

**MEDIACIÓN FAMILIAR.
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TEMA**

FAMILY MEDIATION. SOME REFLECTIONS ON THE MATTER

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.32-51



María Elena
COBAS
COBIELLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de junio de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 2 de agosto de 2013

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo presentar algunas ideas esenciales sobre un tema de moda en España y Europa, la mediación familiar, como una de las fórmulas más destacadas en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos. En estas ideas preliminares se analiza el marco conceptual de la mediación familiar, con especial incidencia en algunas cuestiones metodológicas en relación a la normativa vigente en España.

PALABRAS CLAVE: Mediación familiar, resolución extrajudicial de conflictos, interés del menor.

ABSTRACT: This article aims to present some essential ideas on a hot topic in Spain and Europe, the family mediation, as one of the most important formulas in the field of dispute resolution. In these preliminary ideas, it is analyzed the conceptual framework of the family mediation, with special emphasis on some methodological issues related to the current regulation in Spain.

KEY WORDS: Family mediation, extrajudicial conflict resolution, child's interests.

SUMARIO: Presentando el tema.- II. Cuestiones metodológicas de importancia en relación a la mediación.-. I. Inclusión de la mediación familiar en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.- 2. Mediación familiar y otras figuras relacionadas.- III.- Mediación familiar. Algunas notas.- 1. Concepto.- 2. Objeto y finalidad de la mediación familiar.- 3. Notas acerca de la mediación familiar.- 4. Ventajas e importancia de la mediación familiar.- 5. Mediación familiar e interés superior del menor. Ideas preliminares. IV. A manera de conclusión.

I. PRESENTANDO EL TEMA

La familia ha cambiado, su naturaleza de institución social viva es una de las consecuencias de su continuo cambio. Esto no constituye un gran descubrimiento, pero si cabe señalar que ello ha incidido en las transformaciones del Derecho de Familia, y los derroteros que ha tomado en estas últimas décadas.

Este panorama sigue en evolución. La independencia de la mujer del marido, la admisión del divorcio, y la ruptura del mito de hasta que la muerte nos separe, el nuevo concepto de familia visto desde muchos puntos de vista, la aparición del matrimonio entre personas del mismo sexo, el divorcio exprés, la custodia compartida en el tapete legislativo, sin contar con los cambios que para la vieja estructura familiar ha producido la bioética, con la fertilización in vitro, la inseminación post mortem, hasta el hijo del fantasma y recientemente los rumores del divorcio notarial y su posibilidad de que se tramite ante Notario, ha hecho desde mi modesto punto de vista que se haya producido la evolución del Derecho de Familia, con un giro en su marco conceptual¹.

Por mucho tiempo el Derecho de Familia ha estado impregnado de una fuerte carga pública, por el interés del Estado en proteger determinados sectores, sin embargo en esta última década, quizás por la crisis económica, política y social, ha hecho que el Estado no pueda asumir y hacerse cargo de todos los frentes; ello hace que exista un resurgir nuevamente del Derecho Privado, y de uno de sus principios más relevantes, la autonomía de la voluntad

¹ Un análisis acertado del tema realiza Marín García de Leonardo, M^a T. "Derecho de Familia. Crisis Económica y Mediación", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 199, cuando al referirse a la familia advierte, que la concepción actual de la misma, lleva al planteamiento de un modelo legislativo que tutela los derechos de cada uno de sus miembros, desde la perspectiva de la persona como eje central de la regulación jurídica de las relaciones familiares.

• María Elena Cobas Cobiella

Nacionalidad española-cubana Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Valencia. Licenciada en Derecho en la Universidad de la Habana en 1983. Profesora de la Facultad de Derecho, Departamento Civil, Universidad de la Habana, Cuba: 1983-1999. Catedrática de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba. 1996. Notario en Cuba. 1992-1998. Catedrática de la Escuela de Salud Pública del Ministerio de Salud Pública de Cuba en el área de master y postgrados. 2000- 2001. Dra. en Derecho Civil por la Universidad de Valencia, España (Master en Derecho Privado por la Fundación ADEIT y Universidad de Valencia, España. 2004. Autora de numerosos artículos y publicaciones a nivel nacional e internacional. Directora de diversos Proyectos de innovación educativa. Directora de Postgrado Diplomado Sucesiones Adeit, 2013.

Por ello, y con los límites que existen dado al carácter de interés público que ostentan muchos temas de la familia y el propio enfoque del Derecho de Familia, que según la doctrina y la jurisprudencia en la materia tiene un carácter especial o una naturaleza especial, pues participa tanto del Derecho Privado como del Derecho Público², comienza la balanza nuevamente a inclinarse de nuevo a un enfoque más iusprivatista.

A esto se unen factores tales como que la sociedad actual va en general demasiado deprisa, las nuevas tecnologías y la inmensa cantidad de información que éstas permiten obtener nos impiden pensar con tranquilidad y, en muchas ocasiones, impiden una comunicación fluida entre las personas. Esta situación ha provocado que en la mayor parte de las ocasiones sean terceras personas las que resuelvan nuestros conflictos, dentro de una cultura occidental impregnada de sentimientos y de culto de que las garantías únicas se encuentran en la vía judicial³.

Con la aparición de la figura del mediador y de la mediación, se abre un nuevo cauce, para la solución de los conflictos. Las partes buscan a un tercero experto que les ayude a hacer lo que ellos por sí solos no son capaces; ponerse de acuerdo⁴.

A lo que se une el panorama del Derecho de Familia actual, que incide directamente en el tema y desde mi punto de vista reconduce nuevamente el camino hacia la voluntad de las partes y la protección de sus intereses desde

- 2 Y que ha hecho imbatible lo previsto en el art. 39 CE, al decir que: los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, asegurando asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad o recalando que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.
- 3 Es importante que señale, como lo he hecho en otras ocasiones, que no se trata de una "cruzada contra la vía judicial", sino simplemente de establecer un sistema en que puedan coexistir varios caminos, para el ciudadano, que pueda ver agilidad en las soluciones de sus problemas. Así, en Cobas Cobiella, M^a E. "Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema". *Aranzadi* (2012). 29º, 153-172: "como he referido en alguna ocasión, no se trata tampoco de descartar otras vías que coadyuven a una mejor administración de la justicia, en definitiva el planteamiento va encaminado a la coexistencia de todos aquellos procedimientos y formulaciones jurídicas en aras de un fin común, la satisfacción del interés individual y social y la mejor solución de las pretensiones de aquellos que demandan y necesitan una respuesta jurídica, y, que permitan que el ciudadano goce de capacidad de elección para la solución jurídica de sus problemas, ante un abanico de posibilidades; bien ante el juez, o ante el Notario, o cualesquiera de los operadores jurídicos que puedan conocer de estos asuntos, «esta cierta desjudicialización» de la materia parece, a priori, beneficiosa para el ciudadano, que podrá optar por uno u otro administrador, en función de cuál le ofrezca más confianza, mayor rapidez de resolución de su problema y/ o menor coste económico o simplemente que prefiera más como parte de la autonomía de la voluntad, y dentro del referente normativo que se apruebe".
- 4 A esto hay que añadir el relevante papel que la resolución extrajudicial de conflictos juega en el marco de la agilización de la justicia y del ámbito de la modernización, cumpliendo así todas las exigencias comunitarias actuales, y con un nuevo modelo de justicia, incorporando las ADR o soluciones extrajudiciales de conflicto a la justicia, como nuevas piezas. Véase Barona Vilar, S. "¿Qué y por qué la Mediación?", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 18. Véase también Pérez Fuentes, G. y Cobas Cobiella, M^a E. "Mediación y Jurisdicción Voluntaria en el marco de la modernización de la Justicia. Una aproximación a la legislación española". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (2012). 137. Mayo-agosto, 648-651, las cuales destacan la necesidad de modernizar la justicia por el colapso en la administración e impartición de la misma y la mediación como uno de los instrumentos más adaptado para ello.

adentro, desde la intimidad y desde la persona el conflicto, marginando un poco la idea de que alguien extraño, o ajeno a nuestro entorno, nos va a resolver nuestros propios problemas, ya que en la mediación, el mediador no decide, simplemente acompaña a los mediados y los guía en la busca de su propio camino para la solución del conflicto⁵.

La autonomía de la voluntad reaparece nuevamente, siendo el presupuesto esencial de cualquier modalidad de mediación, y en el caso de la mediación familiar, uno de los pilares que la sustentan⁶.

El Derecho civil acompaña a las personas antes de nacer, durante su vida e incluso luego de la muerte, por ello constituye una disciplina vinculada a la persona. Los conflictos en relación a la persona, y a la familia son eternos y no hay viso de que esto cambie en las últimas décadas, a ello se une, la situación de la justicia, que está siendo insuficiente para poder dar satisfacer todos los requerimientos de los ciudadanos. Va siendo ya el momento de comenzar a emplear a fondo todos los instrumentos que el derecho ofrece, y dentro de ellos es la mediación es uno de los de más relevancia, por su frescura y flexibilidad⁷.

II. CUESTIONES METODOLÓGICAS EN RELACIÓN A LA MEDIACIÓN.

I. Inclusión de la mediación familiar en la Ley 5/2012, de 6 de julio, Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La ley 5/2012, de 6 de julio⁸, tiene un corte generalista, que permita flexibilidad y adaptación de la misma a cualquier desarrollo que tenga de futuro la mediación⁹.

5 En la mediación todo es cuestión de la manifestación de voluntad: "ya que son los participantes en la mediación (las partes) los propios actores del acuerdo y de las decisiones porque el Mediador no tiene otra intervención que acompañar a éstas en la búsqueda de su propio camino y del entendimiento sobre los puntos que les han llevado al conflicto". Cobas Cobiella, M^a E. "Autonomía de la voluntad y Mediación. Algunas Notas sobre la cuestión", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 93.

6 Cobas Cobiella, M^a E. "Autonomía de la voluntad y Mediación", cit., 92.

7 "Corren tiempos peligrosos. Ya no nos podemos permitir dejar el tema de la resolución de los conflictos en manos del Pentágono del departamento de policía o de las fuerzas de pacificación. No tenemos ni el derecho ni los recursos suficientes para utilizar la fuerza cada vez que se produzca un caso de violencia local o en una guerra tribal. Nuestros sistemas judiciales han llegado al límite de su capacidad para procesar nuestras querrelas, y otras instituciones se desplomarán si los cambios continúan creciendo a un ritmo exponencial. Todos y cada uno de nosotros debemos asumir la responsabilidad de resolver los conflictos presentes en nuestras propias vidas. Sencillamente, ya no podemos esperar que otra persona se ocupe de ellos". Muldoon B. *El corazón del conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, Barcelona (1998): Paidós, 21.

8 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Publicado en: BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

9 Al analizar la ley, se advierte que la norma es flexible y sencilla, permitiendo a los sujetos implicados, ser los que determinen libremente sus fases fundamentales. El tiempo dirá si la ley es suficiente, aunque cabe decir que tiene un enfoque bastante general, es clara y concreta y fija un ámbito de actuación para el mediador, cosa que ya es de agradecer, porque una de las características de la mediación es la flexibilidad. Véase Cobas Cobiella, M^a E. "La mediación y la jurisdicción voluntaria. Dos aristas de una misma cuestión", en *Tiempo de mediación y liderazgo. Acción para el cambio* (VIII Conferencia Internacional, Foro Mundial de Mediación), III (2012): Centro de

Esto es una de sus fortalezas y a su vez ha permitido que algún sector de la doctrina, al hacer referencia a las modalidades de la mediación, no acaba de ver lo suficientemente claro la inclusión de la mediación familiar; en la norma que regula la mediación. Sin embargo, al vincularse la mediación con los derechos subjetivos de las personas, resulta que son susceptibles de ir a un proceso de mediación todas aquellas materias disponibles por las partes, aquellas en las que pueden libremente renunciar, allanarse y llegar a acuerdos transaccionales (art. 751 LEC) siempre que el acuerdo que alcancen no sea contrario a la ley ni al orden público y no perjudique a terceros (art. 6 CC)¹⁰.

Esto que parece tan claro, no lo ha sido para la doctrina en la materia ya que al analizar la Ley 5/ 2012, observa que extrañamente la misma no contemple la mediación familiar; y no la mencione en sus preceptos, lo cual puede llevar a la idea que no está incluida¹¹. Igualmente algún procesalista al analizar vocación generalista de la ley; realidad innegable, pone en el mismo plano en el tratamiento jurídico a la mediación familiar y a la penal, señalando: "No en vano, y a mayor abundamiento, la vocación de generalidad de esta norma se ha visto avalada recientemente por la previsión futura (art. 144 del Borrador de Código Procesal Penal, presentado hace unos meses por el Ministerio de Justicia) de que diecisiete de los veintisiete artículos que la componen resulten de aplicación a la mediación penal, a pesar de haber sido ésta excluida del ámbito de dicha Ley".

La mediación penal aparece dentro de las materias excluidas dentro de la ley, con independencia de que en la práctica jurídica se esté aplicando, pero la comparativa es desafortunada; habida cuenta que la mediación familiar; en ningún momento ha quedado excluida de la norma¹².

Los argumentos que señalan para llegar a esta conclusión, no dejan de tener cierta razón, pero me inclino por apartar a un lado, estas disquisiciones doctrinales, y me apoyo en la propia redacción de la ley, en su contenido, y en el curso que ha llevado la mediación en España, donde la familiar encabeza la lista de todas las modalidades, teniendo un importante desarrollo en el ámbito autonómico, incluso más que en el estatal; señal de ello son las diversas leyes que regulan y dan cabida a esta modalidad de resolución extrajudicial de conflictos.

Los criterios que se esgrimen en contrario, son precisamente los que me hace sostener la idea de que la mediación familiar es una modalidad de mediación,

Resoluciones de conflicto. Colegio de Abogados de Venezuela, 92-97.

10 Valero Llorca, J. y Cobas Cobiella, M^o E. "La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión". *LL* (2012). 7987^o, 8-13.

11 Lafuente Torralba, A. J. "La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles". *AJA* (2013). 863^o, I.

12 Véase Garcíandía González, P.M. "La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles". *AJA* (2013). 863^o, I-2.

permitida por la Ley 5/2012 de 6 de julio, tal como he desarrollado anteriormente, porque en la redacción del artículo 2 de la ley se hace referencia a la mediación civil¹³ y el derecho de familia, que a pesar de su autonomía e independencia conceptual, sigue siendo una de las disciplinas que integran el ámbito civil, por lo que cuando hace referencia la norma a las materias que quedan excluida de la misma, no hace mención en modo alguno al ámbito familiar, como he señalado anteriormente¹⁴.

Para mayor abundamiento, efectivamente las materias que alcanza la mediación familiar; en casi toda su magnitud requieren que el acuerdo sea homologado en vía judicial, pero por el propio contenido tan privado, que la materia de familia conoce, la función del mediador y de la mediación, lejos de ser un producto descafeinado¹⁵, es precisamente una importante herramienta, para que el interés del menor y de la familia en general, pueda ir por cauces más pacíficos y se obtengan soluciones favorables. También cabe señalar en este sentido, la importancia que están ofreciendo cada vez más los jueces, a la mediación intrajudicial.

Finalmente, hay que recordar que la obtención del acuerdo no suele ser lo único que se espera de la mediación, esto sería darle un sentido muy limitado y no tomar en cuenta las diversas escuelas de mediación que existen y que son válidas en este ámbito. Con independencia está claro, que la idea de llevar a buen puerto un conflicto y solucionarlo, sigue siendo por lo menos, para los juristas, lo esencialmente válido y la recompensa final, al igual que para las partes inmersas en la mediación.

2. Mediación familiar y otras figuras relacionadas.

La mediación tiende a confundirse con otras instituciones, quizás por su reciente utilización y joven desarrollo en España¹⁶.

13 Ar. 2. Ámbito de aplicación. "1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español".

14 "2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal. b) La mediación con las Administraciones públicas. c) La mediación laboral. d) La mediación en materia de consumo".

15 Expresión que emplea el autor al decir: "Como mucho cabría defender la inclusión de una mediación familiar descafeinada, por así decir, reducida a las pocas cuestiones que resultan estrictamente disponibles en el contexto de una crisis conyugal: básicamente, cuestiones de puro carácter patrimonial como serían la cuantificación de la pensión compensatoria o la liquidación del régimen económico matrimonial". Lafuente Torralba, A. J. "La mediación familiar en la Ley de mediación", cit., 2.

16 Con independencia de que se conoce la misma desde hace mucho tiempo, España no ha sido de los más desarrollados en la resolución extrajudicial de conflictos, por lo menos en esta modalidad, por la cultura tradicional y el fuerte desarrollo del ámbito judicial y jurisdiccional español. Como dice Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Valencia (2013); Tirant, 22, al referirse a lo que ha caracterizado al ordenamiento jurídico español es "el paisaje del litigio y ello implicaba usar y en muchos casos abusar de lo que el Estado ha venido poniendo y pone ante nuestras manos en el marco de un reconocido derecho a la tutela judicial efectiva".

La mediación ostenta una naturaleza interdisciplinaria, se nutre de diversas fuentes y ello hace que tenga su propio cuerpo teórico, pero guardando distancias con estas disciplinas que inciden en ella, pero no la agotan¹⁷. Lo que no evita que exista confusión en lo relativo a la naturaleza y contenido de la mediación.

Especial confusión se produce en relación a la mediación familiar y a los procesos de terapia familiar u orientación, pero debe señalar que se tratan de procedimientos diferentes, con finalidades diferentes. Así la terapia familiar intenta ayudar a la pareja en la ruptura, para que no se produzca o en la búsqueda de alguna solución para ello, mientras que en la mediación familiar no se cuestiona la ruptura de la pareja, sino como señala alguna autor, "que lo que se busca es la mejor redefinición de la nueva situación creada"¹⁸.

El papel del mediador también resulta distinto al que pueden realizar los psicólogos, trabajadores sociales e incluso abogados o juristas, de ahí que cuando se actúa como mediador, la posición en relación a los mediados es imparcial y neutral, no actúa como protagonista del proceso de mediación. Si las partes ven al mediador como terapeuta, psicólogo o jurista por ejemplo¹⁹ pedirán opiniones, y eso desvirtúa la esencia de mediar, que es darle el poder a la pareja de hallar una solución a su problema, por tanto si realizamos terapia de pareja u orientación familiar, no estaremos realizando mediación²⁰.

En lo que respecta al arbitraje o a otras fórmulas como la jurisdicción voluntaria, existe más consenso en cuanto a las diferencias; las que vienen dadas por la naturaleza de estos procedimientos o expedientes, que suelen ser distintos a la mediación²¹.

17 En este sentido opina lo mismo Romero Navarro, F. "La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales* (2002). 40º, 31-54.

18 Gómez Cabello, M. C. "Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Particularidades (II)". *Noticias jurídicas, Artículos Doctrinales* (2007). <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200706-8956523521245-4.html>, 2.

19 La mediación parte de una concepción un tanto diferente a la filosofía de los litigios judiciales: el conflicto es una oportunidad que puede provocar la aparición de nuevas construcciones, diferentes de las iniciales, pero viables y aceptables para todas las partes, en la medida en que son ellas mismas quienes las elaboran. El mediador simplemente ofrece el contexto adecuado para que las reacciones positivas puedan producirse. Es un catalizador que provoca la consideración de realidades alternativas, con la difícil habilidad de permitir que éstas surjan de las propias personas implicadas en el conflicto, como respuestas comunes a todas las necesidades e intereses de cada una de ellas. Esto hace que se distinga del ejercicio de la abogacía, por ejemplo. Bolaños Cartujo, I. "La Mediación en los procedimientos matrimoniales". http://www.uhu.es/TE_mediacionfamiliar/archivos/ARTICULOS2.pdf 4733-4764.

20 Apunta en relación a esto Ripoll-Millet, A. "La mediación familiar en procesos de separación y divorcio: ¿cuándo está específicamente indicada?". *Revista de servicios sociales y política social* (1994). 33º, 32: que hay que diferenciar la mediación familiar, por un lado, del servicio de asesoramiento a las parejas que se plantean una ruptura, y en concreto de la terapia de divorcio, entendida ésta como "un tratamiento relacional centrado en el decrecimiento del vínculo matrimonial y con el eventual objetivo de disolverlo". En igual sentido lo explica Chaparros Matamoros, P. "Una aproximación a la mediación familiar: Etapas del procedimiento y técnicas empleadas por el mediador" en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y Mº E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 219- 243.

21 La literatura en la materia ha desarrollado las diferencias entre el arbitraje y la mediación fundamentalmente porque el primero pertenece a los métodos heterocompositivos. Véase Pérez Vallejo, A. M. "Resolución

III. MEDIACIÓN FAMILIAR. ALGUNAS NOTAS.

La mediación familiar dentro de todas las modalidades de mediación ocupa un lugar destacado, de ahí que ha sido una constante protección por parte de los legisladores y en especial de las legislaciones autonómicas que suplieron el vacío dejado por la ausencia de una legislación estatal, hasta fecha reciente²².

I. Concepto.

La definición de la mediación familiar es complicada, por la constante evolución de la familia, así como el alcance privado de las cuestiones que se suscitan en el ámbito familiar; lo que incide en la casuística en las relaciones familiares²³. No obstante se puede señalar que la mediación familiar constituye “el 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”²⁴.

De este concepto se pueden extraer algunas palabras claves que identifican a la mediación, como conflicto, autonomía de la voluntad, presencia de un tercero independiente de las partes, que de manera cualificada y confidencial facilita la comunicación entre los mediados, con vistas a la búsqueda de acuerdos en el ámbito donde se plantea el conflicto, en este caso dentro de la familia. A estas peculiaridades se pueden agregar algunas cuestiones como que ha de producirse extrajudicialmente, que constituye un método o fórmula de corte autocompositivo, siendo fundamentalmente un instrumento de gestión y/o resolución de problemas que nacen de los conflictos familiares²⁵.

extrajudicial de conflictos: Mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales”, en *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Mediación* (dir. L. García Villaluenga, J. Tomillo Urbina y E. Vázquez de Castro; coord. C. Fernández Canales). Madrid (2010): Reus, 87-119. En cuanto a la jurisdicción voluntaria, a pesar que se enmarca dentro de fórmulas de modernización de la justicia, son marcadas las diferencias, véase Cobas Cobiella, M^a E.: “Jurisdicción voluntaria y modernización de la justicia: algunos apuntes sobre el tema”, cit., 153-172.

- 22 Señala en cuanto a ello Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., 76: “En la mayor parte de las Comunidades Autónomas se venía trabajando sobre la adaptación de sus normas reguladoras de mediación a la norma común que se encontraba como proyecto de ley en fase de tramitación parlamentaria, de manera que permitiera avanzar algo más en las diversas incorporaciones de la mediación en el ordenamiento jurídico español”.
- 23 “Se puede decir, no obstante, que doctrinalmente no hay una idea consensuada en torno al concepto de mediación familiar, tal vez sea su complejidad la que impide subsumirla totalmente en una definición”. Pérez Giménez, M.T.: “La mediación familiar: perspectiva contractual”. *Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Estudio (2006). 22°, 3.
- 24 Gómez Cabello, M. C.: “Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Particularidades”, cit., 2.
- 25 Véase Luquin Bergareche, R. *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. (2007): Civitas, 73-74.

La Ley 5 de 6 de julio de 2012, regula en el artículo 1 el concepto de la misma, entendiendo 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”²⁶. Este concepto, aunque no hace referencia a los tipos de mediación, se ajusta a los parámetros de cualquier mediación y, por tanto a la mediación familiar:

Algunos autores señalan que la mediación no constituye una institución jurídica²⁷. Este planteamiento es interesante, sin embargo dada la evolución que ha seguido la misma, más que una institución jurídica, se asemeja más a un método o un procedimiento si cabe²⁸, porque carece de la exactitud de los elementos que identifican una institución jurídica²⁹, lo que no significa que la norma no le ofrezca una regulación legal.

Otro sector de la doctrina entiende que la mediación familiar ostenta un carácter contractual, y desarrollan esta idea³⁰. En cualquier caso me inclino por verla más, como un método de resolución extrajudicial de conflictos, porque esta tesis se relaciona más con su naturaleza, dotada de independencia total del resto de las disciplinas con las que se interrelaciona.

La mediación familiar está basada en determinados principios, que son los mismos que la Ley 5/2012, prevé para la mediación en sus artículos 6 al 9. Estos principios son la neutralidad, confidencialidad, libertad, y la voluntariedad, y que según la doctrina en la materia son los principios que informan la mediación y le otorgan su esencia, al ser como las proposiciones esenciales, que marcan el desarrollo de éstas³¹.

26 La Directiva 2008/52/CE en su art. 3 que sirve de base a todo el marco jurídico interno, la define como: “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con ayuda del mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”.

27 Véase Gómez Cabello, M^a C. “Los aspectos jurídicos de la mediación. Mediación y el acuerdo de mediación. Conclusiones y Capítulo IV”. *Noticias jurídicas, Artículos Doctrinales* (2007). <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200706-8956523521245-4.html>, 5.

28 Desarrolla la cuestión exhaustivamente Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., 104-105, afirmando que: “en la mediación no hay proceso ni jurisdicción. Es un procedimiento extrajudicial, en virtud de lo cual los sujetos en conflicto deciden voluntariamente reconocerse capacidad para participar en la resolución de un conflicto, con intervención del mediador, buscando una solución que deberá suscribirse en un acuerdo que implicará cesiones por ambas partes y un restablecimiento de la situación previa al conflicto, ora solucionándola ora aprendiendo a gestionar el mismo”.

29 Véase Castán Tobeñas, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I. Madrid (1984): Reus, 21-22, en cuya obra desarrolla el concepto de institución jurídica.

30 “La constitución de la relación jurídica entre las partes y el mediador ha de llevarse a cabo a través de un contrato en el que aquéllas acuerdan el inicio de la mediación y se comprometen a realizar todas las actuaciones necesarias con el fin de solucionar la crisis planteada. Su naturaleza jurídica es la de un contrato atípico e innominado, carente de regulación actual en nuestro Ordenamiento jurídico pero posible en atención al principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil, del que a un tiempo se deduce la libertad de contratar o no, que se traduce en la libertad de acudir o no a la mediación y la libertad de definir el contenido del contrato que se celebre”, Pérez Giménez. M.T. “La mediación familiar: perspectiva contractual”, cit., 1-14.

31 La voluntariedad de la mediación familiar además de un principio rector de la mediación, es una garantía para

Tampoco escapa la mediación familiar de la regulación que la ley hace en cuanto al procedimiento y etapas por la que ha de pasar, desde la iniciación de la misma con la solicitud hasta la finalización en el caso de que hubiera acuerdo³², sin embargo existe una peculiaridad, que dada la especial naturaleza de las cuestiones que conoce la mediación familiar; siempre es indispensable la intervención judicial para homologar el acuerdo si lo existiere, a diferencia de otros tipos de mediación, en que puede bastar el documento firmado ante Notario, de acuerdo a la preceptiva de la ley³³.

La mediación familiar por tanto, nunca sustituye la intervención del juez, aunque cabe decir, que comienzan los propios jueces a recomendar y a emplear la mediación y, en especial comienza a ganar partidarios, la mediación intrajudicial³⁴. La que tiene entre sus ventajas la de minimizar en cierta forma la tensión que se produce cuando hay conflictos potenciando dos cuestiones importantes, por una parte la paz y el intento de limar asperezas que se generan en este tipo de conflicto familiar; como por ejemplo sucede en los divorcios cuando existen hijos fundamentalmente, y por otra parte, con la seguridad jurídica que innegablemente brinda la presencia del juez y tutela judicial efectiva, que regula la CE en su art. 24.

Conceptualmente por tanto, constituye una fórmula o método de resolución de conflictos, que se aplica a las relaciones jurídicas familiares actuales.

2. Objeto y finalidad de la mediación familiar.

La Mediación familiar se ha configurado tradicionalmente en el derecho español, con la finalidad de poder ofrecer un espacio neutral en el marco de los conflictos en las relaciones familiares, basado en la cooperación, y en la escucha mutua entre los miembros de la familia, sobre la base del respeto, que es la clave para que una familia

el desarrollo futuro de la misma, dentro del conjunto de fórmulas que el Derecho permite. Como dice Barona Vilar: S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, cit., 100 y 157-158. "en ese marco de libertad que se traduce en el ejercicio jurídico de la autonomía de la voluntad aparece la mediación, como cauce independiente pero a la vez posible dependiente de otros cauces de tutela". En la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles se establece la función que cumple esta norma, dentro de un Estado de Derecho, que no es más que la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, a través de una justicia de calidad. En este contexto aparece la mediación como una de las fórmulas para ofrecer una tutela jurídica efectiva, fuera del ámbito jurisdiccional. Igualmente se destaca como instrumento complementario de la Administración de Justicia como recoge el citado Real Decreto-ley. Véase Cobas Cobiella, M. E. "La mediación y la jurisdicción voluntaria. Dos aristas de una misma cuestión", cit., 92-97.

32 Sobre ello existe una profusa literatura que desarrolla con exactitud las cuestiones más relevantes en relación a la mediación, y que son de aplicación a las relaciones familiares. Véase Barona Vilar, S. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles de España*, cit., 368- 453.

33 Cfr. art. 25 de la Ley 5/2012, en relación a la ejecución de los Acuerdos.

34 Vid. Cobas Cobiella, M.E. y Valero Llorca, J. "A propósito de la mediación familiar intrajudicial: una sentencia pionera, Comentario a la Sentencia de Apelación 390/2011, de 27 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Valladolid". *RdP* (2013), 30º, 339-348. Actualmente se habla también de mediación intrajudicial, que es aquella que surge en el contexto judicial como una alternativa para modificar el intento de resolver el conflicto mediante el enfrentamiento. En sentido amplio la señala la doctrina como "aquella que se produce una vez que se ha iniciado un procedimiento legal contencioso, independientemente de que se realice dentro o fuera de las sedes judiciales". Bolaños Cartujo, I. "La mediación en los procedimientos matrimoniales", cit., 4753.

funcione. Igualmente es extensivo a intervenir en las dificultades que puedan surgir en la convivencia familiar (padres-hijos, la pareja, entre hermanos, con los abuelos), identificando los intereses reales de los mediados, con vistas a lograr un acuerdo sólido y que pueda abarcar los intereses de todos los miembros de la familia³⁵.

La mediación familiar tiene connotación tanto personal, como de extensión al ámbito patrimonial, que es otra de las esferas de interés en la familia y que refrenda el CC español, tales como regímenes matrimoniales, pensión compensatoria, pactos en las uniones de hecho en referencia a los bienes etc.

La Ley 5/2012, de 6 de julio no ofrece una definición exhaustiva del ámbito específico en que es posible aplicar la mediación en familia³⁶, sin embargo tal, como señala la doctrina en la materia y alguna de las legislaciones autonómicas como la catalana³⁷, - que aboga por la uniformidad en cuanto a la regulación de la materia de la mediación familiar, el contenido y objeto de la misma-, es amplio y abarca un conjunto de supuestos de conflicto en el marco de las relaciones familiares, tales como las separaciones, la custodia compartida, la nulidad matrimonial, separación y divorcio, la liquidación de los regímenes económicos.

Igualmente en mediación se puede conocer de las cuestiones que se generan en materia de filiación, adopción y acogida, así como las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos. Así como los conflictos que se derivan del ejercicio de la patria potestad y que inciden en la custodia compartida, los relativos a la obligación de alimentos entre parientes, los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o

35 Casado Román, J. e Isábal Ordoñez, E. M. "La Mediación Familiar en el Derecho Español". *Revista Aranzadi Doctrinal*, Parte Estudio (2010). 7º, 5- 6.

36 El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, plantea modificaciones a la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en su art. 5, que regula específicamente la mediación familiar, quedando en principio de esta forma. Uno.- Se añade un artículo 2 bis con la siguiente redacción: "Artículo 2 bis. La mediación familiar. 1.- La mediación familiar, en el ámbito de aplicación de esta Ley y como modalidad de la mediación civil, únicamente podrá realizarse sobre conflictos que tengan por objeto materias que sean legalmente disponibles para las partes o que, en su caso, sean susceptibles de ser homologadas judicialmente. 2.- Los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley son los surgidos: a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas. b) En los supuestos de sustracción internacional de menores. c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar. d) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho. e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia. f) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores. g) En relación con la obligación de alimentos entre parientes".

37 Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado. DOGC núm. 5432 de 30 de Julio de 2009 y BOE núm. 198 de 17 de Agosto de 2009.

dependientes con las que exista una relación de parentesco, son otras materias que se pueden tratar en mediación³⁸.

3. Notas acerca de la mediación familiar.

Constituye un mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos que se aplica en el marco de las relaciones familiares, que nace de los propios recursos que tienen la familia y las partes para tomar sus propias decisiones, apreciándose como un método autocompositivo; habida cuenta que los propios particulares son los que deciden sobre el conflicto, sin que la solución sea tomada por una tercera persona³⁹.

En segundo lugar ostenta autonomía propia que la diferencia de otras figuras que pueden parecer como afines, el arbitraje por ejemplo, o la terapia familiar, por ejemplo.

La mediación familiar se ocupa de los llamados conflictos estructurales, de lealtades, de ausencia fundamentalmente, que son los desacuerdos tópicos en las parejas, que afectan la patria potestad, el reparto de bienes, etc., cuando hay nuevas parejas, nuevos hijos, custodia etc., así como el conocido como conflicto de lealtad muy típico en situaciones de divorcio, en que los hijos se ven presionados por los padres a asumir la lealtad de uno en detrimento del otro. Este tipo de situaciones conflictivas se presentan con mucha frecuencia, en estos casos se emplea una mediación terapéutica donde además de logran los acuerdos y se modifican las pautas relacionales.

En mediación, igualmente se puede conocer de otro tipo de conflicto, que es el llamado por ausencia, que se produce cuando hay abandono parental, finalmente se habla también, de conflictos de invalidación, que se produce en situaciones de violencia de género, malos tratos, etc., más vinculado a la mediación penal, que a la familiar; aunque han de tratarse de forma pareja por la interrelación entre ambas⁴⁰.

38 Otros asuntos que se pueden llevar a mediación versan sobre: extranjería vinculado con la mediación intercultural y los conflictos familiares entre personas de nacionalidad española y personas de otras nacionalidades residentes en el Estado Español, los conflictos familiares entre personas de la misma nacionalidad pero diferente de la española residentes en el Estado Español, los conflictos familiares entre personas de diferentes nacionalidades distintas a la española residentes en el Estado Español, los requerimientos de cooperación internacional en materia de derecho de familia. Así como la liquidación de bienes en situación de comunidad entre los miembros de una familia, los conflictos derivados de la empresa familiar, los aspectos convivenciales en las acogidas de ancianos, también se pueden conocer los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho, tal como refiere la doctrina en la materia. Véase Casado Román, J. e Isábal Ordoñez, E.M. "La Mediación Familiar en el Derecho Español", cit., 4-5.

39 Véase Pérez Fuentes G. M. y Cantoral Domínguez, K. "Los principios de la Mediación Civil en México", en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^o E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 257.

40 Bolaños Cartujo. "La mediación en los procedimientos matrimoniales", cit., p. 4755 y siguientes. Otros autores recrean también las tipologías del conflicto, estableciendo dos grupos de conflictos, los originados por la ruptura de la pareja y los familiares, dentro de los primeros se incluyen los originados por la ruptura, bien al momento de producirse o en cualquier etapa, abarcan la guarda y cuidado, pensiones, atribución de la vivienda familiar,

4. Ventajas e importancia de la mediación familiar.

La mediación familiar puede ser tal vez, uno de los mecanismos más interesantes, dentro de la modernización de la justicia, para ayudar el entorno familiar y las partes en conflicto, desde su autonomía de la voluntad a arribar a la solución que anhelan. Como señala la doctrina en la materia acertadamente, se trataría de “un sistema casi-alternativo al proceso contencioso para la solución de conflictos familiares y de una nueva vía que trata de facilitar a las parejas en litigio las crisis que conllevan las separaciones y divorcios con los evidentes perjuicios para los hijos menores de edad de las mismas, pues es evidente que la situación personal, familiar, afectiva y económica cambia radicalmente para todos; evitando en la medida de lo posible, la profunda insatisfacción que el resultado final de los procesos contenciosos genera en aquellos que los protagonizan⁴¹”.

La mediación familiar goza de todas las ventajas que cualquier tipo de mediación, permitiendo que los mediados, actúen con mayor relajación, decidiendo lo que es más conveniente, sin la tensión que pueden producir los plazos del derecho, y sin ningún tipo de contaminación, que en ocasiones se generan por la intervención de letrados, que en su exceso de celo, por satisfacer a sus clientes, pueden perjudicar el diálogo y empeorar el conflicto⁴².

La mediación crea un espacio cooperativo y de retroalimentación entre los mediados, que permite avanzar en el diálogo y a reestablecer la paz o por lo menos un nivel de entendimiento, como advierte la literatura especializada en la materia, “el mediador ayuda a redefinir el conflicto en términos familiares. Cada uno de los componentes anteriormente identificados tiene un referente familiar que puede ser rescatado en términos de interés eso necesidades legítimas. Este proceso implica, de una parte, la recuperación de términos propios de la familia a la hora de denominar conceptos extraños que han invadido su lenguaje (como los legales)”⁴³.

etc., dentro del otro grupo se incluyen situaciones en relación al resto de la familia, discapacitados, relaciones con abuelos, etc. Vid. Merino Ortiz, C. “Gestión de conflictos familiares desde un servicio público de mediación familiar, 1996-2009”, en *Resolución extrajudicial de conflictos: Mecanismos de conexión e interacciones jurisdiccionales*, en *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Mediación*, Co directores. García Villaluenga, L, Tomillo Urbina, J, y Vázquez de Castro, E. Coordinadora. Fernández Canales, C Madrid (2010): Reus, 169- 192. Sobre conflicto de lealtades se recomienda Solbes Valero, S y Valero LLorca, J. “Principios psicológicos de la mediación”, en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario* (coord. A. Ortega Giménez y M^a E. Cobas Cobiella). Madrid (2013): Economist & Jurist, Difusión Jurídica, 190-191.

41 Pérez Giménez. M.T. “ La mediación familiar: perspectiva contractual”, cit., 2.

42 Como ya he afirmado en alguna ocasión que no siempre todos los conflictos sean susceptibles de ir a mediación, ni siquiera resolverse, ni siquiera que todas las mediaciones terminen en un buen acuerdo, y en ocasiones pueden darse buenas mediaciones sin que se llegue a solución consensuada, porque se fortalece el diálogo en el marco de la familia, y “ si los participantes en la mediación van rompiendo las barreras en lo que concierne a su comunicación, puede decirse que la mediación ha llegado a un puerto aceptable”. Cobas Cobiella, M. E. “Autonomía de la voluntad y Mediación. Algunas notas sobre la cuestión”, cit., 98.

43 Bolaños Cartujo, I. “La mediación en los procedimientos matrimoniales”, cit., 4739- 4740. Este autor señala cuestiones que son de interés como la necesidad de evitar inicialmente el conflicto, porque muchas familias están acostumbradas a este tipo de dinámica, como forma habitual de actuar, de ahí que al llegar a la mediación hacen lo que suelen habitualmente realizar, interaccionan de la forma que hacen de normal, si desde el primer

En sede de mediación familiar hay que partir de varias premisas, como la aceptación de que las partes tienen recursos suficientes para enfrentar y poder solucionar sus problemas, debiendo el mediador por su parte, de ser capaz de identificarlos y ayudarlos a que los pongan en marcha, siendo además éstos no sólo los protagonistas de sus decisiones, sino también de elegir los problemas y los objetivos que quieren llevar a mediación, haciéndoles comprender que no existen puntos de vista correctos ni incorrectos, ni verdades absolutas; todo es útil para ayudar a las personas a solucionar la situación en que se encuentran. Esta es una nota de la autonomía, libertad y voluntariedad que marcan la mediación.

La Mediación devuelve a los participantes en conflicto el control sobre sus propias decisiones, porque ellos son los que más saben sobre sus propias vidas, de ahí que con la ayuda de un tercero neutral, serán capaces de llegar al mejor acuerdo posible, todo es cuestión de voluntad, como ya he expuesto. Además se desactiva la escalada de la confrontación y se restablece el diálogo, mejorando la comunicación y haciendo partícipe a los mediados en los acuerdos que son suyos y como tal los ven, significa un ahorro de tiempo, disgustos y es más económica. Es flexible y más rápida que otras fórmulas.

Y lo que resulta más importante, no cierra el camino a otras vía de resolución de conflictos y como se advierte del texto de la Ley 5/2012: "como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia".

5. Mediación familiar e interés superior del menor. Ideas preliminares.

A la hora de iniciar el proceso de mediación familiar tendremos muy en cuenta a las partes que se encuentran en conflicto, pero en los casos de mediación en separaciones y divorcios, el interés del menor será el criterio prevalente en la mediación familiar.

El interés del menor es una constante en el derecho español y encuentra su apoyo en el respeto a los derechos fundamentales, y especialmente a los de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, sin olvidar que la protección de los

encuentro el mediador no cambia la forma de interactuar, la posibilidad de solución es escasa, hay que cambiar esa dinámica, y hacer que los mediados, identifiquen el espacio de mediación como un lugar donde puede darse el cambio, creando un entorno favorable y menos agresivo. También se habla de la técnica de reencadre, que es muy interesante, significa cambiar el propio marco conceptual o emocional, en el cual se experimenta una situación, es crear un tono emocional menos agresivo, no se trata de resaltar los valores individuales de cada uno, simplemente identificar elementos comunes.

menores, a su vez, se encuentra regulado en las leyes nacionales e internacionales, constituyendo un derecho y a la vez un principio internacional y nacional, que se encuentra dentro de los llamados conceptos jurídicos indeterminados.

Este interés en el ámbito familiar alcanza connotaciones especiales, y se manifiesta en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que concibe a las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad para modificar su propio medio personal y social, así como de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las de los demás⁴⁴.

El interés del menor y la protección del mismo como superior dentro del ordenamiento jurídico español es una constante en el ámbito jurisprudencia y en la abundante literatura que existe⁴⁵. Su connotación como concepto jurídico indeterminado permite flexibilidad en cuanto al tema, pero a la vez, como señala algún sector de la doctrina provoca cierta e indeseable inseguridad jurídica, especialmente en un derecho que, como el español, a diferencia de otros, carece de criterios normativos preestablecidos para la concreción de este concepto⁴⁶.

El interés del menor desde mi punto de vista, no ha de emplearse como un cajón de sastre para esgrimir y argumentar pretensiones, en muchas ocasiones que nacen de las relaciones conflictivas, de los progenitores y sólo enfocado al aspecto material de la cuestión, ni tampoco debe ser apreciado como un castigo⁴⁷.

- 44 SAP Islas Baleares 27 febrero 2013 (JUR 2013, 136869), que al hacer referencia a este principio desvela que: "el interés de dicho menor debe prevalecer por encima de cualquier otro interés legítimo, incluido el de sus progenitores, conforme al contenido de la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959, en la CE (art. 39), en diversos preceptos del CC (arts. 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170) y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- 45 STS 21 febrero 2011 (RAJ 2011, 2362), en la que se advierte que "la protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. Y destaca que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (STS 31 julio 2009)".
- 46 Díaz Martínez, A. "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional". *Aranzadi Civil-Mercantil*, Parte Comentario (2013). 1º, I. En este sentido resulta relevante la posición de la jurisprudencia: cuando señala que "el interés del menor es un concepto jurídico relativamente indeterminado, los padres biológicos lo esgrimen para pedir el retorno de sus hijos, los acogedores para no devolverlos, la administración para intervenir, los jueces para admitir o desestimar pretensiones en uno u otro sentido, la fiscalía como apoyo de sus informes, la opinión pública para decantarse sentimentalmente por una u otra parte en pugna por unos niños...; todos usan el concepto y todos apoyan (apoyamos) nuestras pretensiones en él. Por tal motivo, y para que no se convierta en un concepto vacío, es preciso delimitarlo. Existen unos criterios objetivos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de ser valorado, pero también habrán de ponderarse aspectos subjetivos que individualizarán cada caso concreto. Puede ser determinado discrecionalmente (que no arbitrariamente) por el Juez o Tribunal, evitándose todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor y, de manera más general y en primer término, por las personas que están a cargo del menor (padres en el ejercicio de la patria potestad, en la mayoría de los supuestos)". Véase SAP León 6 junio 2007 (JUR 2007, 337878).
- 47 STS 18 noviembre 2011 (RAJ 2012, 1633): "El interés del menor no debe verse como un castigo. El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida, lo que por sí solo lleva a la desestimación de este motivo del recurso. El recurso de casación debería haber examinado los argumentos utilizados en la sentencia recurrida para atribuir la guarda y custodia compartida, puesto que como se ha dicho en otras SSTs, este sistema está concebido en el art. 92 CC como una forma de protección

Por ello coincido con algún sector de la doctrina cuando advierte y cito textualmente que: “más controvertida resulta, sin embargo, a mi juicio, la aplicación del criterio del interés superior del menor, entendido estrictamente como protección de su estabilidad en un determinado hábitat o medio vital, para solucionar los conflictos derivados del incumplimiento de las medidas judicialmente acordadas, cuando ello impide completamente las relaciones del menor con uno de los progenitores, desde luego dignas de protección no sólo desde la perspectiva del padre o la madre, sino principalmente desde la del propio menor. Quizá debiera ponerse más énfasis en la valoración del interés del menor ante los primeros incumplimientos de uno de los progenitores y no realizar únicamente ex post la valoración de tal interés, centrándolo entonces tan solo en no alterar su alteración al medio”⁴⁸.

En este sentido, y sin por ello, dejar de enfatizar la importancia que tiene la protección de la infancia y de los menores porque constituyen el relevo del futuro, si creo que el interés del menor debe ser ponderado, y que cada caso debe ser sopesado partiendo del propio entorno familiar. Nada hace más daño a los menores que los propios conflictos internos de su familia, que no cesan, aun cuando el juez o el fiscal quiera ofrecer las mejores soluciones.

Cabría preguntarse entonces, ¿podría la mediación en el ámbito familiar constituir un apoyo a la protección de los menores, inmersos en campos de batalla familiares? Desde mi punto de vista, la respuesta ha de ser afirmativa; ya que pocos son los esfuerzos para reestablecer el fondo de la armonía familiar; que no se logra sólo por la vía judicial, o porque un juez, ajeno a la verdadera razón del conflicto trabaje con las pruebas y argumentos que ofrecen los letrados y, con el debido respeto que merece la judicatura y el Ministerio Fiscal, y el trabajo que realizan en aras de los derechos de los menores y discapacitados⁴⁹.

La mediación familiar puede ser el primer paso para encauzar la toma de soluciones en el conflicto al apoyo de una protección “real y objetiva del interés del

del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda). En el presente caso, no se ha ni tan solo alegado en el recurso de casación la vulneración del interés de las hijas del recurrente, ambas menores de edad, en cuyo único beneficio debe acordarse”. En igual sentido SSTS 7 julio 2011 (RAJ 2011, 5008), 21 febrero 2011 (RAJ 2011, 2362) y 11 marzo 2010 (RAJ 2010, 2340).

48 Díaz Martínez, A. “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”, cit., 3.

49 En este sentido se comienza a vislumbrar una mayor incidencia de la mediación familiar, a tenor de lo que parece ser la próxima reforma en materia de familia. Cfr. Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. Modificaciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles donde se incorpora expresamente la posibilidad, no la obligación, de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas de su ruptura, debiendo ser aprobado judicialmente el acuerdo al que lleguen, lo que lleva a introducir ciertas precisiones en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Ello, sin perjuicio de mantener la prohibición de la mediación en los supuestos en los que una de las partes del proceso sea víctima de actos de violencia de género o doméstica. La mediación familiar resulta así un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la corresponsabilidad parental, tras la ruptura.

menor”, porque el mediador,⁵⁰ puede facilitar, acompañar y lograr que en definitiva los mediados adopten las soluciones más acertadas para la protección de sus hijos, si los hubiere. Nadie puede estar más capacitado que los padres para querer y proteger a sus hijos, y si lo olvidarán, cosa que puede suceder y que sucede a menudo, el Derecho cuenta con los mecanismos necesarios para reestablecer e imponer todas las garantías, sin contar que como advierte la doctrina en la materia: “la mediación familiar es un procedimiento a través del cual, en cierta medida, se desjudicializan los conflictos en la familia pues corresponde a los miembros de la misma, ayudados por el mediador; autorresolver su propia crisis sin necesidad de acudir en vía contenciosa al Juez correspondiente, evitando en definitiva, la actuación de los Tribunales de Justicia, en el sentido por todos conocido, pues es cierto que la complejidad de la mediación requiere de manera prácticamente constante la interrelación entre la mediación y el tribunal competente, quien deberá homologar, en su caso, el acuerdo al que hayan llegado los interesados”⁵¹.

Esta garantía nos permite ampliar el marco de la solución de los conflictos; habida cuenta que si empleamos a fondo la mediación, con todo el conjunto de requerimientos que le son inherentes, haciendo una buena mediación, las soluciones, aun habiendo menores, pueden ser más favorables, que cualquier intervención externa, la cual siempre será un requisito esencial, porque hay materias en el ámbito de familia, que aunque sean tratadas en mediación, el acuerdo debe ser presentado ante el tribunal para su ratificación⁵².

Finalmente existe una problemática que trata la doctrina y la práctica en la materia, y es la participación de los menores en las cuestiones familiares, en el ámbito de la mediación. ¿y se cuestiona si deben estar los hijos presentes y formar parte activa en un proceso de mediación o si deben permanecer al margen?

La doctrina en esta cuestión no es unánime, una parte entiende que no han de formar parte del proceso porque ello puede revertir negativamente en el proceso, que han de ser los progenitores. Otro sector entiende que los menores deben

50 Parto del presupuesto, de que ser mediador, no es tan simple, como me parece y no ha de ser visto, como una mera salida profesional, en estos tiempos de crisis. Un mediador debe tener muchos requisitos personales y profesionales. La formación del mismo debe ser vista con toda la objetividad que requiere y al decir en este tema, el famoso mediador en asuntos laborales William Simkin entiende que el mediador debe tener, entre otras, las siguientes cualidades: la paciencia de Job, la sinceridad de un inglés, el ingenio de un irlandés, la astucia de Maquiavelo, la sabiduría de Salomón, la resistencia de un corredor de maratón y la piel de un rinoceronte

51 Casado Román, J. e Isábal Ordóñez, E.M. “La Mediación Familiar en el Derecho Español”, cit., 1-20.

52 Existe abundante literatura acerca del valor del acuerdo en sede de mediación, así como de las situaciones que se pueden producir, y en las que mediación ostenta un papel fundamental, así tenemos que las partes pueden ser remitidas a la mediación desde la vía judicial, en segundo lugar que las partes hayan trabajado con el mediador y logrado un acuerdo, en cuyo caso puede si es adecuado a derecho, ser homologado por el juez, incorporándolo al proceso mediante una resolución que reviste la forma de auto (art 206. 2 .,2º LEC), o que las partes incorporen el acuerdo al proceso judicial del que salieron para acudir a mediación. Se recomienda Barona Vilar, S. “Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España”, cit., 492-493. La cuestión cambia cuando se pretende que sea el Notario quien proceda; habida cuenta que en sede de familia, como ya se ha dicho hay materias en que ello no es posible, por lo menos, por ahora, y de acuerdo a la normativa vigente.

participar activamente, ya que finalmente se verán involucrados por las decisiones que se tomen en el proceso.

En este sentido hay que tener en cuenta que en los procesos de divorcio uno de los derechos del menor es ser oído, dentro de los límites de la norma. Por ello comparto en este sentido el planteamiento de la doctrina en la materia que aprecia que la intervención del menor es aconsejable pero con determinadas limitaciones, no desde el inicio ni desde el comienzo de la mediación.

Pasadas estas fases pueden intervenir, pero en dependencia de la edad y de las cuestiones, incluso en las fases finales se recomienda que puedan participar la familia extensa⁵³.

Pero con estas consideraciones no se cierra el tema, la cuestión del interés del menor en sede de mediación familiar resulta atractiva, y abrirá el camino a futuros debates.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

La mediación familiar es la más conocida y la que de alguna forma ha gozado de un mayor esplendor como método de resolución extrajudicial de conflictos. Ello constituye más que una conclusión una realidad en el ámbito social y jurídico, con independencia de la relevancia que comienzan a tener otras modalidades de mediación.

La mediación evidentemente constituye un apoyo a la modernización de la justicia, una oda a la cultura de la paz, y una apertura a otros cauces de solución del conflicto, conjuntamente con el proceso judicial, y con otros procedimientos que la ley regula. Esto es algo innegable, sin embargo el destino de esta fórmula dependerá de muchos factores, de la formación adecuada para poder ejercer como mediador, de la aplicación de los principios que informan la misma, y fundamentalmente de la concientización por parte de todos, de que no todos podemos mediar, ni todos los conflictos pueden solucionarse mediante este método. De esto dependerá gran parte del éxito de la mediación en general y de la familiar en concreto.

La incorporación de la mediación familiar, a un ámbito tan privado como es la familia, constituye desde mi apreciación un logro. Y aunque pueda parecer extremadamente osado, y sin por ello dejar de considerar la importancia que tiene la tutela de los hijos, de los menores, y de los incapacitados, creo que la existencia histórica de conceptos jurídicos muchos indeterminados como el interés del menor, la diligencia del buen padre de familia, por sólo mencionar algunos, han llevado a la

53 Gómez Cabello, M del C. "Los aspectos jurídicos de la mediación. Mediación y el acuerdo de mediación. Conclusiones y Capítulo IV". cit., 1-5.

idea, y a la formación de una cultura, de que sólo las mejores y acertadas decisiones son las que se ofrecen en la vía judicial para los conflictos familiares. Sin embargo, confío en que de alguna manera, la mediación familiar romperá ese mito; porque ayudará a las familias y a los mediados a comprender el conflicto y a encontrar ellos mismos sus propias soluciones, que serán plasmadas jurídicamente; habida cuenta que el acuerdo deberá ser homologado por el juez.

Esta comienza a ser el momento de ir privatizando nuevamente, por llamarlo de alguna forma, el Derecho de Familia, y ampliando horizontes jurídicos, como la mediación familiar.

La vía judicial siempre está abierta, y la protección que ofrece la normativa española a los más débiles también, pero hay que confiar, en que todos los mecanismos pueden servir y que la Mediación familiar, sin ser la panacea, constituye un buen instrumento que coadyuve al fortalecimiento de la familia y del entorno familiar, en la solución de los conflictos. Como dijo Newton: “Los hombres construimos demasiados muros y no suficientes puentes”. Es hora de pensar en hacer más puentes.