

LA MEDIACIÓN FAMILIAR.  
ALGUNAS CONSIDERACIONES

Parte I

GUILLERMO DARRIBA FRAGA

Abogado, Master en Violencia de Género

Entre casados de honor,  
Cuando hay pleito descubierto,  
Más vale el peor concierto  
Que no el divorcio mejor.

«El Juez de los divorcios»

D. Miguel de Cervantes Saavedra

**Abstract:** Taking into account basic premises such as the creation of new family entities and the citizens' awareness of the fact that, in a democratic system with inalienable values and principles such as the respect of human dignity, the resolution of interrelational problems, specially those which affect the most intimate sphere, can be, and are perfectly undertaken, overcome and solved without the need of state guardianship; the author makes an approach to family mediation as a procedure, encouraged today but not always with a fortunate approach by the different legislative powers. Family mediation not only gives a breath of fresh air to the ways of directing and solving conflicts but also satisfies the urgent need in the reform of the Administration of Justice, as well as satisfying a citizens' right and duty to become directly involved in the social life assuming the responsibilities of composing their disputes.

**Key words:** conflict, culture of agreement, autocompositive method, heterocompositive method, alternative dispute resolution, family mediation, Administration of Justice, ADR.

**Sumario:** I. Introducción.–II. La Familia actual.–II.1. La Pareja en crisis. Conflictos.–II.2. Soluciones.–II.3. Los ADR.–III. La Mediación en la ruptura de la relación de pareja.–IV. Conclusiones.– V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Formamos parte de una sociedad en continuo cambio y evolución en sus hábitos y costumbres; las necesidades, las ideas, los problemas que configuran en cada momento la vida colectiva del grupo social se transforman constantemente, ello implica que los valores que orientan la vida social han de cambiar también de forma inevitable y por consiguiente las soluciones que habremos de adoptar para una resolución de las controversias ajustadas al valor supremo de justicia, entendida como cualidad o elemento informador interno de las situaciones o relaciones sociales, también habrán de acomodarse al momento histórico concreto.

Por ello es necesario que en el ámbito de la Familia el Derecho no se limite a insistir en las materias que tradicionalmente lo han conformado sino que debe acomodarse a los cambios que se producen y al ritmo que lo hace el propio concepto y estructura de la institución, centrándose en las cuestiones que realmente generan conflictos y afectan a los miembros del grupo familiar.

En nuestro país ha sido la Constitución de 1978 el punto de inflexión necesario para afrontar numerosas reformas legales, algunas decisivas para la progresiva implantación y aceptación de nuevos modos de relación entre hombres y mujeres, y entre los miembros de una misma familia.

Los principios de justicia, igualdad, libertad y dignidad humana—inherentes a dicha condición y sin más límite que el de los derechos de los demás— se han configurado como pilares básicos de la convivencia social actual. Estos principios han fructificado, entre otras, en medidas destinadas a mejorar la situación de la mujer y su tratamiento jurídico. No debemos olvidar que la legislación del anterior régimen se articulaba sobre la idea de la autoridad masculina y del sometimiento femenino que se hacía efectivo con el imperativo del «deber de obediencia al marido» en el ámbito matrimonial y familiar.

La Constitución de 1978 reconoció una estructura igualitaria de relaciones entre el hombre y la mujer en el seno del matrimonio. A partir de ella se iniciaron avances legislativos para alcanzar no sólo la igualdad formal ya reconocida y consagrada sino una igualdad efectiva entre hombre y mujer<sup>1</sup>, en contraste con las tradicionales de desigualdad y jerarquía que han dominado, y todavía subsisten, en la sociedad española.

Una realidad social igualitaria correlativa con la formal depende de diversos factores, pero es fundamental la cultura social predominante; por ello resulta indispensable implantar en la sociedad el valor igualdad a través de medidas de sensibilización e intervención en todos los ámbitos de actuación —preventivos, educativos, laborales, sociales, sanitarios y judiciales— mediante un proceso de socialización y educación.

No obstante, hasta que las políticas de igualdad se implanten efectivamente en la sociedad y sus valores sean asumidos por la ciudadanía, el ámbito familiar precisa una especial atención por parte de las distintas Administraciones públicas.

Por otro lado existe por parte de la ciudadanía una percepción negativa de la justicia, fundamentalmente de su administración, que falla en la solución equitativa de los problemas planteados, en la prevención de hechos violentos, en la conjuración del riesgo de reiteración delictiva, en una respuesta lenta y costosa a los litigios planteados. En definitiva, existe una sensación generalizada de ineficacia de los instrumentos civiles, penales y procesales que habitualmente se emplean para hacer frente a los conflictos y, fundamentalmente, por los condicionantes subjetivos que conllevan, los producidos en el ámbito familiar. Surge así el dilema de si la última *ratio* de la ineficiencia del sistema se encuentra en las deficiencias técnicas o en la insuficiencia de las leyes o bien en una restrictiva interpretación de las mismas por parte de los órganos jurisdiccionales que en definitiva son los encargados de la aplicación de las mismas.

Pero no sólo la consideración de la ineficacia del sistema en la resolución de los conflictos está en el origen de métodos que en principio podemos considerar como alternativos, pues así se considera, que una de las causas del desarrollo de estos métodos de resolución

---

<sup>1</sup> Importante en este sentido la normativa recientemente aprobada por el legislador tanto estatal como autonómica, siendo de resaltar la *Ley Orgánica 3/2007, de 24 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. BOE núm.71 de 23 de marzo de 2007.

de conflictos es de carácter práctico y coyuntural, y por tanto, estas técnicas constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia.

Estas dificultades se explican por el hecho de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar, además la cantidad, la complejidad y el carácter eminentemente técnico de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia de los ciudadanos.

Asimismo y acorde con los cambios sociales que se han producido al albor de los principios y valores consagrados en nuestra Constitución, se ha sustituido el proceso matrimonial sancionador, basado en tasadas causas de culpabilidad, por un proceso que pretende solucionar la crisis en la pareja a partir de la voluntad de cualquiera de las partes en poner fin a su convivencia. Han sido estos cambios sociales los que han propiciado el resurgimiento de mecanismos de solución de conflictos familiares fuera del sistema judicial con el leal propósito de obtener una resolución pactada de controversias.

Y así establece la Constitución en su artículo 9.2, que: «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*» Por tanto, en cuanto mandato constitucional, es a los poderes públicos a quienes corresponde la tarea de eliminar los obstáculos que impiden hacer realidad estos principios de libertad e igualdad de los individuos y de participación de los mismos en la vida de la comunidad, aportando soluciones para implementar la paz social.

Entre estas soluciones nos encontramos la mediación, que a diferencia de los procedimientos judiciales que se basan en el enfrentamiento, apela a la responsabilidad de las personas que tras la separación tienen que tomar decisiones importantes para ellos y para su familia, es por tanto una forma más de que los ciudadanos participen con responsabilidad en la vida social. En la mediación y en la medida que las propias partes no se enfrentan sino, antes al contrario, inician un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en el proceso para intentar descubrir por si mismas la solución que más les conviene, incrementa para las partes la posibilidad de que las mismas sigan manteniendo relaciones y por consiguiente se eviten futuros conflictos.

Asimismo dispone el artículo 23.1 de nuestra Norma Fundamental «*Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos,...*» y en su artículo 117 «*La justicia emana del pueblo...*». Nos encontramos, por consiguiente, de una parte ante una modalidad del ejercicio subjetivo a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del «*status activae civitatis*», cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente y, de otro ante una legitimación constitucional, pues la Ley parte de la concepción de que el Estado democrático se caracteriza por la participación del ciudadano en los asuntos públicos y entre ellos no hay razón alguna para exceptuar los referidos a impartir justicia.

Por todo ello, si bien el ámbito de aplicación de la mediación familiar se sitúa sobre todo en los casos de separación y divorcio en los que en la inmensa generalidad se evidencia un enfrentamiento entre la pareja, con el firme propósito de servir de medio para resolver los problemas derivados de dicha situación, sería deseable que la mediación se extendiese a cualquier tipo de conflicto que tenga su origen en el seno de la familia.

## II. LA FAMILIA ACTUAL

Desde hace unas cuantas décadas estamos asistiendo a una transformación de lo que se ha venido considerando como uno de los pilares básicos de la sociedad en nuestra cultura, me refiero a la familia tradicional, a la institución familiar que pese a los cambios más recientes, considerados por algunos como manifestaciones de crisis, entre otros Garrido de Palma<sup>2</sup>, el descenso de la nupcialidad y de la fecundidad, el aumento de los divorcios, de familias monoparentales, el aumento de las parejas de hecho, etc. continúa siendo la institución central en las sociedades occidentales.

La morfología de las familias ha experimentado una gran transformación, así junto a las tradicionales familias formadas por varias generaciones en un mismo hogar, claramente en regresión por el estilo de vida actual, y la familia nuclear formada por padres e hijos

---

<sup>2</sup> GARRIDO DE PALMA, Víctor, en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV. Familia. Vol. 1.º DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador general) Madrid, Civitas, 2001, p. 206. Dice este autor: «El cambio y la adaptación a la sociedad del siglo XXI ha de consistir ante todo en recuperar el concepto de Familia y por ello, proteger, reconocer y tratar con seriedad y respeto a la comunidad fundada en el matrimonio estable y duradero, ordenada a la transmisión de la vida y a garantizar la de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos».

se han sumado ahora la modalidad de la pareja sin hijos, los hogares unipersonales, las familias monoparentales en las que paralelamente a su incremento, se ha modificado el perfil de la persona que figura como cabeza de familia siendo así mayoría en las que la persona de referencia es una mujer, por lo que según González Sanjuán se deberían denominar familias monomarentales<sup>3</sup>.

Además y como consecuencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y que viene a establecer en nuestro ordenamiento la posibilidad de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo abriendo la posibilidad de adopción de hijos, en condiciones de igualdad con las parejas heterosexuales, (no obstante los recursos de inconstitucionalidad planteadas por un partido político) se conforma una nueva vida familiar, distinta, aunque no por ello menos auténtica, de la conocida tradicionalmente. También como resultado de las rupturas y de las nuevas uniones se ha formado una nueva familia «reconstituida» formada por parejas con hijos de la anterior relación. Lo expuesto constata que la visión actualizada de la familia ya no puede ser monolítica sino que ha de ser pluralista.

No obstante, el núcleo básico de esta institución lo constituye, sin lugar a dudas, la pareja, sobre ella o por ella, pasan y se forman todas las relaciones que han de constituir la esencia de la familia como comunidad afectiva, junto a estas relaciones de pareja o mejor, como consecuencia de las mismas, aparecen y complementan las anteriores las relaciones paterno-familiares; precisamente uno de los cambios que en la actualidad se producen en el ámbito familiar está relacionado con las relaciones de pareja las cuales se han desinstitucionalizado en el sentido de que la forma matrimonial tanto civil como religiosa ya no representa el único modo de iniciar la vida en común. Efectivamente aún cuando en nuestra sociedad tienen un gran peso la tradición y las costumbres, va arraigando lentamente una nueva mentalidad de cada vez mayor aceptación de libertad en la forma en que organizan su vida privada las personas.

Superados aquellos tiempos en los que la familia era la que imponía, sobre todo a las mujeres, la elección de quien había de ser su pareja, en la actualidad se reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho a elegir libremente a la persona con la que va a compartir su proyecto de vida.

---

<sup>3</sup> GONZÁLEZ SANJUÁN, M. Eugenia «El análisis sociológico de la familia actual» en *Mediación Familiar y Social en diferentes contextos*. POYATOS GARCÍA, Ana (coordinadora), Publicaciones Universidad de Valencia, Nau Llibres, 2003, p. 33.

Una vez formada la pareja como ente propio, es en su seno en donde se van a producir las relaciones que van a constituir bien su felicidad y armonía bien su frustración. Y es en esta frustración en donde se generan tensiones y desavenencias, producidas en la mayoría de las veces a causa de ese constructo cultural denominado patriarcado o patriarcalismo<sup>4</sup>, en donde hombres y mujeres hemos sido educados en la falsa percepción de que el hombre por el simple hecho de serlo está por encima de la mujer en todos los órdenes. Hoy en día y en una sociedad democrática en donde se reconoce formalmente en nuestra Norma Fundamental en su artículo 14 la igualdad de todas y todos los miembros de la comunidad, y donde expresamente se prohíbe cualquier tipo de discriminación, entre otros por razón de sexo, así como su reconocimiento en múltiples Tratados y Convenios internacionales, —entre otros la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la Organización de las Naciones Unidas (CEDAW)<sup>5</sup>, y que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, tal y como proclama el artículo 96.1 de la Constitución y el artículo 1.5 del Código Civil— es precisamente en el seno de las familias, bastión fundamental de la sociedad, en donde se generan comportamientos que casan mal con los principios y valores en los que la misma se sustenta, libertad, igualdad y democracia, dando lugar a la violencia en la familia y dentro de la misma con especial protagonismo la violencia de género.

## II.1. La Pareja en crisis. Conflictos

Cada familia tiene su propia historia natural que se va configurando a lo largo de sucesivas etapas. Si exceptuamos a las familias monoparentales o monomarentales, la primera fase estará integrada por la unión de dos personas y la decisión de ambas de compartir un proyecto de futuro y termina cuando deciden poner fin a su convivencia o finaliza su ciclo vital.

---

<sup>4</sup> «El patriarcado es una cuestión cultural, es decir, funcional o del funcionamiento humano voluntario...al sexo masculino le es beneficioso erigirse en poder dominante y bajo su dominio controlar a favor propio el orden social. Una vez conseguido esto...el hombre por su sexo se convierte en el centro y referente de todo el desarrollo social, y en el representante genérico de la sociedad, no obstante la diversidad sexual de la especie». PÉREZ DEL CAMPO, Ana María, «Origen y transmisión de la violencia de género» en *Violencia de Género: Una visión multidisciplinar*, SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, Centro de Estudios Ramón Areces, 2008, p. 13.

<sup>5</sup> Convención adoptada en New York en diciembre de 1979 y ratificada por España en diciembre de 1983.

El inicio de la vida en pareja conlleva una mutua negociación, implícita o explícita, una cierta tolerancia y acomodación de comportamientos diarios, de rutinas que en definitiva son las que van a determinar las relaciones y los roles que se van a asumir en el seno de la unión.

Si partimos de la premisa que ya superados los tiempos en los que la pareja se formaba para afrontar juntos las necesidades y garantizar la supervivencia sin necesidad de tener en cuenta los sentimientos afectivos, y teniendo en cuenta que la familia es una comunidad afectiva, habremos de concluir que en la actualidad el principal motivo en la formación de las parejas es lo que denominamos amor, es decir los individuos se basan en sentimientos amorosos para elegir pareja, *ergo* si el amor desaparece la pareja pierde su soporte fundamental. Por consiguiente, en un primer momento las diferencias entre ambos componentes de la pareja pueden estar distorsionadas o se minimizaron como consecuencia del estado mental de enamoramiento, a su vez puede que tales diferencias fuesen en un principio muy superiores a las afinidades y que sólo con una prolongada relación salieran a relucir. Algunas diferencias se acentúan con el avance de la relación al interpretarse por parte del otro un cambio en los objetivos iniciales o cuando las suposiciones centradas en el futuro por parte de cualquiera de los miembros de la relación eran superiores a la cruel realidad.

Así mismo se está produciendo un resurgir de los ideales feministas en cuanto a su legítimo reconocimiento como sujetos y no como objetos de derecho, a la efectiva igualdad entre sexos a través de la lucha contra cualquier tipo de discriminación, así como la ruptura definitiva de los roles asimétricos de género impuestos por la cultura patriarcal, por ello y dado que convivimos en una sociedad democrática con principios y valores inalienables como el respeto a la dignidad humana, existe una mayor sensibilización para que las parejas se rijan también en su ámbito privado por criterios más igualitarios y democráticos. Todo ello conlleva a que una vez superado ese trance inicial de percepciones idealizadas surjan las primeras desavenencias que si no se resuelven pueden dar lugar a la base de un verdadero conflicto entre las partes<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Para San Segundo, «la situación de la mujer en los países occidentales ha cambiado muchísimo en los últimos doscientos años. Este proceso de transformación del papel de la mujer en la familia y en la sociedad se ha ido acelerando progresivamente... La transformación se ha producido en el ámbito legal, pero la mentalidad de muchas personas sigue anclada en el modelo patriarcal, lo que provoca muchos desajustes y fricciones en las relaciones hombre-mujer.» SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, «Las Leyes civiles ante el maltrato» en *Violencia de Género. Una visión multidisciplinar*, op. cit., p. 3.

Si entendemos por «conflicto» la tensión que se genera entre personas que pretenden objetivos aparentemente contrarios<sup>7</sup>, existen entonces muchos tipos de conflictos y debidos a muy diversas causas y con distintos modos de afrontarlos. El conflicto es algo inherente a la condición humana y forma parte de nuestra realidad vital, no obstante el conflicto en sí mismo considerado no tiene por qué ser algo negativo para el individuo, si sabe aprovecharlo puede constituir un elemento dinamizador en sus relaciones así como la posibilidad de aprender nuevas formas de resolución de problemas. Dice Trinidad Bernal<sup>8</sup> que «para que pueda hablarse de conflicto es necesario que las partes enfrentadas perciban incompatibilidad entre sus objetivos y que existan lazos de interdependencia tal que una parte no pueda acceder a esos objetivos sin contar con la otra», no se me ocurre mayor interdependencia que la que existe entre dos líneas de vida entrelazadas en un proyecto común, quizá sea por ello que los conflictos de pareja presentan unas peculiaridades propias pues presentan un coste emocional, emotivo y sentimental mayor que cualquier otra manifestación conflictual.

## II.2. Soluciones

El problema no es el conflicto, sino como lo afrontamos y sobre todo qué respuesta le damos. El mejor procedimiento para resolver un conflicto familiar es aquél en el que las partes tratan de vencer el problema, más que a la otra parte<sup>9</sup>.

En nuestra actual legislación, existe plena libertad para que una persona adulta se una a otra formando así una pareja, del mismo modo, también debe existir y existe plena libertad para la ruptura de esa unión formada.

Libertad, ese es el principio fundamental sobre el que se sustenta la nueva regulación de los procesos matrimoniales de separación y divorcio a través de 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, pues si ésta es un valor superior de nuestro

---

<sup>7</sup> BOLDÚ Maite, CARRASCO Rosa M. y otros. «Introducción a la Mediación» en *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, POYATOS GARCÍA, Ana (coordinadora), Publicaciones Universidad de Valencia, Nau Llibres, 2003, p. 78.

<sup>8</sup> BERNAL SAMPER, Trinidad *La Mediación .Una Solución a los conflictos de pareja* 2.ª edición. Madrid Colex 2002.

<sup>9</sup> ESCRIVÁ-IVARS, Javier *Matrimonio y Mediación Familiar* Madrid, Rialp, 2001, p. 123.

ordenamiento jurídico que debe presidir las relaciones de los ciudadanos en la vida social, con mayor razón se deberán procurar los instrumentos necesarios para que la vida privada de las personas se rija por los principios constitucionalmente consagrados, siendo de esta forma que lo fundamental es la voluntad de los cónyuges, pues si su voluntad fue suficiente y necesaria para unirse lo mismo ha de ser para separarse.

Por consiguiente, aquella pareja casada, ya sea por forma civil o religiosa, si considera que su ciclo de convivencia común ha llegado a su fin, puede enfrentarse a los problemas derivados de esa ruptura a través de los tribunales cumpliendo los requisitos establecidos por la ley, en lo relativo al tiempo desde la celebración del matrimonio, tres meses salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con anterioridad, y fundamentalmente en lo referente a las medidas que han de regular los efectos derivados de la separación que se integran en el convenio regulador que en todo caso se redactará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del código civil.

No obstante, la propia Ley 15/2005 hace referencia en su Exposición de motivos a la posibilidad para los cónyuges de resolver las controversias derivadas de las medidas a adoptar, bien mediante la conciliación intrajudicial propiciada por el propio juez que entiende de la causa, o bien por remisión a petición de las partes a la mediación familiar, así mismo establece la Ley el carácter subsidiario que debe tener la jurisdicción *«la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges»*.

Así es que, por imperativo legal se está haciendo referencia no sólo a una forma más de solución de las disputas que se pudieran plantear en el seno de una pareja en el proceso de su separación o divorcio, sino que ésta debe ser prioritaria a la solución contenciosa, *«solo en estos casos (de falta de pacto o cuando el mismo sea contrario a los intereses de los hijos menores o incapaces o a uno de los cónyuges) deberá dictar (el juez) una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas»*<sup>10</sup>.

Según Bernal Samper, «Las personas que se encuentran en conflicto disponen de diferentes medios para resolverlo: evitar el con-

---

<sup>10</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. BOE: núm. 163 de 9 de julio de 2005, Exposición de Motivos.

flicto, negociar, mediar, someterse a un tercero privado, someterse a la autoridad judicial o recurrir a la violencia»<sup>11</sup>.

Si exceptuamos tanto el recurso al uso de la violencia como la evitación del conflicto que, por otra parte, no consiguen una solución efectiva del mismo, nos encontramos con una clara distinción entre métodos adversariales y métodos no adversariales de resolución de conflictos.

Entre los primeros se encontrarían el arbitraje o someterse a un tercero privado y el proceso judicial o someterse a la autoridad judicial, los métodos no adversariales estarían integrados, a su vez, por la negociación y la mediación, a la que habría que añadir la conciliación. Entre ambos métodos hay diferencias y un elemento común pues en ambos participa un tercero en la resolución del conflicto. Entre las primeras las más significativas son que tanto en el arbitraje como en el proceso judicial el tercero que interviene en la resolución del conflicto (árbitro, juez) está dotado de autoridad para imponer finalmente su criterio, se decide conforme a derecho y siguiendo un procedimiento reglado. Por su parte los métodos no adversariales están basados en la voluntariedad de las partes y el tercero interviniente no decide, sino que su función consiste en facilitar la adopción de posibles acuerdos.

Por consiguiente, y dado que existe una amplia variedad de procedimientos de resolución de conflictos, los tribunales no deberían ser los lugares donde comience la resolución de los mismos, sino que deben ser los espacios donde las disputas finalicen, después de haber intentado otros métodos. Y ello porque en el ámbito familiar y fundamentalmente de la pareja se hallan implicadas personas que están llamadas a mantener relaciones interpersonales que continuarán en el tiempo, sobre todo si hay hijos menores.

### **II.3. Los ADR (alternative dispute resolution system)**

Bajo la denominación de sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) se integran una pluralidad de sistemas que se pretenden como una opción distinta a la jurisdicción judicial y con la que presentan en todo caso diferencias sustanciales, si bien entre las modalidades de esta delimitación conceptual existen también importantes diferencias. Por ADR se entienden múltiples sistemas sien-

---

<sup>11</sup> BERNAL SAMPER, Trinidad, op. cit., p. 78.

do los más importantes, la negociación, el arbitraje, la conciliación y la mediación<sup>12</sup>. Cada uno de ellos presenta sus propias características que los hacen diferentes entre ellos.

La cuestión fundamental de quien decide el acuerdo o resolución final nos permitirá agrupar y delimitar los distintos sistemas, considerando también el judicial, en una clasificación por métodos heterocompositivos y métodos autocompositivos.

Son métodos heterocompositivos los basados en un sistema vertical de solución de problemas, es un tercero dotado de autoridad el que aporta la solución al conflicto, pertenecen a este modelo el sistema judicial y el arbitraje, que además se caracterizan ambos por tener procedimientos reglados y las decisiones adoptadas por el tercero decisor son vinculantes para las partes.

Por su parte son métodos autocompositivos aquellos en los que prima el principio de autonomía de la voluntad de la partes, en principio dichos métodos son de carácter voluntario. En estos, la solución del conflicto viene dada por los propios interesados, componiendo entre ellos el acuerdo en el que los intereses comunes estarán, o deberían de estar, por encima de los intereses individuales. Integran este modelo de resolución de conflictos: la negociación, la conciliación y la mediación.

El sistema judicial, se basa en la estructura formada por un poder legislativo encargado de crear las normas legales positivas sustentadas en los valores y principios dados por cada sociedad en un momento histórico concreto y los Tribunales de Justicia, encargados de aplicar dichas leyes, así como la costumbre y los principios generales del derecho, cuando realizan el ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por consiguiente la administración de justicia no sólo es un sistema de resolución de conflictos más, sino que procura resolver los conflictos conforme al criterio de justicia que se encuentra subyacente en el conjunto de valores y principios que adornan e impregnan el ordenamiento jurídico vigente.

Asimismo, el proceso judicial está concebido como un sistema que permite la resolución de los conflictos de toda índole que puedan

---

<sup>12</sup> La Unión Europea a partir de la publicación del *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil* abril 2002, p. 6 ha exceptuado al arbitraje como ADR por considerarlo un tipo de resolución de litigios más cercano a un procedimiento judicial que a las modalidades alternativas en la medida que el objetivo de la sentencia arbitral es sustituir a la decisión de justicia.

generarse en la sociedad, y dicho sistema está basado en el principio de la racionalidad adversarial del proceso, esto es, ambas partes reclaman del juez la aplicación del derecho vigente para que resuelva de forma favorable a sus intereses, debiendo el juez basándose en el derecho aplicable resolver a favor de una u otra parte, así, la naturaleza propia del sistema legal requiere que los interesados en resolver su disputa se conviertan en adversarios, por lo que el uso de la vía contenciosa como medio para resolver los conflictos tiende a mantener y a reproducir el esquema ganador/perdedor. La expectativa de vencer al otro, en vez de resolver el conflicto dinamiza y contagia todo el proceso jurídico. Dicha expectativa genera, según Romero Navarro, tres efectos interdependientes: radicalización, crispación y una dependencia judicial<sup>13</sup>.

Por su parte los sistemas autocompositivos de resolución de conflictos no están basados en la cultura ganador/perdedor, antes al contrario, imponen una cultura basada en el dialogo, la empatía, el descubrimiento de los intereses comunes, el consenso y el acuerdo, la denominada «cultura del acuerdo»<sup>14</sup>. Las dos partes en conflicto ponen solución al mismo de modo pactado, sin que una se imponga a la otra y sin que se acuda a un tercero que decida coactivamente.

En relación con las tres vías autocompositivas, negociación, conciliación y mediación, éstas también presentan diferencias entre ellas y características propias aunque presentan un elemento común, la negociación entre las partes.

La negociación puede tener lugar entre las partes enfrentadas en el proceso de discusión en cuyo caso estaríamos ante una negociación directa o también puede tener lugar por medio de representantes, en cualquier caso, su objetivo es alcanzar un acuerdo.

La conciliación es el método alternativo de resolución de conflictos de mayor tradición en nuestro país, es una negociación en la que las partes en presencia de un tercero conciliador, intentan aproximar

---

<sup>13</sup> Dice este autor: «La dinámica que genera dicha expectativa (la expectativa de vencer al otro), trae consigo tres efectos interdependientes: la radicalización de las posiciones de ambos miembros de la pareja y la crispación de la relación interpersonal...El tercer efecto tiene que ver, por una parte, con el aprendizaje de las <<armas legales>> que tiene lugar durante el largo recorrido por el que puede pasar una pareja...y por otra parte, con sustituir las normas que conducen las relaciones familiares por las normas legales, generándose así una interminable dependencia judicial.» ROMERO NAVARRO, Fermín en «La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador». En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 40, 2002, p. 38.

<sup>14</sup> ROMERO NAVARRO, Fermín, op. cit., p. 37.

sus puntos de vista con objeto de alcanzar una solución al problema planteado, el conciliador se encarga de reunir a las partes, y proponerles un acuerdo, pero a diferencia del mediador, el conciliador desempeña durante el proceso un papel pasivo.

No hay que confundir la mediación con la conciliación que existe en los procedimientos judiciales al comienzo de estos en donde bajo la tutela del juez las partes pueden llegar a un entendimiento que pondría fin al procedimiento.

En nuestro ordenamiento, en el ámbito de la jurisdicción civil y de familia alcanza una relevancia especial la figura del juez como conciliador, pues tradicionalmente se había otorgado al sistema judicial en exclusividad la resolución de los conflictos familiares. Los artículos 460 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigentes en lo que concierne a la regulación de la conciliación, atribuyen al juez que entiende el acto de conciliación funciones que van más allá de las puramente formales, en particular el artículo 471 de la LEC 1881, dispone que si después de expuestas las pretensiones, no hubiera avenencia entre ellos, «*el juez procurará avenirlos*», por tanto la Ley confía al juez una función activa en la conciliación. También en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 en los artículos 415 y 428.2 reconoce expresamente la función conciliadora del juez, «*Si (las partes) manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado*». (art. 415.1 LEC), «*A la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio...*» (art. 428.2 LEC). A la vista de estos preceptos, depende de la conducta del juez que el acto se desarrolle como una pura conciliación, desarrollando el juez su labor simplemente como garante de la validez y eficacia del acuerdo o, si «*procura la avenencia entre las partes*» o «*exhortarlas para que lleguen a un acuerdo*» entonces se aproximará a una mediación. Sin embargo, la práctica demuestra que los jueces se limitan, tanto en el acto de conciliación del artículo 471 de la LEC 1881 como en sede de audiencia previa del artículo 428.2 de la LEC, a las formalidades previstas sin que en ningún caso puedan estas confundirse con una mediación. Por consiguiente la conciliación dependiendo del ámbito de actuación puede ser bien una conciliación intra-judicial que se desarrolla dentro del proceso, el juez insta a las partes a que lleguen a un acuerdo, o bien una conciliación extra-judicial, la que tiene lugar fuera del proceso judicial, si las partes alcanzan el acuerdo a homologar por el juez antes del procedimiento.

Hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Recomendación 12/86 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a las medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, que propugna entre otras, la de imponer al Juez, como una de sus tareas principales, la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, en todos los asuntos que se planteen, al inicio del proceso o en cualquier fase apropiada del mismo<sup>15</sup>.

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, inicia una apuesta por la vía del mutuo acuerdo y soluciones autocompositivas y supone un tímido avance para retirar la exclusividad al sistema judicial de la solución de controversias en el ámbito familiar haciendo referencia a la mediación familiar y así el apartado cuarto de la disposición final primera de la citada ley, modifica el número 2 del artículo 771 de la LEC, para el caso de solicitud de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio estableciendo que: «*A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes...*» (art. 771.2 LEC), por su parte la Disposición final primera en su punto seis dispone: «*Se modifica el apartado 2 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo: 2. 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 del 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 el que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar...*» (art. 777.2 LEC).

La reforma implantada por la citada Ley introduce también la posibilidad para las partes de solicitar la suspensión del procedimiento para acudir voluntariamente a un proceso de mediación, en este sentido el apartado tres de la disposición final primera introduce una nueva regla 7ª al artículo 770 de la LEC con la siguiente redacción: «*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.*» Y por su parte el referido artículo 19.4 de

---

<sup>15</sup> En nuestro país, el *Protocolo para la implantación de la Mediación Familiar Intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de Familia*. CGPJ. Mayo de 2008, establece que «la derivación a mediación puede hacerse tanto en el proceso declarativo como en los procesos de ejecución», p. 5.

*la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone: «Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique el interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días».*

Por consiguiente, a tenor de lo dispuesto las condiciones para que el juez otorgue la suspensión del proceso son:

- Que ambas partes estén de acuerdo en la suspensión y la soliciten al juez que está conociendo del asunto.
- Que la suspensión no perjudique al interés general o de un tercero y que,
- Cuando existan hijos menores deberá ser oído el Ministerio Fiscal.

En consecuencia, a tenor de esta reforma en la Ley de Enjuiciamiento Civil se pueden extraer las siguientes conclusiones procesales:

- El juez que conozca de los litigios familiares, cuando aprecie, de oficio, a instancia de parte o del fiscal, que es posible un acuerdo entre las partes, podrá derivar a los litigantes a mediación familiar en cualquier fase del proceso.
- La resolución por la que se acuerde ir a mediación se adoptará previa audiencia de las partes y, por supuesto, con el acuerdo de ellas.
- Esta resolución establecerá la suspensión del procedimiento, así como las medidas controvertidas objeto del proceso que se van a someter a mediación.
- En cualquier momento de la mediación, a instancia de parte, del mediador, o del ministerio fiscal, se puede poner fin a la misma alzándose la suspensión del procedimiento.
- Cuando exista acuerdo, o la posibilidad de lograrlo o se haya agotado el plazo (conforme al artículo 19.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la suspensión del procedimiento no podrá superar el plazo de sesenta días), el mediador presentará el informe de la mediación al juzgado. Es necesario destacar que no hay previsión legal alguna para el supuesto en que el proceso de mediación dure más de los sesenta días que marca la ley como plazo máximo<sup>16</sup>. Si cumplido el plazo fuese perti-

---

<sup>16</sup> El Protocolo para la Implantación de la Mediación Familiar Intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de Procesos de Familia. Del CGPJ, mayo 2008, es-

nente que continuase la mediación dada la naturaleza de las relaciones jurídicas que se tratan y en especial si hay hijos menores, previa solicitud y acreditación de que la mediación continua, puede el juez con fundamento en el artículo 158 del Código Civil, ampliar el plazo de suspensión del proceso: *«El juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará: 4º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle prejuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria».*

- La tramitación del procedimiento se ajustará a lo que proceda, si la mediación finalizara con acuerdo cabría plasmar el mismo en el convenio regulador y solicitar el cambio de procedimiento a consensual en virtud de lo establecido en los artículos 770.5ª y 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) o bien proponer los acuerdos que se hubiesen alcanzado como medidas, bien provisionales, bien definitivas que deban regir entre las partes conforme lo dispuesto en los artículos 773.1 y 774.1 de la LEC; si no se hubiese alcanzado acuerdo alguno se continuaría con el procedimiento contencioso.

Si bien dicha reforma supone un pequeño paso al menos es positivo al establecerse en las vistas para la adopción de medidas provisionales ya sean previas, coetáneas o definitivas la obligación del juez de proceder a un llamamiento a las partes para intentar llegar a un acuerdo antes de continuar con el proceso, así como la posibilidad a las partes de solicitar una suspensión del contencioso con el propósito de acudir a una mediación.

Por consiguiente, no cabe duda de que los sistemas autocompositivos emergen cada vez con mayor fuerza e intensidad frente a los sistemas heterocompositivos de resolución de conflictos (administración de justicia y tribunales de arbitraje). Surge así una nueva cultura fundamentada en los ideales, principios y valores de una sociedad democrática desarrollada, donde los ciudadanos con conflictos son, o al menos deben considerarse lo suficientemente maduros como para buscar sus propias soluciones sin que tengan la necesidad de ser tutelados por el Estado a través de los tribunales.

---

tablece únicamente que «Si agotado el plazo de suspensión del curso de los autos no hubiesen finalizado las sesiones mediacionales, podrán las partes solicitar una prórroga del mismo, acreditando mediante certificación del mediador que continua la mediación».

### III. La Mediación en la ruptura de relación en pareja

Aun cuando la mediación en el contexto familiar puede aplicarse para la solución de problemas derivados de las relaciones conflictivas entre los diversos miembros de la familia, así conflictos generacionales, de los hijos no comunes con el otro cónyuge o miembro de la pareja, conflictos con ascendientes, disputas entre hermanos, etc. es en el ámbito de la separación o divorcio entre los miembros de la pareja donde la mediación alcanza su máxima expresión, erigiéndose en un instrumento que ayuda a ambas partes a buscar en el marco de su propia autonomía y capacidad de autorregulación la solución más beneficiosa, convirtiéndose ellos mismos en los artífices de su propia resolución, ayudados por un tercero, el mediador. Es por tanto la mediación, un medio de evitar que el conflicto se enquistara todavía más, evitando la confrontación que inevitablemente acarrea un procedimiento contencioso y otorga a los miembros de la pareja el protagonismo necesario para la resolución en el presente de lo que tiene que ser su relación, y sobre todo de y con los hijos, en el futuro. Se evita de esta manera que otras personas decidan por ellos en temas tan importantes como es la propia definición de lo que ha de ser su vida.

Incluso se podría considerar la mediación como un ritual de la separación, así como existen los ritos esponsales, sean civiles o religiosos, no existen ritos que acompañen a los individuos en el tránsito de la separación y en este sentido, la mediación podría actuar a modo de ritual de tránsito<sup>17</sup>.

Es muy importante, a la vista de las definiciones y conceptos utilizados para definir las realidades, el no confundir los objetivos que se pretenden alcanzar. Tal y como defiende Trinidad Bernal<sup>18</sup>, la expresión mediación familiar, cuando se utiliza para hacer referencia a los procesos en los que se resuelven los conflictos surgidos de una separación o divorcio, es inadecuada porque puede dar lugar a confusión con aquellos otros procedimientos utilizados también en el ámbito de pareja que lo que pretenden es recomponer una situación o convivencia deteriorada como la terapia de pareja, o mediar en los diferentes problemas surgidos en el más amplio ámbito familiar mediante una terapia familiar.

---

<sup>17</sup> ROMERO NAVARRO, Fermín, op. cit., p. 35, dice este autor que la mediación es un método que ofrece a los miembros de la pareja que se separa un adecuado tránsito a través del camino marcado por el conflicto.

<sup>18</sup> BERNAL SAMPER, Trinidad op. cit., pp. 99-100, dice esta autora que «la mediación es una etiqueta que se emplea para designar formas distintas de trabajar en un mismo tema» Propone por tanto la expresión «mediación en ruptura de pareja».

Sobre este aspecto, son de destacar los diferentes tratamientos que se le ha dado por parte de nuestros legisladores autonómicos, así la Ley catalana 1/2001 de mediación expone en su preámbulo que *«La implantación generalizada de la mediación familiar...en todas partes con la misma finalidad: La solución extrajudicial de la conflictividad matrimonial.»* Y continúa de la siguiente forma: *«Si inicialmente se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura.»* Y lo establece de forma meridiana en su artículo 1 al disponer que el objeto de la presente ley es *«regular la mediación familiar como medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos en los supuestos que recoge la presente ley»*, estos vienen regulados en el extenso artículo 5 haciendo referencia a los conflictos surgidos con ocasión de las crisis de convivencia.

Por su parte la Ley gallega 4/2001 ha sido menos respetuosa con los objetivos propios que debe atender la mediación familiar pues confunde la mediación con la orientación o terapia familiar. Así dice en su artículo 4.1 a) *«Buscar soluciones a las situaciones de conflicto...mediante ofrecimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo...»* La mediación familiar, no es una intervención para recomponer o restaurar el vínculo matrimonial, es una intervención en la ruptura de la relación en pareja, por lo que si el mediador ve algún atisbo de solución en la relación o si la pareja está confusa, no debe intervenir debiendo derivar el asunto a terapia, orientación o cualquier otro medio de ayuda para parejas. Estos procesos buscan la solución al problema que tiene la pareja, ayudando a las partes con la finalidad de la no ruptura de la relación en pareja, por su parte la mediación no cuestiona la ruptura, esta es un hecho, por tanto lo que se busca es la mejor solución a la situación ya creada. Por consiguiente, no se debe intervenir cuando no hay ruptura de pareja.

Mejor redacción se le ha dado en el preámbulo de 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, en donde se han introducido referencias a la mediación como método de resolución de conflictos, así en la Exposición de Motivos encontramos un párrafo del tenor literal: *«Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.»*

Es conveniente por tanto, precisar bien cuál es el campo de actuación de la mediación en la ruptura de pareja para no confundirla con otros medios como el asesoramiento jurídico, la terapia familiar, la orientación familiar o la terapia psicológica. Así pues, la mediación supone que los miembros de la pareja hayan tomado la decisión firme de separarse.

Por consiguiente, el ámbito de actuación de la mediación en la ruptura de la relación en pareja, viene determinado por dos situaciones que afectan a los procesos de ruptura: la separación de los miembros de la pareja, y sus efectos, y las situaciones conflictivas vengan estas derivadas o no de la separación.

Así pues, tanto si la mediación se ha llevado a cabo por iniciativa de los interesados antes de iniciar el procedimiento judicial de separación o divorcio, como si se recurre a la misma una vez iniciado el proceso de carácter contencioso, el acuerdo al que se llegue habrá de plasmarse en la correspondiente acta final de mediación la cual se incorporará a la propuesta de convenio regulador que habrá de acompañar necesariamente la demanda de separación o divorcio.

Esta intervención judicial, se limitará a aprobar el convenio en los términos a que hayan llegado las partes, comprobando el órgano jurisdiccional que los acuerdos alcanzados no son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En este sentido, no es pacífica la doctrina en cuanto a la conveniencia de que los jueces tutelén lo libremente pactado por los cónyuges y así se discrepa en la limitación impuesta por el artículo 90 de Código civil para la aprobación del convenio regulador en lo relativo al inciso «o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»<sup>19</sup>.

La plena capacidad de los cónyuges para celebrar toda clase de contratos, así como la libertad para realizar toda clase de actos gratuitos, como son las donaciones entre esposos, y la posibilidad de renunciar a derechos y acciones, casa mal con la pretendida tutela legal de la conducta de un cónyuge, aunque esta le sea perjudicial, siempre y cuando la realice en el pleno uso de sus facultades y dentro del marco de su libertad.

---

<sup>19</sup> Así, ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L. en «Comentarios al proyecto de ley de enjuiciamiento civil desde la perspectiva del Derecho de Familia», en *RDF*, núm. 3, 1999, pp. 42-44, dice este autor que «Si lo que se ha pretendido es proteger eventualmente a una parte, que puede ser más débil o influenciable, la vía estará por el aumento de las garantías y la posibilidad general de anular el convenio cuando exista fuerza, coacción, error o dolo. Pero no a través de un examen judicial de lesividad o no para los intereses de un cónyuge del convenio que firma».

No obstante lo anterior, si bien los acuerdos adoptados por las partes en la mediación han de incorporarse en el convenio regulador, este puede tratar todos los aspectos requeridos por el mismo, con lo que estaríamos ante un acuerdo total o por el contrario, si las partes sólo han llegado a ponerse de acuerdo en determinados temas, siendo entonces necesario que el juez, mediante el procedimiento contencioso venga a completar aquellos temas de necesaria resolución, estaríamos ante un acuerdo parcial de mediación. Suele suceder que el acuerdo final de mediación adopte más temas de los que necesariamente han de ser controlados judicialmente, incluso en materias que se salen del ámbito judicial, ello no ha de importar siempre que sean pertinentes y necesarias par un mejor entendimiento futuro de las partes.

El convenio regulador viene regulado en el artículo 90 del Código Civil, en el mismo se disponen las materias mínimas que debe contener dicho convenio: Las referentes al cuidado y ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos, en su caso, el régimen de visitas con sus abuelos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la liquidación del régimen de gananciales y si es el caso, la atribución de pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges.

No obstante, la mediación en la ruptura de la relación en pareja, tiene sus limitaciones y así siendo la característica esencial por antonomasia la libre voluntad de las partes, en aquellos casos en los que la voluntad de las personas implicadas en el conflicto se encuentre adulterada, por error, dolo, violencia o intimidación, la técnica de la mediación estará contraindicada.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, es clara y tajante al respecto y así dispone en su artículo 44.5 «*En todos estos casos, (de violencia) está vedada la mediación*».

Y no podía ser de otra manera, pues si la mediación como método de resolución de conflictos se basa en situar a las partes en un mismo nivel de igualdad, en donde una de las tareas del mediador consiste en crear un espacio en donde las partes busquen soluciones, éstas sólo podrán ser más o menos equitativas si parten desde posiciones igualitarias, es más, sólo desde una perspectiva de equivalencia, se pueden permitir acuerdos perjudiciales si están en consonancia con la libre voluntad de decisión de quien las toma, si existe algún atisbo de violencia ya no sólo física, la cual es más fácilmente perceptible, sino fundamentalmente psicológica, que es la más dañina y perversa, no se debe permitir que se inicie o continúe un proceso que debe estar siempre presidido por la igualdad de los interesados.

Por consiguiente, la mediación no parece el método más adecuado para la búsqueda de soluciones en aquellos casos en los que uno de los miembros de la pareja, o de los hijos, sea víctima de violencia ya sea esta física o psicológica, pues en estos casos las decisiones estarán viciadas en el consentimiento por el desequilibrio de poder entre las partes, y también cuando alguno de los interesados no tenga el control de su voluntad, por otras causas, como sucede en los casos de drogodependientes, alcohólicos, etc. donde el afectado será incapaz de asumir los compromisos adquiridos.

El mediador debe asegurarse sobre la voluntad de las partes en conflicto así como la aceptación y la firmeza de su decisión sobre la ruptura conyugal y que ambas aceptan y respetan las reglas de la mediación.

#### IV. CONCLUSIONES

La Mediación Familiar supone, por consiguiente, un profundo cambio cultural y de mentalidad, ya sea por su consideración como un instrumento que facilita el acceso a la justicia a los ciudadanos, o bien porque los mismos tengan una percepción negativa de la administración de la justicia, o como consecuencia de los cambios sociales favorables a una mayor autonomía de la voluntad de las personas, el caso es que la mediación se está configurando como una nueva forma de solucionar los conflictos relacionales, a la cual no son ajenas algunas instituciones.

De lo expuesto en este trabajo podemos colegir algunas consideraciones finales:

- Primera. Los conflictos son inevitables, pero los mismos pueden convertirse en oportunidades de crecimiento personal, y para que esto ocurra tenemos que saber como manejarlos. En este sentido la mediación se configura como un medio a través del cual las personas se constituyen en participes y protagonistas de la búsqueda en la resolución de sus propias disputas.
- Segunda. La Mediación Familiar, como método de gestión positiva y resolución de conflictos, constituye una respuesta, de carácter práctico, a las dificultades de los ciudadanos para un acceso eficaz y efectivo a la justicia.
- Tercera. La Mediación a diferencia de los procedimientos judiciales que se basan en el enfrentamiento o, lo que es lo mismo, en la dicotomía ganador/perdedor, apela a la responsabi-

lidad de las personas, las hace partícipes y co-responsables de sus decisiones y en contextos como son los procesos de familia, cuya finalidad esencial ha de ser la pacificación del conflicto familiar, procesos cuya solución debe tener más de proyección de futuro, fijando nuevas reglas de relación para el presente, que de análisis de pasado, es donde debe primar la cultura del acuerdo.

- Cuarta. En ningún caso debería establecerse la Mediación con carácter obligatorio, en cuyo caso se formalizaría y convertiría en un mero trámite y un presupuesto más de todo proceso.
- Quinta. La Mediación Familiar en contraposición con otros medios de resolución de conflictos destaca por sus ventajas, así es una manera rápida, sencilla y rentable de solucionar conflictos y permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes y, por consiguiente, aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente, lo que conlleva a preservar una relación sostenible entre ellos.
- Sexta. Con la Mediación no se trata de instaurar una justicia alternativa en paralelo a la de los Jueces y Magistrados profesionales, pues no hay reticencia ante el Juez profesional, de lo que se trata es de establecer un procedimiento que satisfaga un derecho-deber de los ciudadanos a participar directamente en la vida social mediante la responsabilidad de componer sus conflictos.
- Séptima. Es imprescindible un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos que intervienen en los procesos de familia, tanto jueces, como abogados y fiscales, y ello con el loable objetivo de impulsar la mediación en aquellos procesos en los que sea viable como instrumento pacificador de los conflictos familiares.

Si bien nos encontramos ante una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, el desarrollo de la Mediación no es sólo consecuencia de este imperativo constitucional, sino que es una urgente necesidad en cuanto que pieza decisiva de una reforma en profundidad del conjunto de la Administración de Justicia que es sentida como inaplazable por buena parte de los ciudadanos. Está surgiendo una nueva cultura donde los ciudadanos con conflictos, ante la complejidad de los procedimientos judiciales y sobre todo ante la lentitud e ineficacia de los mismos para resolver los problemas planteados buscan sus propias soluciones sin

la tutela del Estado. La realidad social demanda un cambio urgente en los modos de administrar justicia y por ello la Mediación está llamada a ser una pieza clave en este proceso.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### Obras y documentos de consulta

- BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- BERNAL SAMPER, Trinidad, *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, Colex, 2002
- DE CASTRO CID, B. (coordinador), *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, 3.<sup>a</sup> edición. Madrid, Universitas, 2003.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco y GARRIDO DE PALMA, Víctor M., *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Vol. 1.º, Madrid, Civitas, 2001
- ESCRIVA IVARS, Javier, *Matrimonio y Mediación Familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Madrid, Ediciones Rialp, 2001
- GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid, Dykinson, 2003.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, Colex, 2004.
- HAYNES, JOHN M., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Madrid, GAIA ediciones, 1995.
- LANDETE CASAS, José, «Aspectos Generales sobre la mediación y el mediador» en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 2, mayo-agosto 1999.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil, Tomo III, Contratos*, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid, Trivium, 2001.
- *Principios de Derecho Civil, Tomo VI, Derecho de Familia*, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María y DENTICI VELASCO, Nina María, *La Regulación de la Separación y el Divorcio en la nueva*

- «*Ley de Divorcio*» de 2005 con especial referencia a la *Mediación Familiar*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005.
- PÉREZ DEL CAMPO, Ana María, «Origen y Transmisión de la Violencia de Género» en *Violencia de Género. Una visión multidisciplinar*. Centro de Estudios Ramón Areces, 2008.
- POYATOS GARCÍA, Ana (coordinadora), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Universidad de Valencia, Valencia, Nau Llibres, 2003.
- ROMERO NAVARRO, Fermín, «La Mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 40, 2002.
- SAN SEGUNDO MANUEL, Teresa, «Las Leyes Civiles ante el maltrato» en *Violencia de género. Una visión multidisciplinar*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2008.
- «Maltrato y nueva Ley de Divorcio» en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas del Derecho de Familia, Madrid, junio 2005. Ed. UNED-IDAFE-El Derecho.
- TENA PIAZUELO, Isaac, «La mediación conyugal en la crisis matrimoniales» en *Noticias Jurídicas, Artículos Doctrinales de Derecho Civil*. Enero 2001.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana M., «La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares» en *La Ley*, núm. 5049, mayo 2000.

### **Legislación y jurisprudencia consultada**

- Código Civil español.
- Constitución Española de 1978.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la ONU (CEDAW), adoptada en New York el 18 de diciembre de 1979.
- Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

- Ley Orgánica 3/2007, de 24 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña.
- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia.
- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, Reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar en Canarias.
- Ley 13 /2005, de 1 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha.
- 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.
- Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.
- Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de Baleares.
- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.
- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación familiar del País Vasco.
- Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (presentado por la Comisión) COM (2002) 196 final.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.COM /2004) 718 final.
- Protocolo para la implantación de la Mediación Familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia, del Consejo General del Poder Judicial, mayo 2008.

- Recomendación N.º R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar.
- Recomendación 12/86 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a las medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia.
- Reglamento (CE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- STS de 27 de noviembre de 1987. Ponente: Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

### **Abreviaturas**

ADR (en inglés)	Resolución alternativa de conflictos.
Art.	Artículo.
CC.	Código Civil.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.

