

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR



**TRABAJO FIN DE MÁSTER EN MEDIACIÓN Y
RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS**

AUTORA: ALBA GÓMEZ GARCIA

TUTORA: HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ

**FACULTAD DE CIENCIA SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN. SEGOVIA. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID.**

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

FECHA DE ENTREGA: JULIO de 2019

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio pormenorizado de la mediación, concretamente de la familiar, como un método de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial. Las controversias que se sustancian mediante un proceso judicial conllevan grandes costes económicos, afectivos y temporales. Estos daños colaterales se aminoran en los procedimientos de mediación, lo que implica un gran beneficio, más aún si se trata de un conflicto familiar por el vínculo que une a las partes.

En el primer capítulo del trabajo explicaré la mediación en general, los principios que la rigen, las partes intervinientes y los aspectos procedimentales de la misma. A continuación estudiaré la legislación nacional y autonómica sobre mediación.

En los capítulos segundo y tercero haré un estudio pormenorizado de la mediación familiar, con sus especiales características, así como las materias donde se puede llevar a cabo un proceso de mediación familiar y la incardinación de la mediación en las leyes civiles. Por último explicaré los distintos sistemas de mediación.

ABSTRACT

The purpose of this paper is the detailed study of mediation, specifically of the family, as a method of conflict resolution alternative to the judicial one. Conflicts that are substantiated through a judicial process entail large economic, emotional and temporary costs. These collateral damages are reduced in the mediation procedures, which implies a great benefit, even more so if it is a family conflict because of the bond that unites the parties.

In the first chapter of the work I will explain the mediation in general, the principles that govern it, the parties involved and the procedural aspects of it. Next I will study the national and regional legislation on mediation.

In the second and third chapters I will make a detailed study of the family mediation, with its special characteristics, as well as the subjects where a process of family mediation can be carried out and the incardination of the mediation in the civil laws. Finally, I will explain the different mediation systems.

PALABRAS CLAVE

Mediador, mediación familiar, neutralidad, imparcialidad, crisis matrimoniales, acuerdo, conflicto familiar, Puntos de Encuentro Familiar.

KEY WORDS

Mediator, family mediation, neutrality, impartiality, marital crisis, agreement, family conflict, family meeting points.

ABREVIATURAS

ADR-Alternative Dispute Resolution

AP-Audiencia Provincial

CC-Código Civil

CCAA-Comunidades Autónomas

CE-Constitución Española

CGPJ-Consejo General del Poder Judicial

EEUU-Estados Unidos

ERC-Esquerra Republicana de Catalunya

LEC-Ley de Enjuiciamiento Civil

**LMACM-Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles
5/2012, de 6 de Julio**

PEF-Punto de Encuentro Familiar

PSOE-Partido Socialista Obrero Español

SAF-Síndrome de Alienación Familiar

SAP-Síndrome de Alienación Parental

TS-Tribunal Supremo

UE-Unión Europea

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO DE LA MEDIACIÓN

1. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN?

1.1 Antecedentes de la mediación

1.2 Concepto de mediación

1.3 Características de la mediación

1.4 Principios de la mediación

1.5 Partes de la mediación

1.6 Derechos y deberes de las partes

2. DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

2.1 Proceso y documentación de la mediación

2.2 Naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

3.1 Regulación nacional

3.2 Regulación autonómica

3.3 Modificación de la LEC tras la ley de mediación

CAPÍTULO 2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. TEORÍA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1.1 Antecedentes históricos de la mediación familiar

1.2 Legislación de la mediación familiar

1.3 Características y estructura de la mediación familiar

1.4 Problemática de la mediación familiar

1.5 Particularidades del acuerdo de mediación familiar

2. CONTENIDO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

2.1 Materias donde se aplica la mediación familiar

2.2 Importancia de la mediación en el derecho de familia

2.3 Mediación familiar en conflictos transfronterizos

2.4 Mediación familiar y violencia de género

2.5 Mediación en crisis matrimoniales

2.5.1 Concepto y regulación del matrimonio

2.5.2 Parejas de hecho: similitud con el matrimonio a efectos de mediación

2.5.3 Acuerdos antes de la unión: pactos y capitulaciones matrimoniales

2.5.4 Disolución de la pareja: ruptura contenciosa o de mutuo acuerdo

2.5.5 Diferencias y semejanzas entre el convenio regulador y el acuerdo de mediación

2.5.6 Posiciones de los miembros de la pareja: Posibilidad de alienación parental

2.6 Importancia del menor en la mediación familiar

CAPÍTULO 3. RECURSOS DONDE SE DESARROLLA LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

1.1 Concepto

1.2 Momentos procesales en los que se puede solicitar

1.3 Consecuencias procesales

1.4 Homologación del acuerdo

2. MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL

2.1 Colegios profesionales

2.2 Mediadores privados

2.3 Puntos de Encuentro Familiar

2.3.1 Concepto y origen

2.3.2 Vías de acceso y situaciones asistidas en el PEF

2.3.3 Funciones del PEF

2.3.4 Mediación familiar en los PEF

3. MODELO DE ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

CONCLUSIONES

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Para comenzar con la explicación del trabajo, daré una definición de lo que es la mediación, entendido como un proceso estructurado que trata de que las partes aprendan a gestionar sus conflictos sin acudir a la vía judicial, auxiliados por un mediador. Es un método autocompositivo ya que la solución al conflicto es conformada por las partes y no por un tercero como un juez o un árbitro.

La mediación tiene varios campos de actuación, se puede emplear en casi todo tipo de conflictos. La ley 5/2012 de 6 de julio es actualmente la única ley nacional sobre mediación, se aplica en asuntos civiles y mercantiles, quedando excluido su uso en mediaciones penales, administrativas, laborales y de consumo, con la salvedad de que en esta última materia existe la ley 7/2017 de 2 de noviembre sobre mediación de consumo que ha supuesto la modificación del artículo 2 de la ley 5/2012 en la que se ha eliminado la excepción del consumo. Esto no quiere decir que no exista mediación en el resto de campos, sino que no va a aplicarse la ley 5/2012 para las mismas.

El requisito esencial para que exista mediación es que las partes decidan someterse a la misma y que el objeto sobre el que van a mediar sea disponible. Actualmente hay mediación: civil, mercantil, familiar, laboral, social, comunitaria, escolar e incluso penal.

Con anterioridad a la ley 5/2012 ya existían leyes de mediación y concretamente de mediación familiar en las CCAA, desde la primera de Cataluña en el año 2001 hasta Castilla la Mancha en el 2015.

Con la regulación de la mediación se produjeron modificaciones en el CC y en la LEC. Las normas que propiciaron el cambio fueron la ley 15/2005 de 8 de julio, en la que se mencionaba la mediación familiar como un recurso alternativo a la vía judicial en la resolución de conflictos, pero no fue hasta las leyes 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles y 15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria cuando se produjeron los cambios más significativos.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO DE LA MEDIACIÓN

1. ¿QUÉ ES LA MEDIACIÓN?

1.1 Antecedentes de la mediación

La mediación ha estado presente en todas las sociedades y culturas siendo una de las formas más antiguas de resolución de conflictos y siempre bajo la figura del mediador líder. Ya en la Ley de las Doce Tablas del año 451 a.C se preveía la posibilidad de que la víctima y el agresor llegaran a un acuerdo a fin de que este tuviera una pena menor y la víctima pudiera salir resarcida del daño. Desde la Edad Media la Iglesia como institución ha intervenido intermediando en conflictos territoriales mediante la representación del papado en otros países a través de los nuncios pontificios, creando la costumbre de resolver los conflictos a través del diálogo. Los casos más relevantes en los que ha participado la Iglesia como mediador han sido el conflicto del Beagle en 1978 o la caída del muro de Berlín en 1989.

Los primeros sistemas de mediación se encontraron en China y Japón. En estos países debido a su cultura pacificadora de armonía y consenso social desde hace siglos utilizan unos sistemas de resolución de conflictos cercanos a lo que nosotros entendemos por mediación.

El primer lugar donde se tiene conocimiento de un verdadero proceso de mediación es en EEUU, pero se cree que fueron los emigrantes chinos que se instalaron en este país los que implantaron este recurso. Crearon una asociación llamada “Asociación China de Socorros Mutuos” para solucionar las discrepancias en las familias.

La mediación en EEUU surgió en los años 30 y 40 en el ámbito laboral. La National Labor Relations Act de 1935 reconoció a los trabajadores el derecho de negociación colectiva y esta se convirtió en el ámbito natural de la mediación. En la década de los 60 por el manifiesto éxito que tenía en la negociación de derechos entre

trabajadores y empresarios, se amplió al ámbito comunitario. En 1964 se dictó la Civil Rights Act que pretendía acabar con la segregación racial y para ello se crearon comisiones de mediación con la finalidad de evitar la discriminación. No fue hasta 1971 cuando se fundó en Atlanta el primer centro de mediación familiar. La mediación familiar se entendió necesaria cuando aumentaron las rupturas matrimoniales a partir de 1969 al eliminarse el divorcio culpable. En 17 años, es decir, en 1986 ya existían 400 programas de mediación en todo el país.

Desde EEUU se trasladó el fenómeno a Canadá, donde se crearon centros públicos de mediación en Quebec. La llegada a Europa de la mediación fue a través del único país de Common Law que hay en Europa, Reino Unido. Pero fue Francia la pionera en introducir la mediación familiar en su legislación en 1995 recogiendo la herencia de Quebec (Cebola, 2011).

En el año 2008 la UE promulgó la Directiva 52/2008 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, que obligaba a los Estados Miembros a dictar una ley de mediación. En el caso de España en el año 2012. Antes de la Directiva se elaboró una Recomendación en 1998 pero ante el escaso calado que tuvo en los países de la UE, se vio la necesidad de implantar la mediación por un método de obligado cumplimiento. Sin embargo la Directiva es únicamente civil y mercantil, se excluye expresamente su aplicación en materia fiscal, aduanera y administrativa (Gómez, 2014, págs. 931-996).

Se entendió la mediación como un ADR que mejoraría la justicia, ya que procura resolver los conflictos de forma pacífica y llegando a un acuerdo. A día de hoy hablamos de mediación porque supone una nueva vía para que los ciudadanos resuelvan sus conflictos responsabilizándose de sus actos, afronta los conflictos desde otra perspectiva mediante la comunicación y la escucha del otro. Por otra parte soluciona el atasco judicial, ya que hay muchas controversias que se podrían solucionar mediante la mediación sin recurrir a la vía judicial tradicional.

1.2 Concepto de mediación

La mediación es un sistema de resolución de conflictos. Con mucha habitualidad se dice que se trata de un método alternativo a la vía judicial, sin embargo puede ser tanto alternativo si se acude a un procedimiento de mediación fuera del proceso judicial y para evitar este, como complementario si se da dentro de un proceso judicial para ponerle fin.

La mediación supone que dos o más partes en conflicto se auxilian de un mediador facilitador para gestionar por sí mismos sus controversias. Partiendo de la realidad de que el conflicto es inherente al ser humano y que este tiene que solucionarse, la mediación devuelve la responsabilidad y la capacidad de decisión a las partes. Literalmente el artículo 1 de la ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles 5/2012 de 6 de julio (en adelante LMACM) dice “*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. Esta definición es muy similar a la que da el CGPJ. Sin embargo autores como Vinyamata Camp la define como “un proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial que procurará que las personas implicadas establezcan un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o mitigado el conflicto” (García Villaluenga, 2007).

1.3 Características de la mediación

La mediación se entiende como un proceso estructurado donde se encuentran las partes en conflicto y el mediador. Este tiene que ser neutral e imparcial. Es una vía que construye relaciones y reduce las tensiones, alienta a la cooperación, eleva la satisfacción psicológica y personal, ya que se asume mejor la situación que pueda darse en el futuro. Las partes son las que asumen la responsabilidad y son las absolutas protagonistas del proceso, siendo el mediador un facilitador.

Los potenciales acuerdos a los que las partes pueden llegar se ajustan a sus necesidades, no son impuestos por un tercero, y por lo tanto el grado de cumplimiento de estos es muy alto por la confección del mismo por las partes. Es un procedimiento que se dirige al futuro, tanto para solucionar un conflicto puntual como para gestionar sus posteriores disputas. Se encuadra dentro de los métodos de solución de conflictos autocompositivos, en contraposición a la vía judicial o al arbitraje que son métodos heterocompositivos. La diferencia es que en los heterocompositivos es un tercero el que impone la solución al conflicto. Por el contrario, en los autocompositivos son las partes las que se dotan a sí mismas de una solución.

Como ya hemos dicho con anterioridad disminuye los costes de todo tipo:

- a) **Afectivos:** cuando entre las partes existe un conflicto su carga emocional es muy alta, favoreciendo la comunicación entre ellas evitamos que se enquisten los sentimientos negativos hacia el otro.
- b) **Temporales:** el procedimiento de mediación puede durar entre dos y tres meses, lo que implica un menor tiempo de espera que la vía judicial para la solución del problema.
- c) **Económicos:** el procedimiento de mediación es más asequible que la vía judicial empezando por el número de profesionales intervinientes (en el proceso judicial se necesita postulación), así como los trámites que se llevan a cabo.

Además en las controversias familiares, y más concretamente en conflictos matrimoniales con hijos menores, favorece su ajuste personal, se les da la información necesaria, no se sienten culpables y no se les somete a un conflicto de lealtades. Puede llevarse a mediación cualquier conflicto cuyo objeto del mismo sea disponible por las partes (Moretón Toquero, 2018).

1.4 Principios de la mediación

La mediación tiene que regirse en base a unos principios. Estos serán de aplicación en todo tipo de mediaciones sea la materia que sea, y son:

- a) **Voluntariedad:** las partes han de acudir a mediación de forma voluntaria, es decir, nadie puede obligar a otra persona a acudir a mediación. Actualmente se está instaurando por los jueces la obligatoriedad de acudir a la sesión informativa, acto por el cual únicamente se explica a las partes en qué consiste la mediación. La razón de ser de este principio es que al ser un método de resolución del conflicto por las propias partes, sean ellas las que de forma libre decidan hacerlo. La voluntariedad se da en todos los momentos del proceso, tanto en el inicio como en el desarrollo. Además opera para todos los intervinientes pudiendo hacer dejación del proceso tanto las partes como el mediador. Se recoge en el artículo 6 de la LMACM.
- b) **Confidencialidad:** es uno de los principios más atractivos para acudir a mediación. Tanto las partes como el mediador quedan sujetos a la confidencialidad, lo que se traduce en que todas las informaciones que se viertan en la mediación no pueden ser reveladas. Viene recogido en el artículo 9 de la LMACM. Tanto la información como los documentos que se presenten en mediación no pueden ser utilizados en contra del otro. Si se pretende que las partes adquieran confianza en el recurso de la mediación este principio les va a dotar de seguridad a la hora de expresar sus emociones e intereses. La confidencialidad solo va a ceder en dos ocasiones: si las partes por escrito así lo consienten y si se solicita por la autoridad judicial.
- c) **Imparcialidad y neutralidad del mediador:** en primer lugar hay que diferenciar los conceptos de neutralidad e imparcialidad. La neutralidad es un aspecto intrínseco del

mediador, un examen de autoconciencia para despojarse de lo que cree, sabe, absteniéndose de dar su opinión, imponer soluciones y respetando los puntos de vista de las partes. Se recoge en el artículo 8 de la LMACM. Por otra parte la imparcialidad recogida en el artículo 7 de la LMACM es la relación del mediador y las partes, es decir, que este no se posiciona a favor de ninguna parte para preservar la igualdad. Estas tareas son de gran dificultad, el mediador únicamente podrá dar información a las partes si lo hace de forma aséptica sin favorecer a ninguna.

- d) **Igualdad de las partes:** las partes deben intervenir en el proceso de mediación en igualdad de condiciones y en situación de equilibrio. Este control lo debe hacer el mediador. Si las partes están en equilibrio deberá darles los mismos tiempos de palabra y de intervención, pero si por cualquier circunstancia las partes no están en igualdad de condiciones las deberá colocar en tal lugar dejando a la parte más débil explicarse con más tiempo que la otra.
- e) **Buena fe:** las partes deben actuar en el proceso de mediación con lealtad y de acuerdo a la buena fe, prestando su colaboración al mediador y a la otra parte.
- f) **Confianza:** la confianza tiene que ser tanto de las partes entre sí, como de las partes con el mediador. La mediación es un proceso colaborativo y todos los intervinientes deben ser leales.
- g) **Carácter personalísimo:** en la mediación las partes son las que participan activa y personalmente, no por un representante como en el proceso judicial. No está vetado que los asesores de las partes acudan a la mediación o que sigan manteniendo informados a sus clientes, pero si acuden a las sesiones de mediación no tienen voz ni voto, son meros oyentes. Esto es así porque si se pretende una colaboración

entre las partes y los asesores no favorecen esta, en último término las partes desistirán de la mediación.

- h) Flexibilidad:** pese a ser un proceso estructurado con normas, la mediación es sencilla y flexible. Se desarrolla en un espacio neutral, sin lenguaje técnico, transcurre mediante entrevistas sencillas, poco rigoristas, donde hay libertad de gesticulación y movimiento, e incluso se puede hacer un receso cuando las partes o el mediador lo soliciten (Pillado González & Fariña Rivera, 2015, págs. 80-92) (García García, 2003, págs. 135-150) (Pérez Conesa, 2004).

1.5 Partes de la mediación

Las partes que componen la mediación son dos:

- Las partes propiamente dichas: dos o más personas que tienen un conflicto susceptible de mediación y deciden acudir a este recurso con el fin de llegar a un acuerdo o por lo menos aminorar su conflictividad.
- El mediador: actúa como dirigente del proceso pero sin imponer, juzgar, dar soluciones y opinar. Su función es que las partes se respeten mutuamente, hacer valer las normas y principios de la mediación y procurar que se restablezca la comunicación entre las partes.

1.6 Derechos y deberes de las partes

La mediación a pesar de ser un proceso flexible recoge derechos y deberes para las partes. En la LMACM no hay un elenco de derechos y deberes de las partes expresos, por lo que hay que recurrir a los artículos 10 y 13 de la LMACM en los que se recoge la forma de actuación de las partes y el mediador y a la normativa autonómica. Revisando las leyes 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, 1/2007 de 21 de febrero de mediación familiar de la Comunidad de Madrid y 1/2006 de 6 de abril de mediación familiar de Castilla y León se pueden deducir como derechos y deberes los que veremos a continuación.

Las partes propiamente dichas, es decir, los usuarios tienen derechos como: iniciar de común acuerdo el procedimiento, poner fin al proceso si así lo desean, elegir al mediador o si no lo hacen que se elija a través del Registro de Mediadores, ser tratados de forma adecuada, sin discriminación por razón de sexo, raza, nacionalidad, etc., que se garantice la confidencialidad, conocer el coste, duración y características del proceso y recibir del mediador una copia del acta de sometimiento a mediación. Tienen además los siguientes deberes básicos: cumplir las normas de la mediación, actuar de buena fe, tener en cuenta los intereses de los menores, discapacitados o personas necesitadas de especial protección, asistir personalmente a las sesiones, respetar al mediador, abonar los honorarios y firmar el compromiso de sometimiento a mediación.

El mediador tiene los siguientes derechos: participar en el procedimiento, percibir sus honorarios, ser tratado con el debido respeto, actuar con libertad e independencia, dejar el proceso cuando lo desee de forma justificada, recibir información veraz y completa y recibir asesoramiento de otros profesionales si fuera necesario. Por otra parte tienen los siguientes deberes: actuar de forma neutral e imparcial, garantizar los derechos de las partes, entregar a las partes el acta de sometimiento a mediación, informar a las partes de las características, coste y duración del procedimiento, promover que las partes tengan en cuenta el interés del menor, discapacitados y personas especialmente vulnerables, realizar personalmente la actividad mediadora, facilitar la comunicación y en entendimiento entre las partes, propiciar que las partes tomen decisiones libremente, advertir a las partes que pueden asesorarse con otros profesionales, actuar de buena fe, tratar con respeto a las partes, garantizar el secreto profesional y la confidencialidad e informar a las autoridades competentes de los datos que puedan revelar la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

Además los mediadores tienen la obligación de estar inscritos en el Registro de Mediadores que corresponda y suscribir un seguro de

responsabilidad civil que cubra los posibles daños y perjuicios que ocasione a las partes. En las normativas autonómicas y de manera pormenorizada también se establecen las sanciones que se pueden imponer a los mediadores si causan un perjuicio a las partes. Estas sanciones se clasifican en leves, graves y menos graves y van desde meras multas administrativas a la inhabilitación de uno a quince años en el peor de los casos.

2. DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN

2.1 Proceso y documentación de la mediación

Lo primero que hay que destacar de la mediación es que es un proceso cuya finalidad no es siempre el acuerdo sino el correcto desarrollo del mismo. El proceso pertenece a las partes y el mediador lo conduce.

La mediación puede ser extrajudicial o intrajudicial. Será extrajudicial cuando las partes deciden acudir a un mediador de forma voluntaria sin haberse iniciado un proceso judicial y con el fin de evitar este. Por otra parte será intrajudicial si una vez iniciado el proceso se lleva a cabo por las partes un procedimiento de mediación, bien sea por recomendación del juez o no, cuyo fin va a ser terminar el proceso judicial que ya estaba iniciado.

La mediación se estructura en tres fases recogidas entre los artículos 16 a 24 de la LMACM. Son las siguientes:

- a) **Inicio:** se puede iniciar por el acuerdo de ambas partes o por una con el consentimiento de la otra. Si el inicio se da estando en curso un proceso judicial se puede pedir la suspensión de este por un plazo de sesenta días prorrogables. En primer lugar se lleva a cabo la llamada sesión informativa. En ella el mediador les va a explicar a las partes en qué consiste la mediación, los principios, los beneficios de la misma, el coste, la duración, los derechos y deberes de cada uno, así como la imposibilidad de

iniciar un proceso judicial mientras se desarrolle la mediación. Este último aspecto es de suma importancia, pues si tras el inicio de un procedimiento de mediación, una de las partes presenta una demanda, la otra parte puede formular declinatoria para que el juez no conozca del caso debido a estar en curso una mediación. Únicamente deberá presentar el acta de sometimiento a mediación ante el juez para que este acepte la declinatoria.

Si las partes tras asistir a la sesión informativa aceptan llevar a cabo un proceso de mediación entonces dará lugar a la sesión constitutiva en la que firmarán el acta de sometimiento a mediación. En este constarán los datos personales de las partes, la designación del mediador, el objeto del conflicto, duración aproximada del proceso, coste, lugar de celebración, idioma en el que se desarrollará y la firma del mediador y las partes. De éste acta el mediador hará copias para cada parte y para sí mismo.

- b) Desarrollo:** la mediación se va a desarrollar mediante sesiones y tendrán la menor duración posible, aproximadamente serán de una hora. Las sesiones serán de las partes con el mediador, sin embargo, se puede recurrir al caucus (entrevistas individuales con cada parte) si se aprecia por parte del mediador la idoneidad del mismo. Preferiblemente las sesiones serán presenciales, pero si todos los intervinientes están de acuerdo puede realizarse por medios electrónicos, videoconferencia o cualquier medio análogo.

Durante las sesiones las partes explicarán sus intereses y necesidades a fin de que entre ellas haya una cesión y así llegar a un acuerdo. Estas intervenciones serán dirigidas por el mediador que empleará tantas técnicas como le resulte necesario. Algunas de ellas son: reformulación, normalización, reconocimiento del otro, preguntas, silencios, etc.

- c) **Terminación:** la mediación puede terminar con acuerdo o sin él. En todo caso se firmará por las partes y el mediador un acta final. Si la mediación ha terminado con acuerdo se acompaña este al acta, y si ha terminado sin él se pondrá en el acta “mediación intentada sin efecto”. Tanto del acta como del acuerdo si le hubiera el mediador entregará una copia a cada parte y se quedará una para él. Una vez finalizada la mediación el mediador deberá destruir todos los documentos que las partes trajeron a las sesiones para asegurar el cumplimiento de la confidencialidad (Moretón Toquero, 2018) (Cazorla González-Serrano, 2016, págs. 85-102).

2.2 Naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación

Como bien he señalado la mediación en el mejor de los casos acaba con un acuerdo entre las partes, según recoge el artículo 22.1 de la LMACM. El acuerdo no tiene que ser justo sino el que las partes hayan establecido, siempre y cuando sea factible y legal. El acuerdo como tal tiene la fuerza de un contrato y de acuerdo a la regla *pacta sunt servanda* debe ser cumplido por las partes. Con frecuencia los acuerdos suscitados en mediación se cumplen de forma voluntaria pero ante el temor de que una parte no cumpla y ese acuerdo se quede como papel mojado el mediador debe informar de la posibilidad de convertirlo en título ejecutivo. Hay dos maneras de convertir el acuerdo en título ejecutivo según los artículos 25.1 y 25.4 de la LMACM:

- a) Elevándole a escritura pública ante notario: esta opción se informará por parte del mediador. El acuerdo se presenta por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. El notario hará un control de legalidad del acuerdo y lo elevará si su contenido no es contrario a Derecho.
- b) Por homologación judicial: si el acuerdo se alcanza estando en curso un proceso judicial, será el juez el que hará ese control de

legalidad y si es conforme a la ley, lo homologará mediante un auto.

Con esto se logra que si alguna parte no cumple voluntariamente el acuerdo, la otra puede presentar el acuerdo en un proceso ejecutivo para que se obligue a cumplir a la parte disidente, sin necesidad de acudir a un tedioso proceso declarativo (Santos Vijande, 2013).

Según Bonet Navarro el deseo de dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo de mediación se debe a que el legislador quiso dar esta condición no a cualquier pacto sino aquel que se hubiese obtenido tras un proceso de mediación con todas las garantías (Bonet Navarro, 2013).

El acuerdo puede versar sobre la totalidad del objeto de la mediación, sobre parte de este, o ampliándose. Lo esencial es que el acuerdo sea redactado por el mediador en términos sencillos, precisos y de acuerdo con la voluntad de las partes conforme al artículo 1255 del CC que recoge el principio de autonomía de la voluntad. Se identificará claramente los pactos a los que las partes han llegado así como el cumplimiento de las obligaciones por cada uno (Algaba Ros, 2017).

3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA

3.1 Regulación nacional

Tras la promulgación de la Directiva 52/2008, España se vio en la obligación de dictar una ley de mediación, unido a que en la mayoría de las CCAA existían ya leyes de mediación familiar. Así el 19 de Febrero de 2010 el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de ley de mediación. En 2012 y a fin de evitar la sanción de los organismos comunitarios por la tardanza de 4 años en trasponer la Directiva, se aprobó primero el Real Decreto 5/2012

para posteriormente promulgar la ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles el día 6 de julio.

La ley tiene tres ejes fundamentales de actuación: la desjudicialización de determinados asuntos, la deslegalización o pérdida del papel central de la ley a favor de un principio dispositivo y la desjuridificación, consistente en no determinar de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

Consta de 27 artículos repartidos en 5 títulos donde se recogen las disposiciones generales, los principios informadores, el estatuto jurídico del mediador, el procedimiento de mediación y la ejecución del acuerdo. Esta ley es muy genérica o de mínimos ya que se dejó su desarrollo al posterior reglamento 980/2013.

En la actualidad nos encontramos con una situación que puede dar lugar a variaciones. El día 10 de enero de 2019 se publicó un anteproyecto de ley de impulso de la mediación compuesto de tres artículos, que pretende dotar de mayor popularidad y fuerza a la mediación como un método para resolver conflictos jurídicos, debido a la disolución de las Cortes Generales por la convocatoria de elecciones esta ley ha quedado en suspenso. Debemos por tanto mantenernos a la espera de lo que realice el nuevo gobierno. El anteproyecto no es una nueva ley de mediación sino un complemento a la LMACM; si llegara a promulgarse la ley de impulso de la mediación habría modificaciones en la ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil y la ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita. En el artículo 1 se introduciría que la mediación sea ofertada como un recurso integrado dentro del sistema de asistencia jurídica gratuita. En el artículo 2 se incluye una de las principales modificaciones y críticas que es lo que han llamado “obligatoriedad mitigada” y es la obligación de acudir a la sesión informativa para determinados supuestos como: nulidad, separación, divorcio, alimentos entre parientes, guarda y custodia, responsabilidad por

negligencia profesional, sucesiones, división judicial de patrimonios, propiedad horizontal, comunidad de bienes, derechos reales sobre cosa ajena, reclamación de cantidad inferior a 2000 euros, defectos constructivos en contratos de obra, derecho al honor, intimidad y procesos arrendatarios que se dirimirían por el juicio verbal. La crítica no viene tanto por las materias sino por la obligatoriedad. Parte de la doctrina entiende que entra en conflicto con el principio de voluntariedad de acudir a la mediación, pero yo creo que no contraviene este principio por los siguientes motivos: la voluntariedad sigue siendo una de las bases de la mediación por la sencilla razón de que someterse a mediación y abandonar la misma sigue siendo de libre disposición por las partes, únicamente se les insta a acudir a la sesión informativa para que conozcan este recurso y la posibilidad de resolver su conflicto de una manera menos traumática. Si tras la misma las partes no desean someterse a mediación tienen toda la libertad para no hacerlo. Se convierte así en requisito de procedibilidad ya que a la demanda deberá acompañarse la acreditación de haber acudido a la sesión informativa sin éxito. El artículo 3 ampliaría a treinta días naturales el plazo de duración del efecto suspensivo de la mediación, dejando un mayor margen para que se haga efectivo su intento (Merelles Pérez, 2019) (Avilés Navarro, 2019).

3.2 Regulación autonómica

Las CCAA fueron más precoces en regular la mediación que el legislador nacional. Por orden cronológico nos encontramos con las siguientes leyes:

- Galicia: ley 4/2001 de 31 de mayo de mediación familiar, modificada por la ley 11/2007 de prevención de la violencia de género.
- Comunidad Valenciana: ley 7/2001 de 26 de noviembre de mediación familiar.

- Canarias: ley 15/2003 de 8 de abril de mediación familiar, modificada por la ley 3/2005 de 23 de junio.
- Castilla y León: ley 1/2006 de 6 de abril de mediación familiar.
- Comunidad de Madrid: ley 1/2007 de 21 de febrero de mediación familiar.
- Asturias: ley 3/2007 de 23 de marzo de mediación familiar.
- País Vasco: ley 1/2008 de 8 de febrero de mediación familiar, modificada por la ley 7/2012.
- Andalucía: ley 1/2009 de 27 de febrero de mediación familiar, modificada por la ley 3/2014 de 1 de octubre.
- Cataluña: ley 15/2009 de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado, que derogó la ley 1/2001.
- Baleares: ley 14/2010 de 9 de diciembre de mediación familiar.
- Aragón: ley 9/2011 de 24 de marzo de mediación familiar, modificada por la ley 3/2012 de 8 de marzo.
- Cantabria: ley 1/2011 de 28 de marzo de mediación.
- Castilla La Mancha: ley 1/2015 de 12 de febrero del Servicio de Mediación Social y Familiar (anteriormente ley 4/2005 de 24 de mayo).

Como podemos ver muchas leyes fueron anteriores al año 2012, y casi todas las CCAA regularon únicamente la mediación familiar.

Por otra parte se echa de menos a varias CCAA en este listado: Navarra, Murcia, Extremadura y La Rioja, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Navarra cuenta con una Orden Foral del año 2007 que considera el Servicio de Mediación Familiar como un sistema para resolver conflictos entre los miembros de una familia. El resto de CCAA no solo carece de norma con rango de ley sino de cualquier instrumento legislativo para regular la mediación, pero eso no quiere decir que no realicen mediación, de hecho la llevan a cabo a través de organismos destinados al efecto.

3.3 Modificación de la LEC tras la ley de mediación

Meses antes del dictado de la ley 5/2012 por la premura que suponía al no cumplir con los plazos impuestos por la Directiva comunitaria, se promulgó el Real Decreto Ley 5/2012. Este texto regulaba la mediación de forma muy similar a la ley, de hecho supuso un mecanismo de urgencia mientras se terminaba de tramitar la LMACM.

El proceso civil y por lo tanto la LEC se vieron modificados por ambos cuerpos legislativos tales como:

- a) **Artículo 19.4:** facultad de las partes de disponer del objeto y someterse a mediación.
- b) **Artículo 206.2.2:** revestimiento de auto en la homologación del acuerdo de mediación.
- c) **Artículos 335.3 y 347.1:** imposibilidad de solicitar como perito al mismo que haya intervenido en el proceso de mediación salvo pacto expreso de las partes.
- d) **Artículos 414.1 y 415.1:** posibilidad del juez para invitar a las partes a acudir a un proceso de mediación.
- e) **Artículos 39, 63.1, 65.2 y 66:** previsión de declinatoria mientras se está gestionando un proceso de mediación.
- f) **Artículos 517, 539, 545, 548, 550, 556 y 580:** consideración del acuerdo de mediación como título ejecutivo (Martín Pastor, 2012).

Con ley 15/2005 que fijó el compromiso de una ley de mediación e incluyó los siguientes artículos en la LEC.

- **770.7:** *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.*
- **777.2:** *al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse...en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.*

Por último en el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación se propone modificar el artículo 266 de la LEC a fin de que se acompañe a la demanda la certificación o copia simple en la que se haga constar que la mediación se ha intentado sin éxito e introducir el Capítulo IX al Título I, del libro II bajo la denominación “*mediación intrajudicial*” para recoger la derivación del juez a las partes al menos a la sesión informativa (Merelles Pérez, 2019).

CAPÍTULO 2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. TEORÍA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1.1 Antecedentes históricos de la mediación familiar

Los orígenes de la mediación son muy antiguos ya que es un método de resolución de conflictos que ha existido desde siempre aunque no con tal denominación.

Sus antecedentes más lejanos tuvieron lugar en casi todas las religiones en las que los dirigentes utilizaban el diálogo para resolver los conflictos entre sus fieles.

La mediación familiar moderna y tal y como la entendemos ahora nació en EEUU en los años 70. Este auge tuvo lugar tras desaparecer el divorcio causal en 1969. Las rupturas matrimoniales empezaron a crecer haciéndose ingente para los tribunales la resolución de todos los casos. Esto fomentó la necesidad de establecer otro sistema complementario a la vía judicial que descargara a los jueces de trabajo. A Europa llegó por primera vez en 1973 a Reino Unido, y de aquí se extendió al resto de países como Francia, Alemania, Países Bajos o Noruega.

Pese a que la mediación ha existido desde hace siglos a través de personas o entidades reconocidas que mediante el diálogo procuraban resolver conflictos de otros, la institución y los profesionales de la mediación se han implantado en el siglo XX.

Las primeras experiencias de negociación se dieron en el Renacimiento, ya que la Iglesia Católica actuaba como mediadora en disputas de familia y entre la nobleza. Históricamente las culturas orientales y latinoamericanas por su filosofía del consenso y la paz social han tenido personalidades que actuaban como mediadores familiares.

En España la primera noticia que se tiene de un acto de conciliación fue en el siglo XIII con las disputas sobre el agua y los conflictos agrícolas. Los mediadores familiares por excelencia han sido: médicos, maestros y sacerdotes por ser las personalidades más destacadas de pueblos y ciudades.

Con la llegada de la Constitución en 1978 se cambió la mentalidad de la sociedad, tanto es así que las rupturas matrimoniales ya no quedaban a cargo de los tribunales eclesiásticos sino que eran competencia de los tribunales civiles. En 1981 con la promulgación de la Ley del Divorcio trajo consigo un cambio en la idea de familia que se tenía en España desde hacía siglos. A finales de los años 90 empezaron a desarrollarse incipientes casos de mediación familiar en Madrid, mediante un recurso llamado Unión Nacional de Asociaciones Familiares, que era un servicio prestado de forma privada pero financiado por el Ministerio de Asuntos Sociales. Años más tarde comenzaron a llevarse a cabo mediaciones en el País Vasco y Cataluña, estas CCAA ya estaban influenciadas por la recomendación de 1998 y principalmente por la experiencia de países como Francia.

Uno de los cambios legislativos más importantes tuvo lugar con el dictado de la ley 15/2005. En dicha norma se empezó a hablar de mediación familiar a nivel nacional, tal y como aparece en la exposición de motivos “con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial mantener la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador imparcial y neutral” (Rondón García, 2012, págs. 24-30).

1.2 Legislación de la mediación familiar

Respecto de la ley aplicable en materia de mediación familiar se nos puede crear la disyuntiva de qué ley aplicar: si la nacional o la autonómica. Lo primero que hay que decir es que la ley nacional va a poder aplicarse siempre que la mediación sea civil y mercantil, pero como ya señale en el apartado 3.2 la mayoría de las CCAA han elaborado sus propias leyes de mediación, concretamente de mediación familiar. Estas leyes autonómicas son ley especial y por tanto son de aplicación prioritaria a la ley nacional, cuya operación sólo va a tener lugar en los vacíos que tenga la ley autonómica aplicándose como derecho supletorio.

En este apartado comentaré cada una de las leyes de mediación familiar en atención al momento en que fueron dictadas. Aunque la primera ley fue la catalana en el año 2001, está actualmente derogada por la nueva ley de Cataluña del año 2009, por lo tanto comenzaremos con las leyes más antiguas en el tiempo que estén aún vigentes:

- a) **Galicia:** ley de mediación familiar de 31 de mayo de 2001. Define la mediación familiar como un proceso de resolución de conflictos en el que interviene un profesional psico-socio-familiar, que trata de ayudar a las parejas que tuvieran una relación a resolver de mutuo acuerdo su separación, divorcio o nulidad. Se requiere para ser mediador ser titulado en Derecho, Trabajo o Educación Social y Pedagogía. Además de tener experiencia de al menos dos años en el ámbito psico-socio-familiar. Los mediadores deben estar inscritos en un registro que actúa como elemento publicitario y de control y que depende de la Secretaria General de Política Social. Como se puede observar esta ley se ciñe únicamente a la mediación familiar que se desarrolla en crisis de pareja, desconociendo otras materias que están dentro del derecho de familia.

- b) Comunidad Valenciana:** ley de mediación familiar de 26 de noviembre de 2001. Define la mediación familiar como aquella que se desarrolla en cualquier conflicto que implique a miembros de una familia que no son capaces de gestionar de forma autónoma sus conflictos y es necesario que acudan a un tercero, neutral, que posibilite un espacio de comunicación donde se garantice la seguridad y la libertad de las partes para expresar sus puntos de vista, analizar el conflicto y llegar a un acuerdo. En esta ley el profesional de la mediación debe tener formación en Derecho, Psicología, Trabajo o Educación Social y Graduado Social, además deberán poseer una formación específica en mediación a través de postgrados. No disponen en la Comunidad Valenciana de registro de mediadores, siendo los colegios profesionales los que se encargan de realizar la base de datos de los colegiados.
- c) Canarias:** ley de mediación familiar de 8 de abril de 2003. Define la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial y voluntario, en el que un profesional orienta, informa y asiste a las personas en conflicto con el fin de facilitar vías de diálogo y alcanzar acuerdos justos y duraderos. El mediador debe estar formado en Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales, además de estar inscritos en el respectivo colegio profesional contando con formación específica en mediación. Sí se dispone en Canarias de un Registro de Mediadores gestionado por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.
- d) Castilla y León:** ley de mediación familiar de 6 de abril de 2006. Se entiende por mediación familiar un instrumento de ayuda profesional para la búsqueda de soluciones y acuerdos cuándo se produce una ruptura de pareja u otros conflictos familiares. Pueden ejercer la mediación los titulados en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo o Educación Social o cualquier otra titulación de

carácter social, educativo, jurídico, psicológico o sanitario. Además se debe contar con una formación en mediación familiar de al menos 300 horas. En Castilla y León hay un registro de mediadores que actúa como requisito indispensable para ejercer como mediador familiar en la CCAA. Este registro depende de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades.

- e) **Comunidad de Madrid:** ley de mediación familiar de 21 de febrero de 2007. Se define la mediación familiar como una forma voluntaria de resolver tensiones en conflictos familiares con la intervención de un mediador imparcial y neutral que ayuda a las familias a alcanzar acuerdos consensuados. En la ley madrileña se establece un elenco de posibles intervenciones tales como disputas entre padres e hijos, rupturas de pareja, cuidado de mayores o discapacitados, búsqueda de orígenes de adoptados, acuerdos por herencia, etc. Pueden ser mediadores en Madrid los que estén en posesión de título universitario o de grado superior o medio con validez en territorio español y que acrediten formación teórico-práctica en mediación familiar. Actualmente no existe registro de mediadores y los colegios profesionales han constituido registros auxiliares.
- f) **Asturias:** ley de mediación familiar de 23 de marzo de 2007. Define la mediación familiar como un proceso que tiene el objetivo de resolver los conflictos que se puedan dar en una familia y promueve la estancia del menor en su centro familiar y social. El mediador debe tener formación en Derecho, Psicología, Pedagogía, Trabajo o Educación Social, además de formación específica en mediación familiar impartida por centros universitarios o colegios profesionales. Actualmente dispone de registro de mediadores.
- g) **País Vasco:** ley de mediación familiar de 8 de febrero de 2008. La mediación familiar se desarrolla en Euskadi desde la década de los 90. Han colaborado a extender una cultura de paz y de

resolución de conflictos mediante el diálogo reduciendo las situaciones de conflictos familiares. Para poder actuar como mediador es preciso la inscripción en el registro de mediadores además de acreditar la formación en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo o Educación Social y específicamente preparación en mediación familiar. Actualmente el Gobierno Vasco cuenta con registro de mediadores constituyendo requisito indispensable para ejercer el cargo.

- h) Andalucía:** ley de mediación familiar de 27 de febrero de 2009. Se describe la mediación familiar como un procedimiento de resolución de conflictos en los que los miembros de una familia que están en conflicto acuerdan voluntariamente que un profesional imparcial y neutral les ayude a llegar a un acuerdo aceptado mutuamente que contemple las necesidades de los implicados. La mediación familiar en dicha CCAA se ejercerá por profesionales del Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo o Educación Social o cualquier otra formación análoga. Actualmente dispone de registro de mediadores pero anteriormente el control se hacía por los registros profesionales concretos.
- i) Cataluña:** ley de mediación en el derecho privado de 22 de julio de 2009. Pese a ser una ley de mediación en todo tipo de conflictos de carácter privado hace referencia a la mediación familiar. Entiende que este recurso es especialmente útil en conflictos familiares porque preserva la relación entre las partes y evita la ruptura del contacto y las relaciones personales. Además dispone que es más beneficiosa en caso de hijos menores porque implica a los padres y otros familiares en su cuidado. Puede ser mediador en Cataluña las personas físicas que tengan un título universitario y acreditada y actualizada formación en mediación. Esta persona debe estar colegiada en el colegio profesional correspondiente o pertenecer a una

asociación de mediación. Actualmente existe el Registro Central de Mediación que es auxiliado por los colegios profesionales ya que estos son los que practican la inscripción y comprueban la adecuación de los potenciales inscritos.

- j) Baleares:** ley de mediación familiar de 9 de diciembre de 2010. Define la mediación familiar como un proceso de resolución de conflictos familiares en los que una tercera persona interviene con las partes para conducir su comunicación. Se trata de encontrar conjuntamente soluciones y compromisos. Está muy orientada a conflictos de pareja. Como en el resto de las CCAA en las Islas Baleares es necesario estar en posesión del título en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo o Educación Social. Existe registro de mediadores y centros de mediación que tienen por objeto la promoción y el acceso de la ciudadanía a este recurso.
- k) Aragón:** ley de mediación familiar de 24 de marzo de 2011. Establece que la mediación familiar será la que tenga por objeto las materias de separación y divorcio, ya que permite a los padres la continuidad del ejercicio de sus responsabilidades parentales en un clima de cooperación y respeto mutuo, para llegar a un acuerdo justo, duradero y aceptable para ambos. El mediador familiar deberá poseer una titulación universitaria y acreditar formación específica en mediación familiar. No dispone de registro de mediadores.
- l) Cantabria:** ley de mediación de 28 de marzo de 2011. La define como una alternativa extrajudicial asumida voluntariamente por la pareja en la que con ayuda de un tercero imparcial y cualificado facilita la comunicación entre las partes para la adopción de acuerdos relacionados con la nueva situación familiar de manera que estos sean duraderos y favorezcan la continuidad en la relación de ambos progenitores. Los mediadores deberán acreditar una licenciatura, diplomatura o grado en Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía,

Filosofía, Medicina, Sociología, Trabajo o Educación Social, Relaciones Laborales o Graduado Social y Recursos Humanos. Disponen del registro de mediadores AMECAN (Asociación de Mediación de Cantabria). De nuevo nos encontramos con una ley que centra la mediación familiar a las rupturas de pareja no contemplando otros posibles conflictos que pudieran darse dentro de una familia.

- m) Castilla La Mancha:** ley de mediación familiar de 12 de febrero de 2015. Se define la mediación familiar como un procedimiento alternativo y voluntario por el que una pareja puede resolver los conflictos emocionales y legales relacionados con su ruptura. Se ofrece un espacio que facilita la comunicación, promueve la búsqueda de acuerdos, disminuye el coste emocional y favorece la adaptación de los hijos en la nueva organización familiar. Se desarrolla mediante un Servicio Social especializado. Pueden ejercer la mediación las personas que estén en posesión de título en Derecho, Pedagogía, Psicología, Trabajo o Educación Social. No existe en Castilla La Mancha un registro de mediadores. En esta ley sólo se contempla la posibilidad de mediación familiar en conflictos de pareja.
- n) El resto de CCAA (Extremadura, La Rioja, Murcia y Navarra)** aunque no posean una ley sí prestan servicios de mediación familiar definiendo esta como un recurso gratuito que constituye una alternativa extrajudicial para que la pareja pueda resolver sus desacuerdos, de forma que se reduzca el coste emocional de la separación o el divorcio especialmente para los hijos menores. Navarra y La Rioja lo recogen a través de leyes reguladoras de Servicios Sociales, mientras que en Extremadura y Murcia poseen Servicios de Mediación Familiar en determinados lugares de la CCAA ubicados en centros de acogida de menores.

- o) **Las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla** disponen respectivamente de un servicio de Atención a Familias y Servicio de Mediación Familiar (Marí Puget, 2013, págs. 89-113).

1.3 Características y estructura de la mediación familiar

La mediación familiar cumple con las mismas características que la mediación civil y mercantil. Es un proceso estructurado, en el que nos encontramos con dos o más partes en conflicto que acuden voluntariamente a un mediador imparcial y neutral. Este tercero dirige el proceso para que las partes puedan llegar a una mejor comunicación y en el mejor de los casos llegar a un acuerdo que no tiene porqué ser justo sino conforme a los deseos de las partes. Las particularidades que se dan en la mediación familiar es que esas partes en conflicto están unidas por vínculos afectivos o de consanguinidad. Habitualmente se asimila la mediación familiar a la que se desarrolla entre dos personas unidas por matrimonio o análoga relación de afectividad, sin embargo, esto no es del todo cierto. Si bien el grueso de la mediación familiar son las rupturas de pareja, también constituye mediación familiar cualquier conflicto que exista entre los miembros de una familia tales como padres e hijos, hermanos, primos, etc. En mi opinión las ventajas que aporta la mediación para resolver los conflictos entre los miembros de una familia es que estos por regla general van a tener que seguir manteniendo el contacto, mucho más si hablamos de parejas con hijos comunes. Procurar resolver el conflicto a través del diálogo y la cesión de ambas partes sienta un precedente de cara a la posterior relación que mantendrían así como a la gestión de futuros conflictos. Es decir en el supuesto paradigmático de un divorcio entre una pareja que tienen hijos en común, aún siendo de mutuo acuerdo, es muy doloroso el proceso judicial, especialmente para los menores, más aún si se lleva a cabo la exploración judicial. Si acuden a un proceso de mediación para elaborar el convenio regulador, la presencia en los juzgados será mínima, no existirá enfrentamiento

directo entre ambos y los hijos que tienen en común podrán seguir manteniendo una buena relación con sus padres.

La resolución de las controversias por la vía tradicional judicial lleva a la imposición del resultado por parte del juez como aplicador de la ley. Si son las propias partes las que con sus recursos resuelven sus disputas el grado de cumplimiento y satisfacción será mayor.

La mediación familiar puede ser pública si el recurso se presta por servicios derivados de la Administración de Justicia, o privado si se hace por mediadores que ejercen su profesión de manera liberal, ajenos a vínculos con el sistema judicial.

Como ya he dicho anteriormente las primeras noticias relevantes que se tuvieron de la mediación fue tras la ley 15/2005 de 8 julio que modificó el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, en esta norma desapareció el divorcio causal, pues se puede instar la disolución del matrimonio a los 3 meses de la unión conyugal, y no es necesario acudir primero a la separación para solicitar el divorcio, también recoge la libertad de los progenitores de elaborar un convenio regulador decidiendo cómo va a ejercerse la patria potestad, guarda y custodia y demás circunstancias, y en los efectos que interesa en este trabajo se nombra ya la mediación como método de resolución de conflictos, reservándose la vía judicial sólo para los efectos que fueran necesarios. Pese a que en el año 2005 ya España era proclive a la mediación, no fue hasta el 2012 cuando se dictó la ley de mediación civil y mercantil a nivel nacional. En esos siete años entre ambas normas fueron las CCAA las que se adelantaron al legislador nacional y crearon sus propias leyes de mediación familiar.

Según analizó García del Vado en el año 2015 la ley 15/2005 en el proyecto que emitió el PSOE no nombraba en ningún caso la mediación familiar como método de resolución de conflictos, su añadidura fue posterior tras la enmienda 14 de ERC. Además en la enmienda 36 también de ERC se planteó obligar al gobierno a que en

el plazo de 6 meses presentara un proyecto de ley de mediación familiar. Mientras que la primera enmienda sí prospero la segunda no (García del Vado, 2015).

1.4 Problemática de la mediación familiar

El principal problema que se da en la mediación familiar es que no existe una regulación nacional que unifique el desarrollo de este recurso en todo el territorio nacional. La dispersión normativa que existe actualmente en España lleva a que la mediación familiar sea desarrollada de forma distinta en atención al territorio o a la tradición mediadora que tenga la CCAA que corresponda. Las diferencias son significativas. Al analizar cada ley por separado, he observado la diferencia de formación que debe tener el mediador, mientras que en la mayoría de CCAA la profesión está muy controlada necesitando los mediadores un título universitario y acreditada formación en mediación familiar, en otras independientemente de la profesión con un curso de fácil acceso se puede ejercer la mediación. Otras de las diferencias es el ámbito de aplicación, en muchas CCAA se entiende la mediación familiar como aquella que tiene lugar entre miembros de una familia, pero otras lo circunscriben únicamente a las crisis matrimoniales.

Independientemente de los problemas territoriales el eje fundamental de la mediación familiar son los sujetos que acuden a ella. La condición de familia que ostentan provoca que los aspectos sentimentales sean un fuerte componente en las sesiones de mediación. La carga afectiva de los usuarios produce una mayor dificultad en la labor del mediador que deberá dejar que las partes expresen sus sentimientos e identifiquen sus intereses separándose de las posiciones. Posteriormente hay que hacerles ver que el acuerdo al que quieren llegar debe ser asumible por todas las partes y si además tienen que mantener el contacto por causas de fuerza mayor que esa relación sea lo más cordial posible.

Como se puede ver en las siguientes tablas de los años 2012-2013 y 2014-2015 el número de intervenciones efectuadas eran de un tercio de las que se derivaban, sin embargo, donde se nota el crecimiento de la mediación a lo largo de los años es en el número de procesos que han acabado con acuerdo, mientras que en 2012 sólo 286 de 910 llegaron a un acuerdo, en 2015 eran 539 de 1383, lo que constituye casi un 40% del total.

DATOS 2013.- Comparativa 2012/2013

DATOS ANUALES 2013	
TOTAL derivaciones realizadas	5.116
TOTAL mediaciones cerradas	4.893
TOTAL mediaciones efectuadas	1.162
TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO	568
	48.88%
TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO	594
	51.11%

DATOS ANUALES 2012	
TOTAL derivaciones realizadas	3.056
TOTAL mediaciones cerradas	2.678
TOTAL mediaciones efectuadas	910
TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO	286
	31.42%
TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO	624
	68.57%

1

DATOS 2015*
Comparativa 2014/2015

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%
DATOS ANUALES 2015	
TOTAL derivaciones realizadas	5.829
TOTAL mediaciones efectuadas	1.383
TOTAL mediaciones terminadas CON ACUERDO	539
	38.97%
TOTAL mediaciones terminadas SIN ACUERDO	844
	61.02%

2

¹ www.mediador.org

² www.cgpi.es

1.5 Particularidades del acuerdo de mediación familiar

Para identificar cuándo estamos ante un acuerdo de mediación familiar, hay que empezar a delimitar el concepto del mismo. Los acuerdos son pactos o convenios existentes entre dos o más personas que tienen un conflicto y pretenden zanjarlo mediante esta herramienta. Concretamente en mediación se trata de la forma idónea y deseable de terminar el proceso, distinguiéndolo por tanto del acta de sometimiento a mediación, del inicial y final o cualquier otro documento que se presente durante las sesiones. Las dudas pueden venir generadas por el acta final, ya que si tras las sesiones las partes llegan a un acuerdo, este aparecerá acompañando al acta, pero puede darse la circunstancia de que la mediación termine sin acuerdo y no por ello dejará de existir el acta final.

Puede llevar a confusión también con el llamado contrato de mediación, que no es el acuerdo entre las partes sino la decisión de estas de someterse al recurso. Este contrato de mediación vincula a los usuarios y al propio mediador. De este contrato se puede decir que es atípico porque la ley no le proporciona un contenido normativo mínimo, bilateral pues dispone obligaciones para ambas partes. Tanto el mediador como los usuarios tienen derechos y deberes como vimos anteriormente, es oneroso porque la actividad mediadora tiene un coste, aún en los casos que el servicio se preste gratuitamente para los usuarios, los mediadores van a ser pagados por las Administraciones Públicas, personalísimo esto quiere decir que no se permite la vinculación al contrato a través de representantes o apoderados y temporal ya que el contrato dejara de vincular a las partes una vez finalicen las sesiones de mediación (García Presas, 2009, págs. 553-560).

La naturaleza jurídica del acuerdo es difícil de descifrar, principalmente porque si bien la mediación se nutre en gran parte por la disciplina del derecho, emplea durante el procedimiento muchas otras como la psicología y otras ciencias sociales.

Esta mixtura se nota también en el acuerdo que puede contener aspectos extralegales. Por la confluencia de voluntades que supone se entiende por parte de la doctrina como un contrato con las reglas que ordenan los mismos, pero otros autores expresan que podría ser una transacción impropia por la presencia de un tercero, el mediador. En mi opinión y de acuerdo con varios autores es más adecuada la idea de contrato ya que la transacción no está prevista para aspectos matrimoniales y de alimentos como indica el artículo 1814 del CC, siendo estas materias el eje de la mediación familiar. El derecho de familia es un derecho particular, dirigido a unos miembros unidos por lazos sentimentales que se tienen en cuenta por el legislador y que por lo tanto el acuerdo de mediación familiar también debe observar (Algaba Ros, 2017).

Siguiendo con la línea del acuerdo como un contrato lo primero que hay que explicar es que actualmente en el derecho de familia impera la autonomía de la voluntad de las partes recogida en el artículo 1255 del CC, es decir prevalece la decisión de los contrayentes a lo que dicta la norma. En la mediación familiar la finalidad no es siempre llegar a un acuerdo, sino aminorar la carga sentimental que tienen las partes. (García García, 2003, págs. 190-193).

La competencia para legislar en mediación familiar es de las CCAA como institución y de acuerdo al artículo 39 de la CE que les obliga a llevar a cabo la protección a la familia, pero al ser un ámbito que pertenece al derecho civil la competencia legislativa para la validez, eficacia y ejecución es del Estado de acuerdo con el artículo 149.1.8 de la CE, el resto podrán regularlo las CCAA por la vía de la protección a la familia. Hay una excepción en esta regla y son las CCAA que tienen competencia para legislar en materia civil, estos territorios sí pueden tener diferente regulación como por ejemplo el caso de Cataluña.

El contenido del acuerdo de mediación familiar debe ser el que dispongan las partes, siempre y cuando la materia sea disponible.

Algunos ejemplos de materias en las que puede existir acuerdo son: patria potestad, guarda y custodia, uso vivienda familiar, pensión de alimentos, régimen de visitas, repartos de herencia siempre sin desconocer la legítima, designación de tutor o curador, donaciones y emancipación.

El acuerdo tiene que realizarse por el mediador pero conforme a las decisiones de las partes, que deben llegar a un consenso y trasladarle esto al mediador para que redacte el acuerdo, lo lean conjuntamente y lo firmen si está en consonancia con sus pretensiones. Si la mediación familiar versa sobre una pareja que rompe su relación y esta tiene hijos mayores de edad dependientes económicamente, el acuerdo deberán conocerlo en la medida que les afecte, tal como ocurre con el convenio regulador según los artículos 82 y 87 del CC. Cuando los hijos son menores de edad pueden ser afectados directos si se trata de un acogimiento, búsqueda de orígenes, o indirectos en casos de separación o divorcio. Igual que en el proceso judicial los menores merecen ser oídos cuando dispongan de la madurez necesaria y en todo caso cuando tengan doce años, parece que en mediación también podrían intervenir. En mi opinión los menores no pueden intervenir como parte en un proceso de mediación por la trascendencia de las decisiones que van a tomarse y la limitación que tienen de capacidad de obrar, pero sí me parece muy conveniente que puedan acudir al final del procedimiento para que sus progenitores auxiliados por el mediador puedan explicarle su nueva situación familiar, las consecuencias de las decisiones que se han tomado y evitarle un conflicto de lealtades.

Una vez que hemos llegado al acuerdo analizaré el cumplimiento del mismo. Como dije anteriormente el acuerdo en tanto asimilable a un contrato es de obligatorio cumplimiento por las partes, tanto es así que el mediador les advertirá del carácter vinculante del mismo conforme al artículo 23.3 de la LMACM. Contra ese acuerdo puede ejercitarse acción de nulidad del mismo por las causas que invalidan los contratos recogidas en el artículo 1261 del CC *“No hay contrato*

sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes, 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato, 3.º Causa de la obligación que se establezca". Si no concurren ninguna de estas causas el acuerdo tendrá la validez de un negocio jurídico de familia.

El acuerdo debe formalizarse en un documento escrito. Hasta que las partes no plasman su firma en un documento no existe tal acuerdo, por tanto la firma tiene valor constitutivo. No cabe por tanto un acuerdo de mediación verbal. En principio el documento firmado por las partes tiene la voluntad de obligar a las mismas. Sin embargo el principal problema es el cumplimiento. Lo cierto es que el acuerdo de mediación se cumple con más regularidad que una sentencia, porque el contenido es elaborado por los usuarios, pero en el caso que una de las partes o ambas no siguiera con lo establecido en el acuerdo, habría que acudir a un proceso declarativo si este documento no fuera ya un título ejecutivo. En los casos de familia las circunstancias pueden haber sufrido un cambio de tal entidad que el acuerdo se haya quedado ineficaz, las partes podrían rehacer el acuerdo o elaborar otro diferente que se ajustase mejor a las actuales necesidades (Algaba Ros, 2017) (López de Argumedo & Fernández de la Mela, 2015).

Para ver con mayor detenimiento el efecto de los acuerdos de mediación familiar voy a exponer de muestra una sentencia del TS donde se produjeron tal cambio de circunstancias que se pidió por una de las partes dejar sin efecto el acuerdo al que habían llegado las partes.

CASO JURISPRUDENCIAL 1: STS 3247/2018

Nº de Recurso: 966/2018 Nº de Resolución: 527/2018

Se trata de una pareja divorciada que habían establecido mediante acuerdo la custodia de los hijos a favor de la madre y así había sido ratificado por el juez. El padre pasado el tiempo solicitó un cambio de medidas al régimen de custodia compartida con la

correspondiente suspensión de la pensión alimenticia. Además pidió que el grupo familiar acudiera a un proceso de mediación para que se evidenciara en este la idoneidad del padre para ejercer la custodia compartida. A pesar de que la madre se opuso, el juzgado de primera instancia estimó completamente la petición del padre, redirigiéndoles a un proceso de mediación familiar designado por el Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía. Pese a esta resolución, la madre decidió interponer recurso ante la AP que falló en forma contraria y devolvió la custodia por completo a la madre pese a la experiencia favorable que se había dado en mediación. El TS determinó dejar sin efecto la sentencia que fallaba a favor del padre y volvió a hacer resurgir el primer convenio al que las partes habían llegado por no haber cambiado las circunstancias para que pudiera tener un régimen de custodia compartida.

2. CONTENIDO JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

2.1 Materias donde se aplica la mediación familiar

La limitación material de la mediación familiar comienza por la propia delimitación del ámbito material de la LMACM recogido en el artículo 2 de la misma donde recoge que se podrá mediar *“en asuntos civiles y mercantiles siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no están a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”*. Precisamente la indisposición de las materias es lo que convierte al derecho de familia en un ámbito difícil de mediar porque contiene varios derechos y obligaciones que son indisponibles. En estos campos sería el juez el encargado de resolver esos conflictos a través de una sentencia. Esto no quiere decir que la mediación sea inservible en conflictos familiares, de hecho, es uno de los tipos de mediación que más se llevan a cabo. Habitualmente se aplicará la mediación familiar para elaborar el convenio regulador que se aplicara a la familia una vez se produzca la ruptura de la pareja.

Lo ideal sería que por parte del legislador nacional se elaborara una ley de mediación familiar ya que la LMACM no es aplicable del todo a este tipo de proceso. Muchas de las materias de derecho de familia son indisponibles y las que pueden ser pactadas por las partes se dificulta su elaboración por existir menores o personas necesitadas de especial protección.

Son materias indisponibles: todo lo relativo a la creación, modificación y extinción del estado civil, declarar la nulidad, separación y divorcio de una pareja, declaración de incapacidad de una persona, exclusión de la patria potestad, determinación de la filiación, cambiar la forma de contraer matrimonio válidamente, modificar la legítima en una herencia, determinación de la creación y extinción de la capacidad jurídica, declaración de ausencia o fallecimiento, cambiar el número de años que se tienen que tener para ser mayor de edad, emancipación, parentesco, tutela, curatela, aspectos registrales, causas que determinan la nacionalidad, la vecindad civil y el domicilio. Viendo este elenco de materias indisponibles es natural que nos preguntemos ¿en qué podemos mediar?. Hay aspectos accesorios dentro de estas materias indisponibles en las que sí se puede como por ejemplo: los efectos de la nulidad, separación y divorcio respecto de la guarda y custodia, uso de la vivienda familiar, régimen de visitas con el progenitor no custodio y su familia, pensión de alimentos, pensión compensatoria, régimen económico matrimonial, designación del tutor o curador de una persona que ha sido declarada incapaz, búsqueda de orígenes en menores adoptados y reparto de herencia en el tercio de mejora y libre disposición. (Pillado González & Fariña Rivera, 2015, págs. 71-80) (Serrano Alonso & Serrano Gómez, 2011) (Lasarte, Derecho de sucesiones. Principios de derecho civil VII, 2017) (Lasarte, Derecho de familia. Principios de derecho civil VI, 2017).

Se incluyen en la mediación familiar todos aquellos conflictos que tengan personas con algún vínculo de parentesco como pueden ser: parejas, padres e hijos, abuelos y nietos, hermanos, etc.

Se puede plantear si se pueden incluir los conflictos relativos a la sucesión en las materias inmersas dentro de la mediación familiar. Pese a que el derecho de familia y el derecho de sucesiones son dos ramas muy diferentes del derecho, las personas que se ven implicadas en el derecho de sucesiones son familia, ya que al menos 2/3 de la herencia del causante en las CCAA de derecho civil común van destinados a los legitimarios y estos son siempre miembros de la familia.

Para delimitar con más concreción que se incluye dentro de mediación familiar voy a comentar el ámbito de aplicación de 3 leyes autonómicas: Galicia por ser una CCAA con derecho civil propio, Andalucía por contemplar de forma pormenorizada las situaciones jurídicas en las que se puede llevar a cabo mediación y Castilla y León ser la CCAA que nos interesa desde un punto de vista geográfico. La ley de mediación familiar de Galicia en su artículo 6 no establece ningún listado de materias sólo dice que *“las cuestiones que podrán someterse a una actuación de mediación familiar serán todas aquellas, derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales, de cuya disposición puedan hacer las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente”*. En la de Andalucía, el artículo 1.2 si establece claramente un elenco de supuestos que son *“los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, 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 la atención a las personas en situación de dependencia, las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras, el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas, 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, los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica y la disolución de parejas de hecho". En la ley de Castilla y León que es la que más interesa desde el punto de vista territorial, el artículo 3 establece con muchísima precisión qué casos son objeto de mediación familiar. Literalmente establece lo siguiente "A) *Personas unidas por vínculo matrimonial: en las rupturas surgidas en el ámbito de la pareja, para promover que los cónyuges busquen y acuerden las soluciones más satisfactorias para todos los miembros de la unidad familiar de convivencia, de forma especial, para los menores, para las personas con discapacidad y para las personas mayores dependientes, con carácter previo al proceso judicial o para facilitar la resolución de los conflictos planteados en vía judicial, en las separaciones o divorcios contenciosos, con el fin de buscar los acuerdos más convenientes para todos los miembros de la unidad familiar de convivencia, en las situaciones de conflicto derivadas de las sentencias recaídas en procedimientos de separación, divorcio o nulidad, para facilitar de forma consensuada su cumplimiento y ejecución, en las situaciones de conflicto derivadas de la ejecución de las sentencias de nulidad, separación o divorcio, para facilitar el establecimiento de medidas y efectos, en los casos de variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptarse resoluciones judiciales firmes, para facilitar la modificación de las medidas establecidas en las mismas.* B) *Personas que forman una unión de hecho: en las rupturas surgidas en el ámbito de la convivencia, con el fin de promover que los miembros de la pareja busquen y acuerden las soluciones más satisfactorias para todos los miembros de la unidad familiar de convivencia, en especial para los menores, las personas con discapacidad y las personas mayores dependientes, con carácter previo al proceso judicial o para facilitar la resolución de los conflictos planteados en vía judicial, en las cuestiones que hacen referencia a los hijos menores de edad o con discapacidad, para intentar que las partes encuentren las soluciones más satisfactorias*

para todos los miembros de la unidad familiar de convivencia, en las situaciones de conflicto surgidas en la ejecución de sentencias relativas al pago de compensaciones económicas o pensiones periódicas, para el establecimiento de medidas, en los casos de variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptarse resoluciones judiciales firmes, para facilitar la modificación de las medidas aprobadas en las mismas. C) Personas con hijos no incluidas en los apartados anteriores, para promover que encuentren soluciones satisfactorias a los conflictos familiares que surjan respecto a sus hijos. D) Otros conflictos familiares surgidos entre las personas incluidas en los apartados anteriores o entre cualesquiera otras personas con capacidad de obrar que tengan entre sí cualquier relación de parentesco, en los que el procedimiento de mediación sirva para prevenir, simplificar o poner fin a un litigio judicial”. Como se puede observar pese al detallismo de la ley castellana se centra básicamente en conflictos de crisis de la convivencia ya sean matrimonio, pareja de hecho o simplemente pareja.

A continuación voy a explicar brevemente en qué consiste cada materia objeto de mediación familiar:

- a) **Guarda y custodia:** una de las cuestiones fundamentales es saber con qué progenitor va a convivir el menor. Con esta determinación de vital importancia se va a establecer cuál va a ser el domicilio de los menores y de esta determinación van a depender el resto de medidas que se imponen. Nos podemos encontrar con que los progenitores decidan mediante el proceso de mediación que esta sea ejercida por uno sólo de los progenitores, o que se haga de forma conjunta por iguales períodos de tiempo por ambos progenitores en lo que llamamos custodia compartida.
- b) **Uso de la vivienda familiar:** se va a determinar a quién corresponde el uso de la vivienda familiar que será siempre para la parte más necesitada de protección. Judicialmente en el

caso de que haya menores va a ser siempre para ellos, pero mediante un proceso de mediación se puede pactar que ocupe la vivienda el progenitor que fuera propietario de la misma, si ambos lo son repartírsela por iguales períodos de tiempo, enajenarla o cualquier otro pacto. El problema va a venir cuando el pacto tenga que pasar el filtro del juez o del notario ya que si no se ha acordado que los menores residan en el hogar familiar, y estos no tienen una posibilidad cierta y factible de habitabilidad, puede decaer el acuerdo.

- c) **Régimen de visitas a favor del progenitor no custodio y el resto de familia extensa:** se trata de establecer cuando el menor va a poder estar en compañía del progenitor que no ostenta la guarda y custodia y de su familia extensa. No solo se tiene que declarar el derecho al régimen de visitas establecido en el artículo 94 del CC, sino que se procure un verdadero régimen de visitas, en otras palabras que el menor vea a sus padres, abuelos, tíos, primos, etc. Para el establecimiento de este se tendrá en cuenta la edad del menor, sus horarios, la disponibilidad o el lugar de residencia. Esto es mucho más fácil de determinar mediante el acuerdo de los progenitores ya que son perfectos conocedores de la vida del menor, y podrán adaptarlo a los horarios de los padres. Por ejemplo si uno de los progenitores trabaja algún fin de semana no establecer en esos días el régimen de visitas, etc.
- d) **Pensión de alimentos:** los padres tienen la obligación de sustentar económicamente a sus hijos, es una materia disponible en cuanto se puede modular la cantidad de pensión de alimentos. La obligación persiste hasta que el menor sea independiente económicamente. Se incluye dentro del deber de alimentos: habitación, vestido, alimento, educación y asistencia médica. Los progenitores podrán pactar la cantidad de alimentos a percibir por el menor o en qué proporción van a aportar a los gastos extraordinarios. La pensión de alimentos es

para los hijos, no para el cónyuge, aunque será este el administrador de la misma hasta que el menor sea mayor de edad.

- e) **Pensión compensatoria:** actualmente se denomina prestación por desequilibrio económico. Esta si es a favor del cónyuge que después de la ruptura quede en una diferencia notable respecto del otro cónyuge. Se recoge en el artículo 97 del CC. Puede consistir en una pensión vitalicia, una cantidad mensual temporal o una prestación a tanto alzado. Para su fijación se tienen en cuenta varios parámetros tales como: la edad, la formación, las posibilidades de acceso al empleo, el estado de salud, participación en el oficio del otro cónyuge y la duración del matrimonio. La pensión no tiene porqué ser perpetua sino que decaerá si las circunstancias que dieron lugar a su establecimiento cambian notablemente. Esta prestación es más sencilla de determinar si son los cónyuges los que se ponen de acuerdo porque el juez no va a ser mejor conocedor de la situación familiar que los propios afectados (Murtula Lafuente, 2016, págs. 58-62).
- f) **Régimen económico matrimonial:** el matrimonio genera efectos personales y patrimoniales. El régimen económico matrimonial marca de qué manera se van a relacionar o no los patrimonios de los cónyuges. Se recogen en los artículo 1315 y siguientes del CC. En España tenemos tres regímenes principales: la separación de bienes en el que cada cónyuge tiene sus bienes privativos antes y durante el matrimonio, la sociedad de gananciales en la que son bienes privativos aquellos que los cónyuges tuvieran antes del matrimonio y los adquiridos por herencia o por derivación de bienes privativos, y bienes gananciales que son todos los obtenidos durante el matrimonio tales como el sueldo, compra de una vivienda, etc., y por último está el régimen de participación. En él los cónyuges mantienen sus patrimonios por separado, pero una

vez que se disuelve el matrimonio los cónyuges tiene derecho a participar en las ganancias del otro, es decir, opera como la separación de bienes durante la vigencia del matrimonio y como la sociedad de gananciales en el final de este. Los contrayentes tienen libertad para determinar cuál va ser el régimen económico por el que se van a regir, lo harán mediante las capitulaciones matrimoniales. En el caso que no digan nada el CC establece como derecho supletorio que será la sociedad de gananciales. Poder liquidar el régimen con libertad una vez que las partes disuelvan su unión es muy favorable, de ahí que se fomente hacerlo a través de la mediación, porque se repartirán conforme a sus propios intereses los bienes que tienen en común. Está claro que no habrá problema para cuando las partes hayan decidido regirse por la separación de bienes pero los problemas que pueda crear la sociedad de gananciales o el régimen de participación son más amplios (Lasarte, Derecho de familia. Principios de derecho civil VI, 2017, págs. 146-150).

- g) Designación del tutor o curador de una persona que ha sido declarada incapaz:** la tutela es la institución jurídica destinada a completar la capacidad de obrar de ciertas personas mediante la designación de un tutor. Habitualmente y si no hay un conflicto de intereses va a ser uno de los progenitores el encargado del desempeño de esta tarea, si lo hubiera el juez designará a un defensor judicial. Sin embargo, considero que si por ejemplo ambos progenitores o los hermanos del necesitado de tutela desean realizar esta labor, estos miembros de la familia puedan acudir a un proceso de mediación para determinar quién debe serlo (Serrano Alonso & Serrano Gómez, 2011, págs. 239-244).
- h) Búsqueda de orígenes en menores adoptados:** adoptar equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, sangre o descendencia,

creando así un estado familiar basado en el acto de adopción. El menor adoptado tiene que encontrarse en una situación de desamparo y por lo tanto las instituciones que están a su cargo valoraran positivamente que ese menor sea adoptado. Esto no quiere decir que este menor adoptado tenga que olvidarse de su familia biológica, lo que se permite mediante la búsqueda de orígenes para que esos menores adoptados si algún día lo desearan puedan buscar a sus parientes biológicos. Si su familia no está de acuerdo en que lo haga pueden acudir a un proceso de mediación para que lleguen a un acuerdo sobre la gestión de este conflicto (Lasarte, Derecho de familia. Principios de derecho civil VI, 2017, págs. 324-328).

- i) **Reparto de herencia en el tercio de mejora y libre disposición:** cuando una persona fallece puede ser que haya dejado su herencia repartida mediante testamento o no. En ambos casos se tienen que respetar los presupuestos de la ley. La herencia se divide en tercios: la legítima, la mejora y el de libre disposición. Tanto la legítima corta como la mejora constituyen la llamada legítima larga y corresponden a los legitimarios o familiares del fallecido, mientras que el tercio de libre disposición puede dejárselo el causante a la persona o personas que considere sean o no legitimarios. Dentro de la legítima larga, hay modulaciones, mientras que la corta es necesariamente para todos los legitimarios. La mejora puede dejarse para el legitimario que más lo necesitase como por ejemplo una persona con la capacidad modificada judicialmente o con capacidades especiales. Lo que se puede llevar a mediación es el reparto de la mejora a favor de uno o varios legitimarios y el tercio de libre disposición (Lasarte, Derecho de sucesiones. Principios de derecho civil VII, 2017, págs. 176-190).

También me parece importante destacar los conflictos que puedan darse en una empresa familiar. En mi opinión es una materia que

guarda más relación con la mediación mercantil porque son disputas derivadas de una actividad económica y no de la vida privada de la familia, sin embargo es cierto que todos los conflictos que se den en una empresa constituida por una familia van a repercutir en la vida privada de la misma y esto sí puede ser objeto de mediación familiar.

A fin de mejorar la calidad de la gestión de conflictos en la empresa familiar es muy favorable que se elabore con anterioridad un protocolo familiar. Es un documento en el que los miembros de la familia establecen las obligaciones y limitaciones a las que se comprometen para preservar la paz familiar ante posibles conflictos que pongan en peligro el negocio. En el seno de una empresa es indiscutible la existencia de controversias si además tenemos en cuenta que la totalidad o parte de los trabajadores son miembros de la misma familia. Estos problemas traspasan la esfera profesional. Se puede definir el protocolo familiar como una declaración de intenciones, pactos suscritos por los miembros de una empresa familiar consigo mismos o con terceros para regular los futuros conflictos que pudieran surgir. Las partes cuentan con plena autonomía de su voluntad para definir el contenido de protocolo, prestando atención a aquellas situaciones que pudieran resultar más conflictivas. Su estructura suele contener: el origen de la empresa, estructura y organización de la misma, relaciones de la familia entre sí y con la empresa, remuneración y propiedad, sucesión del fundador, adhesión y revisión y las soluciones extrajudiciales en caso de conflicto. Una vez que haya sido configurado pueden dejarlo como un documento privado o elevarlo a escritura pública, así como inscribirlo en el registro o no, pero en cualquier caso es obligatorio para las partes. En la elaboración del protocolo familiar pueden surgir problemas. Para solucionarlos y desarrollar el documento las partes pueden acudir a un proceso de mediación (Pérez Giménez, 2008).

Resolver un conflicto de familia por la vía judicial puede ser poco provechoso para las partes, ya que es el juez el que va a decidir sobre

cuestiones familiares y lo más normal es que el conflicto que se lleva a los tribunales no sea la verdadera causa de la confrontación.

Esto puede llevar a resultados justos pero infructuosos para las personas implicadas porque los aspectos sentimentales o coyunturales no van a ser observados por el juez que debe ajustarse al mandato de la ley amparando en la resolución judicial la pretensión que contemple la norma jurídica. Si las partes acuden a un proceso de mediación familiar pueden volcar sus sentimientos en las sesiones. Esto puede hacer que ellas mismas al oír los intereses del otro acerquen posturas y arreglen sus diferencias. Los aspectos sentimentales son tan importantes como los legales y esto hace que si finalmente llegan a un acuerdo, este sea a medida de la situación familiar que tengan.

2.2 Importancia de la mediación en el derecho de familia

La familia es la institución más primigenia, portadora de cultura, valores, vida social. La definición de familia va a variar si lo hacemos desde un contenido jurídico o social. Jurídicamente es un conjunto de dos o más personas unidas entre sí por vínculos de parentesco o afinidad del que se desprende derechos y obligaciones. Comúnmente se entiende por familia a una pareja y sus ascendientes o descendientes, algunas autoras como Alberdi vinculan la familia con el aspecto económico ya que para ella son “aquellas personas que viven juntas y ponen sus recursos en común”. Sin embargo con los cambios que se han producido en las familias, también su definición se ha puesto en entredicho. Lo primero que hay que distinguir son los tipos de familia:

- a) **Nuclear:** formada por la pareja y los hijos. Es decir los que conviven en la misma casa.
- b) **Extensa:** compuesta por parientes cuyas relaciones no son paterno-filiales, se incluyen aquí los abuelos, tíos, primos y otros consanguíneos afines.
- c) **Monoparental:** formada por uno sólo de los progenitores y los hijos. Puede darse por varias causas como la separación

de los padres quedando una con la custodia del otro, fallecimiento de uno de los progenitores o en casos de padre-madre solteros.

- d) **Homoparental:** parejas del mismo sexo que son progenitores de uno o más hijos.
- e) **Ensamblada:** compuesta por parejas que no tienen hijos comunes (Rondón García, 2012, págs. 78-83).

Todos estos modelos de familia han sido elaborados conforme a nuevas uniones que hicieron necesario que el derecho contemplara las relaciones jurídicas que debían regirlas. Hasta hace algunos años no se contemplaban nada más que la familia nuclear y la extensa bajo el término de familia tradicional o habitual, desconociéndose el resto de tipologías de familia. En mi opinión no es acertada la idea de familia homoparental, considero que cuando se enuncia la familia nuclear debe estar incluida la pareja que vive con sus hijos independientemente del sexo de los padres. Lo importante no es clasificar a las familias en atención a las características de los progenitores o de los menores sino observar que todas comparten los mismos rasgos de comunidad y pertenencia y por lo tanto son familia con independencia del tipo de esta.

El cambio en la familia se ha producido por la variedad de uniones, el mayor papel de la mujer en la vida laboral, el descenso de la natalidad y la interculturalidad. Esto ha llevado al aumento de las rupturas, aunque las parejas se siguen casando, el número de rupturas ha crecido mucho más desde el año 2005 cuando desapareció el divorcio causal, y además se podía acceder al mismo sin pasar por la separación. Mientras que en el 2001 se dieron 105534 rupturas en 2005 ya eran 137044 y en 2010 eran ya 110321. Aunque las cifras no han variado sustancialmente lo paradigmático de ellas es que en los primeros años de la década las separaciones y divorcios se repartían al 50% pero desde 2006 han crecido los divorcios, siendo el número de separaciones residual (Rondón García, 2012, pág. 85).

Los valores de la familia del siglo XX basados en la indisolubilidad del matrimonio que además tenía que ser heterosexual, uniformidad familiar y homogeneidad cultural se ha roto con la llegada del nuevo siglo donde importa el desarrollo de la personalidad, la libre elección de la pareja, la pluriresponsabilidad de todos los miembros de la unidad familiar y el pluralismo cultural. Pese a que el conflicto viene unido a la familia no se puede desconocer que debido al cambio de principios se hayan intensificado estos. Con esto no quiero decir que sea negativo el cambio de valores, todo lo contrario, ya que seguramente antes existían también diferencias entre los miembros de la familia, sin embargo, debido a la poca extensión de métodos como la mediación unido a la práctica de silenciar los problemas llevaba al enconamiento de los mismos. Actualmente se puede aprovechar la solución del conflicto mediante estos recursos para reforzar los vínculos familiares.

Los conflictos pueden ser intrapersonales que son lo que tiene un individuo consigo mismo, interpersonales que son los pertenecientes a varios individuos entre sí, intragrupalos los que se desarrollan dentro de un grupo de personas y los intergrupales que están constituidos por los que se sustentan entre varios grupos entre sí. Dentro de la familia podemos tener todos y cada uno de estos grupos. Un ejemplo de cada uno sería:

- a) **Intrapersonal:** un menor que tiene una disyuntiva en cuanto a su género y no sabe si decírselo a sus padres o no.
- b) **Interpersonal:** conflicto de dos progenitores en cuanto a la educación que quieren darles a sus hijos.
- c) **Intragrupales:** disputas que tienen varios hermanos en torno a una herencia.
- d) **Intergrupales:** confrontación de las respectivas familias de una pareja.

Si nos ceñimos a la familia podemos dividir el conflicto en familiar si implica al grupo familiar o conyugal si se da entre dos personas unidas

por matrimonio o cualquier otra unión análoga (Rondón García, 2012, pág. 111).

La mediación va a tener una especial importancia en el derecho porque van a poder solucionarse conflictos cuya base principal son aspectos extralegales además de descargar el peso de asuntos a nuestro sistema judicial. Con la irrupción de la mediación familiar en la reforma del 2005 se crea un método de resolución de conflictos cuyo potencial acuerdo va a regular las relaciones futuras de una familia sin la necesidad de acudir al juez. Es articular un sistema que con una sencilla homologación judicial tenga los mismos efectos que una sentencia, por lo tanto para la práctica jurídica es sumamente importante. La normativa anterior tenía más de 25 años y el cambio en las familias hacía necesario que se reformaran el CC y la LEC para dotar a las personas de métodos menos invasivos y con menores costes. De este modo, y en el ámbito del Derecho de Familia, podemos definir la mediación como “un proceso de construcción y reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares” (Gómez Cabello, 2007).

El derecho de familia está presente en nuestras vidas y cuando las partes acuden a un proceso de mediación vienen con una gran carga jurídica bien sea por el asesoramiento de sus abogados o por los comentarios de familiares o amigos, pero si saben que sus pretensiones no tienen buena apariencia jurídica y aún así la desean estarán muy proclives a acudir a un proceso de mediación que a través de la comunicación y la negociación pueda obtener. No se trata de desconocer al ordenamiento jurídico ya que el acuerdo debe ser legal

y ese control de legalidad lo va a hacer o bien el notario o el juez, pero sí adecuar el derecho a la situación concreta de la familia.

La importancia de la mediación ha sido puesta de manifiesto por magistrados como Xavier O'Callaghan Muñoz en:

CASO JURISPRUDENCIAL 2: STS 4429/2009

Nº de Recurso: 816/2005 Nº de Resolución: 537/2009

En el presente caso nos encontramos con un padre que realizó una donación a su hijo de 31 fincas, parte de ellas privativas del padre y parte ganancial. Una vez que el padre falleció la madre solicitó que se revocara la donación por no cumplir las disposiciones necesarias que recoge el régimen jurídico de la donación y que lo donado fuera de nuevo reintegrado a su patrimonio. La madre pretendía que la donación que su marido había hecho en 1992 pudiera ser revocada por ella en virtud de su condición de viuda. El hijo solicitó que sus hermanos fueran informados de la demanda y así lo realizó el procurador. Consideró que la donación que le había realizado su padre era correcta y por tanto llevó a cabo una reconvención, entendiendo que a la demandante le faltaba la facultad suficiente para revocar una donación en la que el donante únicamente era el padre. En primera instancia el juzgado falló a favor de la madre, revocando la donación y la correspondiente inscripción registral, más la condena al hijo de pagar más de 60000 euros a la madre. Posteriormente la AP ratificó la sentencia anterior.

Cuando el caso llegó al TS se planteó que la donación del conjunto de fincas se hizo con la voluntad de preservar el patrimonio familiar unido. Se entendió por tanto que al ser una donación condonante, la viuda sí podía revocar la donación y por lo tanto no admitieron el recurso de casación. En esta sentencia el magistrado planteó la idoneidad de la mediación en este tipo de casos literalmente estableció *“No es baldío tener presente que en éste, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general...podría una mediación llegar a soluciones menos*

traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica”.

2.3 Mediación familiar en conflictos transfronterizos

Debido a la globalización y la creciente eliminación de fronteras, así como los procesos migratorios, las familias no se componen en su totalidad de nacionales de un estado, sino que es creciente las uniones mixtas ya sean a través del matrimonio o no. Los conflictos en general y concretamente los familiares no entienden de nacionalidades y por tanto pueden darse con la misma facilidad, lo que nos va a llevar a preguntarnos si en caso de que haya un conflicto en una familia compuesta por miembros de diferentes nacionalidades, o que siendo nacionales del mismo estado residan en lugares diferentes va a poder realizarse una mediación. La respuesta es sí, la mediación transfronteriza tiene las mismas características que la que se hace dentro del territorio nacional, con la intervención de un tercero neutral e imparcial. Las partes pueden solicitar la mediación cada uno en el país en el que resida, para que se aplique la ley 5/2012 es necesario que al menos una de las partes resida en España o que la mediación se desarrolle en España. Si se cumplen estas condiciones, el potencial acuerdo al que lleguen va a tener efectos no sólo en España sino en el resto de países de la UE a través del Reglamento de Competencia Judicial Internacional y Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y mercantil 1215/2012 de 12 de diciembre, también llamado reglamento Bruselas I. Refundido.

Si no fuera el caso de que una parte residiera en España, cada país tiene su propia normativa de mediación en la que se determinará qué ley va a ser aplicable en atención a las normas de conflicto. En los casos transfronterizos o internacionales debe existir un contrato firmado por las partes en el que se obligan a someterse a mediación con las reglas que de este proceso se derivan. Una vez que las partes y el mediador están dispuestos a llevarla a cabo el procedimiento

precisamente por la propia naturaleza de ahorro económico que lleva implícita la mediación se va a desarrollar esta a través de medios electrónicos, haciendo sesiones on-line a través de plataformas que garanticen la seguridad y la protección de los datos de las partes (Esteve González).

La mediación internacional es diferente a la intercultural, pese a que es habitual que cuando exista un conflicto intercultural sea entre dos personas de nacionalidad y cultura distintas, esta confrontación se agrava si la disputa implica discusión por las fronteras o hay dualidad de sistemas jurídicos.

Los principios que rigen la mediación internacional son los mismos que la nacional: la participación voluntaria, la imparcialidad y neutralidad del mediador, la confidencialidad y la flexibilidad y oralidad del proceso. Sin embargo hay determinados principios que aquí cobran una especial importancia:

- a) **Respeto a las personas de otro país y cultura:** el mediador debe procurar que este principio esté presente en todas las fases del proceso, deben ser los garantes del respeto a la diversidad de valores, de cultura y de religión.
- b) **Bienestar del menor:** los mediadores deben trabajar en toda las mediaciones para que los padres se concentren en las necesidades que tienen sus hijos. En la mediación internacional además hay que tener en cuenta el respeto a la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la que se reconoce a los menores derecho a la participación, a la igualdad, a la libertad de expresión, y en este caso les dota de capacidad de acuerdo a su edad y madurez para opinar sobre las decisiones que van a afectar a su vida.

Los conflictos familiares internacionales cuando hay hijos menores pueden volverse más graves si uno de los progenitores sustrae a los menores para llevarlos a su país, pese a que se trata de un tipo penal se

puede procurar un proceso de mediación a fin de que los menores que son el elemento principal sean reintegrados a su residencia habitual.

Las diferencias fundamentales entre la mediación internacional familiar y la nacional son: en la internacional el mediador está en el medio de las partes, mientras que en la nacional está al margen del proceso siendo meramente un facilitador de la comunicación. La disponibilidad del mediador también es diferente, mientras que en la nacional el acceso al mediador tiene lugar durante las sesiones, en la internacional se lleva a cabo a través de correos electrónicos, videoconferencias, llamadas, etc. y por último el mediador internacional tiene el deber de hacer un seguimiento del acuerdo y del cumplimiento del mismo si el proceso ha terminado así y en la nacional no (Romano, 2017).

2.4 Mediación familiar y violencia de género

La mediación queda excluida por completo para solucionar cualquier circunstancia que implique violencia de género. No solo se excluye de la mediación familiar sino también de la penal. En la actualidad parte de la doctrina creen que la solución a los casos de violencia de género está en la mediación. Opino que en ningún caso se puede mediar cuando hay cualquier indicio de violencia de género por varias razones: desde el punto de vista legal porque estaríamos desconociendo todas aquellas medidas de seguridad que se interpone a favor de la víctima en estos casos tales como la orden de protección, prohibición de acercarse a la víctima, comunicarse con ella, etc.

La propia naturaleza de la mediación implica que las partes se vean, se comuniquen y acerquen sus posturas; pero no sólo es importante desde el punto de vista legal sino afectivo. La mujer víctima de violencia de género no está en igualdad real respecto de su agresor. El origen de la violencia de género es la superioridad que el hombre infiere respecto de su pareja y la sumisión de la mujer. Si se admitiera la mediación en supuestos de violencia de género no se estarían respetando las líneas básicas del recurso tales como: la igualdad porque la víctima seguiría

estando psicológicamente subordinada a su expareja y la voluntariedad porque se estaría obligando a la víctima a tener que sentarse a negociar con su agresor. No quiere decir esto que la mediación sólo pueda ser eficaz en conflictos de poca entidad, pero sí hay que respetar ciertas líneas que en mi opinión no se pueden traspasar. Dentro de una pareja pueden existir controversias muy enconadas pero si existiera el más mínimo indicio de violencia de género no se debería admitir la mediación por constituir un delito grave.

El artículo 44.5 de la Ley de Medidas de Protección Integral de Violencia de Género veta cualquier mediación en este tipo de actos delictivos, lo mismo ocurre en la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, pero no sólo desde el orden penal se hace esta referencia sino que las CCAA incluyen todas en sus leyes de mediación la exclusión de la violencia de género.

Además admitir la mediación en situaciones de violencia de género podría ser utilizado de forma fraudulenta por parte del agresor para evitar medidas restrictivas y eso podría provocar un peligro para la integridad física y por supuesto de la psíquica de la víctima, en esta circunstancia la mujer podría sufrir dificultades psicológicas derivadas del proceso de mediación teniendo que ver al agresor y la imposibilidad de defenderse (Renedo Arenal, 2014).

2.5 Mediación en crisis matrimoniales

La mediación como vengo explicando a lo largo del trabajo tiene un campo muy amplio de actuación, pero de todos ellos el más conocido es la mediación familiar. A pesar de que el contenido de la mediación familiar es más extenso que los conflictos matrimoniales, es en estos en los que fija su foco de atención. Las crisis matrimoniales tienen lugar cuando dos personas unidas por matrimonio o vínculo análogo cesan la intención de convivir y compartir el resto de su vida. A pesar de esto, las relaciones que deben mantener en el futuro pueden ser duraderas sobretodo en el caso que tengan hijos. Acudir a un proceso

de mediación familiar para regularlas puede ser más beneficioso que un proceso judicial.

2.5.1 Concepto y regulación del matrimonio

El matrimonio supone la unión estable de dos personas. Tradicionalmente el matrimonio estaba muy influenciado por la religión, tanto es así que sólo se consideraba matrimonio el vínculo constituido por dos personas del mismo sexo. En el año 2005 se produjo un cambio sustancial al permitirse la unión de personas del mismo sexo con igualdad de derechos y obligaciones. Por lo tanto ahora podríamos definir el matrimonio como el acuerdo de voluntades de dos personas cuya validez depende de que se sigan los dictados de la ley con la idea de establecer una unión estable y duradera y formar una familia. Es difícil establecer la naturaleza jurídica del matrimonio, parte de la doctrina lo ha entendido como un contrato pero no es comparable las posiciones de los contratantes con las de los cónyuges por eso ha tenido más fuerza la consideración del matrimonio como un negocio jurídico de familia. Las características que tienen que existir para que haya matrimonio son: voluntad de dos personas independientemente del sexo, que no esté sometido a condición o término alguno, que en el momento de contraer matrimonio no se esté unido con otra persona por el mismo vínculo, es decir, la monogamia y con la idea de durabilidad, que no quiere decir perpetuidad. El matrimonio se estructura en los siguientes sistemas matrimoniales:

- a) **Exclusivamente religioso:** solo admite como válido aquella unión que se ha realizado conforme a las normas eclesiásticas de la religión correspondiente.
- b) **Exclusivamente civil:** solo es válido el matrimonio celebrado conforme a las normas estatales.
- c) **Matrimonio religioso principal y subsidiario civil:** se da en países con religión oficial, el matrimonio válido en primer

término será el que se haya celebrado conforme a esa religión, pero se permite el matrimonio civil para aquellos que no profesen tal religión.

- d) Libertad de elección:** únicamente debe existir el acuerdo de voluntades de las partes sin requisitos religiosos adicionales (Serrano Alonso & Serrano Gómez, 2011, págs. 433-452).

En España hasta 1981 que se dictó la llamada Ley del Divorcio el sistema a seguir era el matrimonio principal religioso de la Iglesia Católica y subsidiariamente el civil. Se equiparaba el matrimonio a la idea de ser o no católico en atención al bautismo, por lo tanto era sumamente difícil contraer matrimonio civil en esa época aunque no fueras religioso ya que había que acreditar no estar bautizado y eso era prácticamente inexistente. Con el fin de la dictadura y la promulgación de la CE en 1978, España dejó de tener religión oficial. El matrimonio válido es el civil ya se celebre en forma religiosa o no. Para dotar de validez a los matrimonios celebrados en forma religiosa el estado firmó acuerdos con la Santa Sede en 1979 y con otras religiones menos presentes en España en 1992. El matrimonio se regula a partir del artículo 42 del CC. Para que el matrimonio sea válido es necesario que se cumplan unos determinados requisitos formales recogidos en el artículo 51 y 52 del CC. La competencia para elaborar el expediente la tienen el Letrado de la Administración de Justicia, Notario o el encargado del Registro Civil del domicilio de los cónyuges. Además el competente para celebrar el matrimonio será: el juez, alcalde, Letrado de la Administración de Justicia, Notario, funcionario diplomático consular en el extranjero. Esta norma era más restrictiva pero desde la ley 15/2015 se permite a más agentes la tramitación del expediente y la celebración del matrimonio.

Otro requisito indispensable es la aptitud de los contrayentes. Deben ser mayores de edad o al menos menores emancipados. Además si alguno de los contrayentes tuviera algún tipo de

capacidad especial podrá contraer matrimonio salvo que el encargado de la tramitación del expediente aprecie falta de capacidad para prestar el consentimiento y solicite dictamen médico. Tienen prohibido contraer matrimonio los parientes en línea recta o colateral por consanguinidad, los condenados por la muerte dolosa de su cónyuge y los que estén unidos en matrimonio con otra persona.

Antes de la celebración del matrimonio es necesario la tramitación del expediente en el que se garantice que los cónyuges no están inmersos en ninguna de las causas que prohíben la celebración del matrimonio. Una vez que el expediente es correcto se lleva a cabo la celebración del matrimonio cuyo elemento esencial es la prestación del consentimiento por parte de los futuros cónyuges, además de dos testigos. Una vez estén presentes todos los elementos esenciales el encargado de celebrar el matrimonio leerá a las partes los artículos 66, 67 y 68 correspondientes al estatuto del matrimonio. En estas disposiciones se establecen los derechos y deberes de los cónyuges tales como: la igualdad de los cónyuges, deber de socorrerse mutuamente, actuación en interés de la familia, deber de fidelidad y convivencia y corresponsabilidad doméstica. Una vez celebrado el matrimonio debe llevarse a cabo la inscripción en el Registro Civil ya sea por los cónyuges o por la persona que ellos designen a efectos publicitarios ya que el matrimonio surte efectos desde su celebración (Lasarte, Derecho de familia. Principios de derecho civil VI, 2017, págs. 16-73) (De Pablo Contreras, 2015).

2.5.2 Parejas de hecho: similitud con el matrimonio a efectos de mediación

Las parejas de hecho guardan cierta similitud con el matrimonio en cuanto a que suponen la unión estable de dos personas. Los requisitos para que exista pareja de hecho es necesario que la

relación sea pública y notoria, que no estén unidas por matrimonio y la existencia de unos intereses comunes. Se puede acreditar la existencia de una pareja de hecho a través de capitulaciones paramatrimoniales, contratos privados, bancarios, arrendamientos, empadronamiento, testigos, existencia de hijos comunes o la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho. Los requisitos para poder inscribirse son similares a los necesarios para la celebración del matrimonio: ser mayor de edad, no estar declarado judicialmente incapaz, que los miembros no sean parientes y que al menos uno de ellos se encuentre empadronado en el municipio correspondiente al registro donde quieran inscribirse.

La unión de hecho se disuelve por mutuo acuerdo de las partes, el fallecimiento de uno de los miembros o decisión unilateral de uno de ellos y puede darse de forma verbal o por un documento escrito público o privado, es decir, no necesitan como en el caso del matrimonio un pronunciamiento judicial.

Las parejas de hecho se han asimilado a los matrimonios para varios efectos tales como los hijos comunes. Mientras la pareja de hecho este vigente se entiende que las dos partes contribuirán al sostenimiento de los menores. Si la pareja se disuelve los hijos tendrán la misma consideración que los nacidos bajo matrimonio, y el miembro que no ostente la guarda y custodia deberá aportar la cantidad que pacten en concepto de alimentos. Si no logran pactar nada el custodio podrá solicitar que se establezca por un juez, teniendo el no custodio derecho a régimen de visitas. No sólo a efectos de los hijos es equiparable la pareja de hecho y el matrimonio, también se aplica para la pensión por desequilibrio económico en caso de que algún miembro quede desfavorecido de la separación. En cuanto a la vivienda habitual sucede igual que en el caso del matrimonio y para el caso que haya hijos comunes menores son ellos los que dispondrán del uso de la vivienda como regula el artículo 96 del CC.

La dificultad que tienen las parejas de hechos es hacer valer los acuerdos a los que han llegado, y posiblemente deban acudir a varios procesos judiciales para que el juez los homologue, se les permite por los artículos 770 y siguientes de la LEC, al igual que a las parejas unidas por matrimonio, la posibilidad de acordar mediante pacto las disposiciones que van a regir la guarda y custodia de los hijos, uso vivienda familiar, régimen de visitas o los alimentos, pero si lo quieren llevar a cabo por la vía judicial deberán primero iniciar un proceso relativo a los menores y otro para los efectos que la ruptura puede tener en la pareja. Esto no sucede en caso de matrimonio que se sustancia en un mismo proceso ambas pretensiones. La línea legislativa desde hace unos años tiene la intención de eliminar cada vez más estas diferencias de trato que para la mayor parte de la doctrina no están justificadas (Moreno-Torres Herrera, 2015).

CASO JURISPRUDENCIAL 3: STS 2833/2018

Nº de Recurso: 5231/2017 Nº de Resolución: 482/2018

Nos encontramos en esta resolución con un caso de demanda de alimentos a favor de un hijo nacido dentro de una unión no matrimonial. El padre del menor solicitó que la guarda y custodia del menor le fuera atribuida además de una cantidad en concepto de alimentos de 150 euros para el menor del que fuera acreedor la progenitora. El padre propuso a la madre un régimen de visitas muy amplio con fin de semana alternos, una tarde a la semana y la mitad de las vacaciones, así como los puentes que correspondieran con el fin de semana que el menor estuviera en su compañía. Como es de esperar la madre se opuso por completo a estas medidas, solicitó ostentar ella la guarda y custodia, el uso de la vivienda familiar para el padre y una pensión de alimentos a favor del menor de 500 euros. Ante esta oposición de peticiones, en primera instancia el juez estableció la guarda y custodia compartida del menor así como el sostenimiento al 50% de los

gastos del niño. Esta decisión fue recurrida por la madre pero la AP ya que tenía intención de trasladarse de Melilla a Murcia pero no se contempló ninguna de sus pretensiones y otorgó la guarda y custodia al padre y un régimen de visitas a favor de la madre. La progenitora no se quedó conforme y recurrió en casación ante el TS. El TS observó que era inviable la custodia compartida ya que la madre vivía en Murcia y el padre en Melilla con el menor, por eso se mantuvo la decisión de la AP de mantener al menor con su padre, un régimen de visitas a favor de la madre y una pensión de alimentos de 300 euros a favor del niño. El TS considera que no ha habido un cambio de circunstancias tales que hagan que cambie la situación.

2.5.3 Acuerdos antes de la unión: pactos y capitulaciones matrimoniales

Los pactos prematrimoniales llamados en inglés prenups son acuerdos que realizan los futuros cónyuges en previsión de una posible ruptura para la regulación de las situaciones patrimoniales y personales en el futuro. Estos pactos tal y como se conciben etimológicamente deberían hacerse antes del matrimonio. Sin embargo pueden constituirse tras este. Lo fundamental es que no se haya sucedido la ruptura. Son pactos que nacen sometidos a la condición de que haya ruptura por lo tanto si no la hubiera los pactos quedarían sin efecto. Si se configuran como capitulaciones matrimoniales van a decaer si en el plazo de un año desde que se elaboran los contrayentes no se casan.

En relación con la mediación suponen un acuerdo como el que se elaboraría en el proceso pero anterior a este, incluso se puede acudir a un proceso de mediación para establecer el pacto prematrimonial.

El origen de los pactos es anglosajón. Los países que desde siempre han visto de forma favorable estos pactos han sido los de la Common Law. En España no han tenido mucha fuerza hasta

hace unos años ya que suponen un clima de desconfianza entre los futuros cónyuges. Pero por el cambio de mentalidad y los avances de la sociedad cada vez son mayores los casos de pactos prematrimoniales. Según García Rubio estos pactos “permiten a las partes iniciar su relación familiar y matrimonial de manera más realista, anticipando sus contingencias y planeándolas, con lo que facilita una decisión más consciente de casarse o de no hacerlo”. En España los pactos prematrimoniales carecen de regulación. Están basados en el artículo 1255 del CC regulador de la autonomía de la voluntad y el 1323 del CC que recoge la libertad de los cónyuges para contratar entre sí. Se aplican para ellos las normas reguladoras de los contratos así como las causas de su invalidez que no serán otras que la falta de consentimiento, vicios en el mismo o defectos de forma. Sin embargo, existe una CCAA que sí regula fehacientemente los pactos prematrimoniales como es Cataluña en el artículo 231 de su CC. Pese a carecer de regulación los pactos prematrimoniales como cualquier otro negocio jurídico debe ser cumplido por las partes y en esta línea ha ido el TS en dos sentencias que analizaré después. Los requisitos básicos para su validez no están determinados por el silencio que sobre ellos aporta la ley pero la mayor parte de la doctrina entiende que la mejor forma sería a través de escritura pública en capitulaciones matrimoniales ya que según el artículo 1325 del CC *“en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”*. Si una de las partes quiere dejar sin efecto el pacto prematrimonial deberá aludir a vicios del consentimiento o a la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, alegar un cambio tal en las circunstancias que hagan ineficaz el acuerdo. El contenido de los pactos prematrimoniales puede ser muy amplio pero cuenta con algunos límites. Es completamente nulo el pacto que acuerde la total supresión del derecho a instar la separación o el divorcio así

como pactar una restricción de la facultad de presentar una demanda es estos términos basada en la concurrencia de determinadas causas (una infidelidad) ya que es la ley la que regula esto y por tanto no es disponible por las partes conforme al artículo 81 del CC. También es nulo el pacto que pretende restringir la libertad de la otra parte una vez separado/divorciado porque supone una limitación de sus derechos fundamentales. Sí se admite establecer una indemnización por instar la separación o el divorcio siempre que se impusiera para los dos y la cantidad fuera asumible por ambos, así como también se permite pactar una indemnización por incumplimiento de todos o uno de los deberes conyugales. Esto se permite porque no restringe la posibilidad de iniciar los trámites de separación o divorcio como en los casos anteriores. Otro de los casos en los que se admite pacto es sobre el uso de la vivienda familiar (distribución del uso por periodos, pacto de venta, gastos, o la atribución del uso a favor de un cónyuge hasta que contraiga de nuevo matrimonio), guarda y custodia (a favor de un progenitor o custodia compartida), régimen de visitas, pensión de alimentos, pensión por desequilibrio económico (temporal, vitalicia, una cantidad a tanto alzado o ni siquiera establecerla ya que es un derecho disponible y renunciable por tanto), siempre y cuando se respeten los dictados de los artículos 90 y siguientes del CC. Por ejemplo no sería válido aquel pacto que otorgara el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges desconociendo el derecho de los hijos. En cuanto al régimen económico matrimonial los artículos 1438 y siguientes del CC establecen que los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas familiares computando el trabajo en casa como tal y por tanto también puede acordarse en pacto prematrimonial una cantidad económica a forma de compensación (Berrocal Lanzarot, 2015) (García Rubio, 2004).

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales son el documento en el que los cónyuges establecen las normas patrimoniales que van

a regir su matrimonio. Se regulan en el artículo 1325 y siguientes del CC y tienen carácter contractual. Principalmente el contenido que tienen es el establecimiento del régimen económico matrimonial que los cónyuges quieren que se les aplique o crear uno ellos ex novo ya que en defecto de capitulaciones será de aplicación la sociedad de gananciales. Sin embargo las capitulaciones pueden incluir contenido atípico o diferente del régimen económico como pueden ser ciertas donaciones o disposiciones testamentarias, así como cualquier otro contenido como por ejemplo pactos prematrimoniales. Hasta 1975 las capitulaciones eran inmutables. Una vez se celebraba en matrimonio, se entendía que modificar el régimen económico durante el matrimonio podría perjudicar a uno de los cónyuges o a terceros. Actualmente y según el artículo 1315 del CC se puede otorgar capitulaciones antes y durante el matrimonio. Para otorgar capitulaciones es necesario tener capacidad de obrar bien por la mayoría de edad o por la emancipación. Sin embargo, en este último caso el emancipado sólo podrá otorgar capitulaciones sin asistencia de sus padres o tutor si va a pactar la separación de bienes o el régimen de participación. Pero en el caso que quiera establecer sociedad de gananciales necesitará complemento de capacidad. Las personas con la capacidad modificada judicialmente para otorgar capitulaciones necesitarán de la asistencia de sus padres, tutor o curador. Las capitulaciones son de los pocos contratos que en derecho civil exigen una forma expresa para su validez, en este caso es la escritura pública según recoge el artículo 1327 del CC. Cabe decir que a efectos publicitarios es muy conveniente la inscripción de las capitulaciones en los registros oficiales tales como Registro Civil, el Registro de Propiedad si afectaran a bienes inscritos o incluso el Registro Mercantil si uno de los cónyuges fuera empresario. Serán ineficaces aquellas capitulaciones que no respondan a la forma exigida, vulneren la ley, las buenas costumbres o el orden

público, la igualdad conyugal o exista algún vicio del consentimiento. Además si en el plazo de un año desde que se capitula no se celebra el matrimonio, estas decaen ipso facto (Lasarte, Derecho de familia. Principios de derecho civil VI, 2017, págs. 158-170).

A continuación voy a exponer dos casos jurisprudenciales que tuvieron mucha importancia para la admisión de los pactos prematrimoniales.

CASO JURISPRUDENCIAL 4: STS 2158/2011

Nº de Recurso: 807/2007 Nº de Resolución: 217/2011

En este caso nos encontramos con una pareja que contrajeron matrimonio en 1987. En 1989 la mujer interpuso demanda de separación que quedó sin efecto tras la reconciliación de la pareja. Ese mismo año las partes modificaron el régimen económico matrimonial que les regía y en dicho documento incluyeron los siguientes pactos “ *en el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente: A) A entregar a su esposa, desde el momento en que se produzca la separación, la cantidad equivalente a 200.000 Ptas. mensuales, más el importe de su actualización mediante la aplicación de las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo, desde esta fecha hasta el momento del nacimiento de la obligación de pago la cantidad que resulte deberá ser abonada por el Sr. Claudio a la Sra. Angelica por mensualidades anticipadas, B) A donar un piso o apartamento a Dª Angelica . El citado piso o apartamento será elegido libremente por la Sra. Angelica , pero en ningún caso, el precio del mismo podrá exceder de la cantidad equivalente a 30 millones de pesetas, valor a la fecha, que por tanto habrán de actualizarse desde este momento hasta que se origine el nacimiento de la obligación, de acuerdo con las variaciones que haya experimentado desde esta fecha el índice de precios al consumo.*

El exceso de precio, si lo hubiere, será abonado por D^a Angelica". En 1993 se divorciaron pero no fue hasta 2002 cuando solicitó que se cumpliera el pacto, lo que le fue desestimado por la AP en el año 2007 entendiendo que en el pacto que habían firmado, ella pretendía enriquecerse con las ganancias futuras de su ex, además no lo aportó en el proceso de separación ni en la liquidación del régimen económico. Siendo así en el año 2009 interpuso recurso de casación basándose en el obligatorio cumplimiento de los pactos entre partes. El TS en ningún momento dudó de la validez de los pactos pese a ser un contrato atípico en atención a la autonomía de la voluntad y por seguir las características del artículo 1261 del CC era plenamente válido. El pacto sólo generaba obligaciones para una de las partes que en este caso era el marido independientemente de quien iniciara el proceso de separación o divorcio, respecto de la cantidad mensual no planteaba mayores problemas pero sí el piso. La donación era sobre un objeto indeterminado ya que no se especificaba ningún inmueble en concreto sino uno con valor de 30 millones y eso no es válido según el artículo 635 del CC que dice que la donación no podrá ser de bienes futuros. Por tanto el TS falló a favor de la recurrente pero sólo en parte, su ex le debía embolsar aquellas cantidades mensuales que no estuvieran prescritas, pero no el inmueble.

CASO JURISPRUDENCIAL 5: STS 2828/2015

Nº de Recurso: 2392/2013 Nº de Resolución: 392/2015

El presente caso es muy similar al anterior. Nos encontramos con una pareja ambos divorciados, ella médico y él abogado que contrajeron matrimonio en el 8 de agosto 2003. El día 4 de agosto de 2003 decidieron acudir al notario para realizar capitulaciones matrimoniales y dentro de ellas además de establecer el régimen económico que iba a surtir efectos en su matrimonio decidieron suscribir el siguiente pacto "*Que en el supuesto hipotético, de que*

su relación se deteriorara, y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Cecilio abonará a la Sra. Tomasa , por todos los conceptos, y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos (1.200) euros”. De nuevo nos encontramos con la obligación unilateral de resarcir económicamente una de las partes a la otra. Entre 2008 y 2009 cesa la convivencia de ambas partes y él mensualmente le ingresó a ella la cantidad de 1425 euros, es decir, incluso más de lo que habían estipulado por pacto. A finales de 2009 la pareja se reconcilió pero en 2010 cesó definitivamente la convivencia. En primera instancia se declaró la separación de los cónyuges y la nulidad del pacto al entender el juez que violaba la igualdad de los cónyuges, ya que ambos mantenían su profesión y ninguno de ellos salía perjudicado de la ruptura. Ella recurrió en apelación y el alegó que el pacto lo había firmado con el consentimiento viciado por el amor que le profesaba a su esposa y por tanto el pacto no era válido. La AP no apreció tal vicio mucho más si tras ese cese temporal que tuvieron él aportó regularmente la cantidad. El marido recurrió en casación ante el TS que desestimó por completo su pretensión fallando a favor de la mujer al entender que el pacto era plenamente válido mucho más si estaba incluido en capitulaciones matrimoniales como era el caso, que no violaba la igualdad conyugal, no existían vicios del consentimiento y además no ponía a ninguna parte en sometimiento de la otra.

2.5.4 Disolución de la pareja: ruptura contenciosa o de mutuo acuerdo

Los matrimonios pueden romperse de 3 maneras:

- a) **Nulidad:** la declaración de nulidad de un matrimonio conlleva a la inexistencia del mismo. Las causas para declarar nulo un matrimonio son el matrimonio celebrado sin consentimiento,

el celebrado entre parientes, por coacción o miedo grave, sin la intervención de las personas necesarias o por error en la identidad del otro contrayente.

- b) Separación/Divorcio:** hasta 1981 en España no existía ninguna regulación que permitiera poner fin a la convivencia de un matrimonio, además hasta 2005 era necesario iniciar primero la separación y acreditar la condición de separado durante un año para poder divorciarse.

Pese a que son dos realidades diferentes la regulación y los efectos son comunes. Ambas situaciones ponen fin a la convivencia de dos personas unidas en matrimonio. La diferencia fundamental entre ambas es que mientras la separación no elimina el vínculo matrimonial, el divorcio sí. Esto quiere decir que la condición de separado no constituye un estado civil, si las partes decidieran volver con comunicarlo a la autoridad que les separó sería suficiente para que volvieran a activarse los principios de convivencia, fidelidad y socorro mutuo que decayeron en el momento de la separación. Por el contrario el divorcio sí genera un estado civil si las partes deciden volver para restablecer los deberes y derechos del matrimonio tienen que volver a casarse.

La nulidad no va a ser objeto de estudio ya que como hemos señalado antes, ante todos es como si el matrimonio no hubiera existido. Por eso voy a explicar qué supone la separación/divorcio contencioso y de mutuo acuerdo. Ambas formas vienen reguladas en los artículos 81 a 90 del CC.

La separación y el divorcio de mutuo acuerdo (llamado consensual) tiene lugar cuando las dos partes deciden iniciar el proceso o una con el consentimiento de la otra. Tiene que darse un requisito fundamental y es que hayan transcurrido tres meses de matrimonio para presentar una demanda de separación/divorcio. La demanda debe estar acompañada de una propuesta de convenio regulador. Si la otra parte le acepta y no

existen hijos menores en el matrimonio la separación o el divorcio puede ser decretado por el notario o el Letrado de la Administración de Justicia, en el caso que haya hijos menores será necesaria la presencia del juez.

En el contencioso tienen que seguirse los mismos requisitos: que al menos el matrimonio haya durado tres meses. Aquí la propuesta de divorcio va a ser de una de las partes sin el consentimiento de la otra por lo que necesariamente el proceso de separación/divorcio se dirimirá ante el juez (Lasarte, Derecho de familia. Principios de derecho civil VI, 2017, págs. 74-112).

2.5.5 Diferencias y semejanzas entre el convenio regulador y el acuerdo de mediación

En los procesos de mediación familiar en la que una pareja o matrimonio rompe su relación el convenio regulador necesario en los procesos de separación y divorcio va a ser el acuerdo que las partes pretenden negociar. El contenido del convenio regulador viene recogido en el artículo 90 del CC y se incluye en el mismo el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores, el régimen de visitas y la pensión de alimentos del progenitor no custodio si le hubiera, el uso de la vivienda familiar, la pensión compensatoria si hubiera lugar a ella y la liquidación del régimen económico matrimonial. El convenio para que sea válido debe pasar el filtro de la autoridad judicial que vaya a decretar la separación o el divorcio de la pareja. En principio el juez va a aprobar el convenio siempre que compruebe que este no lesiona el interés superior del menor. Las medidas que se adoptan en el convenio regulador no son inmutables, las partes pueden modificarlas siempre y cuando atiendan al favor filii.

Anteriormente ya expliqué en qué consistía el acuerdo de mediación. En relación al convenio regulador puede tener el mismo contenido y de hecho lo normal es que en un proceso de mediación familiar matrimonial así sea, pero puede contener otros

pactos que no tengan que estar necesariamente en el convenio regulador pero a las partes les interese regular. La facilidad que tiene el acuerdo de mediación es que una vez que se ha estructurado el mismo con el contenido del convenio regulador el juez o notario comprobará que se siguen los requisitos legales y convertirá el acuerdo en un título ejecutivo a cumplir por las partes.

CASO JURISPRUDENCIAL 6: SAP VALLADOLID 255065/2014

Nº de Recurso 379/2013 Nº de Resolución 155/2014

Esta resolución fue dictada en apelación. En primera instancia nos encontramos con un matrimonio que se divorció y el juez estableció las medidas concernientes a los menores que estimó oportunas. En enero de 2014 se sometieron a un proceso de mediación familiar a fin de llegar a un acuerdo que terminara con las medidas que el juez había impuesto. El acuerdo alcanzado tenía el contenido de un convenio regulador. Una vez finalizó el proceso de mediación y firmaron el acuerdo lo ratificaron ante el juez. En dicho acuerdo establecieron que la guarda y custodia del hijo menor la ostentarían de forma compartida, sin embargo el padre debía abonar 250 euros de pensión alimenticia para el hijo menor y 400 para la hija mayor. Se distribuyó como régimen de visitas la mitad de las vacaciones, pero no se pronunciaron expresamente sobre el uso de la vivienda familiar. A pesar de eso el juez creyó oportuno que el acuerdo de mediación era perfectamente válido y sustituyó las medidas del juez de primera instancia por el acuerdo. Literalmente manifestó *“Que en cumplimiento del Acuerdo de Mediación Familiar, plasmado en el correspondiente convenio regulador debemos aprobar y aprobamos, procediendo así a su homologación, el acuerdo alcanzado por ambos litigantes en el convenio regulador de fecha 24 de febrero de 2014 en los términos recogidos en el fundamento*

jurídico primero de la presente resolución que reseñan los de dicho convenio y todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas en ninguna de las dos instancias”.

Como se puede observar de la interpretación de la AP el acuerdo de mediación familiar es un documento perfectamente válido para regular el contenido del convenio regulador pudiendo mutarse por las partes tantas veces como les sea necesario.

2.5.6 Posiciones de los miembros de la pareja: Posibilidad de alienación parental

Es conocido por todos que la separación, el divorcio o en el caso que no exista vínculo matrimonial la ruptura de una pareja es una situación difícil para los afectados y si hay hijos menores con mayor motivo para ellos. Los padres de forma consciente o inconsciente pueden dirigir al menor a unas actitudes negativas hacia el otro progenitor, sobretodo que si la ruptura ha sido conflictiva. Pero no sólo los padres puede llegar a desarrollar este tipo de actitud hacia su expareja sino que las familias de cada uno también pueden llevarlo a cabo de ahí que hablemos de Síndrome de Alienación Familiar (SAF) a pesar de ser el más frecuente el parental (SAP). Consiste en un rechazo de los menores hacía uno de sus progenitores y la familia de este debido a la influencia que está ejerciendo el otro progenitor, guarda mucha similitud con el conflicto de lealtades en el que el menor siente que si es leal a uno de sus padres, necesariamente está siendo desleal al otro. Los síndromes de alienación fueron sacados a la luz en 1985 por Richard A. Gardner. Supone un desorden que se provoca en el menor por sus propios progenitores en el que ante los ojos de los hijos existe un padre malo y un padre bueno. Según Gardner los síntomas principales son: campaña de denigración, justificaciones nimias para el desprecio, causar en el niño un síntoma de pensador independiente, es decir, que el menor exprese que rechaza al padre por sus propias ideas y se siente orgulloso de ello, apoyo al padre alienante, extensión de la animadversión a la

familia extensa. Además expresa 3 grados de alienación: el leve que es muy superficial y no aparecen todos los síntomas dichos anteriormente, el moderado en el que los hijos se muestran irrespetuosos y negativos, defienden que no están influenciados y llevan a cabo campañas de denigración hacia el otro progenitor y el severo en el que están presentes todos los síntomas pudiendo llegar incluso a la violencia física y verbal de los menores.

MANIFESTACIÓN SINTOMÁTICA	LIGERO	MODERADO	SEVERO
Campaña de denigración	Mínima	Moderada	Formidable
Justificaciones para el desprecio	Mínimas	Moderadas	Múltiples justificaciones absurdas
Ambivalencia	Normal	Ausencia	Ausencia
Fenómeno del "pensador independiente"	Normalmente ausente	Presente	Presente
Apoyo reflexivo al progenitor "alienante" en el conflicto parental	Mínimo	Presente	Presente
Culpa	Normal	Mínima o ausencia	Ausencia
Argumentos prestados	Mínimos	Presentes	Presentes
Extensión a red social	Mínima	Presente	Formidable, a menudo fanática
Dificultades en la transición a las visitas	Normalmente ausentes	Moderadas	Formidables o visitas imposibles
Conducta durante las visitas	Buena	Intermitentemente antagonista y provocativa	Si hay visitas, comportamiento destructivo y continuamente provocativo
Vínculo con el progenitor "alienante"	Fuerte, saludable	Fuerte. Leve a moderadamente patológico	Severamente patológico. A menudo vinculación paranoide
Vínculo con el progenitor "alienado"	Fuerte, saludable, o mínimamente patológico	Fuerte, saludable, o mínimamente patológico	Fuerte, saludable, o mínimamente patológico

Las técnicas mediante las cuales se puede alienar a un menor van desde comentarios subliminales, negación de un padre al otro, generar la dependencia del menor, colocar al menor en medio de la disputa, hacer un balance de malas actitudes del otro padre, hasta la amenaza o intimidación. Lo que se propone por la mayoría de los autores que han estudiado el SAP y el SAF es que tanto el alienante, el alienado y los menores acudan a terapia. El trabajo con el padre alienante es muy complicado porque tendrá una actitud de defensa o sabotadora, eso en el caso que quiera

acudir; con el menor el terapeuta intentará que este recuerde si antes de la ruptura tenía buena relación con el progenitor que ahora desprecia. Y finalmente el alienado se sentirá confuso y la terapia seguirá las líneas de dialogar con el menor sobre situaciones felices del pasado y cambiar el discurso negativo por uno sano (Bolaños Cartujo, 2008, págs. 53-86).

Pese a que el SAP es muy difícil de demostrar, existe y nuestra labor como mediadores será mucho más complicada cuando nos encontremos con dos padres en los que uno aliena al menor en contra del otro. Uno de los principios básicos de la mediación es que ambas partes acudan al proceso de buena fe, si uno de los progenitores esta alienando a su hijo es poco probable que acuda a un proceso de mediación de buena fe para intentar lograr un acuerdo que haga más sencilla su relación y la vida de sus hijos.

Lo que procuraría como mediador sería que ambas partes dejen sus enfrentamientos y hacerles ver que lo más positivo para el menor es que siendo ambos unos buenos padres, este tenga la mejor relación posible con los dos porque su calidad emocional de vida va a ser óptima, mientras que si al menor le vierten todos los prejuicios que tienen, no van a estar tranquilos, ni felices y se estarán debatiendo entre ambos.

En mi opinión el SAP no conduce a nada, los esfuerzos constantes por poner al hijo en común en contra del otro, también crea un desgaste emocional en el alienante, ni que decir tiene en el alienado y por supuesto en los menores que son los más perjudicados con estas acciones.

2.6 Importancia del menor en la mediación familiar

En el presente apartado voy a exponer la importancia de los menores en el proceso de mediación familiar en relación al proceso judicial. En este los menores tienen una participación escasa en los procesos de separación y divorcio de sus progenitores. Cuando tienen una edad muy temprana no se produce la exploración del menor pero tienen el

derecho fundamental reconocido por la Convención de Derechos del Niño a ser oídos cuando tengan madurez suficiente o cuenten con 12 años de edad. Esto se configuró así porque a pesar de que el menor carece de capacidad de obrar es indiscutible que se tiene que tener en cuenta su opinión para las decisiones que le afecten directamente. Habitualmente la exploración del menor la realizan los equipos psicosociales del juzgado, pero en ocasiones es el juez y el fiscal los que realizan esta labor. En los procesos de separación y divorcio de sus progenitores los menores según Fariña Rivera tienen derechos tales como: derecho a ser tratados como personas y no como armas arrojadizas, a querer a ambos progenitores, a no encontrarse en un conflicto de lealtades, mantener relación positiva con ambos progenitores, aprender comportamientos adecuados, tener amigos, conocer sus orígenes, etc.

El procedimiento de mediación familiar como vengo exponiendo es el método idóneo para acordar las medidas diarias de una pareja que cesa su convivencia, el mediador actúa como un operador-facilitador en el caso concreto, tiene en cuenta aspectos que el proceso judicial ni puede ni debe tener en cuenta ya que el juez debe aplicar la ley.

En la LMACM y en las leyes de mediación familiar de las CCAA impera el principio de superior interés del menor pero no hay ninguna mención expresa acerca de la participación de estos en el proceso, salvo la ley de Cataluña que lo menciona como un acto potestativo. Esto significa que queda en manos de los padres y del mediador la decisión de la participación del menor. Las opiniones entre los profesionales de la mediación es dispar. Muchos argumentan que supondría incluirles en las discusiones parentales y por tanto contraindican la asistencia del menor, y otros mediadores de reconocido prestigio entienden que reporta un beneficio para este al ser tenidas en cuenta sus palabras (Vázquez de Castro, 2015).

En mi opinión en la fase de negociación no debería estar presente porque la ruptura es de los padres y no se debe trasladar la

responsabilidad a los menores, pero sí me parece muy beneficioso que el mediador oiga al menor en los mismos términos que en el proceso judicial, es decir cuando cuente con madurez suficiente o haya cumplido 12 años. No quiere decir esto que tenga que reunirse con él de forma rigorista y con formalidades, sino escucharle y tener en cuenta sus palabras en un ambiente distendido, de confianza, en el que el menor pudiera contarnos como es su vida cotidiana, que le gusta hacer, etc. Creo que el momento oportuno para la reunión debería ser en la sesión informativa o en las primeras sesiones, procurando además que el menor entienda conforme a su edad y madurez en qué consiste la mediación. Si el proceso finalizara con éxito, que en el mejor de los casos es con acuerdo de los progenitores, también podría resultar beneficioso que el menor acudiera a la última sesión para que sus progenitores, con la ayuda del mediador si fuera necesario, le explicaran los cambios que van a acontecer en su vida, pero de una manera positiva recalcando que va a seguir manteniendo a sus padres.

La implicación de los menores con sus progenitores varía según la edad de los primeros:

- a) **Menores de 0 a 1 año:** el apego de los menores con los padres es total no sólo por la cobertura de las necesidades básicas sino por el desarrollo de los sentidos, la protección inferida por los padres, estimulación del lenguaje, motricidad, etc.
- b) **Menores de 3 a 5 años:** la labor de los padres es fundamental en el proceso de sociabilización del menor. Es una edad en la que empiezan a establecerse horarios, rutinas y valores educacionales.
- c) **Menores de 6 a 11 años:** es muy importante que los padres mantengan conversaciones con sus hijos acerca de los cambios que van a sufrir, mostrarles apoyo y ayuda y fomentar su autonomía.
- d) **Menores adolescentes:** hay mayor independencia respecto de los padres, lo fundamental es comprender que los hijos tienen su intimidad respetando una serie de normas, prepararles para el contexto externo y comunicarse con ellos.

Además de estas diferencias según la edad es importante conocer que los menores pueden desarrollar diferentes conductas dentro del proceso de separación y divorcio:

- a) **Hipermaduro:** tienen mayor madurez que la que corresponde con su edad.
- b) **Espía:** actúan por influencia del padre con el que no se encuentra en ese momento contándole lo que realiza el otro progenitor.
- c) **Dividido:** se coloca al menor en un conflicto de lealtades por lo tanto comprende que con un progenitor no se puede hablar del otro.
- d) **Mensajero:** los progenitores se transmiten información a través del menor.
- e) **Colchón:** uno de los progenitores transmite información negativa del otro al menor, pero este no se lo traslada e incluso justifica la actuación del primero.
- f) **Confidente:** uno de los progenitores o ambos utilizan la figura del hijo como la de un confidente o amigo, transmitiéndole sus motivos y emociones.
- g) **Víctima del sacrificio:** los padres transmiten al menor que se han sacrificado por el colocándole en una posición de deudor.
- h) **Conflicto de lealtad:** los progenitores mantienen un conflicto tan grande entre ellos que el menor lo percibe e intenta agradar a ambos.
- i) **Alienado:** menor influenciado por uno de los progenitores en contra del otro (Tejedor Huerta, 2012).

Dentro de estas clasificaciones podríamos trabajar con menores de 9 a 11 y los adolescentes. Dentro de los perfiles sería mucho más sencillo trabajar con hijos que tuvieran una relación normal con sus padres pero sería una buena labor del mediador detectar ante qué perfil nos encontramos para trabajar mejor con los progenitores en el proceso de negociación. Debido al debate incipiente sobre la participación o no de los menores en el procedimiento de mediación y por el principio de confidencialidad no puedo exponer ninguna experiencia en la que se

haya realizado, pero expondré una sentencia del TS a modo de ejemplo del tratamiento que se da a los menores en los procesos de separación y divorcio.

CASO JURISPRUDENCIAL 7: STS 2509/2019

Nº de Recurso: 3548/2018

En este caso nos encontramos con un matrimonio que tras divorciarse se estableció un régimen de custodia monoparental a favor de la madre con un régimen de visitas a favor del padre. La madre presentó una demanda de modificación de medidas a fin de que se aumentara la cantidad de pensión en concepto de alimentos, en vez de 525 euros por los tres hijos solicitaba que fuese 1050. El padre no sólo se opuso sino que ejerció su derecho a reconvención reclamando la custodia monoparental a su favor y subsidiariamente la compartida. En primera instancia se hizo exploración de los tres hijos y la sentencia desestimó la pretensión de la madre y aceptó en parte la reconvención estableciendo un régimen de custodia compartida semanal basándose en parte en el deseo de los menores.

Ambas partes recurrieron esta resolución pretendiendo quedarse con la custodia de los tres menores. La AP en esta ocasión le dio la razón a la madre y le otorgó de nuevo la custodia de los menores. Se realizó la exploración de los tres hijos de 14, 13 y 11 años. Todos manifestaron su deseo de compartir tiempo con los dos progenitores. Sin embargo la AP entendió que los meros deseos de los hijos no son suficientes, además de que el deseo de estar con su padre se refería a alguna noche más y no a un régimen de custodia compartida. Argumentaron la testifical del padrino y la tutora de los niños en los que se ventiló que los menores habían manifestado estar más tranquilos en el domicilio materno y que la exploración realizada en primera instancia se había malinterpretado. El TS entendió que las pruebas aportadas en fase de apelación fueron suficientes y fundadas para cambiar de nuevo a la custodia monoparental materna y por tanto ratificó la resolución anterior desestimando el recurso de casación del padre.

CAPÍTULO 3. RECURSOS DONDE SE DESARROLLA LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

1.1 Concepto

La mediación intrajudicial o intraprocesal es aquella que se desarrolla en el seno de un proceso. La tradicional vía judicial basada en el esquema ganar-perder en muchas ocasiones pone una solución al conflicto pero no termina con él. Si nos concentramos en el ámbito de la familia conseguir un acuerdo sólido y viable hace posible una mejor gestión del conflicto de cara al futuro apoyados por la intervención de un tercero neutral e imparcial.

La mediación puede ser extrajudicial o intrajudicial. En la primera los potenciales usuarios son los que deciden acudir a un procedimiento de mediación antes de iniciar un proceso judicial su característica principal es que el conflicto no es conocido por los juzgados y tribunales. También se puede entender por mediación extrajudicial la desarrollada durante el proceso siempre que la decisión de acudir a este recurso sea de las partes. Sin embargo en la intrajudicial es el juez una vez iniciado el proceso el que las invita a acudir a mediación en sentido estricto a los servicios con los que cuenta en su juzgado o si no es así a mediadores externos. La autoridad competente hace un análisis de los casos y propondrá la mediación en aquellos que aprecie que este recurso es el idóneo para la gestión del conflicto. Actualmente en España la mayoría de las provincias cuentan con juzgados que ofrecen servicios de mediación familiar incardinados en las propias dependencias, pero otras como Soria, Segovia, Zamora, Ávila, Salamanca, Burgos y Cuenca no cuentan aún con ello.

Las experiencias que se han desarrollado en España a través de proyectos pilotos han demostrado la íntima relación que tienen la

mediación y la Administración de Justicia. En mi opinión sería muy favorable que la mayoría de los juzgados y tribunales contaran con un servicio propio de mediación integrado por un equipo multidisciplinar tales como: psicólogos, trabajadores sociales y juristas, de esta manera facilitarían que las partes en el momento que fueran instadas por el juez para acudir a mediación llevaran a cabo las sesiones dentro de las dependencias del juzgado. La principal dificultad que tiene esto es la dotación económica que se necesita para el desarrollo de estos servicios de mediación, sobretodo en provincias pequeñas con falta de recursos.

1.2 Momentos procesales en los que se puede solicitar

Con el dictado de la ley 5/2012 se generalizó la introducción de la mediación en el sistema judicial, se concibe esta como una institución jurídica que se inserta en la ley procesal en los artículos 414 y 440 de la LEC en los cuales se solicita a jueces y Letrados de la Administración de Justicia que informen a los litigantes de la posibilidad de ir a mediación para resolver su conflicto ya judicializado. Los aspectos a valorar sobre la posibilidad o no de instar a las partes a acudir a mediación debe hacerse de acuerdo a la teoría de Haynes: que los niveles de conflicto sean moderados, que exista una motivación de las partes de llegar a un acuerdo y que la mediación ofrezca la satisfacción que necesitan (Lasheras Herrero, 2007).

La invitación a acudir a mediación puede darse:

- a) **Por el Letrado de la Administración de Justicia:** en el decreto de admisión de la demanda incluirá un apartado en el que informa a las partes de la posibilidad que tienen de acudir a mediación sin suspender el proceso.
- b) **Por el juez:** que invitará a las partes a acudir a mediación en cualquier fase del proceso. Desde que los litigantes han sido emplazados, en la Audiencia Previa, en el juicio oral y en fase de ejecución. A continuación explicaré todas las fases para comprender mejor a qué altura del proceso estamos.

- **Emplazamiento:** es un acto de comunicación procesal por el cual el juez va a requerir a las partes que se personen en el proceso en un plazo concreto. Una vez que la demanda ha sido admitida por el Letrado de la Administración de Justicia se da traslado de la misma al demandante para que conteste en el plazo de 20 días.
- **Audiencia Previa:** una vez se ha procedido a la contestación a la demanda o en su caso la reconvencción, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes a la Audiencia Previa, en esta fase es preceptivo que las partes cumplan los requisitos de postulación y acudan asistidas de abogado y procurador. En esta fase es en la que más se da la invitación por parte del juez a mediación. Si el enfrentamiento subsistiera se continuaría con el desarrollo normal del proceso.
- **Juicio oral:** pasado un mes desde la audiencia previa se citará a las partes al juicio oral, en esta fase se llevará a cabo la práctica de la prueba, testifical, documental y pericial y reconocimiento judicial si fuera el caso. Las partes deben acudir con abogado y procurador, de no ser así se entenderá el juicio visto para sentencia.
- **Ejecución:** si el condenado en sentencia no cumple voluntariamente con la misma, el otro litigante puede solicitar la ejecución forzosa de la misma. La condena puede ser de dar, hacer o no hacer.

Si en alguna de estas fases las partes aceptaran la invitación del juez de acudir a mediación el proceso se suspende por un plazo no superior a 60 días que pueden ser prorrogables si la mediación estuviera en su fase final y así se acreditara al juez.

1.3 Consecuencias procesales

Los efectos procesales de acudir a mediación en la suspensión del proceso por plazo de 60 días. Se entiende que en ese tiempo el proceso queda parado a fin de que las partes logren alcanzar un acuerdo que

solucione su conflicto. La posibilidad de suspender el proceso para acudir a mediación supuso la inclinación del legislador de fomentar la mediación como método de resolución de conflictos y desahogo de la vía judicial. No sólo en este aspecto se favorece la asistencia a mediación también con el reconocimiento del acuerdo. Si las partes en el mejor de los casos consiguen llegar a un acuerdo en mediación podrá convertir el documento privado en título ejecutivo a través de la homologación judicial que veremos con posterioridad. Si tras la homologación judicial o la protocolización en escritura pública del acuerdo, las partes no cumplen con lo acordado en el plazo de 20 días, la otra podrá iniciar un proceso de ejecutivo, lo que supone una mayor celeridad para cumplir con la resolución judicial, en nuestro caso el acuerdo de mediación.

1.4 Homologación del acuerdo

En la mediación intrajudicial el juez homologará el acuerdo al que las partes han llegado mediante un auto según el artículo 25.4 de la LMACM *“Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*. (Algaba Ros, 2017).

El acuerdo puede versar sobre todas o algunas de las materias objeto de mediación. El acuerdo debe tener un contenido mínimo: las partes intervinientes, las obligaciones a las que se compromete cada una de ellas, el mediador que ha intervenido y la firma de ambas partes. Cada parte deberá recibir una copia del acuerdo que será entregada por el mediador.

Como es sabido no es obligatorio convertir el documento privado del acuerdo en título ejecutivo. En el caso que las partes decidan hacerlo tienen dos vías: homologación judicial y la protocolización en escritura pública.

La homologación supone confirmar, legitimar y aprobar por medio de la autoridad judicial o administrativa actos particulares con el fin de

que produzcan efectos jurídicos. El juez conforme al artículo 19.1 de la LEC llevará a cabo un control de adecuación del acuerdo a derecho, es decir que lo que acuerden las partes no sea contrario a la ley. En el caso que no ocupa al tratarse de acuerdos familiares intervendrá el Ministerio Fiscal en defensa de los menores si los hubiera.

Si el objeto del acuerdo alcanzado en mediación no coincide con el objeto del inicial proceso, la homologación judicial sólo alcanzaría a los acuerdos que se adaptan al objeto del proceso. El tratamiento de lo que excede puede: elevarse a escritura pública o presentar demanda complementaria al objeto del proceso de origen y solicitar después la acumulación de procesos y la aprobación del acuerdo global.

2. MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL

2.1 Colegios profesionales

Los colegios profesionales son asociaciones de carácter profesional integrados por quienes ejercen una profesión liberal y que son reconocidos por el Estado como corporaciones de derecho público. Las principales funciones de un colegio profesional son: ordenar el ejercicio de la profesión, mantener el prestigio de la misma, representar a los colegiados, defender sus derechos o sancionar a todos aquellos profesionales que no cumplan los estatutos del colegio.

En España vienen citados en los artículos 26 y 36 de la CE y se regulan mediante la Ley de Colegios Profesionales. En este cuerpo legislativo se conciben como corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica propia, cuyo fin esencial es la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.

La relación entre los colegios profesionales y la mediación es si podemos concebir a estos como instituciones prestadoras del servicio. En la ley 5/2012 se recogen las instituciones de mediación argumentando que tienen un papel fundamental en los procedimientos

de mediación pudiendo ser corporaciones de derecho público las que cumplan con esta labor. De esto puedo extraer que formalmente los colegios profesionales pueden desarrollar en sus dependencias servicios de mediación a los que pudieran acudir los usuarios, siendo el colegio el garante del cumplimiento de los principios de la mediación, es decir: designar al mediador, controlar la imparcialidad y neutralidad de este, asegurar la confidencialidad de las sesiones y de lo que en ellas se expresa, procurar un lugar seguro para guardar los documentos, etc.

Las ventajas de que el servicio fuera prestado por los colegios profesionales es porque cuentan con una amplia experiencia, están integrados por profesionales cualificados, avalan el buen funcionamiento de la profesión, tienen importancia en el tejido social y cuentan con medios materiales suficientes para desarrollar esta labor. Además establece que la institución de mediación se encuentre o no dentro de un colegio profesional debe garantizar la capacitación, formación continua y orientación de los mediadores, el modo formal de desarrollar la mediación, redactar normas deontológicas para los profesionales, crear órganos consultivos de mediación y firmar convenios con otras instituciones (Quintana García, 2015)

En España hay una multiplicidad de colegios profesionales en muchos ámbitos y la mayoría están desarrollando programas de resolución alternativa de conflictos. Me interesa especialmente el Consejo General de la Abogacía ya que cuenta con una comisión especial sobre métodos alternativos de resolución de conflictos cuyas funciones son: promover la mediación, formación de los mediadores, difusión de la profesión en cursos y convenciones y apoyo a los colegios que deseen introducir servicios de mediación, arbitraje y conciliación (Córdoba Azcárate & Martín Villalba, 2015).

2.2 Mediadores privados

El mediador es el tercero que se encuentra ajeno al conflicto y que interviene con las partes a fin de que puedan llegar a un acuerdo. Los

mediadores ya sean adscritos al juzgado o privados deben reunir los mismos requisitos de capacitación, la diferencia entre ambos es que los mediadores privados son profesionales liberales a los que acuden las partes por su propia decisión o por invitación del juez pero que se encuentran fuera del ámbito de la administración de justicia. Para ejercer la mediación de forma libre se recomienda la inscripción en el Registro Central de Mediadores pero según indica la ley 5/2012 y el decreto 980/2013 no es obligatorio como sí es la suscripción de un seguro de responsabilidad civil para los posibles daños y perjuicios que el mediador causara a las partes. Lo habitual es que los mediadores estén inscritos en el Registro Central y en el autonómico si lo hubiera, la baja en los mismos se puede producir: por decisión o fallecimiento del inscrito y por suspensión del colegio profesional o Cámaras de Comercio.

El mediador como ya sabemos no emite ni propone la solución al conflicto. La doctrina más rigurosa opina que el mediador ni sugiere, ni propone ni dirige el procedimiento pero en mi opinión esto no debe ser así porque de cumplirse con total rigurosidad el mediador no sería más que un ente en el proceso sin intervención alguna. Creo que pese a que los usuarios son los que deben dotarse a sí mismos de la solución el mediador puede hacer que se planteen posibilidades que son incapaces de ver por el enconamiento del conflicto, como por ejemplo en una proceso de mediación familiar referente al ejercicio de la guarda y custodia preguntarles: “¿os habéis planteado la posibilidad de la custodia compartida?”. De esta manera las partes podrían incurrir en pensar si es una opción viable para su caso o no. Igualmente creo que el mediador debe ser el ordenante del proceso, debe dirigir el mismo porque de lo contrario las partes no necesitarían acudir a un profesional para que les ayudara en la gestión de su conflicto.

Las principales habilidades con las que debe contar el mediador son: practicar la escucha activa, fomentar la comunicación de los usuarios a través de la reformulación, el reconocimiento mutuo y las preguntas,

generar confianza a las partes desde la primera toma de contacto, hacer avanzar el proceso, provocar que las partes expresen sus intereses y no sus posiciones y destensar el ambiente. Tampoco podemos olvidarnos del principio de igualdad de las partes, mucho más acentuado en el caso de mediaciones matrimoniales en las que impera la igualdad conyugal. El mediador debe observar si las partes acuden en condiciones de igualdad, de no ser así debería parar el proceso de mediación y aconsejar a la parte más débil que acudiera a un profesional para que fuera asesorada. No sólo debe velar porque la igualdad esté presente en el inicio del procedimiento sino durante el mismo procurando que ambos tengan el turno de palabra que necesiten. Es obvio que el objetivo del mediador va a ser que las partes lleguen a un acuerdo sin embargo si no es así por la voluntad de estas, el mediador no debe percibir este proceso como un fracaso porque si ha logrado que las partes lleguen a comunicarse ya es un éxito y el acuerdo puede venir después.

Cuando se desarrolla un proceso de mediación ante un mediador privado y en el mejor de los casos este ha terminado con acuerdo de las partes, ese acuerdo como ya dije anteriormente tiene valor vinculante entre las partes, pero sí deciden dotarlo de fuerza ejecutiva ya sea acudiendo a un notario para protocolizarlo como escritura pública o iniciar un proceso judicial declarativo y homologarlo.

2.3 Puntos de Encuentro Familiar

Los conflictos familiares siempre son difíciles de gestionar mucho más si nos encontramos en el ámbito de una unión sentimental ya sea: matrimonio, unión de hecho o pareja. Cuando se da una ruptura de pareja y hay hijos comunes una de las principales dificultades es cumplir con el régimen de visitas de ahí que surgieran los Puntos de Encuentro Familiar en adelante PEF.

2.3.1 Concepto y origen

Los PEF son centros neutrales en los que se desarrolla el régimen de visitas con el fin de facilitar al menor la relación con su familia

siempre bajo el amparo de procurar el bienestar del menor y el superior interés de este. Se trata de un recurso social, temporal y gratuito especializado en la intervención de conflictos en las que la relación entre dos progenitores, entre uno de los progenitores y la familia extensa del otro o entre el menor y sus padres es de tal grado que se hace inviable que el desarrollo normal del régimen de visitas se haga de forma externa. El desarrollo de los PEF se encuentra ejercido por un equipo multidisciplinar integrado por: trabajadores y educadores sociales, psicólogos y licenciados o graduados en Derecho. Pese a que cada profesional tienen un ámbito de actuación concreto en el PEF por ejemplo los educadores y trabajadores sociales intervenir con las familias durante las entrevistas y las visitas, los psicólogos intervenir con los usuarios que tengan algún tipo de alteración mental o adicción y los asesores jurídicos intervenir con los usuarios a fin de explicar de manera descriptiva su situación legal, en la práctica todos desarrollamos la totalidad de las actuaciones sin perjuicio de tareas específicas. El origen de los PEF tuvo lugar en 1994 por Marisa Sacristán tras observar que la Ley del Divorcio regulaba la ruptura pero no los posibles conflictos derivados de la misma, de ahí que fundara la institución en la que trabajo: Asociación para la Protección del Menor en procesos de separación y divorcio de sus progenitores cuyas siglas son APROME.

Actualmente APROME cuenta con numerosos PEF en: Madrid, La Rioja, Valladolid, Palencia, León, Burgos, Soria, Salamanca, Segovia, Ávila, y Zamora.

No existe una normativa nacional reguladora de los Puntos de Encuentro, sino que cada CCAA cuenta con un Decreto donde se desarrolla este recurso de una manera pormenorizada. En Castilla y León es el Decreto 11/2010, de 4 de marzo, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar en Castilla y León y su autorización de funcionamiento. En este cuerpo normativo se regula los profesionales que pueden trabajar, las situaciones que

pueden tratarse en los PEF, las vías de acceso y el funcionamiento de los mismos. Las principales normas de los PEF son:

- 1.** El menor será entregado o recogido por el familiar designado para ello a través de la correspondiente autorización judicial o administrativa donde se expresa el nombre, apellidos, DNI y relación con el menor.
- 2.** Los familiares que entreguen al menor podrán ir acompañados de otras personas siempre y cuando estén autorizados en la resolución judicial o administrativa.
- 3.** Los usuarios deberán cumplir a rajatabla el horario, mucho más cuando exista orden de protección. Sólo se va a permitir esperar quince minutos para entregar o recoger al menor. Al exceder ese tiempo el encuentro se suspenderá.
- 4.** Dentro del PEF no se podrán realizar grabaciones de video ni hacer fotos.
- 5.** Durante el tiempo que el menor permanezca en el PEF es responsabilidad del familiar que le acompañe. Los técnicos velarán por la integridad del menor y permanecerán en la habitación junto con el menor y el familiar cuando la visita sea supervisada.
- 6.** Cualquier anomalía o cambio de circunstancias deberá ser informado a los técnicos del PEF.
- 7.** Los usuarios deberán tener una conducta respetuosa para con el menor, el resto de familias y los técnicos. Si los usuarios no acuden en condiciones físicas o psíquicas correctas se procederá a suspender la visita.
- 8.** Las instalaciones del PEF se utilizarán con respeto, procurando su cuidado y responsabilizándose de que los menores también las respeten.

Los usuarios no sólo tienen deberes sino también derechos tales como:

- 1.** Ser tratados en condiciones de igualdad sin discriminación por razón ninguna.

2. A presentar quejas y sugerencias.
3. A ser informados fielmente de las normas del PEF por los técnicos.
4. Tener acceso a la información que obre en su expediente.

Por supuesto los técnicos que trabajamos en un Punto de Encuentro debemos cumplir dos deberes fundamentales: la confidencialidad de todo lo que ocurra en el Punto de Encuentro y presentar un certificado de no antecedentes penales en delitos contra la integridad de los menores.

Los PEF están coordinados con los Juzgados y Tribunales y con la Gerencia de Servicios Sociales Territorial que corresponda.

En principio los casos no deberían durar más de dos años en el PEF. A pesar de ser un plazo orientativo y presumible suficiente para solucionar o por lo menos aminorar el conflicto, en la práctica nos lleva a resultados opuestos. Hay casos que duran los treinta días que persisten las medidas provisionalísimas y otros que pueden estar hasta diez años (García del Vado, 2015).

2.3.2 Vías de acceso y situaciones asistidas en el PEF

Al PEF se llega por varias vías, la principal es por decisión judicial en los casos de separación/divorcio y violencia de género, también por derivación de los servicios sociales si el menor esta en acogimiento con una familia, por derivación de los servicios de protección a la infancia y por acuerdo de los progenitores o familiares en la minoría de los casos.

Los casos que se atienden en el PEF son muy variados los más comunes son:

- a) Situaciones de violencia del progenitor que suponga un peligro para el menor estar a solas con él.
- b) Progenitor no custodio no tenga vivienda en la localidad donde viva en menor, o tenga tales circunstancias personales que aconsejen que el menor esté bajo supervisión.

- c) Oposición y bloqueo del progenitor custodio a cumplir el régimen de visitas.
- d) Oposición del menor a relacionarse con el no custodio.
- e) Familias con dificultad para establecer acuerdos en la relación con los menores.
- f) Menores que se encuentran separados de sus padres con medidas de acogimiento.

Contamos con tres tipos de cumplimiento del régimen de visitas:

- a) **Visita supervisada:** los técnicos deben estar en todo momento acompañando al menor y los familiares. Pueden durar dos horas, hora y media o una hora.
- b) **Visita sin supervisión:** los técnicos no permanecen en la sala con el menor y los familiares pero se encuentran cerca de esta para apoyar si fuera necesario. Pueden durar dos horas, hora y media o una hora.
- c) **Intercambios:** acuden al PEF a dejar y recoger al menor pero salen de las dependencias de este. Pueden ser intercambios de día que serían desde las diez de la mañana a las ocho de la tarde, o de fin de semana que supone de viernes por la tarde al domingo por la tarde, o intercambios de vacaciones.

2.3.3 Funciones del PEF

Las funciones del PEF son:

- a) Establecer en las familias donde ha ocurrido una ruptura, los vínculos necesarios para el desarrollo psíquico y afectivo del menor.
- b) Garantizar el cumplimiento del régimen de visitas sin que suponga un peligro para el menor.
- c) Preparar a los visitantes para que un futuro no sea necesario este recurso.
- d) Prevenir las situaciones de violencia en los regímenes conflictivos.

e) Permitir a los menores que expresen libremente sus sentimientos e inquietudes.

f) Orientación profesional a las familias para mejorar la relación con el menor.

A nivel documental las labores a desarrollar por los técnicos son:

a) Programas familiares: consisten en un seguimiento que se hace cada seis meses sobre cómo han ido las visitas en ese tiempo, se realiza estableciendo unos parámetros fijos que nos establece el Decreto por el cual se rigen los PEF y un resumen sobre el seguimiento que se hace en cada visita y la actitud del menor y sus progenitores.

b) Seguimiento: el seguimiento consiste en que una vez que ha finalizado la entrevista se escribe en unos escritos normalizados la hora de llegada del usuario que vaya a visitar al menor, así como la llegada del menor por las personas que ejerzan su guardia y custodia y el desarrollo de la visita, es decir si se ha desarrollado con normalidad y no hay incidencias o si ha sucedido algo que merezca de atención para después realizar los informes.

c) Informes: los informes son uno de los instrumentos claves en los PEF ya que son nuestra forma de comunicación con Juzgados y la Gerencia de Servicios Sociales que corresponda.

La periodicidad con la que se realizan depende del caso y de lo que establezcan estos organismos, pueden ser mensuales, bimensuales o incluso uno por visitas, en este último caso es cuando es imprescindible informar sobre lo que pase en cada una de las veces que un usuario viene a ver al menor por la trascendencia que supone. Los informes son de dos tipos de incidencia cuando ocurre alguna anomalía en los casos como puede ser una no visita, es decir, un incumplimiento de la resolución judicial, o falta de disponibilidad de horas por nuestra parte; o de seguimiento que se llevan a cabo cuando el régimen de visitas se ha cumplido normalmente y simplemente se establece la viabilidad o no del caso. Además todos los meses desde un punto

de vista interno se establece el número de informes que se han mandado en ese mes, el día que se hizo y sobre qué expediente. Los informes pueden tener una extensión variable, si son de incidencia para informar de una falta en el régimen de visitas son muy concretos simplemente se establece el día y la hora en la que no se va a realizar la visita y el motivo exponiendo si es por falta de disponibilidad del PEF o porque el visitante no puede acudir. En este último caso se establece la vía de comunicación por la que sabemos que no se va a realizar la visita. En los informes de seguimiento se cuenta con exhaustividad lo que ha venido sucediendo en las últimas visitas, la actitud del menor, del familiar visitante y si cumplen con rigurosidad las normas.

d) Registro de accesos: es una tarea que se realiza dos veces al día, por la mañana y por la tarde. Es un escrito normalizado donde se establecen las horas que el PEF trabaja, quien trabaja ese día y en esas horas y los números de los expedientes que se han trabajado, que serán: todos los que tengan visita es día así como las llamadas que se produzcan.

e) Registro de entradas: se trata de una tarea que se realiza varias veces al día, se trata de detallar el día, la hora, el responsable de su recepción, su emisor y el tipo de documento que entra. Pueden ser resoluciones judiciales, resoluciones de gerencia, entrevistas a usuarios, firma de normas, derechos y deberes por parte de los usuarios, correos electrónicos, acuses de recibo, etc.

f) Registro de salidas: es similar al registro de entradas y en numerosos casos se solapan. Se trata de registrar todo lo que sale del PEF: informes, acuses de recibo, correos electrónicos, etc.

g) Memoria: en ella se establece mensualmente cuántas visitas ha habido, cuántas son supervisadas y cuántas no, si se han realizado con el progenitor custodio, no custodio o ambos, y las inasistencias.

h) Registro de llamadas: se lleva a cabo diariamente y varias veces, se establece en unas tarjetas quién ha llamado, la hora, el

número de expediente y se relata lo que se dice en esa llamada. Al finalizar el mes se archivan cada una en su expediente.

i) Archivo de documentos: se hace al finalizar el mes, se van introduciendo en cada expediente los documentos que han llegado en ese mes que les compete, cada expediente es de un color en atención a que tenga orden de protección o no, o si los menores están con alguno de sus progenitores o en acogida.

j) Agenda: se hace al finalizar cada y mes y se establecen por días y horas las visitas que corresponden al mes siguiente.

k) Entrevistas: son de dos tipos: las iniciales que se tienen con las dos partes que formen parte del proceso como por ejemplo la madre si es ella la que tiene la guarda y custodia, y con el padre si es el que va a venir al PEF, se les pide su nombre, dirección y teléfono de contacto, se les pregunta por su situación laboral y sobre el desarrollo de los hechos por el cual se encuentra viendo al menor en el Punto de Encuentro. Se le explican las normas básicas de funcionamiento. Las otras son de seguimiento cuando se aprecia necesidad de hacer otra entrevista para el buen desarrollo del caso. Estas las pueden solicitar los usuarios si tienen alguna queja de los técnicos o para comunicarnos acontecimientos trascendentes. También puede ser solicitada por los técnicos una nueva comunicación con los usuarios para tener más información.

l) Supervisión: la supervisión de la visitas viene estipulada por el juzgado o el técnico de gerencia correspondiente, se trata de que un técnico estará en todo momento pendiente de la visita del usuario con el menor, oyendo y viendo todo lo que realizan, incluso se puede suspender la visita si se aprecian por parte del usuario conductas inadecuadas como pueda ser: alineación del menor, haber consumido drogas o alcohol, amenazas a los técnicos, etc.

Una de las principales actuaciones que se llevan a cabo en el PEF por parte de los técnicos es el Plan de Intervención Familiar. Una vez que el caso ha llegado al PEF por la vía que sea los técnicos

nos reunimos para designar que actuaciones vamos a llevar a cabo con esa familia y que exista una total coordinación entre el psicólogo, el trabajador y educador social y el licenciado en derecho. Supone una serie de objetivos generales y específicos que procuraremos cumplir con esa familia. Por tanto el trato en los PEF es muy individual y personalizado.

2.3.4 Mediación familiar en los PEF

La excesiva judicialización de los procesos de separación y divorcio lleva a que en muchas ocasiones el régimen de visitas se desarrolle en un PEF. La mediación familiar guarda dos tipos de relación con el Punto de Encuentro Familiar. En primer lugar si las partes en un proceso de mediación han acordado que el régimen de visitas se desarrolle en un PEF porque no quieren verse, o que la mediación familiar se desarrolle en las dependencias de un PEF.

La labor que solemos llevar en los PEF es de intermediación que no es lo mismo que mediar. La mediación como vengo explicando a lo largo de todo el trabajo, es un procedimiento formal asistido por un profesional específico con acreditada formación en mediación que tienen como finalidad que dos partes en conflicto lleguen a un acuerdo. La intermediación no cumple con la idea de proceso sino que se trata de procurar una comunicación entre las partes o simplemente ser los técnicos los transmisores de un mensaje o de una información relativa al menor de un progenitor a otro.

El objeto de análisis de este apartado en la segunda posibilidad ya que si las partes en conflicto han acudido a un proceso de mediación por ejemplo en el seno de un proceso judicial de divorcio en el que han acordado que el régimen se desarrollará en un PEF no existe mayor problema y se hará en las mismas condiciones que si derivara de la decisión del juez.

Pese a que he dicho que en los PEF se desarrollan labores de intermediación también puede llevarse a cabo una mediación en

sentido estricto amparado por los Centros de Ayuda Familiar en adelante CAF. En el caso que mayor conozco que es el Punto de Encuentro de Segovia se incardinaba el CAF de Segovia que hacía mediación propiamente dicha en una de las salas del PEF. Actualmente no se desarrolla ya que las autoridades administrativas retiraron la subvención que hacía falta. En mi opinión no se puede entender que por parte del Estado, CCAA y Corporaciones Locales se pretenda fomentar la mediación y retiren la subvención que permite ejercer la misma.

El desarrollo de la mediación en los PEF sería muy sencillo. En primer lugar porque los técnicos contamos con la formación básica necesaria para acceder a cursos o máster de mediación y también porque podríamos prestar el servicio a personal ajeno al PEF y a los propios usuarios que voluntariamente decidieran asistir cabiendo la posibilidad de que su conflictividad se viera reducida y no necesitaran el PEF.

3. MODELO DE ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación termina con el acta final, en dicho documento se va a anexar el acuerdo en el caso de que le haya. En este apartado redactaré un acta final con el correspondiente anexo de un acuerdo de mediación familiar por divorcio.

ACTA FINAL DE LA MEDIACIÓN

I. PERSONAS REUNIDAS

De una parte Don Francisco Pérez García **con NIF** 03410986G, **con domicilio** en Calle Teniente Ochoa nº8 1º derecha, **e-mail** franciscoperezgarcia@gmail.com **y teléfono** 654098231.

De otra parte Doña Esther Vázquez Pascual **con NIF** 04216653T, **con domicilio** en Calle San Cristóbal nº25 3º b, **e-mail** esthervazpas@gmail.com **y teléfono** 618062142.

Como persona mediadora Doña Alba Gómez García **con número de identificación registral** 344698T, **con domicilio** en Calle San Agustín nº3 Bajo A, **e-mail** albagomezgarcia@gmail.com **y teléfono** 921112388.

II. CONCLUSIÓN DE LA MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación que se ha seguido en 8 sesiones llevadas a cabo en Calle San Agustín nº3 Bajo A, Segovia, del 15 de Marzo de 2019 al 14 de Mayo de 2019 ha concluido habiéndose alcanzado un acuerdo entre las partes y concluyendo por ello el procedimiento de mediación con motivo de haber alcanzado un acuerdo.

III. CONTENIDO DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS

Las partes con la intervención del mediador han alcanzado los acuerdos recogidos en el ANEXO 1.

Y para que conste se extienden tantos ejemplares de la presente acta como partes, a un solo efecto, entregando un ejemplar a cada parte en el lugar y fecha indicados.

En Segovia a 14 de Mayo de 2019.

Firma usuario 1

Firma usuario 2

Firma del mediador

ANEXO 1. ACUERDO DE MEDIACIÓN

De una parte Don Francisco Pérez García **con NIF** 03410986G, **con domicilio** en Calle Teniente Ochoa nº8 1º derecha, **e-mail** franciscoperezgarcia@gmail.com y **teléfono** 654098231.

De otra parte Doña Esther Vázquez Pascual **con NIF** 04216653T, **con domicilio** en Calle San Cristóbal nº25 3º b, **e-mail** esthervazpas@gmail.com y **teléfono** 618062142.

Como persona mediadora Doña Alba Gómez García **con número de identificación registral** 344698T, **con domicilio** en Calle San Agustín nº3 Bajo A, **e-mail** albagomezgarcia@gmail.com y **teléfono** 921112388.

Las partes se reconocen entre sí la capacidad suficiente para suscribir el presente documento y asumir las obligaciones y reconocimiento de derechos que se contemplan en el mismo.

Dichas partes están conformes en que dicho acuerdo no constituya una admisión de culpa, responsabilidad o negligencia de ninguna de ellas.

En caso de que cualquiera de las partes considere que la acuerdo o parte del mismo ha sido incumplido por la otra se comprometen a intentar resolver el asunto a través de la mediación antes de acudir a la vía judicial

EXPONEN

1º.- Que los comparecientes contrajeron matrimonio canónico en Segovia el día 29 de Julio de 2008

2º.- Que de dicha unión existe una hija, nacida en Segovia el día 7 de Octubre de 2012. Siendo por tanto menor de edad la hija del matrimonio.

3º.- Que por razones que no son del caso exponer, los comparecientes han decidido poner fin a su convivencia conyugal.

4°.- Que las partes han llegado a un acuerdo tras un proceso de mediación y suscriben el presente **ACUERDO DE MEDIACIÓN FAMILIAR** que se regirá por las siguientes,

CLÁUSULAS

PRIMERA.- DIVORCIO: los cónyuges comparecientes ratifican la terminación de su convivencia conyugal, relevándose mutuamente, desde este momento y de modo expreso, de cuantos derechos y obligaciones recíprocos les impone la Ley vigente por razón de su matrimonio, con excepción de lo pactado en el presente documento.

SEGUNDA.- PATRIA POTESTAD: la hija menor del matrimonio continuará bajo la patria potestad de ambos cónyuges, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de la menor, obligándose los comparecientes a aceptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a su hija, y de modo especial, aquellas relativas a su salud, educación y formación, teniendo en cuenta el bien de la misma. Quedan excluidas de esta norma aquellas determinaciones cuya urgencia no permita la consulta al otro progenitor, que serán adoptadas por aquel con quien se encuentre en ese momento el menor, notificándolo al otro de forma inmediata.

TERCERA.- GUARDA Y CUSTODIA: la hija menor quedará bajo la guarda y custodia de su madre, en cuya compañía vivirá, sin perjuicio del derecho de comunicaciones, visitas y estancias con el otro progenitor, que se establece en la cláusula siguiente.

CUARTA.- COMUNICACIONES, VISITAS Y ESTANCIAS: el padre al igual que el resto de familia paterna extensa dispondrá del régimen de comunicaciones, visitas y estancias que a continuación se detalla. Este régimen será efectivo en defecto de cualquier otro acuerdo entre los comparecientes, quienes quieren dejar constancia expresa de su decidida voluntad de que las relaciones paterno-filiales se vean afectadas en el menor grado posible por el divorcio, y se mantenga con la necesaria flexibilidad el contacto de la hija menor con el progenitor con el que no convive.

A) Durante los periodos escolares: el padre tendrá a la hija consigo dos fines de semana alternos al mes desde el viernes a la salida del colegio a las 14 horas hasta el domingo a las 20 horas. Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a este por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios la menor, se considerará este periodo agregado al fin de semana, y, en consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana.

B) Durante las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano: don Francisco tendrá a su hija la mitad de dichos periodos, que se decidirán de común acuerdo cada año por los progenitores y que en defecto de acuerdo tendrá prioridad de elección el padre en los años impares y la madre en los pares.

C) En cuanto a fechas señaladas tales como cumpleaños familiares, bodas, bautizos, comuniones, entierros y demás eventos: la menor estará en compañía del progenitor relacionado con el evento.

D) En cuanto al cumpleaños de la menor: en defecto de pacto en contrario de los progenitores el padre pasará con la menor los cumpleaños de años impares y la madre los pares, correspondiéndole siempre al progenitor que no esté ese año en compañía de la menor 3 horas por la tarde para celebrar el cumpleaños con su hija.

QUINTA.-DOMICILIO FAMILIAR: el domicilio familiar sito en la Calle San Cristóbal nº 25 3º b, así como el ajuar doméstico que se encuentra en el mismo, quedará para el uso de la hija menor y de la madre que ostenta la guarda y custodia.

SEXTA.-PENSIÓN DE ALIMENTOS: para atender a los alimentos de la hija, don Francisco abonará la cantidad de 250 euros a la cuenta que doña Esther ha destinado al efecto como progenitor custodio de la menor y cuyo número es 20385275147300006548 de la entidad BANKIA, entre los días 1 y 5 de cada mes.

SÉPTIMA.- GASTOS EXTRAORDINARIOS: con independencia de la cantidad relativa a los alimentos, el padre abonará el 50% de los gastos extraordinarios relacionados con la salud de la menor que no estén directamente cubiertos por el seguro de la misma (intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología y ortodoncia, rehabilitaciones y recuperaciones, aparatos ortopédicos o gafas), además de cualquier gasto relacionado con actividades deportivas, culturales o clases de apoyo, siendo requisito previo necesario la conformidad de ambos padres en el concepto, salvo que la urgencia del caso no permitiese la obtención de tal acuerdo.

NOVENA.- PENSIÓN COMPENSATORIA: Reconocen ambos comparecientes que el divorcio no produce a ninguno de ellos un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, por lo que no procede la determinación de pensión alguna a favor de los esposos.

Y tras informar la persona mediadora a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado, así como la posibilidad de instar su elevación a escritura pública notarial al objeto de configurarlo como un título ejecutivo, se extienden tantos ejemplares del acuerdo como partes más una para el mediador, a un solo efecto, entregando un ejemplar a cada parte en el lugar y fecha indicados.

En Segovia a 14 de Mayo de 2019.

Firma usuario 1

Firma usuario 2

Firma del mediador

CONCLUSIONES

1. La mediación es un método no sólo alternativo sino complementario a la vía judicial para la gestión y resolución de conflictos. Es un proceso flexible y voluntario, informado por la confidencialidad y la oralidad en el que las partes son las encargadas de dotarse de la solución y están auxiliadas de un tercero profesional imparcial y neutral.
2. La mediación pese a ser un proceso poco rigorista tiene que seguir una líneas de actuación. Las partes deben estar debidamente informadas acerca del proceso, por esa razón la primera sesión es la llamada sesión informativa. Si acceden a someterse a mediación el desarrollo del procedimiento se hará en sesiones asistidas por un mediador. La mediación finalizará siempre con el acta final que contendrá el acuerdo de las partes si le hubiera.
3. Actualmente la mediación en España tiene una regulación bastante parca y así he venido reflejando a lo largo del trabajo. Si bien existe la ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles no recoge todos los aspectos que en mi opinión son necesario regular y fue creada por mandato europeo. Además la mayoría de las leyes autonómicas son únicamente de mediación familiar. Esto provoca dos situaciones: que los profesionales que ejercen la mediación tengan que desarrollarla con los vacíos de la ley y sobretodo ¿tendríamos ley de mediación si la UE no lo hubiera ordenado?
4. El trabajo es un concreto estudio de la mediación familiar, en mi opinión la mediación es un método muy efectivo para resolver todo tipo de conflictos excepto delitos graves o casos de violencia de género. Fuera de la mediación penal el resto de materias creo que no solo son susceptibles de mediación sino que es el proceso idóneo, mucho más en asuntos de mediación familiar que implica a personas que por razones de consanguinidad o de afectividad tienen que seguir manteniendo el contacto.

5. La mediación familiar no sólo es la que se lleva a cabo para rupturas de pareja, aunque sea el ámbito de más desarrollo de la misma. Acudir a un proceso de mediación para estructurar la vida cotidiana de dos personas y los hijos que tengan en común es muy personalizado, se tienen en cuenta aspectos que el juez no puede ni debe tener en cuenta.
6. La forma deseada de terminar un proceso de mediación es a través del acuerdo. El acuerdo o convenio es vinculante para las partes pero para que el documento tenga fuerza ejecutiva y pueda ser exigido su cumplimiento judicialmente las partes deben convertirlo en título ejecutivo, ya sea través de la escritura pública notarial o la homologación judicial.
7. Las partes sólo van a poder pactar sobre aquellas materias disponibles o sometidas a la autonomía de la voluntad. Si nos centramos en la mediación de rupturas de pareja, el contenido del acuerdo va a ser muy similar al del convenio regulador pudiendo las partes convenir en torno a la guarda y custodia, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar, pensión de alimentos y pensión compensatoria.
8. Hay dos maneras de acudir a mediación: intrajudicial cuando las partes han iniciado un proceso y el juez les informa de la posibilidad de acudir a los servicios de mediación del juzgado, y extrajudicial cuando las partes acuden a un mediador privado ya sea porque el juez les informa de la posibilidad o por su propia iniciativa.
9. Uno de los recursos más importantes en la mediación son los Puntos de Encuentro Familiar cuya base es la intermediación entre dos partes en conflicto para el desarrollo correcto del régimen de visitas con menores. Pese a que esa es su función principal en algunos PEF se lleva a cabo mediación a través del Centro de Ayuda a Familias.
10. Actualmente hay un proyecto de ley de impulso de la mediación que pretende convertir la sesión informativa en obligatoria.

Considero que pese a que es un gran paso esta ley de impulso de la mediación no es suficiente. Este recurso debe ser correctamente publicitado, es decir, dar a conocer a la ciudadanía que es la mediación, ya sea a través de jornadas, anuncios en medios de comunicación, etc. Un paso fundamental es que las Administraciones Públicas crearan en cada partido judicial al menos un servicio de mediación incardinado dentro del juzgado para que pudiera ser ofertado por el juez a las partes. Además de que se reconozca la profesionalidad del mediador.

ANEXOS

TABLA DE SENTENCIAS

SAP

- SAP de Valladolid 255065/2014 de 31 de julio de 2014

STS

- STS 4429/2009 de 3 de julio de 2009
- STS 2158/2011 de 31 de marzo de 2011
- STS 2828/2015 de 24 de junio de 2015
- STS 2833/2018 de 23 de julio de 2018
- STS 3247/2018 de 25 de septiembre de 2018
- STS 2509/2019 de 6 de marzo de 2019

BIBLIOGRAFÍA

- Algaba Ros, S. (2017). El acuerdo de mediación familiar: su singularidad. *InDret: Revista para el análisis del derecho* , 5-12.
- Avilés Navarro, M. (2019). Reflexiones sobre el anteproyecto de ley impulsando la mediación. *Diario La Ley* .
- Berrocal Lanzarot, A. I. (2015). Pactos en previsión de ruptura matrimonial. *La Ley. Derecho de familia nº5* .
- Bolaños Cartujo, I. (2008). *Hijos alienados y padres alienados*. Madrid: Reus.
- Bonet Navarro, Á. (2013). *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.
- Cazorla González-Serrano, M. d. (2016). *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi.
- Cebola, C. M. (2011). Tesis Doctoral. *La mediación: un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos* . Salamanca, España.
- Córdoba Azcárate, E., & Martín Villalba, D. (Diciembre de 2015). *Las organizaciones colegiales como instituciones de mediación*. Recuperado el 30 de Abril de 2019, de Unión profesional: www.unionprofesional.com
- De Pablo Contreras, P. (2015). Matrimonio civil y sistema matrimonial. *Thomson Reuters. Aranzadi* .
- Esteve González, L. (s.f.). *La mediación transfronteriza de carácter civil y mercantil en la ley 5/2012*. Recuperado el 12 de Marzo de 2019, de <http://lib.uafig.ua.es/uploads/paginasweb/uapit/files/1-%20mediacion%20transfronteriza.pdf>

- García del Vado, F. R. (2015). La importancia del punto de encuentro familiar para el normal desarrollo de las relaciones personales entre abuelos y nietos. *La Ley* 2890/2015 .
- García del Vado, F. R. (2015). Tesis Doctoral. *La mediación familiar y el Punto de Encuentro Familiar* . Madrid.
- García García, L. (2003). *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson.
- García Presas, I. (2009). *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid: LA LEY.Grupo Wolters Kluwer.
- García Rubio, M. P. (2004). Acuerdos prematrimoniales De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia. *Nuevos retos de Derecho de Familia. Ponencia de las XIII jornadas de Derecho Catalán en Tossa del Mar*. Girona.
- García Villaluenga, L. (2007). *La mediación familiar: una aproximación normativa*. Recuperado el 12 de Marzo de 2019, de www.dialnet.com
- Gómez Cabello, M. d. (1 de Mayo de 2007). *Noticias Jurídicas*. Recuperado el 15 de Marzo de 2019, de Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4269-los-aspectos-juridicos-de-la-mediacion:-mediacion-en-el-ambito-del-derecho-de-familia-particularidades-ii/>
- Gómez, C. M. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa. En *Anuario de Derecho Civil Vol 67 N°3* (págs. 931-996).
- Lasarte, C. (2017). *Derecho de familia. Principios de derecho civil VI*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.
- Lasarte, C. (2017). *Derecho de sucesiones. Principios de derecho civil VII*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo: Marcial Pons.

- Lasheras Herrero, P. (2007). Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005. *REDUR* 5 , 43-65.
- López de Argumedo, Á., & Fernández de la Mela, J. M. (15 de enero de 2015). *El acuerdo de mediación*. Recuperado el 2 de abril de 2019, de URIA MENENDEZ: www.uria.com
- Marí Puget, E. (2013). Regulación jurídica y económica de la mediación familiar. En E. Marí Puget, & T. Duplá Marín, *Mediación familiar: Aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. (págs. 87-119). Madrid: Dykinson.
- Martín Pastor, J. (2012). La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto Ley 5/2012. *Diario La Ley, N°7862, Sección Tribuna* .
- Merelles Pérez, M. (2019). Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación. *Diario La Ley* .
- Moreno-Torres Herrera, M. L. (2015). La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho. *Revista para el análisis del derecho* .
- Moretón Toquero, M. A. (2018). El procedimiento de mediación en la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Murtula Lafuente, V. (2016). *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Madrid: Dykinson.
- *Parejas de hecho*. Madrid: Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras. Gabinete técnico jurídico.
- Pérez Conesa, C. (2004). La mediación familiar ante las crisis matrimoniales. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, num11/2004* .

- Pérez Giménez, M. T. (2008). El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria. *Thomson Reuters. Aranzadi Instituciones* , 13.
- Pillado González, E., & Fariña Rivera, F. (2015). *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Quintana García, A. (2015). Las corporaciones profesionales como instituciones de mediación. *Opinión. N° 155 Mayo-Junio* , 48-49.
- Renedo Arenal, M. A. (2014). ¿Mediación penal en violencia de género? No, gracias. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* , 177-198.
- Romano, C. (2017). *La mediación familiar internacional: Sustracción parental de menores: aspectos civiles, penales y procesales*. Madrid.
- Rondón García, L. M. (2012). *Bases para la mediación familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Santos Vijande, J. M. (2013). Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012. *Riedpa* .
- Serrano Alonso, E., & Serrano Gómez, E. (2011). *Manual de Derecho Civil. Curso I-Plan Bolonia*. Madrid: Edisofer S.L. Libros jurídicos.
- Tejedor Huerta, M. A. (2012). El interés de los menores en los procesos contenciosos de separación y divorcio. *Anuario de Psicología Jurídica* , 67-76.
- Vázquez de Castro, E. (2015). El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar. *Revista de Derecho de Familia N°67* .

