntad los trámites a seguir para alcanzar un acuerdo “media-

do” a los efectos legales, ya sea para garantizar la calidad del servicio o la eficacia del acuerdo³³³. Es más, si la regla general debiera ser conceder autonomía a las partes para articular el procedimiento a seguir, y a falta de acuerdo, establecer unas normas procedimentales mínimas, tal y como sucede con lo dispuesto en el art. 25 de la Ley de Arbitraje, comprobamos como la antigua Ley castellanomanchega de mediación familiar del año 2005 cambiaba el orden, y declaraba abiertamente que «El procedimiento de mediación familiar se regirá por las normas previstas en el presente Capítulo y en lo no previsto en este Capítulo, las partes y la persona mediadora establecerán de mutuo acuerdo el desarrollo del procedimiento (art. 13)».

La mediación reglada exige a las partes, por tanto, el respeto a numerosos requisitos respecto a plazos, forma y contenido de las solicitudes, notificaciones y actas; la propia tramitación de la mediación; los requisitos del mediador o de la institución mediadora; trámites a seguir para su nombramiento, aceptación, renuncia, sustitución, etc., y se da la paradoja de que la legislación actual exige más requisitos para poder actuar como tercero mediador, sin capacidad de resolución, que para ser árbitro (y por tanto, poder imponer la resolución del conflicto a través de la emisión de un laudo con efectos de cosa juzgada). Al margen de regulaciones anecdóticas, lo cierto es que la mediación se ve circunscrita a importantes límites. Si el procedimiento arbitral debe respetar, en todo caso, los principios de audiencia, contradicción e igualdad de partes, el procedimiento de mediación deberá respetar, de una parte, los principios esenciales de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad; y de otra, ciertos aspectos —que algunas normas califican también como principios rectores—, que no dejan de ser cuestiones relacionadas con la propia naturaleza personal, autocompositiva y voluntaria de la mediación, como es el caso del deber de las partes de actuar de buena fe, la asistencia personal a las sesiones y para la conformación del acuerdo, o el respeto al interés superior de los menores y otras personas (v. gr., incapaces o dependientes). Por citar un ejemplo concreto, para ser árbitro (y por tanto, poder imponer la resolución del conflicto a través de la emisión de un laudo con efectos de cosa juzgada) únicamente se exige hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y no estar inhabilitado por causa de su profesión, y tras la reforma de la Ley de Arbitraje del año 2011, también se exige que el árbitro único o uno de ellos, cuando el arbitraje deba resolverse por tres o más árbitros, tenga la condición de jurista (art. 15), así como un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca (art. 21), excepto cuando se trate de Entidades públicas o sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas. Por el contrario, para actuar como tercero mediador se exige una titulación concreta y generalmente de carácter universitario, estar inscrito en el correspondiente Registro de personas y entidades mediadoras según la Ad-

333 La EE.MM del Proyecto hablaba erróneamente de requisitos “para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar”.

ministración pública competente, y además, acreditar una determinada formación específica de carácter teórico-práctica sobre técnicas y otras cuestiones relativas a la mediación, y tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (el Proyecto de Ley exigía incluso carecer de antecedentes penales por delito doloso).

1.2. NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD

Otro de los principios en los cuales insiste el Ordenamiento que debe regir la mediación familiar es el deber de imparcialidad por parte del sujeto mediador en el desarrollo de su actividad. Al mediador no se le exige actuar con independencia en el sentido de no sumisión o subordinación a nada ni a nadie que no sea el ordenamiento jurídico³³⁴, sino su imparcialidad con respecto a las partes. Ahora bien, en la mayoría de las leyes reguladoras de la mediación familiar, y también en la ley estatal, dicha imparcialidad se ve complementada con la exigencia de “neutralidad”, y resulta preciso diferenciar ambos conceptos.

Una diferenciación clara y sencilla de ambos principios se deduce el distinto enfoque que utilicemos a la hora de enjuiciar la labor del mediador. La imparcialidad atiende o toma como punto de referencia a *las partes*, mientras que la neutralidad se refiere al *resultado* de la mediación. Así se expresa de un modo simple y escueto en la Recomendación nº R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar, de 21 de enero de 1998, que requiere imparcialidad del mediador respecto a sus relaciones con las partes, y neutralidad respecto al resultado del proceso de mediación. De este modo, podemos concluir que la imparcialidad se refiere a una «cualidad» del mediador: ausencia de interés con respecto al objeto de la mediación o con respecto a las partes, mientras que la neutralidad se centra en la «actitud» de aquél y se exige respecto a su comportamiento durante el desarrollo de la mediación.

1.2.1. NEUTRALIDAD COMO «ACTITUD» DURANTE LA BÚSQUEDA DEL ACUERDO

La neutralidad no significa pasividad o inactividad del mediador durante el proceso; no puede ser un mero observador, sino todo lo contrario. Al mediador se le exige una actitud activa en busca del arreglo entre las partes, de modo que, además de respetar las posiciones de las partes y garantizar una igualdad de trato y un equilibrio en la negociación, al mediador se le exige poseer la capacidad y la destreza suficiente

334 Cfr., el art. 9.2 de la Ley 1/2006 de Castilla y León, art. 13 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid o el art. 13 de la ley 1/2008 del País Vasco, que establecen el derecho del mediador a actuar con libertad e independencia en el ejercicio de su actividad.

como para *utilizar las técnicas propias de la mediación con la finalidad de facilitar la comunicación entre las partes, promover la comprensión recíproca de sus respectivas propuestas e intentar la consecución de un acuerdo*³³⁵. La neutralidad así entendida se refiere a que el mediador debe actuar de tal forma que sean las partes las que tomen sus propias decisiones de una forma libre y voluntaria, ayudadas por aquél; ni puede ni debe intentar imponer una solución a las partes, porque su cometido no es enjuiciar el conflicto ni aplicar la normativa vigente según el criterio social imperante, sino que debe respetar el punto de vista de los mediados sin dejar traslucir sus propias creencias³³⁶, lo cual no deja de ser una muestra más del respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que preside este sistema de resolución de conflictos. Un ejemplo de esa neutralidad se recoge en la citada Recomendación R (98) 1, que señala que “el mediador puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico”, aunque quizá las definiciones más gráficas de esa actitud neutral exigida al mediador se establecen en ciertas leyes autonómicas. De una parte, el art. 4.c) de la Ley madrileña de mediación familiar de 2007 señala que el mediador actuante “no podrá adoptar decisiones alineándose de forma interesada con parte alguna, influirlas o dirigirlas hacia la consecución de soluciones conforme a su criterio personal o imponer soluciones”. Y de otra parte, el art. 8.f) de la Ley 1/2008 del País Vasco define la neutralidad como “El poder de decisión recae en las partes. La persona mediadora deberá abstenerse de dar su opinión, sugerir o proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación. Su labor consistirá en conseguir que las partes alcancen por sí mismas soluciones al asunto sometido a mediación”.

1.2.1.1. NEUTRALIDAD Y PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE DETERMINADOS SUJETOS

Esa actitud neutral a la vez que garante de una efectiva y libre intervención de las partes y del equilibrio de poder entre las mismas, se ve condicionada por el respeto a la legalidad vigente, la protección de los intereses de menores, incapaces, dependientes u otras personas en situación de especial vulnerabilidad, o el deber de respetar y hacer respetar la igualdad de trato entre las partes³³⁷. La afectación de la mediación a sujetos a los que el Ordenamiento reconoce una posición de vulnerabilidad obliga al mediador a poner especial cuidado en que los intereses de estos sujetos queden debidamente protegidos y garantizados. Por ello, distintas leyes autonómicas

335 Vid. art. 10.b) de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha.

336 BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, ed. Reus, Madrid, 2009, p. 174.

337 El art. 16 de la Ley 1/2009 de Andalucía exige expresamente el “efectivo cumplimiento del principio de igualdad por razón de género”.

imponen a la persona mediadora la especial consideración de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes, elevando en algún caso a rango de principio rector de la mediación la protección efectiva de tales intereses, como por ejemplo sucede en la ley gallega de 2001 (art. 8.3), la castellano-leonesa de 2006 (arts. 4.3 y 10.5), la Ley madrileña de 2007 (arts. 4.f y 14.d), o la Ley andaluza de 2009 (art. 7).

Especial mención merece aquí la anterior Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, en la que dicha protección se traducía en tres importantes reglas procedimentales: en primer lugar, se ordenaba al mediador que concediera una tramitación preferente a aquellos procedimientos que afecten a los intereses de las personas menores o incapaces (art. 14.1). En segundo lugar, también le ordenaba oír a las personas menores o incapaces si tuvieran suficiente juicio y en todo caso, a los menores con más de doce años (art. 14.2). Y en tercer lugar, ordenaba que los acuerdos alcanzados en el seno de una mediación garantizaran la máxima protección para las personas menores o incapaces mediante el establecimiento de las condiciones más apropiadas para la salvaguarda de sus intereses personales y patrimoniales (art. 23). Es más, la inobservancia de la tramitación preferente de los procedimientos que afectasen a los intereses de personas menores o incapaces constituía una infracción leve (art. 31) expresamente castigable con amonestación por escrito o multa de hasta 3.005,6 euros.

En la Ley de Castilla-La Mancha de 2015, dicho deber de velar por la protección de los intereses del menor no sólo se señala como una obligación de la persona mediadora (art. 13.f) sino también de las partes (art. 16.f), aunque ya no se señala expresamente que se lleve a cabo una tramitación preferente o que se deba oír a las personas menores o incapaces si tuvieran suficiente juicio y en todo caso, a los menores con más de doce años (art. 14.2).

La Ley castellanomanchega de 2005 fue pionera en establecer ese deber del mediador de oír “a las personas menores o incapaces si tuvieran suficiente juicio y en todo caso, a los menores con más de doce años”, de modo similar a lo establecido en el art. 770 LEC. A pesar de que dicho deber no fue recogido en el resto de la legislación autonómica y no ha sido mantenido en la vigente Ley 1/2015 de Castilla-La Mancha, es más que probable que sea introducido en futuras reformas legislativas en dicho sector jurídico, pues desde Agosto de 2015, la actual Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³³⁸ establece expresamente en su art. 9 el «Derecho a ser oído y escuchado» del menor “tanto en el ámbito familiar como en *cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación* en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su

338 BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015. En vigor desde el 12 de agosto de 2015.

esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”.

Por otra parte, esa actitud neutral a la par que activa en la búsqueda de vías de comunicación entre las partes que permitan la consecución de un acuerdo, no es impedimento para que se le reconozca al mediador cierta capacidad de decisión. Más allá del mandato general de poner fin a la mediación en los supuestos en que se aprecie una clara desigualdad de poder o desequilibrio entre las partes (y el mayor ejemplo de ello es la prohibición del inicio o la continuación de una mediación cuando el sujeto mediador aprecie cualquier tipo de violencia), nos referimos a la posibilidad de que el mediador decida dar por terminado el procedimiento de mediación si aprecia falta de colaboración por alguna de las partes, o si considera que el procedimiento no puede alcanzar la finalidad perseguida o el conflicto debe ser abordado desde otra forma de intervención o tratamiento³³⁹.

Algunas normas autonómicas han ido más lejos, y han reconocido dicha facultad como un derecho de la persona mediadora. Junto con el derecho recogido de un modo genérico en los arts. 9 de la Ley 1/2006 de Castilla y León y de la Ley 9/2011 de Aragón de dar por finalizada la mediación cuando considere que “existen motivos que demuestren que la continuación de la misma no cumplirá sus objetivos”, la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana estableció expresamente en su art. 8 el derecho de la persona mediadora a “dar por acabada la mediación en el momento que aprecie en alguna de las partes falta de voluntad o exista una incapacidad manifiesta para llegar a un acuerdo, o que la continuidad de la mediación no sea eficaz”. A dicha ley le siguió la normativa castellano-manchega (art. 11), la andaluza (art. 15.b) y la cántabra (art. 28.3).

El propio Proyecto de Ley preveía la terminación de la mediación a instancia del mediador cuando éste “aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión (art. 23)”, y a pesar de que dicha previsión ya fue criticada por el CGPJ, al considerar que dicha potestad atribuida al mediador podría resultar contraria con las premisas de voluntariedad, imparcialidad y neutralidad que rigen dicho procedimiento³⁴⁰, lo cierto es

339 Véanse, entre otros, el art. 19 de la Ley 1/2007 de Madrid, art. 14 de la Ley 3/2007 de Asturias, o art. 24 de la Ley 1/2008 del País Vasco.

340 Vid. Informe del CGPJ..., op. cit., p. 61 y ss.: “En particular, debe recordarse que el mediador no puede imponer solución o medida concreta alguna, debiendo actuar de forma que permita a las partes alcanzar por sí mismas un acuerdo (artículo 10), o que entre los deberes del mediador está el de desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, facilitando la comunicación entre ellas (artículo 16.1). No parece que dar por terminado el procedimiento tras apreciar lo irreconciliable de las posiciones de las partes, sea una actuación en línea con esas premisas, pues si bien dicha actuación no servirá para imponer a las partes una solución a la

que la misma se ha mantenido intacta en el art. 22 de la Ley 5/2012. En tal supuesto, ¿qué debemos entender por “apreciación justificada” por parte del mediador de que las posiciones de las partes son irreconciliables?, ¿acaso un escrito motivado susceptible de servir de prueba para las partes para posteriormente exigirle al mediador su responsabilidad por mala praxis?, ¿en qué “otra causa” está pensando el legislador para permitir al mediador poner fin al procedimiento?

En este sentido, el Proyecto de 2013 de Decreto Foral por el que se regula el Servicio de Mediación Familiar de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra recoge en su art. 13.2 esa referencia del art. 23 de la Ley 5/2012 a que el mediador “aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión”. Y a continuación, en el apartado 3º del art. 13, enumera una serie de supuestos (estimamos que como *numerus apertus*) en los que la persona mediadora *podrá* dar por terminada la mediación. Algunos de ellos son más o menos sencillos de comprobar, como por ejemplo, cuando las partes incumplan las obligaciones establecidas o dejen de asistir injustificadamente a las sesiones; cuando detecte situaciones de violencia que provoquen desigualdad entre las partes, situaciones de violencia entre la pareja o, bien, violencia ejercida contra las los hijos e hijas, las personas mayores de 65 años o las dependientes; o cuando haya transcurrido el plazo máximo de duración del proceso sin haberse alcanzado acuerdos. Pero otros supuestos pueden resultar excesivamente amplios e indeterminados, como por ejemplo, cuando la persona mediadora “considere que el proceso no puede alcanzar la finalidad perseguida”; cuando “considere que en el proceso de mediación no se están observando los principios rectores del mismo”; o cuando “detecte que en el proceso de mediación no se está respetando el necesario equilibrio entre las partes”.

Pues bien, la Ley 1/2015 de Castilla-La Mancha permite a la persona mediadora dar por finalizado el procedimiento de mediación *si aprecia en alguna de las partes o en ambas una voluntad patente de no alcanzar acuerdo alguno, o una incapacidad manifiesta para lograrlo, o una falta de la necesaria colaboración para el desarrollo del procedimiento o, en general, si entiende concurrente cualquier otra circunstancia que, a su juicio, haga inútil la prosecución del procedimiento* (art. 12.c).

controversia, desde luego sí tendría la virtualidad de cerrarles la vía para encontrar una fórmula amigable de composición de sus diferencias. Es más, parece ir contra la esencia misma de la mediación que sea el mediador, y no las partes, quien decida poner fin a la misma en lugar de perseverar en el intento de buscar cauces de solución, siendo posible incluso que semejante comportamiento quiebre la imparcialidad a la que todo mediador se debe (artículo 9), ya que a la vista de las posiciones relativas de ambas partes dentro de la controversia, podría suceder que dar por concluida la mediación fuese más beneficioso para una que para otra.”

1.2.2. IMPARCIALIDAD COMO «CUALIDAD»: AUSENCIA DE INTERÉS PERSONAL

La imparcialidad, por el contrario, se refiere al distanciamiento o ausencia de implicación del mediador respecto de las partes y de lo que constituya el objeto de la mediación. La cuestión es ¿debe exigírsele al tercero mediador, sin deber de aplicación de lo establecido en el ordenamiento jurídico ni poder de imposición de su voluntad, la misma imparcialidad que resulta exigible a quienes están situados *supra partes* y están llamados a resolver el litigio?

Al aprobarse la Ley de Arbitraje de 2003, se eliminó la alusión a los motivos de abstención y recusación previstos para los jueces y magistrados “por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos (EE.MM de la Ley 60/2003)”, y se estableció una cláusula general en el art. 17 por la cual las partes pueden pedir la recusación de aquel árbitro o árbitros en quienes concurren “circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia”. Para la mediación, por el contrario, muchas leyes han decidido establecer un catálogo de situaciones que hacen presumir un posible interés del mediador directo o indirecto en el resultado de la mediación (vínculos de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta cierto grado con alguna de las partes, amistad íntima o enemistad manifiesta, intereses económicos, patrimoniales o personales en el asunto de que se trate, mantener o haber mantenido relaciones profesionales con alguna de las partes, etc.), aunque sin llegar a enumerar las mismas causas de abstención y recusación previstas en la LOPJ. Por otra parte, las consecuencias de que concurren tales situaciones en la figura del mediador son tratadas de forma desigual por las distintas leyes referidas a la mediación familiar. La mayoría de las leyes autonómicas prevén dicha falta de imparcialidad como un motivo de sanción al mediador. No obstante, mientras que algunas de ellas establecen solamente el deber de aquél de abstenerse o no continuar la mediación (y en caso contrario, la sanción al mismo), otras van más lejos y posibilitan que las partes puedan recusar al mediador a través del oportuno procedimiento establecido, bien en la propia ley, bien en su reglamento de desarrollo³⁴¹.

En la Ley estatal, el modo de garantizar esta imparcialidad se centra en la obligación impuesta al mediador, no sólo de abstenerse de iniciar o continuar un procedimiento de mediación cuando concorra cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad, sino de comunicar a las partes cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses, con expresa mención de determinados supuestos recogidos en el art. 13. Además, y como quiera que ese

341 Vid. Art. 12.3 de la Ley 1/2001 de Cataluña, posteriormente recogido en el art. 6 de la Ley 15/2009; arts. 12.4 y 13.3 de la Ley 4/2001 de Galicia; art. 11.2 de la Ley 1/2006 de Castilla y León; art. 21.2 de la Ley 3/2007 de Asturias; art. 14.3 de la Ley 1/2008 del País Vasco; arts. 4.c), 17.2 y 21 de la Ley 1/2009 de Andalucía; art. 11.4 de la Ley 14/2010 de Baleares; y arts. 15.3, 22.d) y 34.3 de la Ley 1/2011 de Cantabria.

deber de información permanece vigente a lo largo de todo el procedimiento de mediación, dicho deber del mediador le obliga a comunicar cualquier circunstancia a las partes “antes de iniciar o continuar su tarea”, y en todo caso, en la sesión informativa previa al comienzo de la mediación (art. 17), al afirmarse que el procedimiento de mediación comienza mediante una sesión “constitutiva” (art. 19) que, sin embargo, no coincide con el inicio de la mediación a los efectos de suspender los plazos de prescripción o caducidad de las acciones (art. 4).

Imprecisiones terminológicas aparte, lo cierto es que el PLM no preveía expresamente la recusación del mediador por las partes, pero sí que establecía la terminación del procedimiento debido al “rechazo de las partes a su mediador” y la falta de nombramiento de uno nuevo (art. 23), al igual que ahora se mantiene en el art. 22 de la Ley 5/2012, lo cual debe interpretarse en el sentido de que las partes pueden rechazar al mediador propuesto (o incluso el elegido por ellas mismas) en el que concurra algún motivo para dudar de su imparcialidad. El cauce para ello dependería de la forma de designación del mediador. Si el mediador fue elegido libremente por las partes, bien por acuerdo expreso de ambas o a propuesta de una de ellas con el consentimiento de la otra, el mediador tendría el deber de revelar a las partes, bien antes de tener lugar la primera sesión, bien en la misma, o a lo largo de todo el procedimiento, cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses (con expresa alusión a los casos recogidos en el art. 14.5). Por el contrario, si la designación procede de la institución privada encargada de llevar a cabo la mediación o del servicio público de la Administración correspondiente (por ejemplo, en los supuestos de mediación gratuita), entendemos que la revelación de las posibles causas de falta de imparcialidad deberán ser comunicadas por el mediador, en primer lugar, a la institución que le haya designado, y si ésta no apreciara la concurrencia de ningún motivo para sustituir a aquél, en cualquier caso deberían ser puestas en conocimiento de las partes.

En nuestra opinión, la clave para garantizar la imparcialidad de la persona mediadora no reside, ni en la enumeración de un listado de causas de falta de imparcialidad con carácter abierto o tasado, ni en el reconocimiento a las partes de la posibilidad de recusar al mediador elegido o propuesto, sino en garantizar, de una parte, que las partes tengan conocimiento de todas aquellas circunstancias y motivos que puedan hacer dudar de la imparcialidad del mediador, y de otra, que las partes puedan decidir libremente, a raíz de dicha información, si desean o no que el mediador continúe su labor. Tal y como se advertía en la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo³⁴², para

342 DOCE L 109, de 19 de abril de 2001, p. 56.

garantizar la imparcialidad de un procedimiento, las personas mediadoras debían “facilitar a ambas partes información sobre su imparcialidad y competencia antes de que comience el procedimiento”, lo cual queda estrechamente vinculado a la «transparencia» del procedimiento a la que alguna ley sobre mediación familiar hace mención expresa en su articulado³⁴³.

Nuestro argumento es reconocido en el citado informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley³⁴⁴, que admite que “esa posible parcialidad del mediador puede ser salvada con tal de que las partes hayan sido advertidas del problema y hagan constar expresamente que consienten, pese a todo, la intervención del mediador. Esto significa que el principio de imparcialidad resulta notablemente difuminado por los efectos del preponderante principio de voluntariedad de las partes, del que deriva la capacidad de éstas para decidir sobre el procedimiento de mediación y designar al mediador”. Ese deber de información previa sobre posibles circunstancias que puedan afectar a la imparcialidad del mediador ya fue recogida en la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo³⁴⁵, y posteriormente, algunas normas autonómicas han dispuesto dicho deber para que las partes puedan libremente decidir si desean que dicho mediador inicie o continúe la mediación³⁴⁶. La ley estatal también recoge la misma primacía del principio de autonomía de la voluntad de las partes sobre el principio de imparcialidad, al disponer que las partes puedan, una vez conocidas tales circunstancias, consentir expresamente que el mediador inicie o continúe la mediación solicitada (art. 13.5.II). Con ello, se relaciona dicha imparcialidad con los principios de transparencia y profesionalidad exigidos también al sujeto mediador, a la vez que se reconoce, una vez más, la autonomía de la voluntad de las partes para convenir cómo y con la ayuda de quién desean intentar alcanzar un acuerdo consensuado que ponga fin a su conflicto.

343 Art. 8.c) de la Ley vasca 1/2008 de Mediación Familiar: «Transparencia. Las partes deben contar con información precisa sobre las características del procedimiento y su funcionamiento, sobre el alcance del mismo y sus consecuencias y el valor de los acuerdos que pudieran alcanzarse». El principio de transparencia ya fue señalado en la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DOCE L 115, de 17 de abril de 1998, p. 31).

344 Informe CGPJ..., op. cit., p. 34.

345 DOUE L 109, de 19 de abril de 2001, p. 56.

346 Vid., entre otros, el art. 11 de la Ley 1/2006 de Castilla y León, el art. 11.4 de la Ley 14/2010 de Baleares, o el art.14.3 de la Ley 1/2008 del País Vasco, que en todo caso supedita esa aceptación expresa de las partes a una autorización por parte del departamento del Gobierno Vasco competente en materia de mediación familiar. Por su parte, la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid permite a las partes elegir de común acuerdo a un mediador que hubiera intervenido profesionalmente con alguna de las personas implicadas en el conflicto objeto de mediación, para solventar sucesivos conflictos intrafamiliares (art. 15).

1.2.3. LA PROFESIONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE NEUTRALIDAD E IMPARCIALIDAD

Si bien la Ley 1/2015 únicamente se refiere a la profesionalidad del mediador en el concepto de mediación social y familiar establecido en el art. 2, en el que el mismo se define como “el procedimiento en el que dos o más partes inmersas en un conflicto social o familiar consienten voluntariamente que la persona mediadora, de una manera *neutral, imparcial y profesional*, promueva la comunicación y el diálogo entre las partes y les ayude en la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su controversia”, la anterior ley castellanomanchega de 2005 citaba expresamente la profesionalidad como uno de los principios rectores de la mediación en dicha Comunidad, y aludía a ella en múltiples ocasiones: en el art. 1.2, al conceptualizar la mediación familiar como “la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y *profesional* que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar”, en el art. 2.1, al indicar como ámbito de aplicación de la ley aquellas actuaciones que se desarrollen en Castilla-La Mancha “por personas mediadoras o entidades públicas o privadas acreditadas que actúen *profesionalmente* en dicho ámbito”; en el art. 6.c, al permitir que desempeñen funciones de mediación “Las personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión, que estén en posesión de las titulaciones (...) y, *en su caso, estén incorporadas como ejercientes en el respectivo colegio profesional*, si así lo exige su normativa reguladora, y se inscriban en el Registro especificado en el Capítulo V de esta Ley”; y en el art. 12.2, al establecer como causa de abstención para el mediador el haber intervenido “*profesionalmente* en defensa de los intereses personales de una de las partes en contra de la otra” con anterioridad a la mediación.

Otras leyes autonómicas también se refieren expresamente a la profesionalidad del mediador. Así, por ejemplo, el art. 11 de la ley madrileña define al mediador familiar como “un *profesional* especializado, imparcial y neutral que, con sujeción a los principios del artículo 4 ejerce las tareas de mediación familiar definidas en el artículo 1”, y el art. 3 de la Ley catalana de 2009 de mediación en el ámbito del Derecho Privado exige a la persona mediadora “estar 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”.

Sin embargo, éste no constituye verdaderamente un principio rector, y sí una consecuencia accesoria de las garantías de calidad y legalidad de la mediación, y de la exigible neutralidad e imparcialidad de la persona mediadora en el desempeño de sus funciones. La profesionalidad a la que se refieren las distintas leyes autonómicas se deriva de la exigencia de una formación específica que varía significativamente de

unas Comunidades a otras³⁴⁷. Tal y como hemos declarado anteriormente, el principal impulso a la mediación vendrá de la mano de una regulación precisa que asegure a los ciudadanos las necesarias garantías para ver resueltos sus conflictos sin necesidad de acudir a los tribunales. Y para ello, la principal línea a seguir es garantizar la calidad de la prestación de los servicios de mediación, tanto en lo que se refiere a la regulación de los requisitos y efectos de dichos procedimientos, como en lo atinente a los sujetos que prestan tales servicios.

La Directiva 2008/52/CE hace especial hincapié en la calidad de la mediación, y para ello establece ciertos mínimos que deberán cumplir las normativas nacionales que desarrollen los Estados miembros, pero no menciona de manera directa ni los deberes deontológicos que han de presidir el procedimiento de mediación ni el comportamiento del mediador en aquellos asuntos en los que resulte aplicable dicha normativa. Pero ello no significa que la Unión Europea se muestre indiferente al respecto; al contrario, tiene muy presente que los sistemas ADR *son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento*³⁴⁸. La Directiva ha optado por establecer una doble remisión. La primera está dirigida a los Estados miembros que deben transponer la citada Directiva en sus Ordenamientos nacionales y según la cual, aun cuando les otorga libertad a la hora de configurar el modelo de mediación o las exigencias con respecto a la formación y capacitación de los mediadores, los Estados deberán fomentar la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, como es el caso del Código de Conducta Europeo para Mediadores aprobado a mediados de 2004³⁴⁹, otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación, y la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes. La segunda, dirigida expresamente a los mediadores y a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, consiste en una remisión expresa a los principios establecidos como normas deontológicas para la mediación de consumo en la citada Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo³⁵⁰.

El establecimiento de códigos de conducta para la protección de los consumido-

347 LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 267.

348 Libro Verde de 2002, op. Cit., p.30.

349 http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

350 Considerando nº18 de la Directiva: "Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios".

res ya fue objeto de una Recomendación en 1992³⁵¹ en materia de contratos negociados a distancia, en la cual se señalaban unas normas mínimas de protección del consumidor con el deseo de evitar la fragmentación de las legislaciones nacionales y de que fueran completadas con disposiciones voluntarias de los profesionales en forma de códigos de conducta. En cuanto a los códigos de conducta relacionados con los sistemas ADR, la Unión Europea también consideró que el impulso de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en materia de consumo requería de la implantación de unos criterios mínimos de calidad a nivel europeo que ayudaran a aumentar la confianza de los consumidores en la posibilidad de beneficiarse de las ventajas que ofrecen tales procedimientos, a la vez que aumentarían también la confianza mutua de los órganos extrajudiciales de los distintos Estados miembros a la hora de prestar sus servicios en conflictos de carácter transfronterizo. Por tal motivo, en 1998 publicó la Recomendación 98/257/CE de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, que contenía unos criterios mínimos que garantizaran la imparcialidad del órgano, la eficacia del procedimiento, su legalidad y transparencia en la actuación, o la posibilidad de que todas las partes interesadas pudieran manifestar su punto de vista³⁵².

El Proyecto de Ley se ocupaba de la calidad de la mediación en su art. 13, que venía a recoger casi literalmente lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva, al establecer que “las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos”. Además de eso, el PLM establecía otra serie de disposiciones a favor de la calidad de la mediación, y que pueden resumirse en las siguientes: el deber de las instituciones públicas y privadas de mediación de garantizar la transparencia en la designación de los mediadores y de responder solidariamente por la actuación de aquéllos (arts. 5.1 y 15 PLM), de implantar sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para reclamaciones dinerarias (art. 5.2 PLM), y de respetar los principios de la mediación establecidos en el capítulo II del PLM; la creación de un Registro público electrónico dependiente del Ministerio de Justicia de mediadores y de instituciones de mediación (art. 6 PLM); y el establecimiento de un estatuto jurídico del mediador (art. 12 PLM) que incluiría como requisitos: a) Hallarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles

351 Recomendación 92/295/CEE de la Comisión, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los consumidores en materia de contratos negociados a distancia (DOUE L 156, de 10 de junio de 1992).

352 DOUE L 115, de 17 de abril de 1998. En los EE.UU., vid. los *Model Standards of Conduct for Mediators*, aprobados en 1994 por the American Arbitration Association (AAA), the American Bar Association (ABA, Section of Dispute Resolution), and the Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR). Disponible en: <http://www.acrnet.org/about/initiatives/QualityAssurance/standards-conduct.htm>.

y carecer de antecedentes penales por delito doloso, b) Estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior, c) Tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, y d) Figurar en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación.

Todo ello se ha mantenido en la versión final de la Ley 5/2012, con especial interés en la previsión de una responsabilidad civil, tanto del mediador, como de la institución de mediación en la cual preste sus servicios, para los supuestos en los que se produzcan daños y perjuicios a las partes con motivo de dicha actuación. Además, es importante tener presente la concreta previsión del Reglamento de desarrollo de dicha Ley (el R.D. 980/2013) respecto de los concretos requisitos sobre formación inicial y continua de los mediadores –por ejemplo, un mínimo de horas de formación práctica cada 5 años–, así como las particulares exigencias de cada ley autonómica al respecto, que se han centrado, por un lado, en regular con mayor detalle un estatuto jurídico propio del mediador en el que queden reflejados sus derechos, obligaciones, incompatibilidades, infracciones y sanciones, con especial interés en definir la cualificación profesional (título universitario incluido) y la formación complementaria exigibles, y por otro lado, han previsto la creación de los correspondientes Registros de carácter administrativo para la inscripción de dichos sujetos, con el principal objetivo de controlar la formación y capacitación de tales profesionales en el desempeño de sus actuaciones. De ahí que éstos deban cumplir, de una parte, con las normas deontológicas y el régimen disciplinario y sancionador de sus respectivos colegios profesionales, cuando se trate de profesiones que exigen una colegiación previa, y de otra parte, con la regulación dispuesta en las leyes y reglamentos en materia de mediación en sus respectivas Comunidades Autónomas.

1.3. CONFIDENCIALIDAD

La confidencialidad, más que un principio rector de la mediación, constituye una garantía esencial para el éxito de la mediación, hasta el punto de ser considerada una “una condición *sine qua non* para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento³⁵³”. Es más, cabe afirmar que la confidencialidad se halla en la naturaleza misma de los ADR, pues la mayoría de los mismos han nacido en el seno de una concepción claramente privatista, o si se quiere, donde el elemento de la “privacidad” ha venido a adjetivar estas formas de resolución extrajudicial de conflictos³⁵⁴. En la mediación familiar, debemos sumar el interés de las partes por que su

353 Vid. Libro Verde de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, op. cit., p. 32.

354 BARONA VILAR, S., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ed. Civitas, Madrid, 2004,

conflicto siga permaneciendo dentro de la intimidad del entorno familiar, y ven en la mediación un método idóneo para lograr la pacificación de las disputas familiares a la vez que preserva esa intimidad, a diferencia de la vía judicial, que precisamente tiene como consecuencia la publicación del conflicto.

Si el objetivo es lograr una actitud sincera de las partes que permita alcanzar un acuerdo entre las mismas, la garantía de la confidencialidad, tanto de las manifestaciones vertidas durante las sesiones con el mediador, como de la información que las partes presenten en apoyo de sus intereses, generará la confianza y seguridad suficiente en las partes para que manifiesten sus verdaderas intenciones y deseos, sin miedo a que lo expresado durante dicho procedimiento pueda ser luego utilizado en su contra, y fomentará que el acuerdo alcanzado entre aquéllas obedezca ciertamente a la voluntad de las partes libremente expresada y sin coacciones, de manera que habrá una mayor probabilidad de que el acuerdo entre las partes refleje realmente la solución que éstas desean para su conflicto. No obstante, dicha sinceridad también puede ser motivo de actuaciones fraudulentas, pues esa franqueza de las partes con vistas a alcanzar una solución a su conflicto dan pie a que tanto las partes como el mediador tengan acceso a informaciones que, incluso ni un juez ni un árbitro obtendrían durante un proceso jurisdiccional o arbitral. Por ello, si se quiere asegurar dicha sinceridad y franqueza, también es preciso garantizar a las partes que las informaciones y declaraciones vertidas durante la mediación no serán posteriormente utilizadas en su contra en un hipotético proceso judicial contencioso.

Por ello, la confidencialidad constituye una de esas cuestiones clave a la hora de garantizar la armonización de los métodos extrajudiciales de solución de conflictos en la UE a través de un marco jurídico homogéneo, por tratarse de uno de los principios básicos de la metodología en la que se basa la mediación. Y así, la Directiva 52/2008 destaca la importancia de proteger la confidencialidad en el procedimiento de mediación, de cara a un posible proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil, y por ello, establece la obligatoriedad de los Estados miembros de garantizar la exención de los mediadores y de las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación □ no sólo las partes, sino también los asesores o colaboradores del mediador, peritos, etc. □ de declarar en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, con las siguientes excepciones: a) salvo acuerdo contrario de las partes, b) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, y c) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo (art. 7).

Ahora bien, a diferencia de la Propuesta de Directiva, la versión final de ésta no enumera los documentos, opiniones o propuestas que quedan bajo el manto protector de la confidencialidad³⁵⁵, como tampoco se especifica que tales extremos deben quedar excluidos con independencia de que el proceso judicial posterior se refiera o no al litigio que es o ha sido objeto de la mediación. La fórmula escogida por la Directiva es la de establecer un deber genérico de confidencialidad con determinadas excepciones, si bien se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de regular medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación. Y dicha fórmula es copiada por la legislación aplicable a la mediación familiar, pues la totalidad de las legislaciones autonómicas prevén igualmente la confidencialidad del procedimiento de mediación, así como la prohibición de los mediadores y demás personas que intervengan en el procedimiento de mediación de declarar como testigos o peritos en un proceso judicial acerca de lo que hubieren conocido durante la mediación.

Sin embargo, la clave para garantizar el buen fin de la confidencialidad de la mediación en España no reside en la regulación de la misma en las distintas legislaciones autonómicas, sino en lo que prevea la legislación procesal estatal. De poco sirve que las Comunidades Autónomas declaren como deber de las partes la obligación de “no solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo en cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto familiar objeto de la mediación practicada³⁵⁶”, pues corresponde a la legislación procesal regular la intervención de testigos y peritos en los procesos de cualquier orden jurisdiccional, y la dispensa de declarar de éstos o su deber de someterse a la obligación legal de guardar secreto. Por ello, en determinadas leyes se apunta expresamente a la necesidad de que dicha obligación de las partes de no solicitar la declaración del mediador como perito o testigo en un juicio lo sea conforme a la legislación procesal vigente³⁵⁷. Sin una norma procesal que así lo prevea, las partes que solicitasen la llamada al proceso del mediador u otro partícipe, o que aportaran al proceso judicial la información obtenida con motivo de una mediación previa, incurrirían en un incumplimiento contractual del pacto de mediación, pero la prueba no podría ser tachada de ilícita.

Así lo ha advertido el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de marzo de 2011, al admitir la presentación como prueba de los acuerdos concertados en el transcurso de una mediación familiar. Para el Tribunal Supremo, tal aportación no infringe lo dispuesto por los artículos 281.1, 283.3 y 287.1 LEC y rechaza que la regla de confidencialidad establecida en el artículo 13 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Me-

355 Vid. Letras a) a f) del art. 6.1 de la Propuesta de Directiva de 2004.

356 Vid. art. 7.g) de la Ley 1/2006 de Castilla y León. Otras legislaciones autonómicas supeditan dicho deber de las partes o del mediador de no declarar a lo que establezca la legislación procesal pertinente (Como ejemplos, véanse los arts. 7 de la ley catalana 15/2009, la ley aragonesa 9/2011, y la ley cántabra 1/2011).

357 Vid. el art. 26.b) de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, el art. 14.c) de la Ley 1/2007 de Madrid, el art. 7.2 de la Ley 15/2009 de Cataluña, o el art. 7.c) de la Ley 9/2011 de Aragón.

diación Familiar en Cataluña contenga una prohibición de aportación al proceso de los acuerdos obtenidos en el transcurso de la mediación, sino que dicha confidencialidad *se refiere únicamente a las “informaciones confidenciales”, pero no a lo que una de las partes considere que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.* Como vemos, se precisa una reforma procesal que establezca el verdadero alcance de la confidencialidad de la información manejada en la mediación, a la hora de ser aportada como prueba en un proceso judicial. Y además, resulta importante diferenciar dos aspectos clave. De un lado, la distinción entre confidencialidad, deber de reserva y secreto profesional, y de otro, los límites legales a ese deber de confidencialidad.

1.3.1. CONFIDENCIALIDAD, SECRETO PROFESIONAL Y DEBER DE RESERVA

La mayoría de la legislación autonómica sobre mediación familiar aluden indistintamente a la confidencialidad, al deber de reserva y al secreto profesional como sinónimos, pero no es lo mismo.

El art. 4 de la Ley 1/2006 de Castilla y León reconoce como principios informadores de la mediación, la “Confidencialidad y secreto profesional respecto a los datos conocidos en el procedimiento de mediación”; el art. 14.c) de la ley madrileña 1/2007 obliga al mediador a “mantener, de acuerdo con la legislación vigente, la reserva respecto de los hechos conocidos en el curso de la mediación y la confidencialidad de todos los hechos tratados haya habido, o no, acuerdos”; el art. 16.h) de la Ley 1/2009 de Andalucía establece como deber de la persona mediadora “mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación” y su art. 9 habla de “confidencialidad de la mediación familiar y secreto profesional de la persona mediadora”; y el art. 8.2 de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares establece dentro de los deberes del mediador que “todas las personas que intervienen en la mediación están obligadas a la confidencialidad por el secreto profesional”.

En Castilla-La Mancha, el art. 8.3 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha establecía la obligación del mediador de “mantener reserva sobre los hechos que haya conocido en las sesiones de mediación familiar, salvo que el levantamiento de la misma sea compatible con la legislación vigente respecto al secreto profesional o exista aceptación expresa de ambas partes”, y su art. 26 disponía que “el expediente de mediación familiar y los demás documentos relativos al procedimiento incorporados a aquél, son confidenciales y no pueden ser divulgados, ni entregados por la persona mediadora a terceros”, si bien declaraba que “el deber de confidencialidad del mediador cesa si todas las partes del procedimiento autorizan que se ponga en conocimiento el expediente o su entrega a terceras personas, o si, en los casos y

circunstancias previstos en las leyes procesales, el Juzgado o el Ministerio Fiscal requieren el expediente”. Ahora, el art. 8 de la Ley 1/2015 de Castilla-La Mancha establece que “la obligación de confidencialidad se extiende a la persona mediadora, a las instituciones de mediación, quienes deberán guardar secreto profesional y a las demás personas intervinientes (...)”, si bien excluye del principio de confidencialidad y secreto profesional la información obtenida que no sea personalizada, siempre que se utilice para fines estadísticos, de formación o investigación.

Además de ello, la normativa castellanomanchega también exige la confidencialidad del procedimiento de mediación en un caso muy particular: la búsqueda de los orígenes biológicos de la persona adoptada. En este supuesto, la mediación deberá ser prestada por la Dirección General competente en materia de familia a través de personal propio, y la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, establece, para la Administración de la Comunidad Autónoma, las obligaciones de asegurar la conservación de la información relativa a los orígenes del menor, en particular la identidad de sus padres y la historia médica del menor y su familia; facilitar a las personas adoptantes toda la información disponible, no sujeta a especial protección, sobre el adoptando y la familia de origen, así como establecer un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, para que la persona adoptada, su padre y madre biológicos sean informados de sus respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte en relación con su posible encuentro.

Respecto al carácter “reservado” de la documentación e información tratadas durante la mediación, establecido en ciertas normas autonómicas, es preciso distinguir dos supuestos. De una parte, la alusión a dicho deber de reserva como sinónimo de deber de confidencialidad, como sucede, por ejemplo, en el art. 11 de la Ley 4/2001 de Galicia, que obliga a las partes a *mantener reserva sobre el desarrollo del procedimiento negociador*; en el art. 2.c) de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares, que incluye dentro del principio rector referido a la confidencialidad el deber del mediador o la mediadora y la parte familiar en conflicto de *mantener la reserva sobre los hechos conocidos*, o en el art. 7.c) de la Ley 9/2011 de Aragón, que señala que *todas las actuaciones que se deriven del proceso de mediación serán secretas y confidenciales, respetando la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal*. Y de otra parte, determinadas leyes establecen la declaración de carácter reservado de determinada información a efectos administrativos —sobre todo cuando la mediación tenga lugar a través de una entidad de derecho público—, tal y como disponen los arts. 13.2 de la ley catalana 1/2001 de mediación familiar, y 7.3 de la ley catalana 15/2009 de mediación en el ámbito del Derecho Privado, que establecen que “Las actas que se elaboran a lo largo del procedimiento de mediación tienen carácter reservado”. En ninguno de los dos supuestos consideramos que resultaría aplicable la legislación referida a secretos oficiales, pero

si el mediador o la entidad mediadora se escudara en el carácter reservado de dicha documentación para no entregarla al órgano jurisdiccional, entendemos aplicable el art. 371.2 LEC, en virtud del cual dicho órgano jurisdiccional, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter. Y en caso de negativa, el legislador no reconoce facultad alguna al juez civil de desclasificar o de levantar el secreto decretado por una resolución administrativa, por lo que correspondería a la Sala especial de conflictos del Tribunal Supremo resolver los conflictos que pudieran plantearse entre órganos jurisdiccionales y órganos de la administración (art. 38 LOPJ)³⁵⁸.

En cuanto al secreto profesional, con especial atención al del abogado, éste consiste en la garantía de confidencialidad que se proyecta sobre las informaciones reservadas comunicadas a un letrado u obtenidas por el mismo en el ejercicio de su actividad profesional, y constituye un Derecho fundamental reconocido por la Constitución (art. 24.2 CE), si bien se limita a señalar que *La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*. Aunque habitualmente señalado en otras leyes (LOPJ, LEC, LECRIM, LGT, EGA) y disposiciones (Código Deontológico de la C.C.B.E.—Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea— y Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía Española), no existe una propia regulación detallada del secreto profesional que pueda calificarse de suficiente.

¿Deben aplicarse a las informaciones obtenidas por el mediador durante un proceso de mediación las garantías, derechos y deberes inherentes al secreto profesional?, o por el contrario ¿se proyecta sobre tales informaciones únicamente un “deber” de confidencialidad? En nuestra opinión, ello no debe depender de que una norma así lo declare, y menos aún con rango autonómico, al tratarse de un Derecho Fundamental. La clave reside en determinar si el reconocimiento del derecho al secreto profesional depende, bien de que el sujeto que interviene en la misma como mediador sea titular o no de dicho derecho al secreto profesional por razón de su profesión, o bien de que el secreto profesional sea predicable igualmente de la profesión de mediador, tal y como se reconoce a otras profesiones (médicos, psicólogos, etc.). Así por ejemplo, el abogado que intervenga en una mediación como sujeto está sometido al deber de respetar el secreto de las informaciones recibidas porque la actuación mediadora se incardina en el marco de su actividad profesional, y además, deberá hacer respetar ese secreto profesional por su personal y por cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional. Afirmar lo contrario conduciría a la paradoja de que sobre los abogados de las partes sometidas a mediación si pesaría

358 BARONA VILAR, S., *El Proceso Civil*, (coord.: F. Escribano Mora) vol. II, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 5947 y ss.

el deber de secreto profesional, mientras que sobre el abogado que actuara como mediador no recaería dicho deber de secreto, sino el deber de confidencialidad legalmente establecido. No obstante, se ha entendido que, cuando en un arbitraje actúa un abogado, lo hace como árbitro y no como defensor de una parte en un proceso ni como asesor jurídico de una parte del arbitraje, funciones incompatibles con la condición de árbitro imparcial³⁵⁹, y como quiera que la actuación del árbitro guarda cierta semejanza con la del mediador en cuanto a su obligación de imparcialidad, habrá quien considere que el abogado-mediador no disfruta de ese privilegio de secreto profesional, y sí el deber de confidencialidad predicable de los mediadores.

La Ley 5/2012 parece haber cerrado definitivamente el debate, al establecer expresamente que el mediador *quedará protegido por el secreto profesional* (art. 9.1), aunque con anterioridad, el Tribunal Supremo ya había considerado que esas actuaciones profesionales del abogado tendentes a la consecución de acuerdos entre varias personas también estarían incluidas dentro del ámbito objetivo del deber de secreto profesional, por tratarse de una modalidad de actuación profesional incluida dentro del código deontológico de la abogacía, aunque propiamente no se trate de una defensa jurídica. En este sentido, en su Sentencia de 17 de febrero de 1998³⁶⁰, el Tribunal Supremo declaró que “El hecho de la actuación concreta sobre la que depuso consistiera en gestiones de confianza para tratar de llegar a una avenencia o acuerdo no obsta a que a dichas gestiones se extienda también el deber de secreto profesional, puesto que, fundado el mismo en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución --en el ámbito del proceso-- considera nota característica del derecho a la tutela judicial, se pondría en grave riesgo esta finalidad si el deber de secreto pudiera entenderse restringido a las informaciones obtenidas por el abogado en actuaciones de carácter formal, encargadas con expresa indicación de su carácter profesional o específicamente retribuidas y no comprendiera aquellas que, al margen del proceso o de un encargo formal de actuación profesional, considere adecuado llevar a cabo por razones de confianza. (...) Conviene dejar sentado que, aun cuando las gestiones se hubieran encargado o realizado fundándose prevalentemente en razones de confianza (y no de otro tipo, como la solvencia técnica o la especialización del abogado), y aun cuando las mismas no hubieran sido objeto de consideración específica a efectos retributivos, su indudable relación con la actividad conjunta del abogado en defensa de su cliente no permitiría considerarlas ajenas al ámbito objetivo sobre el que se proyecta el secreto profesional, pues ni la preponderancia de los vínculos de confianza --la confidencia y la confianza recíproca son esenciales características y el

359 GARBERÍ LLOBREGAT, J. (director), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 601.

360 STS, sala 3ª (secc. 6), de 17 de febrero de 1998. N° de Recurso: 2060/1992.

fundamento de las relaciones del abogado con sus clientes, como dice en distintos lugares el Código Deontológico de la Abogacía Española-- ni la ausencia de retribución por un acto específico --su concurrencia no es esencial para que su actuación pueda considerarse profesional, pues el derecho del abogado a una compensación económica puede revestir otras modalidades y no es irrenunciable—son suficientes para desvirtuar la naturaleza profesional de la función de defensa jurídica en que la abogacía consiste”.

Ahora bien, la distinción entre el deber de confidencialidad y el secreto profesional es importante, más allá de la previsión contenida en la Ley 5/2012. Para VIOLA MESTRE, “la confidencialidad se puede definir en dos sentidos, uno positivo y otro negativo: en un sentido positivo, la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre los hechos conocidos en las sesiones de mediación familiar o sobre el desarrollo del procedimiento negociador o también puede consistir en mantener en secreto la información que se trate en mediación; en un sentido negativo, la confidencialidad consiste en no divulgar o no revelar ningún dato, hecho, documento que se conozca relativo al objeto de la mediación, ni después de la mediación, haya o no acuerdo³⁶¹”. Por ello, se estima que la distinción entre una (confidencialidad) y otro (secreto profesional) radique en el matiz de la condición de profesional: la confidencialidad es una cualidad de la información revelada en confianza a cualquier persona sometida a ella mientras que el secreto profesional es un deber (y, en ocasiones, también un derecho) de personas con un determinado perfil profesional.

En nuestra opinión, aparte de que el segundo tenga reconocimiento constitucional en el art. 24.2 CE, la clave reside en la *titularidad dual* del derecho al secreto profesional, a la vez que el mismo es una garantía para el cliente, mientras que para el abogado constituye un derecho y simultáneamente una obligación³⁶². La titularidad dual del derecho no debe confundirse con el poder de delimitación del objeto de la garantía, que corresponde al cliente, quien puede privar de carácter reservado a toda o parte de la información que le afecte³⁶³, pero al ser también de titularidad del abogado, éste puede alegar su derecho a guardar secreto con independencia del consentimiento de su cliente, tal y como reconoce el art. 5.8 del Código Deontológico del CGAE, según el cual el secreto profesional es un derecho y deber primordial de la Abogacía y el consentimiento del cliente, no sujeto al secreto profesional, no excusa al Abogado de la preservación del mismo. Por el contrario, la confidencialidad sobre

361 VIOLA MESTRE, I, “La confidencialidad en el procedimiento de mediación”, *2009 Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. Disponible en <http://www.uoc.edu/symposia/adr/>.

362 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del Abogado”, en VV.AA., *Problemas actuales de la justicia penal*, ed. Colex, Madrid, 2013, p. 18.

363 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *ibidem*.

la información conocida con motivo de una mediación parece configurarse como un deber del mediador y no como un derecho³⁶⁴, sometido a la voluntad de las partes, quienes pueden dispensarle expresamente de tal obligación para que comparezca en juicio, aunque se ha defendido también que la confidencialidad ha de entenderse necesariamente como un derecho-deber no sólo del mediador sino también de las partes que acuden a mediación³⁶⁵.

En el ámbito europeo, suele calificarse más bien como un deber que se predica tanto del mediador como de las partes. Según el apartado 79 del Libro verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, «La confidencialidad se impone tanto a las partes como a los terceros». Idéntica conclusión se extrae del Código de Conducta de los Mediadores Europeos, cuyo apartado 3.1, en el párrafo 2º, establece: «El mediador en especial se asegurará de que antes del comienzo de la mediación las partes hayan comprendido y hayan acordado expresamente las condiciones del acuerdo de mediación, que incluye en especial las disposiciones relativas a la obligación de confidencialidad por parte del mediador y de las partes». La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de Mayo, en cambio, lo considera un deber pero no especifica si ese deber de guardar secreto sobre la información obtenida en el proceso de mediación afecta tanto al mediador como a las partes.

Por otra parte, también es importante aclarar el alcance de dicho deber de confidencialidad, tanto desde un punto de vista subjetivo (personas sometidas al mismo) como desde una óptica material u objetiva (informaciones confidenciales).

1.3.2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA CONFIDENCIALIDAD

Respecto al ámbito subjetivo de dicha confidencialidad, el régimen de confidencialidad establecido en la Ley 5/2012 se refiere sólo “al mediador y las instituciones de mediación, sino también a las partes intervinientes”. Ya no se incluye la coletilla del PLM referida también “a las personas que participen en el procedimiento de mediación” (art. 10.2 PLM), pero es preciso entender por esas “personas que participen en el procedimiento de mediación a *Toda persona que participe en la mediación, incluidos, en particular, el mediador, las partes y sus representantes y asesores,*

364 Entre otros, vid. art. 10.a) de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; art. 10.13 de la Ley 1/2006 de Castilla y León, art. 14.c) de la Ley 1/2007 de Madrid, art. 22.c) de la Ley 3/2007 de Asturias, art. 13.b) de la Ley 1/2008 del País Vasco, art. 16.h) de la Ley 1/2009 de Andalucía, art. 8.2 de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares, o el art. 10.e) de la Ley 9/2011 de Aragón.

365 CORVO LÓPEZ, F. M., “El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar”, *Aranzadi Civil-Mercantil* num. 1/2011. Versión online.

*todo experto independiente y cualquier otra persona presente en las reuniones de las partes con el mediador*³⁶⁶. Esta obligación de confidencialidad recogida se ve completada con la incorporación de un nuevo apartado 3º al art. 335 LEC en virtud del cual las partes, salvo pacto en contrario, no podrían solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto, así como una nueva redacción del párrafo segundo del art. 347.1 LEC según el cual el tribunal denegaría la intervención del perito en el juicio cuando existiera deber de confidencialidad derivado de la intervención de aquél en un procedimiento de mediación anterior entre las partes.

1.3.3. ÁMBITO OBJETIVO DE LA CONFIDENCIALIDAD

Por lo que respecta al ámbito objetivo del deber de confidencialidad, la mayoría de leyes autonómicas se refieren en términos genéricos a la confidencialidad de la “información³⁶⁷” tratada durante la mediación. El art. 10 PLM incluía bajo el manto protector de la confidencialidad tanto “el procedimiento de mediación” como “el contenido de la mediación”, así como “la documentación utilizada en el mismo” y “la información que el mediador y a las partes intervinientes hubieran podido obtener derivada del procedimiento”. En términos similares, la ley 5/2012 se refiere a “la confidencialidad de la mediación y de su contenido”, y más específicamente, a “la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo” (art. 9.2). Por «procedimiento de mediación» y por «contenido de la mediación» entendemos que la confidencialidad debería alcanzar a la propia existencia de la mediación o al acuerdo resultante de la misma³⁶⁸, con los límites que a continuación veremos. Respecto a «la documentación utilizada en el mismo», entendemos que habría que incluir también las conversaciones y correspondencia mantenida entre el mediador y las respectivas partes, así como las posibles notas e informes redactados por la persona mediadora y demás intervinientes en dicho procedimiento. En la Ley Modelo de la CNUDMI

366 Art. 15 del Reglamento de Mediación de la OMPI. El art. 14.2 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha prevé la intervención de *las personas menores o incapaces si tuvieran suficiente juicio y en todo caso, a los menores con más de doce años*. Entendemos que sobre tales sujetos recaería igualmente la prohibición de declarar posteriormente como testigos en un proceso judicial o arbitral.

367 No obstante, algunas hablan de erróneamente de “hechos” (v. gr., art. 8.3 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, o el art. 9 de la Ley 1/2009 de Andalucía, que habla de “dato, hecho o documento”). En realidad, lo que llegarán a conocer los mediadores serán las afirmaciones de las partes sobre aquéllos, salvo que se trate de los hechos sucedidos durante las sesiones de mediación.

368 En el arbitraje, GARBERÍ LLOBREGAT (*Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 598) considera que una interpretación a favor de la efectividad del derecho a la confidencialidad puede hacer extensivo la obligación de privacidad a la propia existencia del arbitraje y del laudo. En el mismo sentido, BARONA VILAR, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 908.

sobre Conciliación Comercial Internacional, citada en la Exposición de Motivos como modelo en el que se ha inspirado dicho texto, se indica expresamente que el término «información» se ha de interpretar en sentido amplio con miras a abarcar toda la información pertinente comunicada por las partes al conciliador, como por ejemplo, no sólo las comunicaciones que se hayan sostenido durante la conciliación, sino también las que hayan tenido lugar antes de que la conciliación se iniciara, las conversaciones sostenidas sobre la procedencia de recurrir a la conciliación, los términos del acuerdo, la selección de los conciliadores, la invitación a recurrir a la conciliación y la aceptación o el rechazo de la invitación.

Respecto a la posible conservación de la documentación generada con motivo de una mediación, sólo algunas leyes autonómicas prevén expresamente el deber del mediador de conservar la misma, como por ejemplo, las copias de las actas que se redacten con motivo de una mediación (tanto si se trata del acta inicial como del acta final, y en su caso, del acuerdo alcanzado), y en su caso, su remisión al Registro autonómico de mediadores correspondiente. Por su parte, la Ley se aparta, en cierto sentido, de lo establecido en el art. 16 del Reglamento de Mediación de la OMPI, que establecen que, *salvo acuerdo en contrario de las partes, toda persona que participe en la mediación devolverá, al final de la mediación, a la parte que lo haya proporcionado, todo escrito, documento u otro material proporcionado por esa parte, sin conservar copia alguna de los mismos. Al término de la mediación, se destruirán los apuntes que haya tomado una persona sobre las reuniones de las partes con el mediador.* Según el art. 22 de la Ley 5/2012, el mediador o la institución mediadora debería devolver a las partes, al finalizar el procedimiento de mediación, “los documentos que hubiere aportado cada parte”, si bien establece un deber de conservación y custodia de cuatro meses de “los documentos que no hubieren de devolverse a las partes” (v. gr., las copias de la correspondencia enviada a las partes, las notas y apuntes propios del mediador, etc.), y el art. 23.3 establece el deber del mediador de conservar “un ejemplar del acuerdo de mediación”, respecto al cual, aunque no se encuentre sometido a plazo de conservación alguno, entendemos que sería igualmente aplicable, como mínimo, el plazo establecido en el art. 22, sin perjuicio de su ampliación en virtud de disposición reglamentaria de la institución mediadora.

En todo lo no previsto expresamente, el tratamiento de los datos recabados por las personas y entidades mediadoras debería quedar sujeto al régimen establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tanto si se trata de ficheros de titularidad pública como de titularidad privada.

1.3.4. LÍMITES LEGALES A LA CONFIDENCIALIDAD

El deber de confidencialidad no es absoluto. La Directiva 2008/52 establece dos regímenes de dispensa a este deber de confidencialidad: un régimen convencional y otro por disposición legal. De una parte, prevé el “acuerdo contrario de las partes” respecto al alcance de la confidencialidad (art. 7.1). Y de otra, establece dos excepciones legales a dicho deber: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, y b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. La alusión a *la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona* se corresponde con lo recogido en las leyes autonómicas, si bien éstas van más allá, pues excluyen también del sometimiento a confidencialidad aquellos casos en los que el mediador aprecie la existencia de hechos delictivos³⁶⁹. La alusión a “la protección del interés superior del menor” parece indicar que los procesos de familia en los cuales existan menores y, en general, cuando pudiera existir un conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales, también constituirán una excepción. Y finalmente, la mención a que el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación pueda ser necesario “para la ejecución del mismo” resulta lógico, sobre todo si se tiene presente que el acuerdo de mediación podrá adquirir carácter ejecutivo.

Las leyes autonómicas, por su parte, también establecen determinadas excepciones a dicho régimen de confidencialidad de la información tratada durante la mediación, aunque éste es un ámbito en donde es precisa una normativa procesal estatal que prevea los supuestos en los cuales procede la comunicación de dicha información a las autoridades judiciales o su utilización en un proceso judicial. No obstante, y al margen de esos supuestos en los que procede la revelación de la información conocida con motivo de una mediación cuando exista un requerimiento de las autoridades judiciales, la mayoría de las leyes autonómicas también establecen como excepción a dicho deber de confidencialidad la comunicación de datos a las autoridades administrativas, cuando dicha información no sea personalizada y se utilice únicamente fines de formación, investigación o estadística³⁷⁰.

La ley 5/2012 también contiene ese doble régimen, convencional y legal, de excepciones a ese deber de confidencialidad, aunque con una regulación más estricta que la mencionada en la Directiva europea, y que no coincide con lo establecido en

369 Art. 13.4 de la Ley 1/2001 de Cataluña; art. 16.h) de la Ley 1/2009 de Andalucía

370 Entre otros, véanse el art. 13.3 de la ley catalana de 2001; el art. 10 de la ley castellanoleonesa de 2006; el art. 7 de la ley asturiana de 2007; o el art. 9 de la ley andaluza de 2009.

las leyes autonómicas sobre la materia. Respecto al régimen convencional, intrínsecamente relacionado con la voluntariedad y la autonomía de la voluntad que impregna este método de resolución de conflictos, resulta claro que las partes pueden disponer de ese grado de privacidad, y dispensarse entre sí y al resto de intervinientes (mediador, peritos, etc.) de esa obligación de guardar secreto, aunque esta disposición no se cohoneste con lo previsto en el art. 5.8 del Código Deontológico del CGAE. En este caso, la norma exige que el acuerdo de dispensa sea expreso y por escrito, aunque cabe admitir que dicho acuerdo entre las partes para “desclasificar” las informaciones obtenidas durante la mediación pueda llegar a ser tácito si una de las partes pretende la declaración de un sujeto o la aportación de determinada información al proceso y la otra lo consiente o no se opone. Y respecto al régimen legal de excepciones al deber de confidencialidad, la Ley tan sólo prevé como excepción la solicitud de declaración o de información por parte de *los jueces* del orden penal, y siempre a través de resolución judicial motivada (art. 9.2.b³⁷¹), de acuerdo con las críticas vertidas por el CGPJ al régimen anterior del Anteproyecto de Ley³⁷². No obstante, y aun cuando el citado art. 9 no lo indique expresamente, también sería un supuesto legal de excepción a esa confidencialidad cuando el contenido del acuerdo o determinada documentación de la mediación resultasen necesarias para la ejecución de aquél o cuando así se exija legalmente.

En su momento, el PLM reconocía el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación (proyectado art. 517.2.2º LEC), y también venía a establecer la necesidad de presentar determinada documentación acreditativa de la existencia o intento de mediación. Por ejemplo, el art. 26 PLM, así como la propuesta de reforma del art. 550.1.1º LEC exigían que a la demanda ejecutiva se acompañase “copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento”. Y para la presentación de la demanda de juicio verbal de reclamación de cantidad inferior a 6.000 euros, se exigía la presentación del “acta u otro documento acreditativo del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición” (proyectados arts. 437.3 y 439.2 LEC).

La Ley 5/2012 no ha concedido finalmente al acuerdo de mediación esa consideración de título ejecutivo per se, aunque sí autoriza a las partes a que puedan formalizar un título ejecutivo extrajurisdiccional mediante la elevación a escritura pública de dicho acuerdo, para lo cual las partes deberán presentar ante un notario el acuerdo de mediación acompañado de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento (art. 25).

371 Adviértase que se refiere exclusivamente a “jueces”, mientras que el art. 26.2.b) de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha se refiere a “el Juzgado o el Ministerio Fiscal”.

372 Informe del CGPJ, op. cit., pág. 79.

1.4. GRATUIDAD

La ley estatal de mediación civil y mercantil no incluye la gratuidad como principio rector de la mediación. Al igual que acontece con el arbitraje, la regla general es que el coste de la mediación será soportado por igual entre las partes, salvo pacto en contrario, y que el mediador o la Institución mediadora deberán informar con carácter previo sobre los gastos y tarifas del procedimiento de mediación (honorarios del mediador, gastos de la Institución, etc.). Además, hay que precisar que la vigente Ley de Asistencia Jurídica Gratuita no incluye los costes de una mediación dentro de los gastos incluidos en dicho beneficio³⁷³, a pesar de que una interpretación amplia de dicho precepto podría llegar a considerarlos como actos que *tienen por objeto evitar el conflicto procesal*. El art. 6 de la Ley, modificado en virtud de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, advierte que el derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende el asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, *así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos*, en los casos no prohibidos expresamente por la ley, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal o analizar la viabilidad de la pretensión. Es decir, sólo información sobre la posibilidad de acudir a mediación, pero no los gastos derivados de aquella.

Cuestión distinta es que la persona ya sea beneficiaria de dicho derecho y decida someterse a una mediación intrajudicial en virtud de la “recomendación” indicada habitualmente por el órgano judicial en la audiencia previa, en cuyo caso la presencia de su abogado y su actuación en las sesiones debe estimarse incluida en dicho beneficio.

No obstante, y para el supuesto de que se trate de un litigio civil o mercantil transfronterizo, no debe pasarse por alto que el art. 46.2 LAJG, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 2003/8, incluye también “los procedimientos extrajudiciales en estas mismas materias cuando la Ley los imponga a las partes o el Juzgado o Tribunal remita a éstas a dichos procedimientos”. Sin embargo, como quiera que la legislación española no impone la mediación, y los poderes del órgano jurisdiccional se limitan a “recomendar” o “informar” a las partes sobre la posibilidad de acudir a una sesión informativa, la mediación no se entiende incluida dentro de la asistencia jurídica gratuita.

En el ámbito autonómico puede comprobarse que el coste de la mediación varía significativamente en función de en qué Comunidad Autónoma nos encontremos y según quiénes sean las personas o entidades mediadoras. No es lo mismo una me-

373 En el mismo sentido, GÓMEZ AMIGO, L., “Estudio del procedimiento de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 31, 2013.

diación prestada directamente por la Administración Autonómica o por una entidad (pública o privada) con la que la Administración tenga un determinado convenio (por ej., la mediación comunitaria que gestionan los Ayuntamientos o las Diputaciones provinciales) que la mediación familiar, civil o mercantil que puedan prestar los Colegios profesionales, las Cámaras de Comercio, o personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión.

De la regulación autonómica podemos extraer hasta 4 regímenes distintos en cuanto al coste de la mediación familiar:

1. Los que establecen expresamente la gratuidad del servicio público de mediación familiar, como es el caso de las Islas Baleares o País Vasco³⁷⁴.
2. Los que no contemplan expresamente la existencia de procesos de mediación familiar gratuitos, como ocurre en la Comunidad de Madrid³⁷⁵.
3. Los que reconocen la gratuidad de la mediación familiar sólo a las personas beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita conforme a la Ley 1/1996³⁷⁶, y
4. Los que establecen un beneficio de mediación gratuita «particular», como es el caso de la regulación castellanoleonesa, la cántabra, la aragonesa y la castellanomanchega.

Respecto al primero de los regímenes, hay que valorar positivamente aquellos sistemas autonómicos de servicios sociales que incluyen la mediación familiar dentro de su cartera de servicios sociales gratuitos, como sucede con lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 1/2008 del País Vasco, que establece que “El departamento del Gobierno Vasco competente en materia de mediación familiar creará y mantendrá servicios públicos integrales gratuitos de mediación familiar, que responderán a la demanda existente en esta materia y que priorizarán en cuanto a su acceso a las personas que sean derivadas desde otros servicios sociales o la Administración de Justicia”. En el

374 Vid. el art. 6 de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares; o el art. 4.1 de la Ley 1/2008 del País Vasco.

375 La Ley 1/2007 de mediación de la Comunidad de Madrid no se refiere en ningún momento a la gratuidad de la mediación, y sí al derecho de las partes “a conocer con carácter previo al inicio de la mediación, el coste máximo de la misma” (art. 9.c); el deber de éstas de satisfacer los honorarios del mediador (art. 10.d); el derecho del mediador a “percibir los honorarios que correspondan por su actuación profesional” (art. 13.b); o la consideración como una infracción muy grave “el cobro de honorarios distintos a los pactados” (art. 24.d).

376 Art. 9.1 de la Ley 1/2001 de Cataluña (así como el art. 27 de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado); art. 9.1 de la Ley 4/2001 de Galicia; art. 6 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; art. 21 de la Ley 15/2003 de Canarias; art. 26 de la Ley 3/2007 de Asturias; o el art. 27 de la Ley 1/2009 de Andalucía, desarrollado a través de la Orden de 16 de mayo de 2013, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se regulan las tarifas aplicables en los procedimientos de mediación familiar gratuita y el sistema de turnos (BOA núm. 99, de 23 de mayo de 2013).

caso opuesto, la anterior Ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha de 2005 establecía expresamente la gratuidad como uno de los principios básicos rectores de la actuación del servicio social especializado de mediación familiar en Castilla-La Mancha (art. 9.1 de la Ley 4/2005). Otra cosa es que las partes optasen por acudir a la mediación familiar que puedan prestar los Colegios Profesionales o aquellas personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión, en cuyo caso deberán estar a las tarifas fijadas con carácter orientativo por el correspondiente colegio o institución, o bien a los honorarios pactados de antemano con la persona mediadora. No obstante, y frente a lo recogido en la Ley 4/2005, la posterior Ley 14/2010 de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha definió la mediación familiar como una prestación de un servicio social especializado *de acceso condicionado*, lo que significa que no tiene por qué ser completamente gratuito, pues frente a las prestaciones sociales garantizadas, las de acceso condicionado quedan vinculadas al cumplimiento de determinados requisitos en los términos que se establezcan en el catálogo y en la normativa correspondiente, de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria del sistema (norma que podrá establecer, en su caso, el copago por la obtención de tales prestaciones sociales, o por ejemplo, la gratuidad sólo para quienes se encuentren en condiciones de acogerse al beneficio de justicia gratuita o reúnan los requisitos que pudiera establecer expresamente el legislador regional para acceder a unos servicios gratuitos de mediación familiar).

Tras la aprobación de la Ley 1/2015, cabe afirmar que Castilla-La Mancha ha pasado a formar parte del cuarto de los regímenes –mediación gratuita especial-. Con carácter general, el coste de la mediación prestada a través del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar será el del precio público que se establezca y será asumido por las partes y se dividirá por igual entre ellas, salvo pacto en contrario, pero se advierte que “La Administración *podrá proporcionar* el servicio especializado de mediación de forma gratuita: a) Para las personas contempladas en el artículo 2.a), cuando sean derivadas desde los Servicios Sociales de Atención Primaria, desde los Servicios Especializados de Familia y Menores o desde otros Servicios Sociales Especializados, para evitar situaciones de conflictividad grave o casos de violencia entre las partes, con los requisitos que se establezcan reglamentariamente; b) En los casos de mediación para la conciliación y reparación extrajudicial del daño en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores; y c) En los casos de mediación para la búsqueda de orígenes en adopción³⁷⁷”. Es decir, la gratuidad de los servicios de mediación no depende del reconocimiento del derecho al beneficio de justicia gratuita, sino de las disposiciones que discrecionalmente apruebe la Administración regional.

En el mismo sentido, puede comprobarse como la legislación castellanoleonese dispone que “La prestación del servicio de mediación será gratuita para aquellas

377 Art. 10.2 de la Ley 1/2015.

personas físicas que acrediten disponer de recursos económicos escasos, con arreglo a los criterios y condiciones que se establezcan reglamentariamente³⁷⁸, no pudiendo ser nunca estos requisitos menos favorables a los que se exigen para la condición de beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita”. Y la ley cántabra crea un «derecho de mediación gratuita» que deberá concretarse en el reglamento³⁷⁹ que desarrolle la Ley, exigiéndose en todo caso que la parte que solicite dicho beneficio esté empadronada en la Comunidad Autónoma de Cantabria en el momento de presentar la solicitud de mediación (art. 3.3). Y en similares términos, la Ley de mediación familiar de Aragón (art. 24) distingue los supuestos en los que el servicio de mediación tendrá carácter gratuito y cuándo será abonado por los interesados, de acuerdo a las tarifas que se establezcan reglamentariamente, pues el servicio de mediación será gratuito: a) en aquellos casos que, en atención a la concurrencia de especiales circunstancias económicas o sociales de los interesados, así lo determine el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. Y b) en el supuesto de iniciación de la mediación por la Autoridad Judicial, siempre que los solicitantes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita conforme a su normativa reguladora.

En conclusión, la gratuidad no es considerada expresamente como principio rector de la mediación en las distintas normas reguladoras de dicha institución, aunque se ha defendido que un sistema público de mediación totalmente gratuito sería un “magnífico incentivo para fomentar su atractivo para el ciudadano³⁸⁰”. Dependerá, por tanto, del legislador autonómico decidir qué modelo económico decide aplicar a los servicios de mediación familiar (gratuidad, copago, etc.), y al analizar el menor coste económico de la mediación como una de las ventajas de emplear la mediación en los conflictos familiares³⁸¹, ya advertimos como el coste para el ciudadano de acudir a un procedimiento de mediación reglado variaba significativamente en función de en qué Comunidad Autónoma se realice, diferenciando distintos regímenes que iban desde la gratuidad del servicio público de mediación familiar³⁸², hasta aquellos

378 Art. 13 de la Ley 1/2006. De acuerdo con el art. 12 del Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, “Tendrán derecho a la mediación familiar gratuita, las personas físicas residentes en Castilla y León, cuyos recursos e ingresos económicos computados anualmente por todos los conceptos y en su unidad familiar, no superen la cuantía del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM en adelante) por cada miembro. Se computará dos veces el IPREM por cada miembro de la unidad familiar que tenga reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 65%”.

379 Art. 24 de la Ley 1/2011

380 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, ed. CGPJ, Madrid, 2010, p. 162.

381 Véase el apartado 5.2.2 del Capítulo II.

382 Vid. El art. 9.1 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; el art. 6 de la Ley 14/2010 de las Islas Baleares; o el art. 4.1 de la Ley 1/2008 del País Vasco, que establece que “El departamento del Gobierno Vasco competente en materia de mediación familiar creará y mantendrá servicios públicos integrales gratuitos de mediación familiar, que responderán a la demanda existente en esta materia y que priorizarán en cuanto a su acceso a las personas que sean derivadas desde otros servicios sociales o la Administración de Justicia”.

otros que no contemplan expresamente la existencia de procesos de mediación familiar gratuitos³⁸³.

1.5. PRESENCIALIDAD

La oralidad es otro de los principios que caracteriza los procedimientos de mediación, pues va implícita en la propia dinámica de este sistema de resolución de conflictos³⁸⁴, que pasa por devolver a las partes el protagonismo en la toma de decisiones para el arreglo amistoso de sus diferencias, escucharlas, recuperar las vías de diálogo entre las mismas y que puedan expresar en un ambiente de confianza y tranquilidad sus problemas para hallar la solución a los mismos. La necesaria oralidad del procedimiento, así como el contacto directo entre el mediador y las partes, se ha plasmado en las distintas leyes autonómicas sobre mediación familiar en la necesaria asistencia personal de las partes a las sesiones de mediación, sin que puedan delegar dicha asistencia en representantes o intermediarios. Bajo distintos términos (“carácter personalísimo³⁸⁵”, “inmediación³⁸⁶”, “inmediatez³⁸⁷”, o “carácter presencial³⁸⁸”), y debido al especial objeto del asunto a mediar (v. gr., las distintas medidas que integran el convenio regulador, las relaciones personales y familiares con ascendientes o descendientes, con la familia biológica, etc.), se trata de garantizar que el acuerdo alcanzado sea fruto de la voluntad libremente expresada por las partes, y de que éstas comprendan el alcance real de sus actos, de un modo similar al mandato establecido en los arts. 770.3^a, art. 771.2 y art. 777.3 LEC para los procesos judiciales matrimoniales.

La ley 5/2012, al pretender ser una norma de general aplicación para todas las materias civiles y mercantiles de libre disposición, no exige expresamente la asistencia personal de las partes a las distintas reuniones con el mediador³⁸⁹. Resulta obvio

383 Por ejemplo, la Ley 1/2007 de mediación de la Comunidad de Madrid.

384 LASHERAS HERRERO, P., “Mediación Familiar: oralidad y principios del procedimiento”, en CARPI. F. / ORTELLS, M. (editores), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, vol. II, ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2008, p. 437.

385 Art. 15 de la ley catalana de 2001 y art. 8 de la ley catalana de 2009; art. 4 de la ley castellanoleonesa de 2006; art. 10 de la ley andaluza de 2009 y art. 7 de la ley aragonesa de 2010.

386 Art. 8 de la ley asturiana de 2007.

387 Art. 4 de la ley canaria de 2003; art. 8 de la ley vasca de 2008 y art. 12 de la ley cántabra de 2011.

388 Art. 15 de la ley valenciana de 2001.

389 El Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley ya advirtió (p. 40) que “El Anteproyecto no ha dotado al procedimiento de mediación de alguna otra característica que, sin embargo, aparece contemplada en otras leyes sobre la materia. Nos referimos al carácter personalísimo de la mediación, conforme al cual las partes y el mediador deban asistir personalmente a las diferentes sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios. (...), pero en cualquier caso podría tener sentido que la Norma en proyecto incluyese alguna puntualización a este respecto”.

que cuando se pretenda la consecución de un acuerdo entre personas jurídicas, quienes comparecerán en las sesiones ante el mediador serán los representantes legales de aquéllas, pero para el caso de personas físicas es cierto que, a diferencia de lo establecido en el art. 770.3ª LEC, en donde se establece la obligación de las partes de concurrir a la vista “por sí mismas”, a la vez que se establece la presencia obligatoria de los respectivos abogados, la ley estatal únicamente alude a que las sesiones se celebren *con las partes*, quienes firmarán el correspondiente acta al término de cada sesión (informativa, constitutiva y final), sin especificar si éstas deben acudir por sí mismas o pueden comparecer representadas. No obstante, como quiera que para la firma de lo que constituye el acuerdo de mediación, que no tiene por qué coincidir con el acta final, ya que puede redactarse y entregarse al mediador en un momento posterior a la sesión final, se prevé expresamente que pueda ser firmado por las partes *o sus representantes*, cabría deducir que la ley, cuando habla de “partes” se está refiriendo a los sujetos enfrentados. Si así fuera la intención del legislador, es preciso tener presente que la LEC permite al procurador con poder especial la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto (art. 25.2.1ª LEC). En tal caso, se daría la circunstancia de que en un proceso judicial sí podría actuar válidamente el representante de la parte para llegar a un acuerdo con el contrario, si dispone de poder especial para ello, mientras que en una mediación extrajudicial debería ser el propio sujeto quien interviniera personalmente en dicho procedimiento. En la actualidad, cuando se procede a la celebración de una mediación intrajudicial, y aunque expresamente no existe jurisprudencia al respecto, la mayoría de los juzgados entienden que las partes enfrentadas deben asistir personalmente, incluso aunque también asistan sus abogados y procuradores, de modo que parece considerarse como un acto a realizar personalmente por los litigantes (art. 25.3 LEC).

La mediación constituye un sistema de solución de conflictos “que descansa sobre el diálogo y el acuerdo, sobre la intervención directa, inmediata y personal de las partes, y construido sobre la flexibilidad y la irritualidad, y que ha de nutrirse ineludiblemente de la oralidad como uno de sus principios rectores”, y por tanto, “solucionar un conflicto con el diálogo por bandera, determinando deliberada y voluntariamente la vía elegida para ello, y a través de la oralidad no puede conducir sino a una imprescindible intervención personalísima de las partes³⁹⁰.”

390 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, ed. CGPJ, Madrid, 2010, p. 74-75, que señala como principios rectores la «Oralidad, Proximidad, inmediación y no sustitución de las partes (carácter personalísimo)».

1.5.1. PRESENCIALIDAD Y MEDIACIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS TELEMÁTICOS

Ya hemos advertido en otra ocasión el impulso de los denominados ODR (*online dispute resolution*) especialmente en materia de consumo³⁹¹, en donde la mediación se realiza a distancia, comunicándose las partes y los mediadores a través de medios electrónicos. Al igual que el arbitraje tramitado de forma electrónica, no vemos impedimento alguno en que la mediación se lleve a cabo, bien íntegramente, o bien determinados trámites (vg., citaciones, comunicaciones y notificaciones) a través de medios electrónicos como pueda ser el correo electrónico, la videoconferencia, etc., sin perjuicio de que alguna actuación deba practicarse por medios tradicionales, y siempre que el objeto de la disputa así lo permita y se garantice la identidad de las partes y de la persona mediadora, así como la autenticidad de la comunicación. Sabedor de ello, el PLM no sólo preveía la posibilidad de que las partes pudieran acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se llevase a cabo por medios electrónicos³⁹², siempre que quedase garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación (art. 25), sino que establecía como premisa legal que las mediaciones consistentes en reclamaciones de cantidad que no excedieran de 300 euros se desarrollarían preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes. Y la Ley únicamente ha modificado el texto para elevar esa cuantía a los 600 euros.

En este punto, de nuevo debemos cuestionarnos la conveniencia de la cuantía fijada como límite para la tramitación electrónica de la mediación. La cantidad de 300 euros del PLM se asemeja a la *summa executionis* fijada en el art. 520.1 LEC como mínimo para despachar ejecución basada en títulos no judiciales y arbitrales, pues en caso contrario hay que ir al correspondiente juicio declarativo, o en su caso, monitorio. Desconocemos los motivos del legislador para haber decidido fijar, como cuantía para impulsar la mediación a través de medios electrónicos, la cantidad de 600 euros, pero consideramos que hubiera sido preferible equiparar dicha cantidad, respecto a la cual se desea promover su resolución amistosa a través de medios electrónicos, a aquélla otra sobre la que expresamente se prevé facilitar su reclamación judicial a través de medios electrónicos. Para reclamaciones cuyo valor, excluidos los intereses, gastos y costas, no rebase los 2.000 euros, el proceso europeo para reclamaciones de escasa cuantía, regulado en el Reglamento (CE) nº 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007³⁹³, prevé que la incoación del proceso mediante demanda (art. 4), la celebración de vistas (art. 8) o la práctica de

391 Véase el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, modificado a través del Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo (BOE núm. 126, de 25 de mayo de 2009).

392 El considerando nº9 de la Directiva 2008/52 recuerda que “La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación”.

393 DOUE L 199, de 31 de julio de 2007.

la prueba (art. 9), puedan realizarse a través de cualquier medio de comunicación, en la medida en que se disponga de los medios técnicos correspondientes. Aunque las reglas establecidas en dicho Reglamento se refieren únicamente a litigios transfronterizos, en la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía³⁹⁴ se ha considerado oportuno modificar la legislación española para introducir aquellas normas que sean más ventajosas, y aplicar el mismo tratamiento procesal a cualquier acreedor, resida en España o en otro país de la Unión Europea. En este sentido, se ha modificado la cuantía por debajo de la cual no es obligatoria la intervención de abogado y procurador, que pasa de 900 a 2.000 euros (arts. 23, 31 y 539 LEC), y también se ha establecido la posibilidad de que el demandante pueda presentar su demanda cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el tribunal correspondiente (art. 437.2 LEC), a lo que hay que sumar la nueva Disposición Final vigésima cuarta de la LEC, apartado 5, conforme a la cual, «Las notificaciones efectuadas con ocasión de la tramitación de un proceso europeo de escasa cuantía se llevarán a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, siempre que se trate de medios de comunicación previstos en el Reglamento (CE) n.º 861/2007, prioritariamente por medios informáticos o telemáticos y, en su defecto, por cualquier otro medio que también permita tener constancia de la entrega al demandado del acto de comunicación». Como quiera que en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia³⁹⁵ se prevé, entre otras cuestiones, el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración de Justicia utilizando medios electrónicos, y la necesidad de que las oficinas de información y atención al público, en los procedimientos en los que los ciudadanos comparezcan y actúen sin asistencia letrada y sin representación procesal —como sucederá con las reclamaciones de menos de 2.000 euros—, pondrán a su disposición de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos para ejercer los derechos reconocidos en el artículo 4 de esta Ley, debiendo contar con asistencia y orientación sobre su utilización, bien a cargo del personal de las oficinas en que se ubiquen o bien por sistemas incorporados al propio medio o instrumento, entendemos que no hay obstáculo para que también se fomente el uso de tales medios electrónicos para aquellos procedimientos de mediación para reclamaciones inferiores a los 2.000 euros.

A ello habría que sumar lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de es-

394 BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2011.

395 BOE núm. 160, de 6 de julio de 2011.

casa cuantía, y el Reglamento (CE) no 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo³⁹⁶, que entrará en vigor a partir del 14 de julio de 2017, y una de cuyas importantes reformas ha sido ha sido elevar el límite relativo a la cuantía de la demanda hasta 5.000 euros.

En la legislación autonómica sobre mediación familiar, únicamente la Ley asturiana de 2007 de mediación familiar, prevé como salvedad a esa asistencia personal que “si las circunstancias así lo requieren y de forma excepcional, puedan utilizarse medios electrónicos en alguna de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador familiar y de las partes. La presencia física de las partes deberá producirse, en todo caso, en el momento de la firma de los acuerdos adoptados (art. 8.2). No obstante, la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia³⁹⁷ también prevé la potenciación de los recursos para garantizar “la efectividad de los procesos de apoyo familiar y mediación para que estos puedan llegar a los sectores de población más amplios posible, tanto a través de las nuevas tecnologías como en la modalidad de atención presencial. En concreto, a través de los departamentos competentes en materia de familia y justicia, constituirá servicios de apoyo y atención a las familias a través de las tecnologías de la información y comunicación y promoverá, reforzará y ampliará los servicios de orientación familiar, de mediación y los puntos de encuentro familiar (art. 36)”.

En la mediación familiar, más si cabe, las partes deben escucharse, pues precisamente una de las ventajas y a la vez característica y objetivo de la mediación familiar es que las partes se sientan protagonistas de la resolución de su problema, así como recuperar las vías de comunicación entre las mismas, afectadas por la ruptura o crisis matrimonial. Por lo tanto, la presencia física de las partes será la regla general en la mediación en el ámbito familiar, sin perjuicio de que algunos trámites puedan realizarse de forma telemática. Eso sí, la corriente a seguir parece ser la ampliación de la regulación autonómica a otros ámbitos en donde la mediación puede dar interesantes frutos (mediación vecinal, multicultural, consumidores, asociaciones y demás personas jurídicas para los conflictos de sus integrantes, etc.), y con ello, la introducción de la utilización de medios telemáticos para aquellos trámites en los que resulte posible y no perjudique el fin de la mediación. Y así, si bien en la Ley catalana de mediación familiar de 2001 se establecía taxativamente el carácter personalísimo de la mediación, en donde las partes y el mediador debían asistir personalmente a las reuniones (art. 15), en la posterior Ley de Mediación en Derecho Privado de 2009 de dicha Comunidad Autónoma se permite que, “en situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la

396 DOUE L 341/1, del 24 de diciembre de 2015.

397 DOG núm. 134, de 13 de julio de 2011, pág. 19306.

mediación (art. 8.1). Y lo mismo se prevé en la Ley de Cantabria 1/2011, en la que se especifica que las partes deberán asistir personalmente cuando el conflicto afecte a derechos personalísimos, de “ius cogens” o deba ser fiscalizado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la representación necesaria de menores e incapaces. Fuera de estos casos, las partes podrán acudir representadas mediante escrito acreditativo de la representación dirigido a la persona mediadora (...). 2. Las instituciones de mediación fomentarán la implantación de sistemas de mediación por medios electrónicos en aquellas mediaciones donde se pudiera realizar (art. 12)”.

CAPÍTULO V.

Conclusiones y propuestas de reforma de la ley de mediación familiar en Castilla-La Mancha

1. CONCLUSIONES GENERALES

A lo largo del trabajo ya se han formulado diversas recomendaciones, con motivo del estudio comparativo entre la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha y las demás normas autonómicas sobre mediación familiar, así como tras la confrontación del Derecho autonómico frente a la Directiva 2008/52/CE y la Ley estatal 5/2012. La principal conclusión a la que cabe llegar es que la mediación ha resultado ser un instrumento idóneo para la prevención, gestión, y en su caso, resolución de múltiples tipos de disputas relacionadas con el Derecho de Familia, y muy especialmente, respecto a las relaciones personales y patrimoniales derivadas tras una ruptura matrimonial. En el ámbito familiar, con mayor motivo, los tribunales de Justicia no deberían ser “el primer recurso”, sino el último, pues deberían ocuparse de los conflictos más graves y problemáticos, en los que no existe otro remedio que acudir a los tribunales para zanjar la disputa de un modo definitivo, con “efectos de cosa juzgada”.

La propia estructura del proceso contencioso ante los tribunales de justicia, basado precisamente en la confrontación entre aquéllas, no hará sino incrementar el enfrentamiento, el rencor y el alejamiento entre los sujetos que, quieran o no, están obligados a mantener determinadas relaciones post-ruptura. Por ello, los tribunales de justicia, y posteriormente el legislador, comenzaron a idear instrumentos colaborativos para el cumplimiento de las resoluciones judiciales en materia de familia, como fueron los puntos de encuentro familiar, pero sobre todo, la derivación de los casos conflictivos a los Servicios de Mediación, Orientación e Intervención Familiar.

De hecho, otra conclusión muy importante a la que se ha llegado es el relevante papel jugado por las Comunidades Autónomas, que han sido las primeras en

crear Servicios Sociales específicos en materia de mediación familiar, debido a que la Asistencia social y los Servicios sociales han sido asumidos como competencia exclusiva por parte de las CC.AA al amparo de lo dispuesto en la Constitución (artículo 148.1.20ª CE). A falta de una legislación estatal hasta hace poco inexistente, el grueso de la regulación sobre mediación familiar fue obra de las Comunidades Autónomas. Y quizá ese haya sido, a la postre, el origen de ciertos desajustes normativos entre la legislación estatal y la autonómica, tal y como se ha podido comprobar al examinar en el capítulo IV los principios rectores de la mediación, según las diversas leyes autonómicas, y las distintas perspectivas y regulaciones sobre cuestiones tan esenciales como el alcance de la confidencialidad y su configuración como un derecho o un deber del mediador, la duración de la mediación, el carácter gratuito o no de los servicios autonómicos de mediación, etc.

Por otra parte, y junto con estas conclusiones generales, también es preciso incidir de forma más pormenorizada sobre algunas de las observaciones a las que se ha llegado tras el estudio realizado.

2. LOS MÉTODOS ADR: ¿DESCONGESTIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL O PREVENCIÓN DE CONFLICTOS?

Ahora que acaba de cumplirse la primera década del siglo XXI, se dice que en Grecia destacan tres tendencias: entre los mayores, hablar de la crisis económica; entre los jóvenes, hablar español; y entre los abogados, hablar de la mediación³⁹⁸. Desde luego esta última, y quizás alguna otra, también la compartimos actualmente en España y muchos otros países de nuestro entorno, en donde se ha querido hacer ver como novedad algo que no deja de ser sino un *renacimiento* de los métodos de solución de conflictos basados en la cultura del acuerdo entre las partes, que poco a poco van “reconquistando” determinadas parcelas del ordenamiento jurídico hasta hace poco impensables, como sucede con el Derecho Penal y la pretendida incorporación al sistema judicial penal español de métodos de justicia restaurativa.

Esta recuperación de la apuesta por los métodos autocompositivos de solución de conflictos nos hace recordar la teoría de los movimientos pendulares de la historia de Arnold TOYNBEE, pues resulta fácil comprobar como a lo largo de la historia de las civilizaciones existen múltiples alusiones a procedimientos conciliatorios de solución de conflictos en los que un tercero mediaba entre las partes, para evitar tener que acudir a la Justicia “ordinaria”. No obstante, la complejidad de los actuales

398 ORFANOU, M., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles en Grecia. Panorama actual y una perspectiva comparativa: comentario a la Ley 3898/2010”, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2011, n°1 (publicación electrónica www.riedpa.com).

ordenamientos jurídicos también ha tenido sus ecos en la formulación y regulación de esos métodos autocompositivos de resolución de conflictos agrupados bajo la denominación genérica de métodos ADR. En general, es posible afirmar que la actual consideración de la mediación como procedimiento de resolución de conflictos no es ya esa opción en la que un tercero de buena fe o con la suficiente *auctoritas* se ofrecía voluntariamente a ayudar a dos sujetos en conflicto para lograr el acercamiento de sus posturas e intereses en beneficio de evitar la escalada del conflicto entre ambas, o era reclamado por éstos debido a esa autoridad moral que ambos le reconocía (el alcalde, el párroco el pueblo, el director de la escuela, etc.), sino que la actual regulación de la mediación permite afirmar que se trata de un mecanismo *institucionalizado, reglado y profesional* de resolución de controversias.

Ahora bien, la visión del legislador sobre la mediación como método ADR, esto es, “alternativo” a la vía jurisdiccional, es claramente diferenciable según en qué ámbito territorial del ordenamiento jurídico nos movamos. A continuación se exponen diversos argumentos por los cuales es posible llegar a deducir que la óptica del legislador estatal español se orienta a considerar la mediación como un mecanismo de “descongestión” de la litigiosidad ante los Tribunales, mientras que el legislador autonómico entiende la mediación como instrumento de desarrollo de los servicios sociales, con claros efectos preventivos sobre el surgimiento de disputas y controversias en diversos sectores jurídicos muy relacionados con la ciudadanía.

Así, aunque en los últimos años los datos del CGPJ reflejan un cierto descenso en el número de asuntos ingresados en la jurisdicción civil y en la penal, lo cierto es que la litigiosidad judicial sigue resultando excesiva, lo cual se considera como uno de los tradicionales males endémicos de nuestra Justicia, sobrecargada de asuntos que provocan consiguientemente un mayor descontento de los ciudadanos con el sistema judicial existente, a la vez que una pérdida de confianza en ver resueltos sus problemas de un modo rápido y eficaz. A ello hay que sumar que el arbitraje no termina de despegar en España como verdadera alternativa al cauce jurisdiccional.

Por todo ello, el principal *leitmotiv* de este auge y fomento de los métodos ADR en Europa y en España se halla primordialmente en el objetivo de garantizar la resolución de los conflictos mediante métodos rápidos, sencillos, poco costosos, y sobre todo, que descongestionen la sobrecarga del sistema judicial. A nivel europeo, ya tuvimos la ocasión de advertir que, aun cuando se defiende como motivo central garantizar «el Derecho de acceso a la justicia», que no sólo abarca el acceso a la vía judicial, sino también a los métodos extrajudiciales de resolución de litigios, lo cierto es que dicho argumento cobra especial sentido en los EE.UU., cuyo sistema judicial acarrea un coste muy elevado que no todos los ciudadanos pueden permitirse, mientras que en Europa, la configuración constitucional del derecho a la tutela judicial

efectiva, complementado por las normas sobre asistencia jurídica gratuita, permiten a cualquier ciudadano (que pueda abonar la correspondiente tasa judicial) acceder a los tribunales en busca de una resolución motivada que resuelva su conflicto, de modo que el auge de los ADR debe encontrarse en otro motivo: como decimos, garantizar la resolución del conflicto mediante métodos rápidos, poco costosos, y sobre todo, que descongestionen la sobrecarga del sistema judicial. De hecho, en la primera Comunicación de la Comisión Europea sobre el acceso de los consumidores a la Justicia, de 4 de enero de 1985, ésta se comprometía a *apoyar proyectos pilotos para aprender a solucionar los problemas surgidos en la práctica y, sobre la base de la información así conseguida, proponer soluciones concretas como la modificación de la legislación en sí misma, la creación de procedimientos administrativos o extrajudiciales, o de arbitraje y conciliación*. Y también en la Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de septiembre de 1986, respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales, se recomendaba promover *la solución amistosa de los conflictos*.

En España, da la impresión de que la mediación es vista como un nuevo método de ahorro de costes en la Justicia, al igual que la informatización de las oficinas judiciales o el empleo de la videoconferencia para minorar los gastos de los desplazamientos de peritos y testigos. Ya desde el Anteproyecto de Ley de 19 de febrero de 2010 se afirmaba con rotundidad que la mediación tendría claros beneficios, pues liberaría *también a nuestros tribunales de justicia de la excesiva carga de trabajo que en ese momento tienen*. Y el propio Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, afirma que dicha ley *contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, (...) y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos*, al igual que muchas otras iniciativas legislativas españolas, en donde se utilizan eufemísticamente términos tales como la “modernización”, “eficacia”, “eficiencia”, “calidad”, y sobre todo, la “agilización” de la Administración de Justicia, para regular medidas dirigidas a reducir la carga de trabajo de los tribunales.

A diferencia del legislador estatal, las Comunidades Autónomas han mostrado un gran empeño en promulgar una legislación especial referida los servicios de mediación familiar, fundamentalmente por dos motivos.

En primer lugar, porque las disputas relativas al Derecho de Familia son uno de los ámbitos donde más se ha cuestionado la eficacia de la vía judicial, pues se trata de conflictos caracterizados por un alto componente personal y un elevado grado de tensión emocional que, lejos de ser sofocada en el proceso judicial, es incluso potenciada y enquistada. La consecuencia más directa del cambio en el modelo de Sociedad y familia, tal y como advertimos en el Capítulo I, es el surgimiento de un

«nuevo pacto conyugal³⁹⁹», caracterizado por la negociabilidad de los términos de la convivencia, tanto en la forma en la que se inicia, como en la que se desarrolla y, eventualmente, puede terminarse. Y sin embargo, esa negociabilidad y esa continua equiparación de poderes entre los integrantes de la unidad familiar no ha dado lugar a una menor conflictividad en el seno de la pareja, sino al contrario. Ha ocasionado que los conflictos que surgen en su seno sean de naturaleza más compleja y difíciles de resolver, ya que los conflictos familiares exceden del ámbito de las crisis matrimoniales y de pareja, y se amplían también a discusiones referidas a la convivencia intergeneracional entre progenitores e hijos (conflictos entre padres y adolescentes debido a su forma de vida, comportamiento familiar, conflictos con los hijos con segundas parejas de sus progenitores, entre hijos de las parejas, entre la familia acogedora, los acogidos y la familia biológica, o en los supuestos de adopción etc.), entre hermanos (conflictos hereditarios, de atención a progenitores) hijos con miembros de la familia extensa (conflictos abuelos-nietos), etc⁴⁰⁰. Y además, ante el surgimiento de tales desavenencias, los miembros familiares se muestran incapaces de resolver sus problemas sin acudir a un tercero (familiar, terapeuta, juez...), por lo que, al final, el conflicto se acaba judicializando y se encomienda a un tercero imparcial (juez) que resuelva el problema mediante la imposición de lo que él considere más justo (ajustado a Derecho), aunque la materia sobre la cual decidir tenga un importante componente afectivo, emocional, que no conoce de leyes (cómo relacionarse con los hijos comunes y cómo regular la relación de éstos con los ascendientes de los excónyuges, cómo decidir sobre su educación futura, alimentos, cómo repartir el patrimonio doméstico común, etc).

Todo ello provoca la sobrecarga del sistema judicial con pretensiones que, en muchas ocasiones, no obtendrán una respuesta satisfactoria para las partes, porque la propia estructura del proceso contencioso, basado precisamente en la confrontación entre aquéllas, no hará sino incrementar el enfrentamiento, el rencor y el alejamiento entre los sujetos que, quieran o no, están obligados a mantener determinadas relaciones post-ruptura. Como ya se ha mencionado en más de una ocasión, si una pareja con un hijo recién nacido tiene una crisis que desemboca en una ruptura, ¿es razonable que tengan que acudir a los tribunales cada vez que surja una disputa con motivo de las relaciones que deben mantener por compartir un hijo común? En los procesos matrimoniales, se ha advertido sarcásticamente que el verdadero litigio comienza con la ejecución del pronunciamiento judicial. Resulta factible obligar a una persona a pagar una determinada cantidad de dinero, pero es más complicado obligarle a que cumpla con sus obligaciones de responsabilidad parental para con sus

399 LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 19 y ss.

400 HINOJAL, S., “La mediación familiar y su regulación. Análisis comparativo de las leyes de mediación familiar”, *Trabajo Social Hoy*, 2005, vol. I, p. 63.

hijos. Es decir, es más sencillo obligar a una persona a dar dinero, que obligarle a dar cariño, formación, educación, etc.

Por ello, ante los problemas que surgen en sede de ejecución de los pronunciamientos judiciales en materia de familia, se han buscado instrumentos de apoyo a los órganos judiciales a la hora de hacer cumplir las sentencias, y dichos instrumentos no toman como punto de partida la “imposición” a las partes de las resoluciones judiciales, sino la “colaboración” de las partes a la hora de buscar el mejor modo de llevar a cabo lo dispuesto en sede judicial. Así, cabe citar dentro de tales instrumentos el empleo de los Puntos de Encuentro Familiar, y sobre todo, la derivación de los casos conflictivos a los Servicios de Mediación, Orientación e Intervención Familiar dependientes de las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, y como quiera que la mediación es vista como una valiosa herramienta para la pacificación de la conflictividad familiar, y la familia en su sentido amplio (juventud, ancianos, menores, etc.) ha sido tradicionalmente una de las destinatarias principales de los servicios sociales, resulta lógico que desde los servicios sociales de competencia autonómica se impulsen múltiples programas y planes de atención a la familia y a la infancia en situación de riesgo de exclusión o de conflictividad social, así como para prevenir casos de violencia o conflictividad intrafamiliar, y en general, para solventar los problemas de convivencia intrafamiliar derivados de la ruptura de la pareja. Y debido a que la Asistencia social y los Servicios sociales han sido asumidos como competencia exclusiva por parte de las CC.AA al amparo de lo dispuesto en la Constitución (artículo 148.1.20ª CE), las CC.AA se han volcado en la promoción y ayuda a esos determinados colectivos a través de la creación de centros y servicios especializados en los que se fomenta la mediación familiar.

3. HIPERTROFIA LEGISLATIVA AUTONÓMICA

Si a comienzos de los años noventa, el recurso a la mediación partía de diversos programas piloto implantados en algunos Juzgados de Familia, con fundamento jurídico en las amplias potestades atribuidas al Juez en el art. 158 CC, la década de los años 2000 y siguientes se caracteriza por haberse producido un verdadero aluvión de normas autonómicas regulatorias de los servicios de mediación en materia del Derecho de Familia.

La primera mención expresa a la mediación familiar se establece en la Disposición Final Tercera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Catalu-

ña⁴⁰¹. No obstante, algunos han visto el antecedente legislativo de la mediación familiar en España en la denominada *ley del divorcio*⁴⁰² de 1981, que se inspiró en la idea del consenso a la hora de regular los efectos de la separación y del divorcio y permitía a las partes pactar los efectos de la ruptura a través del denominado “convenio regulador”. Poco después de la reforma del Código de Familia en Cataluña se aprobaba la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar en Cataluña⁴⁰³, con el objetivo de institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar, y regular los aspectos jurídicos fundamentales de la misma. De hecho, al legislador catalán hay que reconocerle un doble mérito: fue el primero en regular institucionalmente la mediación familiar en España, y ha sido también el primero en extrapolar la mediación al resto del Derecho Privado, en consonancia con los postulados de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea⁴⁰⁴, antes incluso de la aprobación de la Ley estatal 5/2012.

A la ley catalana de 2001 le siguieron en ese mismo año la Ley 4/2001 en Galicia⁴⁰⁵ y la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana⁴⁰⁶. Y después, la mayoría de Comunidades Autónomas han aprobado normas referidas a la mediación en el ámbito civil, principalmente centradas en la mediación familiar⁴⁰⁷. No fue hasta el año 2005

401 DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998. BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

402 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Vid. LÓPEZ SAN LUIS, R., en VV.AA., *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 2004, p. 45.

403 DOGC núm. 3355, de 26 de marzo, de 2001, con corrección de errores en DOGC núm. 3548, de 8 de enero de 2002. BOE núm. 91, de 16 de abril de 2001. Así como el Decreto 129/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001 (DOGC núm. 3867, de 17 de abril de 2003, y núm. 3898, de 4 de junio).

404 Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008.

405 Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia. DOG núm. 117, de 18 de junio de 2001. BOE núm. 157, de 2 de junio. Véase también el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regulan la figura del mediador familiar, el Registro de mediadores familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita (DOG núm. 34, de 18 de febrero de 2003; corrección de errores en DOG núm. 44, de 4 de marzo).

406 Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana. DOGV núm. 4138, de 29 de noviembre de 2001 y BOE núm. 303, de 19 de diciembre. Véase también el Decreto 41/2007, de 13 de abril, por el que se desarrolla la ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 5492, de 18 de abril de 2007).

407 Véanse la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar en Canarias (BOC núm. 85, de 6 de mayo de 2003 y BOE núm. 134, de 5 de junio, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar en Canarias. BOC núm. 130, de 5 de julio); la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio social especializado de mediación familiar en Castilla-La Mancha (DOCM núm. 111, de 3 de junio de 2003. BOE núm. 203, de 25 de agosto); la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar en Castilla y León (BOCL núm. 75, suplemento, de 18 de abril de 2006 y BOE núm. 105, de 3 de mayo, con corrección de errores en BOE núm. 135, de 7 de junio); la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar en las Islas Baleares (BOIB núm. 169, de 30 de abril de 2006 y BOE núm. 303, de 20 de diciembre, sustituida por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Illes Balears. BOIB núm. 183, de 16 de diciembre de 2010); la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 54, de 5 de marzo de 2007 y BOE núm. 153, de 27 de junio); la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar en Asturias (BOPA núm. 81, de 9 de abril de 2007 y BOE núm.

cuando el legislador estatal, con motivo de la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia matrimonial —Ley 15/2005 de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio⁴⁰⁸—, demuestra una significativa apuesta por las soluciones consensuadas y por la utilización de la mediación familiar como *recurso voluntario para reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor*, pues en la actual ordenación procesal se aprecia claramente esa intención del legislador en animar a las partes de manera constante a buscar una solución consensuada de sus diferencias, tal y como se establece en momentos muy diversos del proceso (entre otros, vid. los arts. 19, 770.7^a, 773.1^o y 773.3^o, 774.1, 775.2 y 777.5^a).

Posteriormente, en julio de 2009, Cataluña aprobaba la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁴⁰⁹, con el objetivo de promulgar una ley sobre mediación general aplicable también a determinados conflictos surgidos, además de en el entorno familiar, en el seno de la empresa familiar, en el ámbito de las asociaciones y fundaciones, los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones, así como las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, y en general, cualquier conflicto en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial. De hecho, al legislador catalán hay que reconocerle un doble mérito: fue el primero en regular institucionalmente la mediación familiar en España, y ha sido también el primero en extrapolar la normativa sobre mediación al resto del Derecho Privado, en consonancia con los postulados de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea⁴¹⁰, antes incluso de la aprobación de la Ley estatal 5/2012⁴¹¹. De hecho, es muy probable que a la Ley catalana de 2009 de mediación en el ámbito del derecho privado le seguirán otras muchas normas autonómicas que, con los antecedentes marcados en el ámbito familiar, reformarán sus leyes para ampliar el campo de actuación de la mediación institucionalizada a otros sectores, como así ha sucedido en la Comunidad Autó-

170, de 17 de julio); el Decreto 2/2007, de 26 de enero, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en La Rioja (BOR núm. 14, de 30 de enero de 2007); la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco (BOPV núm. 34, de 18 de febrero de 2008); la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE núm. 80, de 2 de abril de 2009); la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (BOA de 7 de abril de 2011); y la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC núm. 66, de 5 de abril de 2011).

408 BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

409 DOGC de 30 de julio de 2009, así como el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (DOGC de 25 de octubre de 2012).

410 Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008.

411 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

noma de Cantabria, cuya Ley 1/2011⁴¹² declara expresamente en su Exposición de Motivos que la misma aspira a superar dicha ley catalana y «dar un ámbito absolutamente integral a esta institución, al estar inspirada fundamentalmente en el deseo de fomentar la cultura del arreglo amistoso y de evitar el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales de nuestra Comunidad Autónoma».

Por otra parte, es importante advertir que esta hipertrofia legislativa fomentadora de la mediación no ha tenido lugar únicamente en el ámbito autonómico. Tras la aprobación de la Ley estatal 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, diversos proyectos legislativos estatales parecen considerar necesario recalcar expresamente que determinados asuntos civiles son susceptibles de someterse a mediación. En este sentido, en el apartado 3.1.4 del Capítulo II (mediación en la búsqueda de los orígenes biológicos) se advirtió como la promoción de la mediación como instrumento para facilitar los contactos entre el adoptado, la familia adoptante y la familia biológica con motivo del ejercicio del Derecho a conocer los orígenes biológicos, si bien ya aparece recogido en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, se pretende desarrollar con más detalle en el Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de febrero de 2015⁴¹³. Y del mismo modo, el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental alude en múltiples ocasiones a la posibilidad de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar, e incluso de que éste les proponga acudir a dicho procedimiento. Es más, junto con las oportunas reformas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para indicar expresamente dicha posibilidad, el Anteproyecto prevé la modificación del ámbito de aplicación de la Ley 5/2012 para incorporar la mediación familiar y todo un listado de controversias intrafamiliares susceptibles de someterse a mediación (nuevo art. 2 bis) en el que cita los conflictos “Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores”.

4. LA AMPLIACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CASTILLA-LA MANCHA

Ante dicho “boom” de leyes autonómicas, es posible diferenciar dos modelos o “generaciones”: las de “primera generación”, referidas a las leyes autonómicas aprobadas a partir de 2001, y centradas específicamente en la mediación familiar, y las de

412 Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC núm. 66, de 5 de abril de 2011).

413 Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOCG núm. 131-1, de 27 de febrero de 2015).

“segunda generación”, influenciadas por la Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁴¹⁴, y la Ley estatal 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que aspiran a regular el recurso a la mediación en todos los sectores del ordenamiento jurídico en donde se prevean derechos disponibles para las partes. En esta carrera autonómica por disponer de una norma que se refiera a ese mecanismo de “resolución/gestión/prevención” de ciertos conflictos, es necesario plantearse la siguiente cuestión: ¿debe reformarse la legislación regional de Castilla-La Mancha en materia de mediación familiar y ampliar su ámbito de aplicación a todo el Derecho Privado?

Como se ha analizado en los capítulos anteriores, la Ley 4/2005 del Servicio Social especializado de mediación familiar en Castilla-La Mancha centraba su ámbito material de aplicación en las cuestiones familiares relacionadas con la ruptura de la pareja (unida por vínculo matrimonial o de hecho), como son determinadas medidas personales y patrimoniales derivadas de la nulidad —civil o canónica—, separación o divorcio (art. 3.1). Por eso, el contenido del art. 4 referido a las materias sobre las que los cónyuges o miembros de la pareja de hecho pueden negociar coincidía prácticamente con el contenido que debe tener el convenio regulador según el art. 90 CC.

En nuestra opinión, y una vez que existe una Ley estatal que regula los aspectos esenciales del procedimiento de mediación y su relación con la vía jurisdiccional (inicio, desarrollo, principios rectores, eficacia, etc.), la clave de la reforma de la Ley 4/2005 pasaba por convertir la Ley “del servicio social especializado” en materia de mediación familiar en una «Ley de Mediación» de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, que regule los aspectos jurídicos fundamentales de la misma que puedan interesar a la Administración regional, como por ejemplo, qué controversias serán asumidas por los servicios de mediación de la Comunidad Autónoma o cuáles serán financiados o subvencionados por la misma; el régimen de formación exigible y de responsabilidad de las personas mediadoras junto con el resto de su estatuto jurídico (formación, designación, etc.); el Registro administrativo autonómico de las personas que deseen llevar a cabo mediaciones derivadas o encomendadas por los servicios sociales; así como la creación de los necesarios protocolos y bases de datos que permitan recabar de manera estandarizada los datos de las mediaciones efectuadas en Castilla-La Mancha para su posterior análisis. No resulta necesario disponer legalmente una norma que indique que las partes pueden mediar sobre cualquier controversia que afecte a derechos disponibles por las mismas, pues ello no enriquece nuestro ordenamiento jurídico ni colma ninguna laguna legal. Y tampoco tiene por qué monopolizarse la prestación de dicho sistema de resolución de conflictos en

414 DOGC de 30 de julio de 2009, así como el Decreto 171/2009, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje ante el Consejo Superior de la Cooperación.

manos de organismos públicos, pues debe también posibilitarse la iniciativa privada, sobre todo en aquellos ámbitos propios del Derecho Privado (empresas, cooperativas, controversias entre comerciantes, etc.).

Sin embargo, sí resulta necesario una plasmación de este mecanismo de prevención y gestión de conflictos en aquellos ámbitos sociales sobre los que dicho sistema se ha mostrado especialmente ventajoso (esto es, no sólo prever supuestos de conflictos sometibles a la denominada mediación familiar), y sobre los cuales la Administración sí pueda ser la más interesada en la prevención y gestión de conflictos integrados por un componente de interés público insoslayable, entre los que podemos citar los siguientes ejemplos:

- a) *La mediación ciudadana y comunitaria* (en un sentido amplio, “mediación ciudadana”), que supone tomar en consideración las condiciones socioculturales de la región y abogar por que las tensiones y dificultades de convivencia social y vecinal no se resuelvan únicamente a través de la vía punitiva. Existen importantes experiencias en supuestos de mediación comunitaria e intercultural en Cataluña y Andalucía para la resolución de aquellas quejas ciudadanas de convivencia (ruidos, malos olores, actividades insalubres, disputas entre vecinos y clanes familiares, uso irregular de espacios públicos, problemas con las mascotas, etc.) que carecen de una respuesta uniforme y clara en el ordenamiento jurídico local, y respecto a las cuales, la potenciación del diálogo para fomentar la convivencia pacífica entre los miembros de la comunidad se ha demostrado muy eficaz a la hora de evitar que dichos conflictos vecinales o comunitarios acaben en enfrentamientos y en episodios de violencia.
- b) *La mediación escolar*, frente al deterioro de la convivencia y el aumento de la conflictividad, indisciplina y violencia en los centros educativos. Existen interesantes programas-piloto de mediación, ideados desde dentro de los propios centros, para resolver los problemas derivados de la convivencia entre los estudiantes, entre éstos y el profesorado, o entre el profesorado y los padres y madres de los alumnos. Las experiencias mediadoras han arrojado interesantes ventajas a valorar, como por ejemplo, el fomento del diálogo, la participación, la escucha activa y la asertividad entre el alumnado, o la capacidad de resolución de conflictos de forma no violenta, lo cual redundaría en la reducción del número de sanciones y expulsiones y en la reducción del tiempo y los medios y recursos personales y administrativos empleados en resolver tales conflictos. Por ello, el recurso a la mediación escolar puede ser fomentado, bien a través de actividades de formación del profesorado en materia de mediación escolar, o a través del impulso de programas de convivencia y mediación escolar en el que participe toda la comunidad educativa, o bien a través

de las correspondientes reformas legislativas para incorporar y desarrollar los fundamentos jurídicos fundamentales de la mediación en el ámbito educativo en Castilla-La Mancha⁴¹⁵.

- c) La *mediación de consumo*, que, junto con el arbitraje de consumo, representa uno de los instrumentos más adecuados para la rápida y eficaz resolución de los conflictos que atañen a los consumidores con motivo de la compra de un producto o la prestación de un servicio por una persona jurídica, profesional o establecimiento comercial. Así por ejemplo, y sólo en Cataluña, la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña (JACC) resolvió en el año 2011 un total de 3.641 casos mediante acuerdos de mediación, y dictó dictar 1.755 laudos. Es más, desde 1993, ha recibido un total de 117.830 reclamaciones, de las cuales se han solucionado 29.182 por mediación y se han emitido un total de 20.342 laudos⁴¹⁶.

Ya el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, prevé la mediación en el seno de un procedimiento arbitral de consumo (art. 38) y la necesidad de que las Juntas Arbitrales de Consumo aseguren el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales y provean a los órganos arbitrales y mediadores de los medios necesarios para que desempeñen eficazmente sus funciones (art. 6.f y k), pero no regula expresamente la mediación en el procedimiento arbitral de consumo *por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia*. No en vano, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de defensa del consumidor y usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución (arts. 31 y 32.6).

Por tanto, es la Administración Pública regional la que está llamada a poner a disposición de los consumidores y de los profesionales y empresarios sistemas operativos para resolver amistosamente las reclamaciones en materia de consumo (art. 14 de la Ley del Estatuto del Consumidor⁴¹⁷), e impulsar la implantación y consolidación de Oficinas Municipales de Información al

415 Como principales normas que debieran ser objeto de reforma, cabe citar el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, sobre los derechos, deberes y normas de convivencia de los alumnos de centros sostenidos con fondos públicos; el Decreto 268/2004, de 26 de octubre de 2004, sobre asociaciones de madres y padres de alumnos/as en Castilla la Mancha; la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; o el Decreto 3/2008 de convivencia escolar en Castilla-La Mancha.

416 Datos extraídos de la Memoria 2011 de la Agencia Catalana de Consumo. Información disponible en: <http://www.consum.cat/documentacio/14631.pdf>.

417 Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2006).

Consumidor, cuya función específica es, entre otras, «servir de cauce de mediación voluntaria en conflictos entre consumidores, usuarios, productores y distribuidores (art. 16.2.c)». En este sentido, es preciso recordar que la propia Ley del Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha⁴¹⁸ declara como uno de los fines esenciales de dicho Instituto «La resolución de los conflictos en materia de consumo, a través de la mediación y el arbitraje (art. 3.d)» y como una de sus funciones «proteger a los consumidores y usuarios mediante mecanismos eficaces de mediación y, especialmente, a través del arbitraje de consumo (art. 4.r)».

- d) *La mediación penal juvenil*. Recordemos que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) prevé expresamente la mediación como mecanismo para favorecer la reeducación del menor infractor, tanto con carácter previo a la sentencia (art. 19 LORPM) como con motivo de la ejecución de las medidas judicialmente acordadas (art. 51.2 LORPM). En un principio, esas funciones de mediación se encomiendan al “Equipo Técnico” adscrito al Juzgado de Menores, dependiente del Ministerio de Justicia —o de las CC.AA. con competencias asumidas en materia de Justicia (art. 4 R.D. 1774/2004)—. Ahora bien, una vez dictada la sentencia, son las CC.AA. (tengan o no trasferidas las competencias en materia de Justicia) las que se encargan de la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias (internamientos, programas de reforma, etc.), a través de sus instituciones públicas o a través de entidades privadas concertadas, en cuyo caso es posible que la entidad que se ocupa del control de la ejecución de la sentencia pueda llevar a cabo labores de mediación.

Los arts. 5.3, 8.7 y 15 del Reglamento de la LORPM habilitan expresamente a la entidad pública dependiente de la CC.AA para que pueda desempeñar funciones de mediación *si durante la ejecución de la medida el menor manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado*. Por ello, resultaría conveniente la correspondiente reforma legislativa de los equipos interdisciplinarios de menores y demás instituciones autonómicas con competencias sobre la materia, para que participen también como “equipos técnicos de apoyo” a la fiscalía y al juez de menores a la hora de llevar a cabo tareas de mediación y reparación del daño⁴¹⁹. De hecho, así sucedió en

418 Ley 5/2006, de 14 de diciembre, del Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha (BOE núm. 86, de 10 de abril de 2007), cuya exposición de motivos declara expresamente que *El objetivo concreto de esta Ley es la creación y organización de la estructura administrativa y de funcionamiento del Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha, como organismo autónomo que asume competencias ejecutivas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en materia de consumo, entre las cuales hay que destacar las relativas a la información, formación, educación, mediación, arbitraje, disciplina del mercado, inspección, fomento y relaciones institucionales*.

419 Por tanto, habría que reformar el Decreto 4/2010, de 26 de enero de protección social y jurídica de los menores en Castilla-La Mancha, así como la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha.

Castilla-La Mancha –sin competencias transferidas en materia de la administración de Justicia-, cuya reforma de la anterior Ley del Menor de 1999 a través de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha⁴²⁰ ya anticipaba en su Exposición de Motivos que uno de los objetivos a cumplir con dicha ley era «Favorecer la colaboración de la Administración Regional con la Fiscalía en la conciliación y reparación del daño como método alternativo al procedimiento judicial de menores». Y con tal fin, y como quiera que la ejecución de las medidas socioeducativas y judiciales previstas en la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores corresponde a la Consejería competente en asuntos sociales, el art. 99 de la citada Ley de 2014 establece como uno de los criterios específicos de la actuación administrativa el favorecimiento de las intervenciones tendentes a lograr la conciliación y la reparación entre el menor y la víctima, y el art. 101 establece que la colaboración de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha con el Ministerio Fiscal en los casos de desistimiento previstos por la ley, en la incoación o continuación del expediente de instrucción por los hechos cometidos por un menor que pudieran ser constitutivos de un delito o falta supondrá “la asistencia en la realización de las funciones de mediación y en la supervisión de las tareas educativas y de restitución a la víctima que, en su caso, se acordasen a través de los mecanismos de conciliación o reparación”, bien a través de los propios servicios periféricos de la Administración regional, bien a través de la colaboración de entidades públicas o privadas.

4.1. LOS NUEVOS DE MEDIACIÓN EN LA LEY 1/2015

Frente a esas dos generaciones de leyes autonómicas, podemos afirmar que la reciente Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha representa una nueva corriente encaminada a la ampliación del ámbito de aplicación de la regulación autonómica de la mediación, no a todo el Derecho Privado sobre materias disponibles, sino a aquellos sectores relacionados con la intervención de los servicios sociales por tratarse de materias de contenido social e intrínsecamente relacionadas con la actividad de aquéllos. Así se reconoce expresamente en su Exposición de Motivos, en donde se advierte que «esta nueva ley pretende establecer un servicio social especializado en mediación social, que dé respuesta a conflictos no sólo de carácter familiar, sino también de carácter social. Por ello se hace necesaria la inclusión de otros conflictos que trascienden de la esfera estrictamente familiar, como son los que se producen entre los miembros

420 DOCM núm. 201, de 17 de octubre de 2014.

de la comunidad escolar, los que pueden surgir en el ámbito sanitario o los que puedan originarse entre los responsables de las instituciones y personas usuarias de las mismas (...), la mediación en la búsqueda de orígenes de las personas adoptadas, y la mediación para la conciliación y reparación del daño, en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores».

A diferencia de la Ley 4/2005, que centraba su ámbito material de aplicación en las cuestiones familiares relacionadas con la ruptura de la pareja (unida por vínculo matrimonial o de hecho), y por lo tanto podía encuadrarse dentro de esa normativa “de primera generación”, la Ley 1/2015 se caracteriza por regular el uso de la mediación institucionalizada desde la óptica de los ciudadanos usuarios de los servicios sociales autonómicos: menores de edad, personas mayores, personas con discapacidad, etc., y en torno a ellos pivota el sistema autonómico de mediación social y familiar, sin impedir el uso de los servicios de mediación que puedan ofertarse desde los Colegios profesionales o Entidades privadas localizadas en dicha región.

Una vez que existe una Ley estatal que regula los aspectos esenciales del procedimiento de mediación y su relación con la vía jurisdiccional (inicio, desarrollo, principios rectores, eficacia, etc.), puede afirmarse que dicha ley estatal de 2012 obliga necesariamente a reconsiderar la normativa autonómica, toda vez que dicha norma estatal constituye ahora, junto con lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el régimen general aplicable a múltiples aspectos procesales y sustantivos relacionados con cualquier tipo de mediación, pero debemos tener claro que ello no supone que las normas autonómicas pierdan su sentido, sino todo lo contrario, que deben y pueden centrarse en lo esencial: la utilización de los Servicios Sociales como instrumento de promoción y ayuda a determinados colectivos a través de la prevención y en su caso gestión positiva de diversos conflictos en materia social y familiar de una manera profesional y ordenada. La nueva ley castellanomanchega regula los aspectos jurídicos fundamentales de la mediación que más pueden interesar a la Administración regional, como por ejemplo, qué controversias serán asumidas por los servicios de la Comunidad Autónoma o cuáles serán financiados o subvencionados por la misma; el régimen de formación exigible y de responsabilidad de las personas mediadoras junto con el resto de su estatuto jurídico (formación, designación, etc.); el Registro administrativo autonómico de las personas que deseen llevar a cabo mediaciones derivadas o encomendadas por los servicios sociales; la creación de los necesarios protocolos y bases de datos que permitan recabar de manera estandarizada los datos de las mediaciones efectuadas en Castilla-La Mancha para su posterior análisis; y sobre todo, incidir en el uso de la mediación como filtro autocompositivo por parte de los Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, de una manera ordenada y profesional, no ya para solucionar, sino también para prevenir y gestionar adecuadamente posibles desencuentros o situaciones de conflicto en el

ámbito social y familiar y evitar que el hecho de no gestionar adecuadamente esas controversias en estadios iniciales pueda desembocar en situaciones en las que, entonces sí, sólo será posible la irremediable intervención de los tribunales de Justicia. Como ya se ha señalado en otras ocasiones, una controversia nacida en el entorno escolar, por ejemplo, si es adecuadamente gestionada por el centro educativo o los servicios autonómicos competentes de la Consejería de Educación, impedirá que la misma desemboque en situaciones que, entonces sí, sólo podrán ser objeto de mediación en el ámbito penal y bajo la supervisión del Ministerio Fiscal.

Consideramos que no resulta necesario disponer legalmente de 17 normas que reiteren que las partes pueden mediar sobre cualquier controversia que afecte a derechos disponibles por las mismas, pues ello no enriquece nuestro ordenamiento jurídico ni colma ninguna laguna legal. Y tampoco tiene por qué monopolizarse la prestación de dicho sistema de resolución de conflictos en manos de organismos públicos, pues debe también posibilitarse la iniciativa privada, sobre todo en aquellos ámbitos propios del Derecho Privado (empresas, cooperativas, controversias entre comerciantes, etc.). Sin embargo, sí resulta necesario un marco normativo de este mecanismo de prevención y gestión de conflictos en aquellos ámbitos sociales sobre los que dicho sistema se ha mostrado especialmente ventajoso (esto es, no sólo prevenir supuestos de conflictos sometibles a la denominada mediación familiar), y sobre los cuales la Administración sí pueda ser la más interesada en la prevención y gestión de conflictos integrados por un componente de interés público insoslayable, entre los que podemos citar los siguientes ejemplos.

5. INCONVENIENTES DE LA “ATOMIZACIÓN” DE LEYES AUTONÓMICAS

También es importante reflexionar en torno a las ventajas e inconvenientes que puede plantear la existencia de una “atomización” de leyes autonómicas sobre este mecanismo de resolución de conflictos aplicable a innumerables controversias, cuya única relación entre sí pueda ser que se trate de cuestiones de Derecho privado sometidas a la libre disposición de sus titulares o sobre las cuales se autoriza a los particulares a llegar a acuerdos y someterlos a su aprobación judicial.

Las distintas leyes autonómicas sobre mediación familiar han supuesto un importante avance en el camino hacia la instauración de la mediación como método alternativo de resolución extrajudicial de conflictos, sobre todo en lo referente al intento de regular los aspectos jurídicos fundamentales de la misma. Entre los mayores logros de esta regulación autonómica es preciso señalar la institucionalización de este recurso, su fomento y promoción como instrumento complementario a las vías

heterocompositivas de solución de conflictos, la dotación de medios y recursos económicos y personales, la colaboración con los tribunales de justicia en los programas piloto de derivación judicial a los servicios de mediación, y sobre todo, el control e impulso en la formación de quienes van a promover esos pactos y van a ayudar a las partes para que dichos acuerdos perduren en el tiempo. Las leyes autonómicas, así como sus reglamentos de desarrollo, inciden especialmente en la figura del mediador, su debida formación, y en su caso, especialización, sus derechos y deberes, así como el régimen de responsabilidad de los mismos.

No obstante, la proliferación de leyes autonómicas puede conllevar también determinados inconvenientes que es preciso paliar.

5.1. DISPOSICIONES SUPERFLUAS

En las últimas décadas, diversos autores han advertido contra la crisis del Derecho derivada de una constante productividad legislativa, dando lugar a lo que se ha bautizado las “leyes ómnibus”, “leyes nodriza”, “leyes intrusas”, “leyes repetitae”, “leyes oropel”, “leyes tribunicias” y las “leyes placebo”, caracterizadas porque su vigor normativo es minúsculo, cuando no inexistente⁴²¹. Y así, con cierta ironía, YZQUIERDO TOLSADA advierte de “la trampa de las instituciones conexas, a veces para limitarse las leyes autonómicas a copiar normas estatales como sucede cuando muchas Comunidades Autónomas se dedican a repetir uno a uno un montón de artículos de la Constitución, del Código Civil o de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual no resulta útil, y además debe ser bastante caro⁴²²”.

La doctrina del Tribunal Constitucional, a la hora de analizar la adecuación a los artículos 148 y 149 CE de la legislación autonómica que pudiera consistir en la mera reproducción de la legislación estatal (*leges repetitae*), ha establecido los siguientes criterios⁴²³: en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, 83/1986, de 26 de junio, 173/1998, de 23 de julio); y en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio

421 MARTÍN MORENO, J. L., “¿Para qué sirve el Derecho inútil?”, *Cuadernos Críticos del Derecho*, 2007, núm. 4, p. 39.

422 YZQUIERDO TOLSADA, M., “Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil”, *Diario La Ley*, núm. 8439, de 11 de Diciembre de 2014.

423 Vid., por todas, la STC 47/2004, de 25 de marzo. En la doctrina, vid. JUAN SÁNCHEZ, R., “Legislación Procesal y Comunidades Autónomas”, *op. cit.*, pp. 134-135.

de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión «necesarias especialidades» del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas, correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas «necesarias especialidades» (STC 127/1999, de 1 de julio).

En el caso de la legislación autonómica sobre mediación familiar, en primer lugar, cabe destacar el carácter superfluo o reiterativo de determinadas disposiciones autonómicas. Todas ellas, tras enumerar y describir las diversas materias susceptibles de ser mediables, concluyen con una cláusula abierta que viene a decir que pueden ser objeto de mediación “cualquier conflicto familiar —o de Derecho Privado— que verse sobre materias respecto de las cuales el ordenamiento jurídico reconozca a los interesados la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologados judicialmente⁴²⁴”. ¿Resulta necesario que una ley autonómica reconozca lo que el propio Código Civil permite? Que las personas pueden pactar, negociar y transigir sobre innumerables cuestiones civiles.

Otro ámbito donde se aprecian muchas disposiciones autonómicas reiterativas o superfluas se dan en aquellos aspectos que se relacionan con el ejercicio de la jurisdicción, pues sólo a través de la intervención estatal es posible regular aquellas cuestiones que inciden necesariamente en la legislación procesal, por tratarse de una competencia estatal exclusiva. De ahí que la Ley estatal del año 2012 resulte esencial a la hora de prever aspectos tan importantes como la suspensión del proceso judicial cuando se inicia un intento de mediación; la paralización del cómputo de los plazos de prescripción y caducidad de las acciones y derechos; la prohibición de declarar como testigo o perito en juicio, o de usar determinada información; o el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación, que sólo son posibles a través de la oportuna reforma procesal.

424 vid. art. 3 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias.

Gran parte de las cuestiones procedimentales establecidas en la legislación autonómica no aportan nada, salvo la reproducción de que determinadas actuaciones deberán resultar conformes con «la legislación procesal vigente». Así, por ejemplo, y con respecto a la confidencialidad de lo tratado durante la mediación, de poco sirve que las Comunidades Autónomas declaren como deber de las partes la obligación de “no solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo en cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto familiar objeto de la mediación practicada⁴²⁵”, pues corresponde a la legislación procesal regular la intervención de testigos y peritos en los procesos de cualquier orden jurisdiccional, así como la dispensa de declarar de éstos o su deber de someterse a la obligación legal de guardar secreto, de acuerdo con lo establecido en los arts. 335, 342, 347 ó 371 LEC, entre otros. Por ello, en determinadas leyes se apunta expresamente a la necesidad de que dicha obligación de las partes de no solicitar la declaración del mediador como perito o testigo en un juicio *lo sea conforme a la legislación procesal vigente*⁴²⁶.

Sin una norma procesal que así lo prevea, las partes que solicitasen la llamada al proceso del mediador u otro partícipe, o que aportaran al proceso judicial la información obtenida con motivo de una mediación previa, incurrirían en un incumplimiento contractual del pacto de mediación, pero habría serias dudas jurídicas a la hora de calificar dicha prueba como ilícita. En este sentido, el mandato establecido en el art. 8 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar en Canarias, que prohíbe al mediador “desvelar o utilizar cualquier dato, hecho o documento de los que conozca con ocasión de la mediación ni aun después, cuando ésta finalice, con o sin acuerdo”, así como “actuar posteriormente en caso de litigio entre ellas en calidad de testigo de las partes”, excede las competencias autonómicas. De hecho, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de marzo de 2011, admitió la presentación como prueba de los acuerdos concertados en el transcurso de una mediación familiar, por entender que tal aportación no infringía lo dispuesto por los artículos 281.1, 283.3 y 287.1 LEC y después de rechazar que la regla de confidencialidad establecida en el artículo 13 de la Ley de Mediación Familiar en Cataluña de 2001 contenga una prohibición de aportación al proceso de los acuerdos obtenidos en el transcurso de la mediación, sino que dicha confidencialidad *se refiere únicamente a las “informaciones confidenciales”*, pero no a lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial. Como vemos, era precisa una reforma procesal que estableciese el verdadero alcance de la confidencialidad de la información manejada en el procedimiento de mediación, a la hora de ser aportada

425 Vid. art. 7.g) de la Ley 1/2006 de Castilla y León. Otras legislaciones autonómicas supeditan dicho deber de las partes o del mediador de no declarar a lo que establezca la legislación procesal pertinente (Como ejemplos, véanse los arts. 7 de la ley catalana 15/2009, la ley aragonesa 9/2011, y la ley cántabra 1/2011).

426 Vid. el art. 26.b) de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, el art. 14.c) de la Ley 1/2007 de Madrid, el art. 7.2 de la Ley 15/2009 de Cataluña, o el art. 7.c) de la Ley 9/2011 de Aragón.

como prueba en un proceso judicial. Y así ha sucedido con la entrada en vigor de la Ley 5/2012, que no sólo establece el régimen de confidencialidad de la documentación en su art. 9, sino que ha reformado los arts. 335 y 347 LEC.

Lo mismo sucede con los efectos que un procedimiento de mediación puede tener sobre un proceso judicial ya iniciado. Más allá de lo previsto en la legislación procesal respecto a la suspensión del proceso judicial a instancia de las partes (art. 19 LEC), las leyes autonómicas no pueden incidir sobre la forma de solicitar o resolver dicha suspensión. Así por ejemplo, el art. 16.2 de la Ley madrileña indica que *“Cuando existan actuaciones judiciales en curso, las partes, de mutuo acuerdo, podrán acudir a mediación familiar de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal”*; el art. 10.2 de la Ley de Asturias advierte que si la mediación se llevase a cabo estando en curso actuaciones judiciales, *“se estará a lo que resulte de la legislación procesal estatal”*, y en igual sentido, el art. 10 de la Ley de las Islas Baleares señala que cuando el proceso judicial está pendiente, en cualquiera de las instancias y los recursos, la mediación podrá llevarse a cabo *“en los términos que determine la legislación procesal”*. El mejor ejemplo de un precepto superfluo lo encontramos en el art. 1.3 de la Ley 1/2011 de Cantabria, que establece que *“Cuando la mediación se produzca durante el desarrollo de un proceso judicial, tendrá en él el efecto que determine la legislación estatal”*.

Y en tercer lugar, también existe un exceso de celo del legislador autonómico a la hora de intentar reconocer determinados efectos al acuerdo que surja del procedimiento de mediación. La mayoría de las leyes autonómicas reconocen a los acuerdos de mediación la misma validez y obligatoriedad que los contratos *“si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos”*, lo cual resulta tautológico. Y lo mismo sucede cuando las leyes autonómicas señalan la posibilidad de que los acuerdos puedan ser presentados ante la autoridad judicial de cara a solicitar su aprobación u homologación judicial, o bien puedan ser elevados escritura pública *en los términos que, en su caso, resulten de la legislación estatal*⁴²⁷. Otro ejemplo palmario de norma redundante es el art. 43 de la Ley 1/2011 de Cantabria, que determina que *la elevación a escritura pública en los casos legalmente previstos producirá los efectos inherentes a la misma que las leyes establecen*.

El motivo de mencionar tales aspectos (que las partes de la mediación deben solicitar la suspensión del proceso judicial si éste se ha iniciado, que el acuerdo de mediación constituye un contrato que puede ser elevado a escritura pública, etc.) se debe a la necesidad de informar a quienes carecen de conocimientos jurídicos (las partes, que acuden sin postulación, y el mediador, que no tiene por qué ser jurista) de las posibilidades que el ordenamiento jurídico concede para dotar de eficacia y

427 Vid. art. 22.1 de la Ley 1/2001 y art. 19 de la Ley 15/2009, ambas de Cataluña; art. 20 de la Ley 7/2001 de Valencia; art. 17.2 de la Ley 3/2007 de Asturias; art. 17.3 de la Ley 1/2006 de Castilla y León; art. 22.2 de la Ley 1/2008 del País Vasco; art. 26 de la Ley 1/2009 de Andalucía; art. 20.1 de la Ley 9/2011 de Aragón; art. 43.1 de la Ley 1/2011 de Cantabria; y art. 3.2 de la Ley Foral 3/2011 de Navarra .

ejecutividad a lo pactado por las partes, a la vez que delimita el alcance de la confidencialidad de la documentación generada con motivo de una mediación.

5.2. LA “TERRITORIALIZACIÓN” DEL MEDIADOR

Esta “atomización” de leyes autonómicas también puede afectar a la propia profesionalización del mediador. Algunas CC.AA., como sucede en Castilla-La Mancha, no disponen aún de desarrollo reglamentario de su legislación sobre mediación familiar. La titulación exigible también resulta diferente: algunas leyes establecen un listado de títulos académicos universitarios que permiten intervenir como mediador (por ej., licenciado en derecho, psicología, psicopedagogía, trabajo social o en educación social, como sucede en Galicia, Islas Baleares, País Vasco, Asturias o Castilla-La Mancha); otras leyes autonómicas ni siquiera exigen título universitario específico (Madrid), y algunas exigen además una formación universitaria específica en mediación (art. 7 de la Ley valenciana de 2001). Por otra parte, tampoco coinciden las horas de formación teórico-práctica necesarias para inscribirse en el correspondiente registro autonómico, así como la experiencia mínima de actuación profesional exigida en cada CC.AA.

La diversidad legislativa podría conducir al siguiente absurdo: que un mediador “habilitado” en una determinada CC.AA no pueda actuar como mediador fuera de dicha demarcación territorial, por no reunir los requisitos para actuar allí donde las partes reclaman su presencia, o no estar inscrito en el registro autonómico correspondiente. No tiene sentido que desde Europa se pretenda armonizar la legislación de los Estados miembros a la hora de prever e impulsar las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, y a la vez, en España se lleguen a aprobar 17 legislaciones distintas que fraccionen o “compartimenten” el desempeño de la mediación, cuando no ocurre lo mismo con otras profesiones que se desempeñan en cualquier parte de España (abogacía, procura, etc.). Resulta un verdadero contrasentido y muy contraproducente. Y a ello hay que añadir lo establecido en la Ley estatal 5/2012, que permite ejercer de mediador *en cualquier parte del territorio nacional* a quienes estén en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, acrediten una formación específica impartida por instituciones debidamente acreditadas de acuerdo con lo que establecido en el R.D. 980/2013 (el Reglamento de desarrollo de la Ley estatal), y dispongan de un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación.

En este sentido, una novedad positiva la introduce el art. 25 de la Ley 1/2011 de Cantabria, que permite actuar como persona mediadora en dicha Comunidad a

“quienes estén inscritos en otros registros estatales o autonómicos que sean homologados por exigir similares requisitos para el acceso a la función de persona mediadora”, y tales requisitos, a falta de desarrollo reglamentario, consisten en poseer una licenciatura, diplomatura o grado en Derecho, Filosofía y Letras, Medicina, Psicología, Pedagogía o Psicopedagogía, Sociología o Ciencias de la Salud, Trabajo Social o Educación Social, Magisterio, Diplomado en Relaciones Laborales, Graduado Social Diplomado, Licenciado en Ciencias del Trabajo, o Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, así como acreditar la superación de un curso teórico-práctico de experto, máster o postgrado en mediación. Esa previsión debería ser valorada también en la futura normativa de Castilla-La Mancha, al objeto de aumentar la concurrencia de profesionales en nuestra región, si los mismos se encuentran válidamente inscritos en cualquier otro Registro autonómico. No en vano, la inscripción en el Registro de mediadores del Ministerio de Justicia es voluntaria, salvo para los “mediadores concursales” (art. 11 del R.D. 980/2013), y la intención es que dicho Registro se coordine con los demás registros de mediadores que puedan existir en las Comunidades Autónomas, a fin de asegurar la unidad de datos, la economía de actuaciones y la eficacia administrativa.

6. EL COSTE Y LA FINANCIACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Como sabemos, uno de los argumentos más enarbolados para promocionar la mediación frente al recurso a la vía judicial radica en la reducción de costes, tanto desde el punto de vista temporal, como desde el punto de vista económico.

Desde el punto de vista económico, la mediación representa un método de resolución de conflictos más económico que el proceso judicial —tanto para las partes como para el propio Estado—, pues no requiere de postulación alguna, y aunque posteriormente los abogados de las partes puedan intervenir en la redacción del acuerdo, no se precisa de su intervención para su posterior elevación a escritura pública ni para su ejecución forzosa posterior, salvo que la cantidad supere los 2.000 euros (art. 539.1 LEC). Además, a los costes derivados de la necesaria postulación procesal debemos añadir las tasas judiciales que deben abonarse por parte del sujeto demandante —persona jurídica que no esté exenta—, y no sólo las previstas a nivel estatal, sino aquellas que decidan establecer algunas CC.AA en sus correspondientes territorios, como ya ha sucedido en Cataluña⁴²⁸.

428 Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos (BOE núm. 83, de 6 de abril de 2012), si bien su aplicación ha quedado suspendida en virtud del recurso de inconstitucional presentado por el gobierno central ante el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el coste de la mediación varía significativamente en función de en qué Comunidad Autónoma nos encontremos y según quiénes sean las personas o entidades mediadoras, tal y como se explicó *ut supra* en el apartado 1.4 del Capítulo III.

Que la mediación sea regulada por las CC.AA en virtud de las competencias previstas en materia de Servicios sociales no significa que deba ser desarrollada exclusivamente por un servicio público perteneciente a una Administración pública, pues también puede ser desempeñada por un servicio público concertado a través de una entidad privada; por una entidad privada financiada total o parcialmente con fondos públicos, a través de convenios, contratos o cualquier forma de prestación de servicios públicos (como por ejemplo, a través de asociaciones, fundaciones, ONGs, etc., cuando se ocupen de tareas de mediación vecinal o ciudadana); o directamente, por entidades y sujetos privados, habilitados por la propia legislación nacional civil y mercantil.

Es cierto que todas las CC.AA. que han aprobado leyes sectoriales en materia de mediación han procedido a crear una determinada entidad pública competente, al menos, en lo que respecta al registro, control, formación y habilitación, e incluso, potestad sancionadora de los mediadores, pero no excluyen que puedan existir centros o servicios de mediación no sometidos a dicha regulación, como sucede, por ejemplo, con la mediación que se promueva en virtud de la legislación sobre Colegios Profesionales o la reguladora de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación⁴²⁹.

También es importante tener en cuenta el tipo de mediación que se pretende impulsar, a la hora de delimitar su financiación pública o no. Parece lógico considerar que la mediación educativa, la mediación sanitaria o la mediación social y comunitaria, y sobre todo la mediación en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil, son ámbitos en los que resulta defendible que sean asumidas (o controladas en última instancia) por los organismos e instituciones pertenecientes a la Administración pública competente, mientras que la mediación civil y mercantil parece un sector más propicio para su desempeño como una actividad privada, o en su caso, fomentada por los Colegios profesionales, Cámaras de comercio, o Federaciones empresariales. La mediación familiar, por su parte, da pie a defender ambas posturas: una mediación familiar gratuita orientada a aquellos sectores de la población que son usuarios de los servicios sociales autonómicos por encontrarse en supuestos de conflictividad familiar o en riesgo de exclusión social, o bien porque puedan requerir de la intervención de la Administración (por ej., aquellos conflictos que surjan entre la persona

429 La Ley 5/2012, de 6 de julio, ha reformado la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, y la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, para incluir entre sus funciones, junto con el arbitraje, el impulso y desarrollo de la mediación.

adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos), y una mediación familiar privada para aquellas parejas y familias que decidan acudir a instituciones privadas o profesionales especialistas en la materia (abogados, terapeutas, y en general, mediadores privados) para resolver consensuadamente determinadas controversias de derecho privado de familia, como la posible reconciliación de la pareja (art. 84 CC), los desacuerdos en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (art. 1326 CC), la elección de la ley aplicable al divorcio o separación judicial (Reglamento UE n° 1259/2010⁴³⁰), o en la contribución a las cargas del matrimonio (art. 1362 y ss. CC), o las disputas ante la división de patrimonios y reparto de herencias o la liquidación del régimen económico matrimonial.

No obstante, no puede pasarse por alto que una interpretación extensiva en el uso de los servicios sociales de mediación familiar gratuita podría generar una sobrecarga de trabajo imposible de asumir por un servicio público. De hecho, así lo reconoce expresamente el Proyecto de Decreto Foral por el que se regula el Servicio de Mediación Familiar de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en su exposición de motivos, conforme al cual “se hace necesario, al objeto de posibilitar el mantenimiento del servicio público, aumentar la eficacia en la prestación del mismo, la introducción de fórmulas de coparticipación del usuario en el coste de este servicio público (...). Por lo tanto, no se pretende abarcar todos los supuestos susceptibles de ser abordados a través de un proceso de mediación, sino únicamente aquellos más relevantes y que se considera de interés público atender, básicamente por encontrarse afectados los intereses de los hijos e hijas hasta los 25 años y los menores acogidos o tutelados, y los de los mayores de 65 años o personas adultas”.

Es preciso establecer ciertos límites para evitar dicho colapso, y entendemos que no toda disputa “mediable” tiene por qué ser resuelta a través de un servicio social público. Desde luego, merece ser distinguida aquella regulación autonómica que entiende que la mediación familiar debe ser llevada a cabo como una función más de los servicios públicos en materia de asistencia social, y encomienda su desempeño a unos servicios sociales especializados creados a tal fin, y es cierto que un sistema público de mediación totalmente gratuito sería un “magnífico incentivo para fomentar su atractivo para el ciudadano⁴³¹”. Pero la gratuidad no es considerada expresamente como principio rector de la mediación, y la regla general establecida en la ley 5/2012 es el abono por las partes del coste de la mediación, aunque se insta a las Administraciones a que “procuren incluir la mediación dentro del asesoramiento y orienta-

430 Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343, de 29.12.2010, pág. 10).

431 MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, ed. CGPJ, Madrid, 2010, p. 162.

ción gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes (Disposición adicional segunda).

Un ejemplo destacable lo representa la regulación de las Islas Baleares, que ha pasado de establecer en su Ley de 2006 un ejercicio privado de la mediación, en virtud de un contrato de mediación familiar, bajo los controles y requisitos establecidos por una autoridad pública (el Servicio de Mediación Familiar de las Islas Baleares), a proclamar en su Ley de 2010 que *«entendemos que el de los servicios sociales es el marco idóneo en el que se ha de incluir la institución de la mediación familiar. En coherencia con este planteamiento, la actividad de mediación familiar se desarrollará mediante la red pública de mediación, sin perjuicio de las iniciativas privadas que puedan surgir y que habrán de someter su actuación a las disposiciones de esta ley»*⁴³².

En el caso opuesto se encuentra Castilla-La Mancha, cuya actual regulación de la mediación familiar ha pasado de garantizar un servicio social de mediación familiar gratuita para todos los ciudadanos, con independencia de su nivel de renta (la prestada por el Servicio Social especializado regulado en la anterior Ley 4/2005), sin perjuicio de que se pudiera optar por acudir a los servicios mediación que pudieran prestar los Colegios Profesionales o aquellas personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión, a una regulación en donde la regla inicial es que el coste de la mediación será fijado como precio público por el gobierno regional, si bien se prevé la “posibilidad” de ofrecer un servicio especializado de mediación de forma gratuita para determinados usuarios (las personas contempladas en el artículo 2.a) de la Ley 1/2015 cuando sean derivadas desde los Servicios Sociales de Atención Primaria, desde los Servicios Especializados de Familia y Menores o desde otros Servicios Sociales Especializados; en los casos de mediación para la conciliación y reparación extrajudicial del daño en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores; y en los casos de mediación para la búsqueda de orígenes en adopción⁴³³.

6.1. EL FOMENTO DE LOS MÉTODOS ADR Y LAS TASAS JUDICIALES

De otra parte, es preciso diferenciar el “coste del procedimiento de mediación”, del coste real de la resolución de la controversia. Es evidente que la mediación no sólo resulta mucho menos onerosa para el ciudadano que el proceso judicial, a la par

432 El art. 10 del Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar prevé la suscripción de convenios y acuerdos de colaboración con los colegios profesionales y con otras entidades públicas para prestar el servicio de mediación gratuita para garantizar la prestación y la forma de retribución del servicio.

433 Art. 10.2 de la Ley 1/2015.

que es un eficaz y remedio barato para descongestionar a los tribunales de un gran número de asuntos de los que actualmente se ocupan. Pero a dicha afirmación habría que añadir la siguiente coletilla: la mediación es un recurso rápido y barato “... si finalmente se alcanza un acuerdo”. Porque en caso contrario, los gastos aumentan incluso más que si se hubiera optado por acudir en primer lugar a los tribunales de Justicia, como veremos a continuación.

Uno de los mayores impedimentos para la difusión y generalización del arbitraje en nuestro país ha sido, entre otros, el coste del mismo. Más allá de las grandes empresas multinacionales, acostumbradas al arbitraje internacional, el arbitraje no ha terminado de convertirse en España en un verdadero “equivalente jurisdiccional” a la vía jurisdiccional por diversos reparos (falta de cultura arbitral, desconfianza hacia los árbitros “de parte”, etc.), entre los que es preciso destacar los costes del arbitraje (honorarios de los árbitros, gastos de la administración del arbitraje y costes de la defensa de las partes). El mayor atractivo para que los ciudadanos decidan acudir al arbitraje de consumo es su carácter gratuito, y por ello, fuera de dicho ámbito de actuación, ni los ciudadanos ni los pequeños comerciantes o las pequeñas y medianas empresas suelen optar por formalizar un arbitraje institucional o *ad hoc* para resolver sus controversias. Es más, aquella parte vencedora en un arbitraje que necesite solicitar la ejecución forzosa del laudo ante el incumplimiento voluntario de la contraparte deberá abonar también la correspondiente tasa judicial al presentar la demanda ejecutiva, en virtud de lo establecido en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre⁴³⁴, y lo mismo sucede cuando se consigue alcanzar un acuerdo de mediación, se decide elevar a escritura pública (coste que asumen las partes de buen grado) pero posteriormente una de las partes quiere desdecirse y no cumple lo pactado. La demanda ejecutiva de una escritura pública referida a un acuerdo de mediación también está sujeta al pago de las tasas judiciales, de modo que la pregunta está servida: ¿es posible afirmar que existe un verdadero fomento de los ADR en nuestro país?

La propia Exposición de Motivos de la Ley 10/2012 indica que con dicha ley se pretende favorecer el uso de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos (arbitraje y mediación) cuando afirma que “Con la finalidad básica de incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, se establece una devolución de la cuota de la tasa, en todos los procesos objeto de la misma, cuando se alcance una terminación extrajudicial que ahorre parte de los costes de la prestación de servicios”, de igual modo que la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de 2003 defendía la necesidad de que “*La legislación interna de un país en materia de arbitra-*

434 Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, de 21 de noviembre de 2012).

je ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos”. Pues bien, a pesar de esa voluntad de la LEC de equiparar en gran medida la ejecución forzosa de los laudos arbitrales, y ahora también los acuerdos fruto de una mediación, a las resoluciones judiciales, con una regulación casi unitaria en cuanto que “títulos jurisdiccionales” (art. 517 LEC), resulta que la citada Ley 10/2012 considera el laudo arbitral o el acuerdo de mediación elevado a documento público notarial como un “título ejecutivo extrajudicial” a la hora de exigir el abono de la tasa para la interposición de demanda ejecutiva basada en el mismo (art. 2 letra a), tal y como ha tenido ocasión de afirmar la Dirección General de Tributos en virtud de la Consulta vinculante nº V0965-13, según la cual la exigencia de tasa a la ejecución de laudos arbitrales “no entra en contradicción con el hecho de que a algunos títulos ejecutivos extrajudiciales (expresión que no es extraña a la LEC) -como los laudos y acuerdos de mediación- se les dé desde el punto de vista procesal el mismo régimen que a los títulos judiciales”. El hecho de que la reforma parcial de dicha norma en virtud del RDL 3/2013 excluya expresamente los laudos *dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo* (art. 4.1.g) corrobora la voluntad de exigir el pago de la tasa judicial cuando se pretende ejecutar un laudo arbitral, lo cual no dejará de plantear problemas en la determinación de la parte variable de la cuota, cuando se trate de condenas de hacer o no hacer, bastante frecuentes en los arbitrajes. Ello no ha sido objeto de reforma con motivo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, en cuya virtud se exime del pago de la tasa judicial a todas las personas físicas.

Si se defiende el axioma imperante en la cultura arbitral, según el cual «a menor tiempo, menor coste», ¿por qué el Estado exige la misma tasa judicial a quien acude a los tribunales estatales y utiliza toda la fase declarativa, con sus consiguientes gastos en medios materiales y personales, recursos no devolutivos, incidentes procesales, etc., que a quien acude sólo a los efectos de que se ejecute lo ya resuelto con efectos de cosa juzgada?, ¿qué incentivo tendrán las partes para llegar a alcanzar un acuerdo en una mediación extrajudicial, si ante el incumplimiento de una de las mismas del acuerdo ya logrado, deben abonar las mismas tasas que si directamente hubieran acudido ante la Administración de Justicia?

Es evidente que el coste para la Administración de la fase ejecutiva es claramente menor que el coste de todo un procedimiento –declarativo y ejecutivo-, y sin embargo, el importe de la tasa será el mismo, o incluso mayor que si se hubiera presentado una demanda de juicio declarativo en vez de un arbitraje, pues la cuantía de la demanda ejecutiva será mayor si se incluye en el principal los costes del arbitraje⁴³⁵, y de conformidad con el art. 575 LEC, también los intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementado en los que se prevea que puedan devengarse

435 En este sentido, vid. AAP de Madrid, secc. 18ª, de 23 de abril de 2007.

durante la ejecución, y las costas de esta⁴³⁶.

Podría llegar a entenderse que se exigiera una cierta tasa judicial (aunque minorada) por aquellas actuaciones judiciales de apoyo o control que no son imprescindibles o que vienen motivadas por el propio desacuerdo entre las partes (nombroamiento judicial de árbitros, adopción de medidas cautelares o apoyo en la práctica de pruebas, o la acción de anulación, según reconoce la consulta nº V2606-13), pero no cuando se trata de cumplir con un trabajo que le está vetado a los árbitros por su falta de *imperium*. El vencedor del arbitraje se encuentra con que, a pesar de haber costado el procedimiento arbitral, se ve ahora obligado a abonar la tasa judicial por el simple hecho de que el perdedor no cumple voluntariamente en plazo. Y lo mismo le sucederá, por ejemplo, a aquella empresa que, tras una fructuosa mediación mercantil costada ante una Cámara de Comercio (con los honorarios del mediador y los gastos de administración de la institución ya abonados), vea como la contraparte no quiere cumplir lo acordado.

Es más, con independencia de que consideremos que exigir tasa judicial a quien pretende la ejecución de un laudo arbitral o un acuerdo fruto de una mediación institucional es un contrasentido con ese supuesto espíritu de la Ley de Tasas de incentivar que se acuda a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos, más sorprendente era la intención de eximir expresamente del pago de la tasa judicial el título ejecutivo extrajudicial consistente en el acta notarial que establezca una deuda dineraria no contradicha⁴³⁷ que se quería introducir en la Ley del Notariado, según el Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013, y no así el título ejecutivo “extrajudicial” consistente en la escritura pública notarial que recoge un acuerdo de mediación válidamente pactado entre las partes. ¿Por qué esa exención no se aplica también a la ejecución de las escrituras públicas que protocolicen notarialmente un acuerdo de mediación fruto de la Ley 5/2012?

La posterior reforma de la Ley del Notariado en virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no ha llegado finalmente a introducir tal exención, señalando únicamente que dicha acta notarial “llevara aparejada ejecución a los efectos del número 9.º del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de En-

436 En la presentación de una demanda declarativa, sin embargo, la base imponible de la Tasa coincidirá “con la cuantía del procedimiento judicial, determinada con arreglo a las normas procesales –art. 251 LEC- (Consulta número V1591-09 de fecha 03/07/2009). El Consejo Nacional de Secretarios Judiciales ha reconocido que “Aunque nos consta que en esta materia no hay criterios unánimes entre los compañeros, y en algunos juzgados se limita la cuantía a cantidades vencidas y líquidas” (*Guía práctica para la aplicación de las Tasas Judiciales*. Adaptada al Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero. Publicada por el Ilustre Colegio Nacional de Secretarios Judiciales. Versión online disponible en: www.coseju.com).

437 Ante dicha exención, se ha llegado a plantear la cuestión acerca de si la misma constituye acaso “un privilegio para favorecer a los Notarios a costa del erario público” (SEOANE CACHARRÓN, J., “Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, *Diario La Ley*, núm. 8184, de 5 de noviembre de 2013).

juiciamiento Civil. Dicha ejecución se tramitará conforme a lo establecido para los títulos ejecutivos extrajudiciales (art. 71.3.II LN). Es decir, que la interposición de la demanda ejecutiva de ese acta notarial sí llevará aparejada la exigencia del abono de la tasa judicial.

Resulta muy positivo que se exima de tasa la ejecución de un laudo dictado por una Junta arbitral de consumo, lo cual favorece al consumidor, si bien la exención del pago de tasas judiciales a partir de la reforma de 2015 a las personas físicas hará que dicha exención sobre los laudos de consumo sólo se aplique ahora excepcionalmente a aquellas personas jurídicas que reciban la consideración de “consumidor”. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la gran mayoría de los laudos de consumo se cumplen voluntariamente y no es necesario instar su ejecución judicial. De igual modo, si se trata de ejecutar un acuerdo de mediación recogido en el acta del secretario de la Junta arbitral de Consumo (art. 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo), lo cierto es que dicho acta no es propiamente una resolución arbitral -una resolución del árbitro o de la Junta Arbitral de Consumo-, pero debería admitirse una aplicación analógica de las normas sobre ejecución de laudos de consumo, dada la similitud estructural y de naturaleza que entraña respecto del laudo transaccional y la evidente «eadem ratio» existente entre ambas formas de solución de la controversia o litigio de consumo, y considerarse dichas actas como una «resolución arbitral» -aun en sentido impropio-, susceptible de ejecución por el cauce habilitado en la LEC⁴³⁸, y por tanto, también exenta de tasa judicial.

Esta crítica no va dirigida contra la exención de la tasa por la solicitud de ejecución derivada de ese denominado “procedimiento monitorio notarial”, pues el acreedor ya ha tenido que costearse el expediente notarial, con los gastos que ello conlleva (v. gr., notificaciones fehacientes al deudor) para lograr la declaración de deuda no contradicha, sino contra la decisión de hacer pagar la tasa a quien, habiendo descargado a la Administración de Justicia de trabajo y habiéndose costeadado un arbitraje o una mediación, y habiendo logrado un acuerdo o vencido en el arbitraje, legítimamente viene a reclamar el cumplimiento del laudo o acta de mediación, que no se ha ejecutado voluntariamente.

Es preciso recordar que la Directiva sobre Mediación en materia civil y mercantil de 2008 permite, como así han desarrollado algunos Estados miembros, la aplicación de incentivos financieros para la participación en la mediación, y ello debiera ser tenido en cuenta por el legislador español a la hora de suprimir el abono de las tasas judiciales para quien inste la ejecución de un laudo o un acuerdo de mediación;

438 BUSTO LAGO, J. M., “El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº7, 2010.

así como también idear otros incentivos, como por ejemplo, incluir los gastos de los procesos de mediación (incluidos los aranceles notariales por la firma de la escritura pública que recoja el acuerdo) dentro del beneficio de justicia gratuita; permitir la exención o deducciones fiscales del IVA de las facturas emitidas por las Instituciones arbitrales o de mediación o por los árbitros y las personas mediadoras; o ampliar los gastos deducibles del IRPF no sólo a los gastos de defensa jurídica contra el empleador o referidos a la pensión alimenticia, sino también a los gastos derivados de una mediación (ya sea intra o extrajudicial).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA, N., *NUEVOS ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL*, ED. TECNOS, MADRID, 1980.
- ALCOVER DE LA HERA, C., “LA MEDIACIÓN COMO ESTRATEGIA PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UNA PERSPECTIVA PSICOSOCIAL”, EN VV.AA., *MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR*, ED. DYKINSON, MADRID, 2006.
- ALEMÁN BRACHO, C. / GARCÍA SERRANO, M., *Los SERVICIOS SOCIALES Especializados en España*, ED. RAMÓN ARECES, MADRID, 2008.
- ALEMANY, M., “EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO”, *CUADERNOS DOXA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, 2005, Nº28, PP. 265-303.
- ALMAGRO NOSETE, J. / GIMENO SENDRA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V., *DERECHO PROCESAL, TOMO I. PARTE GENERAL. PROCESO CIVIL*. ED. TIRANT LO BLANCH, 6ª EDIC., VALENCIA, 1992.
- ALONSO SALGADO, C. / TORRADO TARDÍO, C. “VIOLENCIA DE GÉNERO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN: ¿UNA COMBINACIÓN POSIBLE?”, EN VV.AA., *VIOLENCIA DE GÉNERO, JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN*, ED. LA LEY, MADRID, 2011, P. 604-605.
- ALONSO SECO, J. M., GONZALO GONZÁLEZ, B., *LA ASISTENCIA SOCIAL Y LOS SERVICIOS SOCIALES EN ESPAÑA*, ED. BOE, MADRID, 2000.
- ÁLVAREZ MORENO, M. T., “LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES”, *PODER JUDICIAL*, 2004, Nº77.

- ÁLVAREZ, P., “SERVICIOS SOCIALES”, EN VV.AA., *DERECHO AUTONÓMICO DE CASTILLA-LA MANCHA*, ED. EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, CUENCA, 2000.
- ANDRÉS JOVEN, J. M., “PROYECTO PARA LA IMPLANTACIÓN EN ESPAÑA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2005”, EN VV.AA., *ALTERNATIVAS A LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN. ESTUDIOS DE DERECHO JUDICIAL*, ED. CGPJ, 2006, Nº 111.
- ANTONIAZZI, M. C., “CONSIDERACIONES ACERCA DE LA MEDIACIÓN ANTE LA CRISIS ECONÓMICO-SOCIAL ACTUAL” (ARTÍCULO REALIZADO PARA EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS- MÉTODOS PARTICIPATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS- CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES- ARGENTINA- JULIO 2007). DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.AMBITO-JURIDICO.COM.BR/SITE/INDEX.PHP?N_LINK=REVISTA_ARTIGOS_LEITURA&ARTIGO_ID=4246](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4246).
- AÑÓN, M. J., MESTRE, R., “VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES: DISCRIMINACIÓN, SUBORDINACIÓN Y DERECHO”, EN BOIX/MARTÍNEZ (COORD.), *LA NUEVA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO*, IUSTEL, MADRID, 2005.
- ASENCIO MELLADO, J. M., “LA REFORMA DE LOS PROCESOS MATRIMONIALES POR LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO”, *PRÁCTICA DE TRIBUNALES*, NÚM. 23, ENERO 2006.
- BARONA VILAR, S., *COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE (LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE)*, ED. CIVITAS, MADRID, 2004.
- BARONA VILAR, S., *EL PROCESO CIVIL*, (COORD.: F. ESCRIBANO MORA) VOL. II, ED. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2001.
- BELLOSO MARTÍN, N., “UNA PROPUESTA DE CÓDIGO ÉTICO DE LOS MEDIADORES”, *CUADERNOS ELECTRÓNICOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, 2007, NÚM. 15. DISPONIBLE EN: [HTTP://WWW.UV.ES/CEFD/15/BELLOSO.PDF](http://www.uv.es/CEFD/15/BELLOSO.PDF).
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACCIÓN SOCIAL PÚBLICA*, ED. HAAE/IVAP, BILBAO, 1992.
- BENITO VELLA, N. Y OTROS, “PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR: UNA REALIDAD EN ALZA”, *TRABAJO SOCIAL HOY*, 2005, PRIMER SEMESTRE.
- BLANCO CARRASCO, M., *MEDIACIÓN Y SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. UNA VISIÓN JURÍDICA*, ED. REUS, MADRID, 2009.

- BUSTO LAGO, J. M., “EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL DE CONSUMO EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN”, *ARANZADI CIVIL-MERCANTIL*, nº7, 2010.
- CABEZUDO BAJO, M. J., “EL COBRO DE DEUDAS TRANSFRONTERIZAS EN EUROPA: EL REGLAMENTO 1896/2006 Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA”, *REVISTA GENERAL DE DERECHO PROCESAL*, NUM. 15, 2008, DISPONIBLE EN: WWW.JUSTEL.COM.
- CALAMADREI, P., *INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL*, VOL. I. (TRADUCCIÓN DE SANTIAGO SENTÍS MELENDO), EJEA, BUENOS AIRES, 1973.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L., “ESTUDIO COMPARATIVO DE LA NORMATIVA NACIONAL Y AUTONÓMICA DE LOS PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR”, *ACTUALIDAD CIVIL*, 2010, nº1.
- CASO SEÑAL, M., “MEDIACIÓN. SIGNO DISTINTIVO DE EUROPA”, *LA LEY*, 31 DE OCTUBRE DE 2008.
- CASTILLEJO MANZANARES, C., “HABILIDADES Y TÉCNICAS DE LA MEDIACIÓN”, SEMINARIO SOBRE MEDIACIÓN, IMPARTIDO EL 10 DE NOVIEMBRE DE 2010 EN LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE TOLEDO, UCLM.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “EL NUEVO PROCESO PENAL. LA MEDIACIÓN”, *REVISTA DE DERECHO Y PROCESO PENAL*, NÚM. 23, 2010.
- CID MOLINÉ, J. / LARRAURI PIJOAN, E. (COORDS.), *PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN*, ED. BOSCH, BARCELONA, 1997.
- CORCUERA CABEZUT, S., *DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS*. MÉXICO: OXFORD, 2012.
- CORVO LÓPEZ, F. M., “EL ALCANCE DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR”, *ARANZADI CIVIL-MERCANTIL* NUM. 1/2011. VERSIÓN ONLINE.
- CRUZ MÁRQUEZ, B., “LA MEDIACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES: CONCILIACIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO”, *REVISTA ELECTRÓNICA DE CIENCIA PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, 2005, 07-14 (DISPONIBLE EN: [HTTP://CRIMINET.UGR.ES/RECPC](http://CRIMINET.UGR.ES/RECPC)).
- DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., “LA MEDIACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”, *EDUCAR*, 2003, nº32.
- DE DIEGO VALLEJO, R. / GUILLÉN GESTOSO, C., *MEDIACIÓN. PROCESO, TÁCTICAS Y TÉCNICAS*, ED. PIRÁMIDE, MADRID, 2006.

- DE LA OLIVA SANTOS, A., “MEDIACIÓN Y JUSTICIA: SÍNTOMAS PATOLÓGICOS”, *OTROSÍ*, NÚM. 8, OCTUBRE-DICIEMBRE 2011.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL I. INTRODUCCIÓN*. BARCELONA, 1982.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “EL RETO DE LA MEDIACIÓN PENAL: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”, *DIARIO LA LEY*, NÚM. 6520, DE 6 DE JULIO DE 2006.
- ESCRIVÁ-IVARS, J., *MATRIMONIO Y MEDIACIÓN FAMILIAR*, ED. RIALP, NAVARRA, 2001.
- ESQUINAS VALVERDE, P., *MEDIACIÓN ENTRE VÍCTIMA Y AGRESOR EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO*, ED. TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2008.
- FÁBREGA RUIZ, C. F. / HEREDIA PUENTE, M., “LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL. UNA FORMA DE PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO EN LA JUSTICIA”, *BAJO ESTRADOS. REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE JAÉN* (DISPONIBLE TAMBIÉN EN: WWW.PORDERJUDICIAL.ES).
- FISCHER, R. / URY, W., *GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN*, ED. BRUCE PATTON - BUSINESS & ECONOMICS, 1981.
- FUNES ARTIAGA, J. (DIR.), *MEDIACIÓN Y JUSTICIA JUVENIL*, FUNDACIÓ JAUME CALLÍS, BARCELONA, 1995.
- FUENTES SORIANO, O., “LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO”, *LA LEY*, NÚM. 6362, DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2005.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (DIRECTOR), *COMENTARIOS A LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE*. TOMO I, ED. BOSCH, BARCELONA, 2004.
- GARCÍA GÉRBOLES, L. / MUESMANN, M., “EL ENTRONQUE HISTÓRICO-JURÍDICO DEL CONCEPTO DE LA MEDIACIÓN DESDE EL DERECHO ROMANO HASTA LA ACTUALIDAD”, EN VV.AA., *LA MEDIACIÓN. PRESENTE, PASADO Y FUTURO DE UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA*, ED. NETBIBLIO, MADRID, 2010.
- GARCÍA MATAS, E., “LA MEDIACIÓN PENAL”, EN RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. / NAVARRO GUZMÁN, J. I. (COORD.), *MENORES, RESPONSABILIDAD PENAL Y ATENCIÓN PSICOSOCIAL*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2004.

- GARCÍA VILLALUENGA, L. / BOLAÑOS CARTUJO, I., *SITUACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA. DETECCIÓN DE NECESIDADES. DESAFÍOS PENDIENTES*, ED. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, MADRID, 2007.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., “LA MEDIACIÓN A TRAVÉS DE SUS PRINCIPIOS. REFLEXIONES A LA LUZ DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES”, *REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA*, N°4, 2010.
- GARZÓN VALDÉS, E., “¿ES ÉTICAMENTE JUSTIFICABLE EL PATERNALISMO JURÍDICO?”, *CUADERNOS DOXA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, 1988, N°5, pp. 155-173.
- GIL NIEVAS, R., “LA DIRECTIVA DE MEDIACIÓN EN LA COMUNIDAD EUROPEA”, EN VV.AA., *MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR*, ED. UNIVERSIDAD JUAN CARLOS I, MADRID, 2006.
- GIMENO SENDRA, V., *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL*, ED. CIVITAS, MADRID, 1981.
- GÓMEZ AMIGO, L., “ESTUDIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES”, *REVISTA GENERAL DE DERECHO PROCESAL*, NÚM. 31, 2013.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. / PENÍN ALEGRE, M. L., “MEDIACIÓN: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO Y LA PSICOLOGÍA”, EN VV.AA., *MEDIACIÓN: UN MÉTODO DE ? CONFLICTOS*, ED. COLEX, MADRID, 2010.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “EL SECRETO PROFESIONAL DEL ABOGADO”, EN VV.AA., *PROBLEMAS ACTUALES DE LA JUSTICIA PENAL*, ED. COLEX, MADRID, 2013.
- GORDILLO SANTANA, L. F., *LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA MEDIACIÓN PENAL*, ED. IUSTEL, MADRID, 2007.
- GUARDIOLA LAGO, M. J., “LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA Y LA PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL”, *REVISTA GENERAL DE DERECHO PENAL*, 2009, NÚM. 12 (DISPONIBLE EN: WWW.IUSTEL.COM).
- GUASP, J., *DERECHO PROCESAL CIVIL, INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS*, 3ª EDIC., MADRID, 1968.
- HEREDIA PUENTE, M., “PERSPECTIVAS DE FUTURO EN LA MEDIACIÓN PENAL DE ADULTOS. UNA VISIÓN DESDE EL MINISTERIO FISCAL”, *DIARIO LA LEY*, NÚM. 7257, DE 7 DE OCTUBRE DE 2009.

- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “MEDIACIÓN Y SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES: VENTAJAS E INCONVENIENTES”, *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL* (OCTUBRE 2014), VOL. 6, N° 2, PP. 130-146.
- HINOJAL, S., “LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU REGULACIÓN. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS LEYES DE MEDIACIÓN FAMILIAR”, *TRABAJO SOCIAL HOY*, 2005, VOL. I.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, B., “EN DEFENSA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN VIOLENCIA DE GÉNERO”, *REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA*, NÚM. 39, 2008.
- LAPUENTE SASTRE, G., Y OTROS, “LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA EUROPEA: SOLVIT; UNA APLICACIÓN PRÁCTICA”, EN VV.AA., *LA MEDIACIÓN. PRESENTE, PASADO Y FUTURO DE UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA*, ED. NETBIBLIO, MADRID, 2010.
- LASHERAS HERRERO, P., “MEDIACIÓN FAMILIAR: ORALIDAD Y PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO”, EN CARPI. F. / ORTELLS, M. (EDITORES), *ORALIDAD Y ESCRITURA EN UN PROCESO CIVIL EFICIENTE*, VOL. II, ED. UNIVERSITAT DE VALENCIA, VALENCIA, 2008.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., EN VV.AA., *TENDENCIAS ACTUALES EN EL DERECHO DE FAMILIA*, ED. SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE ALMERÍA, ALMERÍA, 2004.
- LORCA NAVARRETE, A. M., *INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIACIÓN “EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES” ELABORADO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA “CON LOS EFECTOS PROCESALES QUE DE ELLA DERIVAN”*, ED. INSTITUTO VASCO DE DERECHO PROCESAL, SAN SEBASTIÁN, 2010.
- LUQUIN BERGARECHE, R., *TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL EN ESPAÑA*, ED. THOMSON ARANZADI, PAMPLONA, 2007.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “LA MEDIACIÓN, LA REPARACIÓN Y LA CONCILIACIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL”, *DIARIO LA LEY*, NÚM. 7255, DE 5 DE OCTUBRE DE 2009.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. Y OTROS, *LEGISLACIÓN SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR*, 2ª EDIC., MADRID, TECNOS, 2008.
- MARTÍN DIZ, F., *LA MEDIACIÓN: SISTEMA COMPLEMENTARIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, ED. CGPJ, MADRID, 2010.
- MONTERO AROCA, J., “COMENTARIO AL ARTÍCULO 2.1 DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE”, EN BARONA VILAR, S., *COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE*, ED. THOMSON-CIVITAS, BARCELONA, 2004.

- MONTESINOS GARCÍA, A., “MEDIACIÓN ON LINE”, *REVISTA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA*, NÚM. 94, 2008.
- MORENO MARTÍN, F., “LA MEDIACIÓN Y LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA IDEA DE CONFLICTO”, EN VV.AA., *MEDIACIÓN: UN MÉTODO DE ? CONFLICTOS*, ED. COLEX, MADRID, 2010.
- NAVARRO CONTRERAS, E., “EL PROYECTO DE DIRECTIVA DE MEDIACIÓN Y LA MEDIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL”, EN VV.AA., *MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR*, ED. UNIVERSIDAD JUAN CARLOS I, MADRID, 2006.
- ORFANOU, M., “LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES EN GRECIA. PANORAMA ACTUAL Y UNA PERSPECTIVA COMPARATIVA: COMENTARIO A LA LEY 3898/2010”, *REVISTA INTERNACIONAL DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL Y ARBITRAJE*, 2011, N°1 (PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA [WWW.RIEDPA.COM](http://www.riedpa.com)).
- ORTIZ PRADILLO, J. C., “LA MEDIACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIRECTIVA SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES”, EN VV.AA., *MEDIACIÓN: UN MÉTODO DE ? CONFLICTOS*, ED. COLEX, MADRID, 2010.
- ORTIZ PRADILLO, J. C., “ESTEREOTIPOS LEGALES EN LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA MACHISTA: LA IRRELEVANCIA JURÍDICA DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA”, *DIARIO LA LEY*, DE 8 DE FEBRERO DE 2016.
- ORTUBAY FUENTES, M., “CUANDO LA RESPUESTA PENAL A LA VIOLENCIA SEXISTA SE VUELVE CONTRA LAS MUJERES: LAS CONTRADENUNCIAS”, *OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES* [ONLINE], 2015, VOL. 5 (2), P. 650. ACCESIBLE EN LA PÁGINA WEB: [HTTP://SSRN.COM/ABSTRACT=2612114](http://ssrn.com/abstract=2612114).
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “SISTEMAS ALTERNATIVOS A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (ADR): LA MEDIACIÓN EN LAS JURISDICCIONES CIVIL Y PENAL”, *REVISTA DE LA FUNDACIÓN ALTERNATIVAS*, N° 110/2007, DISPONIBLE EN [HTTP://WWW.FALTERNATIVAS.ORG](http://www.falternativas.org).
- ORTUÑO MUÑOZ, P., “LA MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL (UN RETO PARA LA PRÁCTICA DEL DERECHO DE FAMILIA)”, *REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA*, N° 7, ABRIL, 2000.
- ORTUÑO MUÑOZ, P.: “EL PROYECTO DE DIRECTIVA EUROPEA SOBRE LA MEDIACIÓN”. VERSIÓN ELECTRÓNICA DISPONIBLE EN [HTTP://CGAE.IURISLINE.NET/JMF/RECURSOS/PDF/4_FORO_JORNADAS_2.PDF](http://CGAE.IURISLINE.NET/JMF/RECURSOS/PDF/4_FORO_JORNADAS_2.PDF).

- ORTUÑO, P., “LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR”, *REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN*, N.º 29, ENERO 2013.
- OTERO PARGA, M., “LA ÉTICA DEL MEDIADOR”, EN VV.AA., *MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: TÉCNICAS Y ÁMBITOS* (DIRECTORA HELENA SOLETO MUÑOZ), ED. TECNOS, MADRID, 2011.
- PÉREZ, M., “LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR”, *REVISTA JURÍDICA. BIBLIOTECA VIRTUAL, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM*. DISPONIBLE EN WWW.JURÍDICAS.UNAM.MX/PUBLICA/REV/BOLETIN/CONT/95/ART/ART9.HTM. FECHA DE CONSULTA: 18 DE SEPTIEMBRE DE 2013.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M. T., “LA MEDIACIÓN EN EL MARCO DEL PROTOCOLO FAMILIAR”, *ACTUALIDAD CIVIL*, N.º9, QUINCENA DEL 1 AL 15 MAY. 2010.
- PÉREZ GINÉS, C. A., “LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO «O LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE DIFÍCIL CONTROL Y CUMPLIMIENTO»”, *LA LEY*, NÚM. 7397, DE 7 DE MAYO DE 2010.
- PÉREZ I MONTEI, J., “LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA, 10 AÑOS DESPUÉS DEL CONGRESO DE VALENCIA DE 1999”, *INFORMACIÓ PSICOLÒGICA*, N.º 96, MAIG-AGOST 2009.
- POUND, R., “THE CAUSES OF POPULAR DISSATISFACTION WITH THE ADMINISTRATION OF JUSTICE”, 40 *AMERICAN LAW REVIEW* 729 (1926).
- PRIETO SANCHÍS, L., “SOBRE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS Y LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA”, *REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA*, NÚM. 49, 2010.
- RAMOS MÉNDEZ, F., “MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS POR VÍA JUDICIAL EN EL ÁMBITO CIVIL PATRIMONIAL”, *JUSTICIA*, 1994, VOL. IV.
- RIOS MARTÍN, PASCUAL RODRÍGUEZ, Y BIBIANO GUILLÉN, *LA MEDIACIÓN PENAL Y PENITENCIARIA*, ED. COLEX, MADRID, 2006.
- RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., “ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: SU INCIDENCIA EN EL FUTURO DE LA MEDIACIÓN COMO MODELO DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO”, *EN LETRA*, NÚMERO 3 (2015), TOMO II, PP. 171-217.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL. ALUSIÓN ESPECIAL AL SUPUESTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO”, *DERECHO Y PROCESO PENAL*, 2014, NÚM. 35, PP. 61-92.

- SÁNCHEZ POS, M. V., *LA LEY DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL Y LA LEY DE MEDIACIÓN: EXPOSICIÓN DE LAS REFORMAS RECIENTES DE LA JUSTICIA CIVIL* (CON F. CORDÓN MORENO), ED. ARANZADI, CICUR MENOR, 2012.
- SEOANE CACHARRÓN, J., “BREVE EXAMEN CRÍTICO SOBRE EL BORRADOR DE PROYECTO DE LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA”, *DIARIO LA LEY*, NÚM. 8184, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2013.
- SERRANO MASIP, M., “EFECTOS NEGATIVOS DE LA PROLIFERACIÓN DE NORMAS REGULADORAS DE MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN APLICABLES A LA VIOLENCIA DE GÉNERO”, *SENTENCIAS DE TSJ Y AP Y OTROS TRIBUNALES*, nº1, AÑO 2007.
- SERRANO, G., “EFICACIA Y MEDIACIÓN FAMILIAR”, *BOLETÍN DE PSICOLOGÍA*, NÚM. 92, MARZO 2008.
- SERRANO, G., “LAS INTERVENCIONES DE LOS MEDIADORES” (CON M. MÉNDEZ), *REVISTA DE PSICOLOGÍA GENERAL Y APLICADA*, NÚM. 52, VOL. 2-3, 1999.
- SERRANO, G., “PERCEPCIÓN Y CONFLICTO”, EN *VV.AA., MEDIACIÓN: UN MÉTODO DE ? CONFLICTOS*, ED. COLEX, MADRID, 2010.
- SERRANO, G., “QUÉ DICE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA SOBRE MEDIACIÓN”, *REVISTA DE PSICOLOGÍA DEL TRABAJO Y DE LAS ORGANIZACIONES*, NÚM. 12, VOL. 2-3, 1996.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE FAMILIA”, *DIARIO LA LEY*, NÚM. 7996, DE 8 DE ENERO DE 2013.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L., “LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO INSTRUMENTO PARA MEJORAR LA GESTIÓN JUDICIAL DE LOS CONFLICTOS FAMILIARES: LA EXPERIENCIA DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE MÁLAGA”, EN *VV.AA., ALTERNATIVAS A LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN. ESTUDIOS DE DERECHO JUDICIAL*, ED. CGPJ, 2006, nº 111.
- VALERO LLORCA, J. / COBAS COBIELLA, M. E., “LA RESPONSABILIDAD DEL MEDIADOR A LA LUZ DE LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN”, *DIARIO LA LEY*, NÚM. 7987, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2012.
- VALL RIUS, A., “EL DESARROLLO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EUROPA: ESTUDIO COMPARADO CON LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA”, *LA LEY*, nº 6528, DE 18 DE JULIO DE 2006.

VARGAS PÁVEZ, M., “MEDIACIÓN OBLIGATORIA. ALGUNAS RAZONES PARA JUSTIFICAR SU INCORPORACIÓN”, *REVISTA DE DERECHO*, VOL. XXI, N°2, DICIEMBRE 2008.

VECINA CIFUENTES, J., “ESTRATEGIAS ANTE EL CONFLICTO: ¿NEGOCIAR O LITIGAR?”, EN VV.AA., *MEDIACIÓN: UN MÉTODO DE ? CONFLICTOS*, ED. COLEX, MADRID, 2010.

VEGAS TORRES, J., “EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL”, *OTROSÍ*, NÚM 7, JULIO-SEPTIEMBRE DE 2011.

VEGAS TORRES, J., “EL PROYECTO DE LEY DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL”, *OTROSÍ*, NÚM 7, JULIO-SEPTIEMBRE DE 2011.

VIOLA DEMESTRE, I., *EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL*, ED. SERVICIO DE ESTUDIOS DEL COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, MADRID, 2003.

VIOLA MESTRE, I., “LA CONFIDENCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN”, 2009 *WORKSHOP INTERNACIONAL SOBRE ADR/ODRs. CONSTRUYENDO PUENTES: MARCO JURÍDICO Y PRINCIPIOS*. UNIVERSITAT OBERTA DE CATALUNYA (UOC), INTERNET INTERDISCIPLINARY INSTITUTE (IN3), 15 DE SEPTIEMBRE DE 2009. DISPONIBLE EN [HTTP://WWW.UOC.EDU/SYMPOSIA/ADR/](http://www.uoc.edu/symposia/adr/).

VV.AA., *RESTORATIVE JUSTICE*, DARTMOUTH, LONDON, 2003.