

MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

FAMILIAR MEDIATION IN SPAIN

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 212-230



Josefina ALVENTOSA DEL RÍO

RESUMEN: En España, no existe una ley de ámbito nacional sobre mediación familiar; sin embargo, existen referencias a la misma en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, y una legislación autonómica específica en once Comunidades. La regulación en ellas sobre los acuerdos derivados de la mediación es muy parca y dispersa. En general, se admite que los acuerdos pueden darse en una mediación extrajudicial e intrajudicial. Los acuerdos derivados de una mediación extrajudicial son considerados como negocios jurídicos de derecho de familia y son obligatorios para las partes. Los acuerdos derivados de una mediación intrajudicial, que puede darse en cualquier fase del proceso matrimonial, deben ser presentados al Juez para su aprobación y homologación.

PALABRAS CLAVE: Mediación, acuerdos, negocio jurídico, materias disponibles, mediación extrajudicial, mediación intrajudicial, homologación de los acuerdos.

ABSTRACT: *There is not a nation-wide law about familiar mediation in Spain; however, there are references to it in many norms, and there is a specific autonomous legislation in eleven Communities. Regulations about mediation agreements are sparing and disperse. In general, it is admitted that agreements can be reached in both an extra-judicial and an intra-judicial mediation. Agreements derived from an extra-judicial mediation are taken as family law contracts, binding to the parties. Agreements derived from an intra-judicial mediation, which can be celebrated in any stage of the matrimonial process, should be presented to the judge of its approbation and homologation.*

KEY WORDS: *Mediation, Agreements, Contract, Extra-Judicial Mediation, Intra-Judicial Mediation, Agreements Homologation.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tratamiento legislativo de los acuerdos en la legislación sobre mediación. 3. Naturaleza jurídica de los acuerdos derivados de la mediación familiar. 4. Contenido de los acuerdos derivados de la mediación familiar. 5. Formalización de los acuerdos de mediación. 6. Validez y obligatoriedad de los acuerdos. 7. El distinto alcance de los acuerdos de mediación.

I. INTRODUCCIÓN.

La regulación de la mediación familiar en España tiene su origen en la *Recomendación de 21 de enero de 1998, del Consejo de Europa*, sobre mediación familiar; la primera de las novedades legislativas en el seno del continente europeo, preocupada por este modo de resolver los conflictos familiares¹; y también en la referencia que realiza a la misma el *Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003*, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000), en cuyo Capítulo IV, que trata sobre “Cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental”, en su artículo 55, “Cooperación en casos específicamente relacionados con la responsabilidad parental”, se dispone: “...e) *facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios, y facilitar con este fin la cooperación transfronteriza*”.

En el ámbito nacional no existe una ley estatal sobre mediación familiar². Sin embargo, existen referencias a la misma en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la *Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, cuyas novedades fundamentales son la eliminación de la causalidad en los procesos de separación o divorcio y el acceso al divorcio directo, introduce la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, previéndose en esta norma la futura creación de una ley de mediación. Además, en la Disposición Final primera de dicha ley, se menciona la mediación familiar en los reformados artículos 770 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

¹ En abril de 2002, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó el “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”.

² Sin embargo, en las Cortes Generales se han preocupado por el tema; así, en marzo del año 2006, se presentó una Proposición no de ley (161/001566), por el Grupo Parlamentario de IV- IU-IPC, para la promulgación de una Ley de Mediación de ámbito estatal; además, se han realizado diversas preguntas por parte de varios parlamentarios. Cfr. GÓMEZ CABELLO, M^a. Del C., “Los aspectos jurídicos de la mediación” (I-IV), en *www.noticias.juridicas.com*, abril-junio 2007.

Sin embargo, existe una regulación específica en algunas Comunidades Autónomas, que le dedican especial atención³.

En las Leyes de mediación familiar publicadas en España (once hasta este momento) se pueden destacar varios aspectos jurídicos de relevancia. De entre ellos, cobra particular importancia la posición jurídica del mediador y el valor o alcance de los acuerdos derivados de la mediación.

La presente exposición se va a centrar en este segundo aspecto.

Es evidente que la finalidad de la mediación familiar se alcanza cuando las partes en conflicto consiguen llegar a algún acuerdo final. Sin embargo, es posible que las partes no lleguen a ningún acuerdo o que la mediación se extinga por otras causas.

La doctrina distingue distintas clase de mediación familiar⁴.

De entre ellas, cabe hacer referencia, por su relación con el tema que nos ocupa, por un lado, a la *mediación familiar privada o pública*, según se desarrolle con la intervención de un mediador profesional libremente elegido por las partes, o según el mediador profesional preste sus servicios en la administración de justicia o de las administraciones autonómicas (en cuyos casos, los honorarios devengados se concertan entre el profesional y las partes o se regulan por la administración correspondiente).

Y por otro lado, a la *mediación intrajudicial o extrajudicial*. La mediación tiene la consideración de intrajudicial cuando se desenvuelve dentro del ámbito de la sustanciación de un litigio ante los Tribunales de justicia, en cualquiera de las fases del mismo, en cuyo caso se procede a la suspensión del procedimiento, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, adopte las

³ Las leyes autonómicas promulgadas en la materia son: 1.- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña. Complementada por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña. 2.- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia, desarrollada por el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita. 3.- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Complementada por el Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre de la Generalitat, Reguladora de la Mediación Familiar en el Ámbito de la Comunitat Valenciana. 4.- Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar de Canarias. Complementada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación familiar. Y por el Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar. 5.- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar, de Castilla-La Mancha. 6.- Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar en Castilla y León. 7.- Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar en las Islas Baleares. Complementada por el Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar. 8.- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid. 9.- Ley 3/2007, de 23 de marzo, del Principado de Asturias, de Mediación Familiar. 10.- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, del País Vasco. 11. A ello hay que añadir la aprobación de la Ley reguladora de la por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 11 y 12 de febrero de 2009 (BOPA, 17 de febrero de 2009, VII Legislatura, núm.178).

⁴ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, J. P., "La mediación familiar", en Familia: Revista de ciencias y orientación familiar; núm. 24, 2002, p. 70.

medidas provisionales, cautelares o tutelares que estime por conveniente. Por su parte, la mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito judicial y sin interferencia alguna en el mismo, ya sea anterior a la interposición de la demanda o con posterioridad a la misma.

Además, existen otras clasificaciones de la mediación (abierta o cerrada; completa o parcial; sistemática, terapéutica, circular o grupal, etc).

2. TRATAMIENTO LEGISLATIVO DE LOS ACUERDOS EN LA LEGISLACIÓN SOBRE MEDIACIÓN.

En la legislación autonómica sobre mediación familiar existe un muy distinto tratamiento jurídico de los acuerdos derivados de la mediación familiar.

En la mayoría de la regulación relativa a la mediación familiar se hace escasa referencia a este punto, mencionándose de forma dispersa en el texto articulado de las mismas, aunque hay alguna ley que le dedica especial atención.

Así, se hace mención a los acuerdos, si bien de modo desordenado, en las siguientes leyes. En la *Ley 4/2001 de Galicia*, los artículos 15 y 16 hacen referencia a los acuerdos que se puedan establecer entre las partes y a la comunicación de los mismos. En la *Ley 15/2003 de Canarias* se hace referencia a los acuerdos en el artículo 9, en relación a los deberes de las partes, y en el artículo 14, en relación a la terminación del proceso y a la obligatoriedad de los mismos para las partes. En la *Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha*, se refieren a ellos los artículos 22, 24 y 25 cuando se habla de la terminación del proceso, de la documentación de los acuerdos y del convenio regulador. En la *Ley 1/2006 de Castilla-León*, se alude a los acuerdos en el artículo 7 entre los deberes de las partes, y en el artículo 17 cuando se habla de la finalización del proceso. En la *Ley 1/2007 de Madrid*, se alude a ellos en el artículo 10 al señalarlos como un deber de las partes. En la *Ley 1/2008 del País Vasco*, se menciona en el artículo 6, al referirse a la naturaleza de dichos acuerdos y en el artículo 16, como una obligación de las partes. Por último, en la Ley de Andalucía de 2009, se hace mención en el artículo 2 y en el artículo 26, para referirse al contenido de los mismos.

Por el contrario, prestan especial atención a los acuerdos derivados de la mediación las siguientes leyes. La *Ley 1/2001 de Cataluña*, en el artículo 6 se refiere a la naturaleza de los acuerdos, señalando las materias sobre las que puede versar, en el artículo 21 se hace referencia a que figuren en el Acta final, y en el 22, a la comunicación de la mediación⁵. La *Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana*, se refiere

⁵ Véase respecto de esta ley, el estudio de VILLAGRASA ALCAIDE, C., VALL RIUS, A., "La mediación familiar en

a la presencia de dichos acuerdos en el acta final en el artículo 19 y dedica su Título IV (arts. 20 y 21) a los mismos, refiriéndose a la naturaleza y al contenido de éstos. La *Ley 18/2006 de las Islas Baleares*, le dedica el Capítulo III (arts. 19 a 22), refiriéndose a los efectos, contenido, protección de determinadas personas, formalización e imposibilidad de los mismos⁶. Y, por último, la *Ley 3/2007 del Principado de Asturias*, le dedica el Capítulo II (arts. 16 y 17), que distingue los preacuerdos de los acuerdos, refiriéndose a la audiencia a terceros en los preacuerdos y a la obligatoriedad de los acuerdos para las partes.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS DERIVADOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

En cuanto a la *naturaleza* de dichos acuerdos, también se refieren a ella las leyes autonómicas de manera diferente.

Se hace especial alusión a dicha naturaleza en el artículo 20 de la *Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana*, señalando que: “Los acuerdos que se tomen pueden serlo a la totalidad o a una parte de las materias sujetas a la mediación y, una vez suscritos, serán válidos y obligatorios para las partes si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos”. En el mismo sentido se pronuncian las *Leyes 18/2006 de las Islas Baleares* (art. 19); *3/2007 del Principado de Asturias* (art. 17.1), y, por último, la *Ley 1/2008 del País Vasco* (art. 6,1), quien, además, en su artículo 7 establece la naturaleza de la mediación aclarando que “La mediación es una actuación basada en la autonomía de la voluntad, en la medida en que son las partes en conflicto las que tienen que demandar, por su libre iniciativa, la actuación mediadora, pudiendo, una vez iniciada la misma, manifestar en cualquier momento su desistimiento”.

Por su parte, el artículo 6 de la *Ley 1/2001 de Cataluña*, que trata específicamente de la naturaleza de los acuerdos, señala que “los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente”

De modo que en estas leyes se parte de la idea de que los acuerdos son *pactos entre las partes*, basados en la autonomía de la voluntad, que deben reunir las condiciones de validez de los contratos.

Cataluña: análisis sistemático de la *Ley 1/2001*, de 15 de marzo”, *Diario La Ley*, 2001, Tomo 5, y “Comentarios al desarrollo reglamentario de la *Ley 1/2001*, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña”, *Diario La Ley*, núm. 5650, 7 noviembre 2002, p. 1728, Tomo 6.

⁶ Véase respecto a esta Ley, MUNAR BERNAT, P.A., “Apuntes sobre el contrato de mediación familiar en las Islas Baleares”, *El Derecho*, junio de 2005, EDB2005/89750.

Dichas condiciones de validez en nuestro sistema contractual se recogen en los artículos 1261 y siguientes del Código civil, y que son consentimiento, objeto y causa (con las limitaciones que implica aplicar estos elementos a los negocios jurídicos extrapatrimoniales), y teniendo en cuenta que tales acuerdos no pueden transgredir los límites establecidos para el principio de autonomía de la voluntad que se recoge en el artículo 1255 del Código civil⁷ y que se establecen también en el mismo precepto (ley, moral y orden público).

Por su parte, la Ley 18/2006 de las Islas Baleares define la mediación como un contrato (art. 4)⁸ que tiene por finalidad llegar a acuerdos, y señala que éste debe entregarse por escrito (art. 9, 1)⁹.

Sin embargo, más que un contrato, los acuerdos alcanzados tras un proceso de mediación familiar se podrán considerar como *negocios jurídicos de Derecho de Familia* pues, como considera algún autor, en ellos la autonomía privada y la idea de negocio jurídico cobran un especial protagonismo en la reglamentación de la relación jurídica familiar; si bien, por razón del contenido de los mismos, los límites de la moral y el orden público adquirirían mayor intensidad¹⁰.

4. CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DERIVADOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

En cuanto al *contenido* sobre el que pueden versar dichos acuerdos, en las leyes autonómicas no se hace en general expresa mención del mismo, salvo en la *Ley 11/2001 de Cataluña*, en la *La Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana*, en la *La Ley 18/2006 de las Islas Baleares*, y en la *Ley de Andalucía de 2009*.

Así, el artículo 6 de la *Ley 11/2001 de Cataluña* señala: "1. Las cuestiones que se pueden someter a la mediación familiar; en el marco de las situaciones detalladas en

⁷ El art. 1255 establece: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

⁸ Dicho precepto señala: "Mediante el contrato de mediación, una persona denominada mediador familiar se obliga a prestar los servicios de información, orientación y asistencia, sin facultad decisoria propia, a cuenta y por encargo de los sujetos que, perteneciendo a una misma familia o grupo convivencial, están en conflicto y que se obligan a retribuir sus servicios con la finalidad de llegar a acuerdos".

⁹ Véase respecto al contrato de mediación regulado en la Ley balear, DE LA TORRE OLID, F., "El contrato de mediación familiar. Aspectos relevantes desde su positivización por la Ley Balear 18/2006", *Diario La Ley*, núm. 6765, 25 julio 2007, donde analiza la naturaleza jurídica del mismo, sus caracteres, sus requisitos y presupuestos, y señala que presenta una especial complejidad por razón de sus elementos, de su desenvolvimiento y del control de su legalidad.

¹⁰ Así, LÓPEZ SAN LUIS, R., "El proceso de mediación familiar y los acuerdos mediados", en *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, Almería, 2004, p. 76; VILLAGRASA ALCALDE, C., "Marco jurídico de la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, coords. M.A. Soria, C. Villagrasa, I. Armadans, Barcelona, 2008, p. 182. Véase, en relación a los negocios jurídicos de familia, Díez-PICAZO, L. "El negocio jurídico de Derecho de Familia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XLIV, 1962, p. 780.

el art. 5 y, en consecuencia, los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a *materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente*".

El artículo 21 de la *Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana* establece: "Los acuerdos a tomar deberán tener en cuenta: 1. Que podrán tomarse respecto a las materias incluidas en el art. 13 de esta ley.¹¹- 2. Que las cuestiones que se sometan a la mediación familiar no podrán referirse a materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición.- 3. En todo caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos.- 4. Los acuerdos tomados podrán ser revisados en los casos y con los procedimientos propios de los contratos, elevándolos, en su caso, a la autoridad judicial, para que los valide".

El artículo 20 de la *Ley 18/2006 de las Islas Baleares* dispone: "1. Los acuerdos que puede adoptar la parte familiar en conflicto no deben exceder nunca de las materias enumeradas en el art. 8 de esta ley¹².- Necesariamente deben tener como objeto lo que se haya determinado en el contrato de conformidad con el art. 9, a no ser que todos los sujetos amplíen de común acuerdo la materia a cuestiones conexas a las determinadas previamente.- 2. Estos acuerdos pueden tomarse a iniciativa de la parte familiar o pueden ser el resultado de propuestas de la persona mediadora aceptada por los sujetos de la parte en conflicto. Esta aceptación puede ser total o parcial.- 3. En cualquier caso, los acuerdos que se adopten deben tener como prioridad el interés superior del menor y de las personas discapacitadas y el bienestar de los hijos".

El artículo 2, 2, de la *Ley de Andalucía* establece: "La mediación familiar tiene como finalidad que las partes en conflicto alcancen acuerdos equitativos, justos, estables y duraderos, contribuyendo así a evitar la apertura de procedimientos judiciales, o, en su caso, contribuir a la resolución de los ya iniciados". Por su parte, el artículo 26,

¹¹ El art. 13 establece: "La mediación familiar se iniciará a solicitud de cualquiera o de ambas de las partes en conflicto.- 1. Podrán solicitar la mediación familiar que regula esta ley: a) Personas unidas con vínculo conyugal, o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad. a).1. En las crisis surgidas en la convivencia entre personas unidas mediante vínculo matrimonial. a).2. En el establecimiento de las medidas y efectos de las sentencias de nulidad del matrimonio. a).3. En la elaboración de los acuerdos necesarios que pudieran reflejarse en el convenio regulador de la separación o divorcio. a).4. En el cumplimiento y ejecución de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio. a).5. En la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme en separación, divorcio o nulidad, por razón del cambio de circunstancias, o decisión voluntaria de los interesados. a).6. En los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar. a).7. En cualquier otro conflicto surgido en la familia. b) Las personas adoptadas y su familia biológica cuando quieran ponerse en relación entre ellas, una vez aceptada la invitación de encuentro por las partes.- 2. Quedando siempre a salvo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en el supuesto de que las situaciones objeto de mediación conlleven un proceso judicial, podrá convenirse la mediación antes de su iniciación, en el curso del mismo, siempre que queden en suspenso las actuaciones por común acuerdo de ambas partes, o una vez concluido.- 3. Dentro de las atribuciones que la legislación estatal procesal establezca, el juez podrá remitir a mediación familiar a las partes en conflicto".

¹² El art. 8 de esta ley señala: "1. No hay contrato de mediación sin conflicto familiar. Los sujetos que se someten a la mediación deben determinar la extensión de las materias sobre las que pretenden llegar a un acuerdo con la ayuda de la persona mediadora.- 2. En cualquier caso, las cuestiones que pueden someterse a la mediación familiar deben referirse siempre y necesariamente a *materias de derecho civil de familia, que sean disponibles por las partes de acuerdo con este derecho y que sean susceptibles de ser planteadas judicialmente*".

relativo expresamente al contenido de los acuerdos, establece: "1. Los acuerdos que se adopten versarán sobre los conflictos establecidos en el artículo 1.2 que hayan sido tratados en el proceso de mediación. - 2. El contenido de los acuerdos podrá incluir toda o una parte de los conflictos y deberá respetar las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación vigente. Una vez firmados, serán vinculantes, válidos y obligatorios para las partes, siempre y cuando en ellos concurran los requisitos necesarios para la validez de los contratos.- 3. En todo caso, los acuerdos que se adopten tendrán como prioridad el interés superior y el bienestar de las personas menores y de las dependientes".

A la vista de estas disposiciones y de la regulación establecida en las leyes autonómicas, se puede señalar que los acuerdos en la mediación familiar pueden tratar de todas aquellas materias que sean disponibles por las partes¹³ y que se encuentren dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad¹⁴, y que vienen determinadas necesariamente por el objeto y finalidad de la mediación¹⁵, recogidos en las distintas leyes autonómicas, en las cuales se señala como tal objeto o finalidad la resolución extrajudicial de conflictos familiares¹⁶ (así se recoge en los arts. 8, 1, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares¹⁷; 21, 2 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 3,1, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, y 26 de la Ley de Andalucía).

¹³ Así GÓMEZ CABELLO, M^a. Del C., "Los aspectos jurídicos de la mediación" (I-IV), en *www.noticias.juridicas.com*, abril-junio 2007, después de recordar el art. 1814 del Código Civil que estipula: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros", señala que, "en el ámbito del derecho de familia, la línea divisoria entre materias disponibles e indisponibles y la capacidad de decisión de las partes se difumina, en atención al contexto en el que nos encontramos, pues nadie mejor que las partes implicadas para adoptar acuerdos que van a condicionar sus relaciones presentes y futuras, tanto en el ámbito personal como en el económico. Así, y en palabras del Magistrado Sr. Ortuño Muñoz, en referencia a lo manifestado por la Profesora Roca i Trias, "Desde luego, el límite a la capacidad de disposición de las partes ha de estar en la necesidad de no transgredir principios constitucionales y libertades públicas como los de la igualdad, la dignidad de la persona, la libertad, la intimidad personal y familiar, la protección de los menores e incapaces y la protección de la familia" ". Véase respecto al contenido de la mediación, GARCÍA TOMÉ, M., "Evolución y expansión de la mediación en España", *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núms. 48-49, julio 2005; FRUTOS SÁNCHEZ, P., "La mediación familiar. Principios fundamentales", en la obra *Mediación y protección de menores en el Derecho de familia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 5, 2005, pp. 287-310; CUCARELLA GALIANA, L. A., "Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar", *Anuario de Justicia alternativa*, 4, 2003, p. 233; LASHERAS HERRERO, P., "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *REDUR* 5, diciembre 2007, p. 44.

¹⁴ Estas facultades de decisión se fundamentan en la propia dignidad de la persona, la igualdad de todos los españoles y su no discriminación, entre otras, por razón de religión y sexo (art. 14 CE), entendida ésta como una igualdad material, en conjunción con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, consagrado en el art. 18 de la Constitución Española. Así lo señalan GÓMEZ CABELLO, "Los aspectos jurídicos de la mediación" (I-IV), *cit.*, y PÉREZ GIMÉNEZ, M^a. T., "La mediación familiar: perspectiva contractual", *Aranzadi Civil*, núm. 22/2006, 5 diciembre de 2008, BIB 2006\2785.

¹⁵ Recogen LAPASÍO CAMPOS, L., RAMÓN MARQUÉS, E., en "El proceso en la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar*, *cit.*, pp. 142-145, los conflictos de pareja más frecuentemente judicializados, entre los que señalan conflictos estructurales (que recaen sobre todo en la custodia de los hijos), conflicto de lealtades, conflicto de ausencia de una de las partes, y conflicto de invalidación o descalificación del otro. Véanse los ámbitos de la mediación familiar que señala ORTUÑO MUÑOZ, J.P., "La mediación familiar", *Cuaderno de derecho judicial*, núm. 24, 2005 (Ejemplar dedicado a: Separación y divorcio), pp. 80-116.

¹⁶ Cfr. GARCÍA LONGORIA SERRANO, M. P., SÁNCHEZ URÍOS, A., "La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares", *PORTULARIA* 4, 2004, pp. 261-268.

¹⁷ Recuérdese que en el 8, 2, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares se dice explícitamente: "1. No hay contrato de mediación sin conflicto familiar (...)".

Por esta razón pueden ser objeto de los acuerdos adoptados en la mediación familiar cualquier pacto sobre los conflictos que puedan surgir en el seno de las relaciones familiares tanto de carácter personal y/o patrimonial derivados de las situaciones de separación y divorcio del matrimonio o ruptura de la convivencia de hecho, cuanto de conflictos de carácter personal y/o patrimonial surgidos entre miembros de la familia (concretamente, problemas surgidos en el ámbito de la adopción, de las relaciones de patria potestad, en el ámbito de la obligación de alimentos, controversias entre hermanos, discusiones por el reparto de bienes hereditarios, etc.) (así se recoge en los arts. 3 de la Ley 15/2003 de Canarias; 3, a), 13 y 21, 1, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 3, 2, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias¹⁸; 3, 4 y 5, de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 3 de la Ley 1/2006 de Castilla-León; 8 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares¹⁹; 8 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 5 de la Ley 1/2008 del País Vasco, y 26 de la Ley de Andalucía).

Sin embargo, la propia legislación autonómica excluye determinadas materias del ámbito de la mediación, como los casos de violencia de género (arts. 22 bis de la Ley 1/2001 de Cataluña, y 8, 4, de la Ley 4/2001 de Galicia)²⁰.

De otro lado, los acuerdos que se adopten han de dar prioridad al interés superior de los hijos, menores o incapaces (arts. 6, 2 y 3, de la Ley 1/2001 de Cataluña; 8, 3, de la Ley 4/2001 de Galicia; 14 y 23 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 6,2, de la Ley 1/2008 del País Vasco; 20, 3 y 21 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 21, 3, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 26, 3, de la Ley de Andalucía), y, cuando no hayan hijos, se ha de dar prioridad al interés del cónyuge o del miembro de la pareja más necesitado, teniendo en cuenta la edad, situación laboral, salud física y psíquica y duración de la convivencia (arts. 6, 2 y 3, de la Ley 1/2001 de Cataluña, y 8, 3, de la Ley 4/2001 de Galicia).

¹⁸ Sin embargo, en dichas Comunidades, Comunidad Valenciana y Principado de Asturias, se restringe la mediación familiar a las personas unidas con vínculo familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

¹⁹ De hecho, recuérdese que el art. 20 de esta ley señala como contenido de los mismos: "1. Los acuerdos que puede adoptar la parte familiar en conflicto no deben exceder nunca de las materias enumeradas en el art. 8 de esta ley.- Necesariamente deben tener como objeto lo que se haya determinado en el contrato de conformidad con el art. 9, a no ser que todos los sujetos amplíen de común acuerdo la materia a cuestiones conexas a las determinadas previamente".

²⁰ En este sentido, GARCÍA TOMÉ, "Evolución y expansión de la mediación en España", *cit.*, señala: "(...) hay que tener en cuenta, que la Mediación Familiar no es la solución para todos los conflictos Familiares, de tal manera que no es aconsejable gestionar ciertos conflictos en los que haya un desequilibrio grave de poder, patologías mentales, situaciones de amenazas y violencia sistemática en las relaciones, asuntos penales, o drogadicción. Porque en estos casos, las partes que se ven afectadas y, que a la vez, se comprometen a cumplir las obligaciones que se derivan de lo pactado, no se encuentran en plenas condiciones de capacidad para poder negociar y asumir compromisos. Por tanto se impide un correcto proceso de mediación"; LAPASÍO CAMPOS, L., RAMÓN MARQUÉS, E., "El proceso en la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar*, *cit.*, p. 145, y SORIA VERDE, M.A., "Conflictos y mediación familiar", en la obra *Mediación familiar*, *cit.*, pp. 74-75, señala los supuestos en que la mediación está contraindicada. Por otra parte, la Ley Orgánica 1/2004, de 2 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, prohíbe terminantemente la práctica de la mediación en casos de violencia de género, en su art. 44, que incluye el art. 87 ter de la LOPJ.

El acuerdo adoptado puede ser total o parcial (así se permite en los arts. 10 de la Ley 1/2001 de Cataluña; 15, 2, de la Ley 4/2001 de Galicia; 20, 2, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 20 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15, 1 de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, y 26, 2, de la Ley de Andalucía).

Será *parcial*, cuando no se adoptan acuerdos en todos los extremos del conflicto, sino en algunos de ellos (como materias relativas a la custodia de los hijos, al ejercicio de la potestad del padre o madre, régimen de visitas, uso de la vivienda familiar o a materias de carácter económico)

Será *total*, cuando existen pactos en todos los aspectos del conflicto.

Estos acuerdos pueden tomarse a iniciativa de la parte familiar o pueden ser el resultado de propuestas de la persona mediadora aceptada por los sujetos de la parte en conflicto (art. 20, 2, de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares).

Sin embargo, en la Ley 3/2007 del Principado de Asturias se distingue entre los *preacuerdos* (art. 16) y los *acuerdos* (art. 17).

El artículo 16 de dicha Ley, bajo la rubrica audiencia a terceros, señala: "1. Sobre los preacuerdos que pudieran afectarles se dará audiencia a los hijos, a los incapacitados judicialmente y, cuando las partes consideren conveniente, al resto de los miembros de la familia.- 2. La comunicación del contenido concreto de los preacuerdos será realizada por las partes en la mediación en presencia de la persona mediadora o, si aquéllas lo solicitarán, por ésta última.- 3. En todo caso, el mediador familiar informará a las partes sobre las posibles consecuencias procesales derivadas de realizar o no el trámite de audiencia a los terceros afectados indicados en el párrafo primero de este artículo".

En el artículo 17, relativo a los acuerdos, se recogen disposiciones similares a las que se establecen en otras de las leyes mencionadas en relación a su constancia en el Acta final, a su validez y obligatoriedad y a la posibilidad de ser elevados a la autoridad judicial para su ratificación o aprobación.

5. FORMALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.

Una vez que las partes concretan los términos del acuerdo al que han llegado en el proceso de mediación, se firma el acta de mediación, acta que se distingue del convenio regulador firmado por las partes en un procedimiento de divorcio²¹.

²¹ La doctrina y la jurisprudencia han puesto de relieve las diferencias entre acuerdos derivados de la mediación y convenio regulador. Así, GÓMEZ CABELLO, *ob. cit.*, IV, estima que la diferencia más importante que se produce entre acuerdo mediador y convenio regulador se refiere a las diferentes materias que abarcan ambos acuerdos,

De la misma manera, también se extenderá un acta, aunque las partes no hayan llegado a ningún acuerdo.

De dicha Acta se entrega un ejemplar a cada parte (lo relativo al acta final se regula en los arts. 21 de la Ley 1/2001 de Cataluña; 16 de la Ley 4/2001 de Galicia²²; 14 de la Ley 15/2003 de Canarias; 17, 1 y 2, de la Ley 1/2006 de Castilla León; 19 de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 22, 2, de la Ley 1/2008 del País Vasco; 22 y 23 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares; 19 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15 de la Ley del Principado de Asturias; y 23, 3 de la Ley de Andalucía).

De ello se deduce, que los acuerdos de la mediación siempre se formalizan por escrito, en documento de carácter privado, y, por tanto, con el valor y alcance que estos documentos tienen. Hay que recordar que el artículo 1225 del Código civil establece que “El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”²³.

En la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana se señala que “Los acuerdos tomados podrán ser revisados en los casos y con los procedimientos propios de los

y además a la presencia en la mediación de una tercera persona, que no se requiere en el convenio regulador. Si bien el acuerdo de mediación puede abarcar todas aquellas materias, jurídicas o no, necesarias para las partes y que de común acuerdo han adoptado, el convenio regulador de divorcio ha de abarcar las materias recogidas en el art. 90 del C.c., el cual establece: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, a los siguientes extremos: A. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que lo viva habitualmente con ellos. B. Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. C. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. D. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. E. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. F. La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.- Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.- Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.- El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”. Por su parte, distingue claramente convenio regulador y mediación, tanto por su contenido como por su alcance, la SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (cuyo ponente fue J. P. Ortuño Muñoz), en la que las partes habían acudido a un proceso de mediación familiar durante el proceso de divorcio, habiendo alcanzado determinados acuerdos, respecto del cual el Juzgado de Primera Instancia no otorgó fuerza vinculante, y en cuya sentencia se afirma: “El acuerdo de mediación, a diferencia del Convenio regulador, no es un instituto procesal y tampoco está vinculado a los procedimientos del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede ser anterior a la judicialización del litigio, posterior al mismo, puede referirse únicamente a aspectos parciales del litigio o insertarse en un proceso contencioso, sin que sea obstáculo para que, respecto al resto de las cuestiones a resolver en una crisis matrimonial, se mantenga la controversia judicial contenciosa”, por lo que entiende que “la decisión de la juez de primera instancia de no reconocer efectos al acuerdo de mediación, al considerarlo una mera declaración de intenciones de carácter precontractual, es plenamente acertada y compartida por la Sala, por lo que no es de apreciar el error en la apreciación de las pruebas que, con carácter general, invoca el recurrente” (Fundamento de Derecho Segundo).

²² En esta Ley se establece que dicha Acta se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial.

²³ Por otra parte, el art. 1227 del C.c. dispone: “La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio”.

contratos, elevándolos, en su caso, a la autoridad judicial, para que los valide" (art. 21, 4).

En alguna Ley se permite a las partes poder compelerse recíprocamente a elevar a escritura pública los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar y documentados en el acta final (art. 24 de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha).

6. VALIDEZ Y OBLIGATORIEDAD DE LOS ACUERDOS.

El acuerdo derivado de la mediación, si reúne las condiciones de validez de los mismos, expresadas tanto en la legislación autonómica como en la legislación ordinaria, es válido y eficaz jurídicamente, y las partes quedarán obligadas al cumplimiento del mismo. Así se señala expresamente en la legislación autonómica relativa a la mediación familiar (arts. 20 de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 9 y 14, párr. 4, de la Ley 15/2003 de Canarias²⁴; 7, f, de la Ley 1/2006 de Castilla León; 10, a, de la Ley 1/2007 de la Comunidad de Madrid; 17 de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias; 16, b, de la Ley 1/2008 del País Vasco, y 26, 2, de la Ley de Andalucía), y se desprende de la regulación del Código civil en relación a los documentos privados.

El artículo 19 de la Ley 18/2006 de las Islas Baleares establece, con respecto a los efectos de los acuerdos: "Los acuerdos entre los sujetos de la parte familiar en conflicto producen los efectos que les reconozca la legislación que les resulte aplicable, según la naturaleza de cada uno de ellos y una vez otorgados en la forma pública o privada o seguidos los procedimientos que aquella exija y cuando, además, se cumplan todos los requisitos de validez y eficacia que aquella imponga".

Sin embargo, otra cosa será su legalización definitiva y su oponibilidad frente a terceros, que requerirá, según sea la materia contenida en los mismos, la homologación judicial en el correspondiente proceso o la elevación a documento público.

7. EL DISTINTO ALCANCE DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN.

Hay que distinguir varias situaciones de las que pueden derivarse los acuerdos emanados de la mediación familiar para conocer cual será el alcance de su eficacia.

²⁴ Dicha norma señala expresamente: "Los acuerdos que consten en el acta final, serán válidos y obligarán a las partes que lo hayan suscrito, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos".

Hay que recordar que el procedimiento de mediación familiar puede ser extrajudicial o intrajudicial, y si se trata de un procedimiento intrajudicial, tal proceso de mediación podrá iniciarse antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso de éste o una vez concluido por resolución judicial firme (así se permite en los arts. 13, 2 y 3 de la ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 15, 1, de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha; 10, 2, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias, y 19 de la Ley de Andalucía)²⁵.

Distingamos estas varias posibilidades.

a) En la mediación extrajudicial. Las partes pueden haber recurrido a la mediación para establecer una serie de acuerdos sobre su situación personal y patrimonial, sin tener la intención de iniciar un procedimiento judicial. Es decir, el acuerdo se produce al margen de un proceso matrimonial de separación o divorcio.

No se dice nada en la legislación autonómica acerca de los efectos que deben producir estos acuerdos, excepto, de una manera general, que las partes vienen obligadas por éstos y que deben cumplirlos.

Estos acuerdos se reflejan en un documento escrito, el Acta final, que en principio, es un documento privado. Pero no por ello, con menor validez y eficacia obligatoria (a tenor de lo que disponen los artículos 1258 y 1278 del C.c.²⁶, por un lado, y 1225 del C.c., por otro), que cualquier otro pacto, acuerdo, negocio jurídico o contrato²⁷.

En esta situación, hay autores que señalan que, aunque el acuerdo sea válido, puede encontrar en la práctica importantes obstáculos para su eficacia. De manera que para evitar el incumplimiento por las partes de dichos acuerdos, se encuentra y justifica la necesidad de su legalización definitiva y oponibilidad frente a terceros, que

²⁵ Cfr. VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Marco jurídico de la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, cit., pp. 181-182. Distingue también la posibilidad de iniciar un procedimiento de mediación durante las tres fases de los procesos matrimoniales (previo, durante y finalizado el proceso matrimonial), LASHERAS HERRERO, "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", cit., p. 50.

²⁶ Hay que recordar que los negocios jurídicos se rigen, a falta de norma expresa, por el régimen jurídico de las obligaciones y contratos, que se recogen en el Libro IV del Código civil, arts. 1088 y ss. y 1254 y ss. En este sentido, el art. 1258 establece: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"; y el art. 1278 dispone: "Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez". Además hay que recordar también el art. 1091 que determina que: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos".

²⁷ Así se manifiestan también GARCÍA GARCÍA, I., "Gestión de conflictos familiares a través de la mediación", *Boletín de Derecho de familia El Derecho*, núm. 37, I de julio de 2004; MUÑOZ GARCÍA, C., "Aspectos jurídicos de la mediación familiar", *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, marzo-abril 2003, p. 275; ORTUÑO MUÑOZ, J. P., "La mediación familiar", en *Familia: Revista ciencias y orientación familiar*, cit., p. 72, y VILLAGRASA ALCAIDE, C., "Marco jurídico de la mediación familiar", en la obra *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, cit., pp. 182-183. Entiende REQUENA, M., "La mediación familiar en el ámbito del Consejo de Europa", *Anuario de Psicología Jurídica*, 1999 (9), p. 184, que si las partes deciden no solicitar la ratificación del acuerdo, éste "tendrá el mismo estatuto jurídico que cualquier acuerdo de derecho privado y sólo perdurará mientras las partes lo apliquen".

podrá conseguirse a través de un procedimiento que homologue dichos acuerdos, que falta en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, aunque dicha homologación puede conseguirse acudiendo al Notario²⁸, quien lo transcribirá en el correspondiente documento público para, si procede, su posterior inscripción en el Registro público pertinente.

b) Las partes pueden haber recurrido a la mediación antes de iniciar un procedimiento judicial.

Esta posibilidad se permite en el artículo 777, 2, de la Ley de Enjuiciamiento civil, que señala: "Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, *incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo".

El acuerdo conseguido mediante la mediación puede ser trasladado a los abogados de las partes²⁹, y éstos pueden incluirlo en el convenio regulador; para ser incorporado al proceso judicial que se inicie, con el fin de ser ratificado o aprobado por la autoridad judicial³⁰ (así se prevé en los arts. 22, I, de la Ley 1/2001 de Cataluña; 19, párr. 2º, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; 25, I, de la Ley 4/2005 de Castilla-La Mancha, en donde también se permite que dichos acuerdos podrán ser utilizados por las partes para modificar un convenio regulador previamente pactado entre ellas o para modificar las medidas adoptadas judicialmente en un proceso de nulidad, separación o divorcio; 17, 3, de la ley 1/2006 de Castilla León; y 10, 2, y 17, 2, de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias).

De otro lado, las partes pueden haber solicitado, con carácter previo a la demanda, medidas provisionales previas al proceso (art. 771 de la Lec). En dicha fase, las partes pueden también alcanzar un acuerdo mediante el proceso de mediación; si alcanzan tal acuerdo, total o parcial, éste se pondrá en conocimiento de Juez, para su ratificación, y si hay menores, del Ministerio Fiscal (art. 771, I, I, de la Lec)³¹. Si no existiere tal acuerdo, se seguirá el proceso por sus cauces habituales.

²⁸ Así lo señala PÉREZVALLEJO, A.M. "El proceso de mediación familiar y los «acuerdos adoptados»", en *Tendencias actuales en el Derecho de Familia*, Almería, 2004, p. 67.

²⁹ Sobre la actuación de los abogados como mediadores familiares, véase SÁNCHEZ PRIETO, A., "Mediación familiar y el abogado", en la obra *Mediación y protección de menores en el Derecho de familia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 5, 2005, pp. 51-66.

³⁰ La SAP de Valencia de 13 de julio de 2006 reconoce la eficacia de los acuerdos adoptados en una mediación familiar (Fundamento de Derecho Segundo).

³¹ Así, LASHERAS HERRERO, "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *cit.*, p. 53, y PRATS ALBENTOSA, L., "Mediación familiar y proceso", *Iuris*, julio 2008, p. 20.

c) Las partes pueden haber recurrido a la mediación durante la realización de un procedimiento judicial en curso³².

Prevé esta posibilidad el artículo 770, 7ª, de la Ley de Enjuiciamiento civil, introducido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, al señalar: "7ª. 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".

En este caso, si las partes alcanzan acuerdos en el proceso de mediación, dichos acuerdos podrán incorporarse al procedimiento judicial para su ratificación y aprobación (así lo establecen los arts. 22,1, de la Ley 1/2001 de Cataluña; 19, párr. 4, de la Ley 7/2001 de la Comunidad Valenciana; y 16 de la Ley 1/2007 del Principado de Asturias³³).

La petición de suspensión formulada al Juez, no vincula a éste, pues puede denegarla fundadamente, como que la mediación pudiera perjudicar a tercero³⁴,

³² Señala REQUENA, M., "La mediación familiar en el ámbito del Consejo de Europa", cit., p.184, que la "relación entre el proceso de mediación y el procedimiento judicial no debe ser considerada como concurrente sino que es complementaria, e incluso en aquellos casos en los que a través del proceso de mediación no se consigue obtener un acuerdo y es necesario que los conflictos los resuelva la autoridad judicial, quizás la mediación ha podido servir para reducir la tensión entre las partes así como la conflictividad entre ellas". Por otra parte, hay autores que han relatado la experiencia llevada a cabo en los Tribunales Españoles antes de la publicación de las leyes autonómicas sobre mediación familiar; así IBAÑEZ VALVERDE, V.J., "Mediación familiar intrajudicial", *Papeles del psicólogo*, junio, núm. 73, 1999, cuenta la experiencia llevada a cabo en los Juzgados de Familia de Madrid, y LASHERAS HERRERO, P., "Mediación familiar intraprocésal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *REDUR* 5, diciembre 2007, pp. 47-48, relata otros casos en otros Juzgados, con resultados positivos. Véase también las propuestas de MEJIAS GÓMEZ, J.F., *Mediación familiar*, en la obra *Mediación y protección de menores en el Derecho de familia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*, 5, 2005, pp. 115-145, quien estima que, en el ámbito del Derecho de Familia, y a diferencia de lo que podría ocurrir en otros campos del Derecho Civil, la derivación a la mediación la realizará siempre el Juez, en cumplimiento de lo establecido en los arts. 39.1 de nuestra Constitución y 158.3 del Código Civil, señalando que el mediador, en la fase anterior a dictar sentencia, debe ser un tercero, mientras que después de dictada sentencia debe ser el propio Juez "ya que lo esencial del conflicto ya está resuelto en la sentencia y el auto que resuelva los desacuerdos producidos entre las partes no variará en nada el contenido de la sentencia", aunque considera que "la mediación propiamente dicha tampoco debe hacerla el Juez, más bien él debe ser el inductor o promotor de la mediación, que será realizada por otras personas". Por su parte, señala VALL RIUS, A., "La mediación: realidad y retos de futuro", *Diario La Ley*, núm. 6954, 27 mayo 2008, que "la experiencia de mediación intrajudicial auspiciada por el Consejo General del Poder Judicial e iniciada en el año 2006, en los juzgados de Madrid, Barcelona, Sevilla, Palma de Mallorca, Pamplona y Málaga, con la imprescindible implicación de los magistrados y de sus respectivas oficinas judiciales y con resultados totalmente satisfactorios, representa un auténtico hito en España, respecto a la mediación en el ámbito judicial".

³³ Dicho precepto dispone explícitamente: "Cuando existan actuaciones judiciales en curso, las partes, de mutuo acuerdo, podrán acudir a la mediación familiar de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal".

³⁴ El art. 752 de la Lec establece: "2. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. (...) 4. Respecto de las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refieren este título, y que tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable, no serán de aplicación las especialidades contenidas en los apartados anteriores". Asimismo, el art. 90 del C.c. dispone que: "Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para

salvo los acuerdos que se basen en la autonomía de las partes y sean, por tanto, disponibles para las mismas (arts. 751, 3 y 752, 2 y 4, de la Lec).

d) Por último, cabe una mediación realizada por indicación de la autoridad judicial³⁵, con suspensión del curso de las actuaciones judiciales

En este caso, la persona mediadora ha de comunicar a la mencionada autoridad³⁶ si se ha llegado a un acuerdo o no (así lo establece expresamente el art. 22, 2, Ley 1/2001 de Cataluña).

Ahora bien, esta indicación del Tribunal no puede imponerse a las partes, por la propia naturaleza de la mediación familiar; una de cuyas características fundamentales es la voluntariedad del proceso³⁷

En todos los casos anteriores, en que los acuerdos se recogen en el procedimiento judicial y son ratificados por la autoridad judicial, dichos acuerdos tienen la eficacia de las resoluciones judiciales firmes, produciendo, por tanto, los efectos de cosa juzgada³⁸.

Ahora bien, el Juez puede ratificar aquellos acuerdos que versen sobre materias de derecho privado, de las que puedan disponer libremente las partes, pero no

su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio". Cfr. CAMPO IZQUIERDO, A.L., "La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia", *Revista de Derecho de familia*, 2005 (26), p. 289; y PRATS ALBENTOSA, L., "Mediación familiar y proceso", *cit.*, p. 19.

³⁵ Muchas cuestiones plantea la decisión del Juez de suspender el juicio y remitir a la mediación, que son puestas de manifiesto por LASHERAS HERRERO, "Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005", *cit.*, pp. 56-57. Véanse sobre la mediación judicial, ORTUÑO MUÑOZ, P., "La aprobación de los acuerdos en mediación familiar", en *Apuntes de Psicología* 18 (2-3), Sevilla, 2000, p. 290; BOLAÑOS, I., "Mediación Familiar en contextos judiciales", en *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, coord. A. Poyatos, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2003; CUCARELLA GALIANA, L.A., "Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar", *Anuario de Justicia alternativa*, 4, 2003; GRANADOS PÉREZ, F., "Mediación y Administración de Justicia", *Cuadernos de Derecho Judicial V*, Consejo General del Poder Judicial, 2005; MARTÍN NÁJERA, T., "La mediación intrajudicial", *Cuadernos de Derecho Judicial V*, Consejo General del Poder Judicial, 2005; MEJÍA, J. F., "La mediación judicial", en *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Valladolid, 31 de Mayo y 1 de Junio de 2004; ROMERO NAVARRO, F., "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación a los padres. El papel del mediador", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 40, Madrid, 2002. Por otra parte, existen numerosas sentencias en las que el Tribunal recomienda a las partes el sometimiento a una mediación familiar para resolver cuestiones concretas (vgr. Ss. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Castellón de 30 de diciembre de 2005; Juzgado de Primera Instancia de Familia de Sevilla de 9 de enero de 2007; AP Barcelona de 17 de octubre de 2003, 19 de mayo y 13 de julio de 2006; AP de Cádiz de 22 de marzo, 17 de mayo, y 13 de septiembre de 2006; AP de Granada de 5 de mayo de 2006; AP de Las Palmas de 6 de abril de 2005; AP de León de 16 de mayo de 2005; AP de Madrid de 3 de octubre de 2006; AP de Sevilla de 28 de septiembre de 2005; AP de Soria de 24 de noviembre de 2004 y 29 de mayo de 2007, y AP de Valencia de 14 de noviembre de 2005 y 18 de enero de 2006).

³⁶ Señala dicho precepto que dicha comunicación se ha de dar en el plazo máximo de cinco días desde la finalización de la mediación.

³⁷ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, J. P., "La mediación familiar", en *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, *cit.*, p. 77, y PRATS ALBENTOSA, *ob. cit.*, p. 20. Y así lo señala también la SAP de Alicante de 11 de febrero de 2000 y SAP de Cádiz de 25 de marzo de 2006.

³⁸ En este sentido, MUÑOZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 275. El AAP de Barcelona de 7 de diciembre de 2002 confirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia en el que se había adoptado la mediación familiar para establecer un régimen de visitas de los progenitores respecto a la menor, que una de las partes había impugnado; en el mismo sentido, y también sobre un caso de régimen de visitas, mantuvo la resolución del Juzgado de Primera Instancia, el AAP de Madrid de 17 de septiembre de 2004.

de *ius cogens*, pues en este caso no queda vinculado por los acuerdos, sino que podrá modificarlos o sustituirlos si lo considera procedente (art. 75 I, 3, de la Lec en relación con el citado art. 1255 del C.c.)³⁹.

Tanto si la mediación familiar se ha llevado a cabo por iniciativa propia de los interesados con carácter previo a un posible procedimiento judicial, como si por el contrario, se recurre a la misma una vez iniciado el proceso de nulidad, separación o divorcio, de carácter contencioso, bien en la fase de medidas provisionales, bien en la fase declarativa, el acuerdo al que se llegue, plasmado en el acta final de la mediación, se controla judicialmente al hacer la propuesta de convenio regulador que necesariamente ha de adjuntarse a la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo, en el primer caso, o bien puede ser trasladado por los abogados de las partes a la propuesta de convenio regulador que se incorpora al proceso judicial ya en curso, a fin de ser ratificado por las mismas y aprobado, si procede, por el Juez⁴⁰.

De ahí, que algunos autores señalen que, desde un punto de vista interno (del contenido del acuerdo) es importante que, cuando la mediación familiar se utilice en el marco de las crisis de pareja, los acuerdos que se adopten se ajusten cuanto menos al contenido mínimo que para dicho convenio prevé el Código Civil en el artículo 90⁴¹.

e) Finalmente cabe hacer referencia a un proceso de mediación que se puede producir una vez concluido el proceso jurisdiccional, para prevenir el incumplimiento de las resoluciones judiciales o solucionar situaciones nuevas que se produzcan con posterioridad⁴².

En este sentido, el artículo 25, 2, de la Ley de Castilla-La Mancha, dispone que los acuerdos resultado de un proceso de mediación familiar “podrán ser utilizados por las partes para modificar un convenio regulador previamente pactado entre ellas o para modificar las medidas adoptadas judicialmente en un proceso” matrimonial. En el caso de que se modifiquen las medidas adoptadas en un proceso jurisdiccional, las

³⁹ Así, el art. 751 de la Lec dispone: “Artículo 751. Indisponibilidad del objeto del proceso: 1. *En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.*- 2. *El desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos siguientes: 1º En los procesos de declaración de prodigalidad, así como en los que se refieran a filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento.*- 2º *En los procesos de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor ejercite, después de llegar a la mayoría de edad, la acción de nulidad.* 3º *En los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave.*- 4º *En los procesos de separación y divorcio.*- 3. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el capítulo IV del Título I del Libro I de esta Ley*”. Cfr: PRATS ALBENTOSA, *ob. cit.*, p. 20.

⁴⁰ Así, PÉREZ GIMÉNEZ, “La mediación familiar: perspectiva contractual”, *Aranzadi Civil*, núm. 22/2006, 5 diciembre de 2008, *cit.*

⁴¹ PÉREZ GIMÉNEZ, *lug. últm. cit.*

⁴² Así lo señala LASHERAS HERRERO, “Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *cit.*, pp. 54-55.

partes deben presentar tales acuerdos al Juzgado para que, a través de su aprobación judicial, quede constancia de que se ha producido dicha modificación.