



LA MEDIACIÓN FAMILIAR: SU REGULACIÓN EN ESPAÑA.

AUTOR: JUANA ALOMAR SERRA

TUTOR: CRISTINA GIL MEMBRADO

Mayo/Junio: 2014.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGIA.	3
2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR.	3
2.1. DEFINICIÓN:.....	3
2.2. LA NORMATIVA EN ESPAÑA.	4
<i>A. Habilitación competencial.</i>	<i>4</i>
<i>B. Vertebración tras la Ley 5/2012, de 6 de Julio.....</i>	<i>5</i>
2.3. JURISPRUDENCIA:.....	7
<i>A. RESPUESTA DE LA JUDICATURA ANTE EL COLAPSO JUDICIAL.....</i>	<i>8</i>
<i>B. RECOMENDACIONES EN LA JURISPRUDENCIA:</i>	<i>9</i>
2.4. CONCLUSIÓN:.....	14
2.5. BIBLIOGRAFIA. OBRAS Y RECURSOS DIGITALES:	16

1. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGIA.

La Mediación Familiar es un proceso durante el cual la pareja, ayudada por un profesional, el mediador/a, decide la forma de llevar a cabo su separación o divorcio y lo que se relaciona con él. Está dirigida a las parejas casadas o no casadas que desean poner fin a su relación de pareja y también para las que estando ya divorciadas quieran modificar alguno de los puntos del Convenio Regulador. Atravesar por una ruptura de pareja sabemos que es difícil, el desgaste emocional que conlleva un divorcio y lo costoso y largo que puede ser un procedimiento judicial contencioso, algunas veces de varios años. La pareja ayudada por el mediador/a y teniendo en cuenta las necesidades de todo el grupo familiar, especialmente de los hijos, desde un clima de respeto y colaboración, tratará todos aquellos puntos que le preocupen, tomará acuerdos y confeccionará su Convenio Regulador de divorcio.

La metodología de este trabajo es analizar: donde nace la intención de la implantación de la mediación, la relación de la normativa elaborada en España, las primeras normas que nacen desde las comunidades autónomas y seguida de la aprobación de la ley de mediación nacional. La afectación de la ley nacional sobre las leyes y los reglamentos aprobados con anterioridad por las comunidades autónomas. El análisis y las recomendaciones sobre la mediación por la jurisprudencia desde los distintos Tribunales.

El objetivo de este trabajo es dar a conocer las ventajas de la mediación, la necesidad de hacer llegar a la población este sistema de resolución de conflictos, para ayudar a eliminar las barreras y los miedos que impiden, que este novedoso sistema de resolver conflictos, llegue a todos los que necesitan solventar y dar solución a los problemas que surgen en las relaciones familiares.

2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

2.1. Definición:

La mediación es un sistema voluntario para la resolución de conflictos en el que una persona o equipo de personas imparciales ayudan a dialogar y alcanzar acuerdos entre las dos partes de un conflicto civil o penal. La intervención y el papel del mediador diferencia a esa figura del arbitraje, que consiste básicamente en que las partes acuerdan someterse a la decisión de un tercero (árbitro). Un mediador, en cambio, es un profesional imparcial, neutral y sin capacidad para tomar decisiones por las partes, a las que asiste con el objeto de favorecer vías de comunicación y llegar a soluciones consensuadas.¹ La Recomendación² R (98)1, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar, particularmente los conflictos que resultan de una separación o de un divorcio, observando las

¹- Según el Consejo General del Poder Judicial.

²- Consejo de Europa. Recomendación R (98)1, de 21 enero 1998. B. Información M^o Justicia 1 mayo 2001, núm. 1.892.

consecuencias perjudiciales de estos para las familias y el elevado coste social y económico para los Estados, por lo que, hay que considerar la necesidad de reducirlos en beneficio de todos los miembros de la familia, destinadas a tener relaciones interdependientes, en el presente y que van a continuar en el futuro.

2.2. LA NORMATIVA EN ESPAÑA.

A raíz de la Recomendación R(98) y ya con retraso y fuera del plazo fijado por la Directiva comunitaria 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, se aprueba en nuestro ordenamiento, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, viene a regular este sistema de gestión de conflictos, ya que hasta dicha fecha quienes habían tomado la iniciativa de regular la mediación fueron las Comunidades Autónomas, la primera en aprobar una ley de mediación fue Cataluña y sucesivamente, las otras comunidades fueron aprobando sus propias leyes, una detrás de otra y algunas de ellas también han aprobado sus reglamentos de desarrollo.

Un breve resumen de estas leyes (Anexo I).

En el 2002, el Gobierno pretendió dar prioridad a los servicios que se pudieran dar, dentro del plan de familia, la creación de la mediación familiar y puntos de encuentro dentro de las comunidades autónomas y provincias, a través de la Secretaria General de Asuntos Sociales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.³ Este proyecto había invertido unos 13 millones de euros en tres años. En aquel momento había servicios de mediación familiar y puntos de encuentro en prácticamente todas las comunidades autónomas.

Hasta el año 2010, no se vuelve a instar al Gobierno para que tome medidas sobre la regulación de la mediación familiar.⁴ El Congreso de los Diputados insto al Gobierno a regular la mediación familiar intrajudicial como instrumento voluntario para que las partes solucionen sus conflictos por la vía consensuada. Durante el debate, todos los grupos mostraron reticencias a la propuesta, pues, según han señalado, es competencia de las comunidades autónomas.

A. Habilitación competencial.

A pesar de las distintas posturas en querer regular la Mediación Familiar por parte del Estado, no es hasta el año 2012 cuando se aprueba la ley sobre mediación (Ley 5/2012)⁵ y cosa curiosa es, que en ningún momento dicha ley, hace mención exclusiva a la mediación familiar, pero tampoco la excluye.

3- El Gobierno pretende dar prioridad a la creación de «Mediación familiar (23/9/2002)(EFE).-

4- El Congreso insta al Gobierno a regular la mediación familiar intrajudicial como instrumento para solucionar conflictos (23/06/2010)

5- La Ley 5/2012, de 6 de julio. Ley de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

La normativa aprobada hasta ahora da por sentado que las competencias sobre la mediación familiar son de las comunidades autónomas, pero no está tan claro.

La habilitación competencial de las Comunidades Autónomas para regular la mediación como institución de derecho sustantivo y como institución de derecho procesal, cabe señalar que la Constitución Española de 1978 no consagra la figura de la mediación ni establece por tanto sobre ella ninguna distribución competencial, por lo que si atendemos a la distribución competencial de la Constitución en la normativa civil y mercantil, el art. 149.1.8 establece la competencia exclusiva del Estado en Derecho Civil, por lo tanto, hay una disposición general y esto nos lleva a poder decir que las Comunidades Autónomas no han respetado estos límites y se han adelantado a la regulación estatal sobre esta materia.

B. Vertebración tras la Ley 5/2012, de 6 de Julio.

Aunque las distintas Comunidades Autónomas parten de diferentes definiciones de la mediación familiar, todas coinciden en definirla como un proceso voluntario, extrajudicial, complementario a la vía jurisdiccional.

Encontramos características similares en la regulación del procedimiento de la mediación, en el régimen sancionador y en la creación de un registro de mediadores. Así mismo, los principios coinciden de forma casi unánime con los recogidos en los textos internacionales y en la Ley nacional, sin perjuicio de que, tal y como hemos apuntado, cada normativa se caracteriza por enfatizar más en alguno de ellos, sin olvidar el interés de la familia y de los hijos como principio fundamental en este procedimiento.

En cuanto al principio de confidencialidad, la legislación nacional establece que están obligados a ellas, bajo responsabilidad, las partes, así como las instituciones de mediación de acuerdo a lo establecido en la Ley y el mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, tal como establece la Ley 5/2012. Este principio de confidencialidad afecta tanto al procedimiento como a la documentación utilizada, con una sola excepción, si es solicitada la información por los jueces mediante orden jurisdiccional penal.⁶

La mayoría de ellas establecen un criterio de mediación total o parcial, según afecte a todas o algunas de las materias que habitualmente se ventilan en la Mediación Familiar. Establecen como finalidades el asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o aproximación de las partes en conflicto.

En la mayoría, la Consejería es el órgano competente en Familia, ésta, realiza el seguimiento, control y evaluación de la aplicación de la Mediación Familiar. En algunas de las CCAA se han creado Centros de Mediación Familiar, en Cataluña esta entidad está adscrita al Departamento de Justicia y en otras CCAA es competente la Consejería de Servicios Sociales.

⁶ Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, num.2/2013 Pilar Domínguez Martínez, Prof. Derecho Civil UCLM.

La figura del Mediador, en la mayoría de las normas de las CCAA se define que sea un profesional que ejerza de abogado, psicólogo, trabajador social, educador social o pedagogo y que esté colegiado en su respectivo colegio. En otras, el mediador puede ser cualquier persona que reúna los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establecerán por vía reglamentaria. En casi todas, el mediador deberá tener formación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología o Trabajo Social y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales y también en el Registro Público de Mediadores Familiares de su CCAA. La Ley 5/2012, además de homogenizar el procedimiento sobre la cualificación profesional del mediador, le corresponde como normativa estatal establecer un régimen general de la mediación que además facilite un adecuado ensamblaje con la legislación procesal, sin olvidar cuestiones reservadas a la competencia legislativa civil estatal como es la naturaleza y cuestiones generales contractuales, concretamente del contrato de mediación.

En cuanto a la capacitación y formación continua de los mediadores, la Directiva 2008/52, deja libertad a los Estados, estableciendo que se fije “por los medios que considere adecuados”. Según la Ley 5/2012, pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Estable, la ley, la novedad de que pueden ser mediadores las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, por lo que deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley. Para ser mediador se deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y además contar con la formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas que tendrán validez para el ejercicio de la actividad de mediadores en cualquier parte del territorio nacional.

En la mayoría de las leyes, los acuerdos serán la base para redactar otros documentos como un convenio de separación, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos, pudiendo ser presentados ante el Juez competente. Para la formalización del título ejecutivo, el acuerdo de mediación se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y de la sesión final del procedimiento. La ley aclara que la presencia del mediador no será necesaria en la presentación por las partes ante notario del acuerdo de mediación. El notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos y que su contenido no es contrario a Derecho. Una novedad de la Ley 5/2012 es la naturaleza contractual del acuerdo de mediación y por lo tanto el sometimiento a los requisitos necesarios para la validez de los contratos establecida en el artículo 1261 del CC. Esta naturaleza se refuerza en el art. 14 titulado Responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación, estableciendo que la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo. La Ley establece también de forma novedosa que contra lo convenido en el acuerdo de mediación

sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Podría decirse que se trata de un contrato en el que la forma, en principio, no es esencial, sin embargo, algunas leyes de mediación familiar dictadas por las Comunidades Autónomas exigen expresamente la forma escrita del Acta inicial, sin que ello sea incompatible con los principios de flexibilidad que rigen este proceso. Se recomienda en todo caso, que el profesional de la mediación vele por el rigor léxico y material necesario en función del contenido de los acuerdos.

En cuanto al control judicial de acuerdos de mediación de cuestiones familiares que afecten a menores, por ejemplo la custodia en procedimientos matrimoniales, debe subrayarse la tendencia de la mayor parte de los juzgados y tribunales, que ha sido la de mantener la ineficacia de los acuerdos por tratarse de materias que afectan a menores, es decir, los pactos deben pasar por el control judicial para tener validez.

2.3. JURISPRUDENCIA:

En los últimos años, y por la influencia de la legislación comunitaria en la materia, ha irrumpido con fuerza en nuestro panorama jurídico la Mediación, como mecanismo alternativo a la resolución pacífica de conflictos. Como suele ser habitual en estos casos, se ha creado un gran revuelo entre los operadores jurídicos. Algunos consideran que con la implantación de este mecanismo se está invadiendo su esfera de competencias, por lo que no es muy difícil comprender que miren con gran recelo todo lo relacionado con la Mediación. Otros, por el contrario, contemplan su aparición como la varita mágica que resolverá todos los problemas inherentes a nuestro sistema judicial, a la par que proporcionará un importante nicho de mercado, cosa muy importante en épocas de penuria. Posiblemente la realidad no se corresponda con ninguno de los dos planteamientos y más bien discurra por un camino intermedio, mucho más modesto y no por ello menos interesante.

Lo que sí que es cierto es que, con retraso y ya fuera del plazo fijado por la Directiva comunitaria⁷ del Parlamento Europeo, nuestro ordenamiento, mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, viene a regular este sistema de gestión de conflictos. Ahora bien, la premura en su redacción, buscando que no se cumpliera la amenaza de penalización que pesaba sobre España por el retraso del legislador, ha contribuido a que la redacción de la ley sea manifiestamente mejorable. Además, hay que advertir que la Ley 5/2012 excluye expresamente de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones públicas, la penal, la laboral y la mediación en materia de consumo. Estas exclusiones no suponen que estas mediaciones estén prohibidas por el ordenamiento, sino simplemente que no están contempladas por la ley.

En este escenario, y a la espera del preceptivo desarrollo reglamentario, destaca el importante papel a desempeñar por la Jurisprudencia si se quiere que la implantación

7- Directiva comunitaria 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008

de la Mediación sea exitosa. Sabemos que la Jurisprudencia cumple una doble función: por una parte debe velar por la estabilidad del derecho, estudiando detalladamente los precedentes, y por otra tiene que colaborar en el progreso de ese mismo derecho con el fin de irlo adaptando a las circunstancias históricas y sociales de cada momento. Esa doble función, siempre enriquecedora, se vuelve imprescindible cuando lo que se pretende es conseguir un cambio de mentalidad, un nuevo paradigma a la hora de afrontar los conflictos. Contar con una Jurisprudencia innovadora que colme las lagunas de la ley y que impulse de forma efectiva la implantación de la Mediación es una condición necesaria para que las expectativas, depositadas en esta herramienta de gestión de conflictos, no se vean defraudadas.

A. RESPUESTA DE LA JUDICATURA ANTE EL COLAPSO JUDICIAL

Ante el colapso que padece nuestro sistema judicial, situación agravada por la crisis económica que ha provocado una disminución de los recursos destinados a su mantenimiento y a la par un incremento de la conflictividad social, la Judicatura no ha permanecido impasible. Al contrario, de manera reiterada un significativo grupo de Magistrados ha propuesto soluciones para intentar resolver esta situación.

Cabe destacar, como Iniciativas para mejorar la calidad de la respuesta judicial en los procesos de familia, las VII Jornadas de Jueces de Familia,⁸ en el que se llegaron, entre otras, a las siguientes Conclusiones: Necesidad de seguir promoviendo los servicios de mediación familiar intrajudicial, informando suficientemente de su existencia. A este respecto se considera un instrumento adecuado el Protocolo para la implantación de servicios de mediación familiar intrajudicial en Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia elaborado por el CGPJ. Se insta al CGPJ para que apoye las iniciativas que los Jueces vienen realizando en aplicación de este Protocolo. Igualmente debe fomentarse la mediación familiar intrajudicial en la segunda instancia. Destacan también las declaraciones del Juez Decano de Valencia, D. Pedro Viquer,⁹ en las que se refería, entre otras cuestiones, a “la desmesurada litigiosidad” (de nuestro sistema judicial), indicando que: “Debe conocerse el excesivo coste social y económico de los procesos en asuntos irrelevantes y transmitir a la sociedad que los litigios cuestan mucho dinero y ocasionan enormes molestias a los ciudadanos. Hay miles de juicios y vistas a diario por cuestiones nimias, evitables, que retrasan las causas importantes. Conviene debatir sobre la necesidad de simplificar los procedimientos, generalizar la oralidad, desjudicializar materias, despenalizar faltas, limitar los recursos, potenciar la mediación y el arbitraje...” En la misma línea, a finales del año 2011, los Jueces Decanos de España afirmaban que: “Ningún modelo de Administración de Justicia, ni siquiera el más y mejor dotado, puede absorber y resolver toda la conflictividad que generan las complejas sociedades modernas. La

8- VII Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y celebradas en Barcelona, los días 1, 2 y 3 de Marzo de 2011.

9- Juez Decano de Valencia, D. Pedro Viquer, en un artículo publicado el 18 de junio de 2011, en EL PAÍS y titulado “Cómo modernizar la justicia”,

sociedad civil debe aprender a resolver parte de sus conflictos de intereses, especialmente los de menor entidad, en otros ámbitos distintos a la Administración de Justicia, por la vía de la autocomposición, la mediación o el arbitraje, de los que existen ya probadas y exitosas experiencias”

Dos años más tarde, en junio de 2013, el Consejo del Poder Judicial ha presentado un Informe sobre la evolución de los asuntos judiciales en 2013 y su proyección, estimativa, para lo que queda de año, calculándose que a finales de este año 2013 habrán entrado en los juzgados españoles 8,6 millones de pleitos en las distintas jurisdicciones y que se resolverán 8,9 millones (algunos pleitos o causas vienen arrastradas de años anteriores, lo que explica que se resuelvan más asuntos de los que entran). A finales de 2013, según este mismo Informe, los juzgados y tribunales españoles tendrán 2,6 millones de asuntos en trámite y habrán dictado 1,5 millones de sentencias. El colapso judicial es pues una realidad indudable.

Son cada vez más los miembros de la Carrera Judicial que abogan por la Mediación, prueba de ello es la agrupación de los mismos en GEMME¹⁰, lo cual se traduce no solo en el apoyo a la mediación y su divulgación por parte de los mismos sino también en el dictado de resoluciones judiciales en las que se recomienda la utilización de dicho medio de resolución alternativo de conflictos.

B. RECOMENDACIONES EN LA JURISPRUDENCIA:

a) RECOMENDACIONES DESDE LOS JUZGADOS DE FAMILIA

Una interesante resolución del Juzgado de Primera Instancia de Gijón,¹¹ de 26 de abril de 2012, afirma, en primer lugar, que: “la ruptura de una pareja conlleva además de un proceso legal, un proceso emocional, personal y psicológico que viven tanto los adultos como los hijos, y que no acaban con el dictado de la presente sentencia”. Posteriormente, tras advertir que: “los hijos no son propiedad exclusiva del padre o de la madre, ya que ambos continúan siendo imprescindibles para el crecimiento y maduración de los hijos. (...) y las actitudes de "posesión" sobre los hijos/as que excluyen al otro progenitor perjudican gravemente a los menores”, concluye, y eso es lo llamativo y que muestra un enfoque innovador, que: “para el caso de que los progenitores se vean incapaces de asumir el anterior proceso de transformación personal, familiar y social que les afecta al igual que a los hijos, conviene recordar que existen profesionales dedicados a la Mediación Familiar que pueden ayudarles”.

Pero el juez va más allá, recordando que el Art. 13. 9 e) del Código Deontológico del Consejo General de la Abogacía, cuando habla de las relaciones de los letrados con sus clientes, fija expresamente, que el abogado debe informar a su cliente de “la evolución del asunto encomendado, resoluciones trascendentes, recursos contra las mismas, posibilidades de transacción, conveniencia de acuerdos extrajudiciales o

10- GEMME (Asociación Europea de Jueces y Magistrados por la Mediación)

11- 26-4-2012. Roj: SJPI 13/2012. Id Cendoj: 33024420082012100001 Órgano: Juzgado de Primera Instancia Sede: Gijón Sección: 8 N° de Recurso: 50/2012 N° de Resolución: Procedimiento: Civil Ponente: Ángel Luis Campo Izquierdo.

soluciones alternativas al litigio”. Un consejo dirigido a los letrados, cuando menos inusual, dado por un juez sensible a los dramas familiares que derivan de muchas separaciones y donde los menores son en la mayoría de los casos las principales víctimas.

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, nº 6 (Familia), el 24 de Junio de 2010, dictó Sentencia donde indicaba que: “El régimen de visitas ha de entenderse en términos de flexibilidad, primando el acuerdo madre e hijo, siendo muy importante la comunicación fluida entre los progenitores y entre éstos y el hijo y considerándose conveniente que las partes, de forma voluntaria, acudan a mediación o terapia familiar”.

El Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia ha dictado numerosas resoluciones recomendando la mediación familiar. Así por ejemplo, en la Sentencia del 5 de abril de 2011, afirmaba “la conveniencia de la asistencia de los progenitores a un servicio de Mediación y/o terapia familiar, a los efectos indicados en esta resolución, así como la facilitación de los progenitores a sus hijos en la adaptación a su nueva situación familiar, evitando involucrar y manteniendo ajenos a su hijo, (...) en el conflicto adulto en que se encuentran”. En el mismo sentido, cabe mencionar las Sentencias dictadas el 21 de julio de 2011 y el 18 de octubre de 2011. En esta última, se acuerda: “que las partes acudan a mediación familiar, si así lo consideran”. En la Sentencia del 15 de noviembre de 2011 se recoge nuevamente “la recomendación de la asistencia a terapia y/o Mediación Familiar, por las partes, en beneficio e interés del hijo menor de los litigantes”.

b) RECOMENDACIONES DESDE LOS TRIBUNALES DE APELACIÓN O SEGUNDA INSTANCIA

Son ya numerosas las Recomendaciones que sobre la Mediación Familiar formulan los Tribunales de Segunda Instancia. Llegados a ese punto, los tribunales se encuentran con litigios de largo recorrido, con costes económicos y emocionales muy elevados. Representamos la Justicia como una Dama con los ojos vendados para garantizar la objetividad, pero ello no está reñido con la sensibilidad. Y los jueces no solo buscan agilizar los expedientes, lo que es muy necesario y legítimo, sino también, el poder conseguir una solución aceptable en esos casos donde la escalada del conflicto impide que la Sentencia consiga resolver la controversia, porque una parte siempre se sentirá humillada y vencida.

La Audiencia Provincial de Álava, en la Sentencia de 6 de febrero de 2012,¹² ante la petición de la parte apelante de que: “se acuerde la supresión de las pernoctas, mantenido el resto del régimen de visitas o, subsidiariamente, si se considera conveniente mantener dichas pernoctas, se acuerde un proceso de mediación padre-

12- 6-2-2012. Roj: SAP VI 12/2012. Id Cendoj: 01059370012012100012. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Vitoria-Gasteiz. Sección: 1. Nº de Recurso: 525/2011. Nº de Resolución: 30/2012, Procedimiento: Recurso apelación de divorcio contencioso LEC 2000. Ponente: Iñigo Elizburu Aguirre.

hija, con la finalidad de resolver el déficit de comunicación existente entre padre-hija”, acuerda, en su Fundamento Jurídico Tercero que si bien el Informe psicosocial del Equipo Psicosocial Judicial reconoce que “padre e hija podrían beneficiarse de una proceso de mediación familiar que les ayudaría a resolver cuestiones relacionadas con la convivencia y a lograr una relación más satisfactoria”, no procede, “efectuar pronunciamiento alguno al respecto, al depender ello de la decisión que pueda adoptar el padre” El carácter voluntario de la Mediación prevalece aquí, entendiéndose esta Audiencia Provincial que no procede tampoco imponer la derivación a una sesión informativa como acontece en otros casos.

La Audiencia Provincial de Guadalajara en la Sentencia de 6 de marzo de 2012,¹³ recoge en su Fundamento de Derecho Segundo que: “en el momento actual la comunicación parental es nula, por lo que sería recomendable que ambos [progenitores] acudieran a un servicio de mediación que les ayudara a mejorar sus relaciones; aunque dada la negativa manifestada por ambos durante las entrevistas es previsible una falta de colaboración por su parte”. Nuevamente, dada la voluntariedad de la Mediación, tampoco deriva a ninguna sesión informativa.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Salamanca en la Sentencia de 14 de marzo de 2012, en su Fundamento de Derecho Cuarto, señala que: “Esta Sala recomienda vehementemente, por el bien de las niñas y la normalización plena de las relaciones entre progenitores, acudir a las sesiones informativas de mediación familiar previstas en la sentencia de primera instancia”. [El día seis de Junio de dos mil once, el Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Salamanca, había dictado Sentencia donde se determinaba que: “Deberán los progenitores acudir al menos a una sesión informativa de mediación familiar para la normalización de las relaciones que será impartida por el Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado”]

En otras ocasiones, la recomendación de acudir a un servicio de Mediación no aparece en la Sentencia, quizás porque se considera que ya es tarde para ello, pero el Tribunal no puede evitar lamentar que no se haya acudido con anterioridad a las sesiones de Mediación. Así ocurre en la Sentencia de 30 de marzo de 2012, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona que, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala que: “Las demandas cruzadas que han sido objeto de las presentes actuaciones y en las que ambos solicitan la modificación de las medidas relativas al régimen de custodia, podrían haberse evitado con un proceso de mediación en el que de mutuo acuerdo se hubiesen fijado los criterios educativos para los hijos y se hubiesen distribuido los tiempos de permanencia de los mismos con ambos progenitores...” De hecho, y previendo posibles incumplimientos, en su Fallo se recoge que: “En ejecución de esta resolución, y a petición de cualquiera de las partes el Juzgado de primera instancia remitirá al "punt de trobada" familiar más cercano al

13- 6-3-2012. Roj: SAP GU 99/2012. Id Cendoj: 19130370012012100099. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Guadalajara. Sección: 1. Nº de Recurso: 354/2011. Nº de Resolución: 3/2012. Procedimiento: Civil. Ponente: Manuel Eduardo Regalado Valdés.

domicilio de la madre, de oficio, para que durante seis meses las entregas y recogidas se realicen con intermediación de la referida institución (...). En este caso los progenitores deberán seguir el proceso de la terapia con la finalidad de que asimilen la necesidad de alcanzar un acuerdo en cuanto a que las entregas y recogidas de los hijos se realicen en condiciones pacíficas y racionales.”

La interesante Sentencia de 9 de mayo de 2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona,¹⁴ recoge en su Fundamento de Derecho Segundo, la doctrina del Tribunal Supremo al afirmar que ”la posibilidad de convivir de forma igualitaria con el padre y con la madre no es un derecho de los progenitores, sino un derecho del propio menor (Sentencia del TS de 22.7.2011) que, siempre que se den las condiciones mínimas para que pueda mantenerse tras la ruptura de la relación de pareja de aquellos, se debe favorecer en beneficio e interés del mismo. Ello supone que los padres tienen el deber de superar la conflictividad que ha generado el proceso de ruptura, que no es incompatible con el cumplimiento de las responsabilidades que les atañen según ha puesto de manifiesto la jurisprudencia consolidada (SSTJJ Cataluña de 16.6.2011, 25.6.2009 y 31.7.2008) al establecer la doctrina que no cualquier grado de conflictividad debe excluir el ejercicio conjunto cuando resulta beneficiosa para los menores, aun cuando sea imponiendo en determinados casos la Mediación o terapias educativas”. En el Fundamento de Derecho Tercero se establece además que: “...ha de ser pactada, utilizando en su caso los mecanismos de mediación, cualquier decisión sobre cambio de centro educativo”. Y en el Fallo de esta Sentencia se reitera que: “Todas las decisiones de trascendencia para el hijo se habrán de tomar de forma consensuada, recurriendo a los procedimientos de mediación en caso de desavenencia”.

Aparte de las mencionadas sentencias recomendarias de la mediación familiar, es de destacar la innovadora Sentencia de 27 de diciembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Valladolid,¹⁵ la cual va un paso más allá en cuanto a la recomendación de gestión cooperativa de un conflicto matrimonial, concretamente en el marco de una modificación de medidas y en fase de Recurso de Apelación. Expone la resolución judicial parte del proceso de mediación llevado a cabo por las partes y el mediador, y el marco procesal aplicable aún sin haberse legislado a nivel nacional en tal fecha, se convocó a las partes a una Sesión Informativa de Mediación, presentándose por las representaciones de ambas partes escrito conjunto interesando la suspensión del procedimiento por término de 30 días, lo que se acordó mediante Decreto de la misma fecha, presentándose nuevamente escrito firmado por ambas

14- 9-5-2012. Roj: SAP B 4487/2012. Id Cendoj: 08019370122012100308. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Barcelona. Sección: 12. Nº de Recurso: 670/2011.Nº de Resolución: 317/2012.Procedimiento: Recurso de Apelación. Ponente: José Pascual Ortuño Muñoz.

15- 27-12-2011. Roj: SAP VA 1785/2011. Id Cendoj: 47186370012011100395. Órgano: Audiencia Provincial. Sede: Valladolid. Sección: 1.Nº de Recurso: 343/2011.Nº de Resolución: 390/2011.Procedimiento: Recurso de Apelación. Ponente: José ramón Alonso-Mañero Pardal.

representaciones, solicitando se dictase Sentencia de conformidad con lo interesado al haber llegado las partes a un acuerdo”.

c) RECOMENDACIONES DESDE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

La Sentencia del TSJ de Cataluña, del 23 de febrero de 2012,¹⁶ en su Fundamento de Derecho Séptimo, recoge una interesante recomendación al afirmar que: “Es evidente que los órganos judiciales no pueden sujetarse a los cambios de humor, enfados o cambios de parecer de los menores adolescentes, ni deberían hacerlo tampoco los padres. Sería aconsejable, para superar la crisis de autoridad que se aprecia en la familia, que se sometiese a algún tipo de mediación familiar para conseguir desjudicializar el conflicto y sentar unas bases de convivencia estables y justas para todos...”. Considera pues el Tribunal que para superar algunos conflictos familiares es adecuado y conveniente acudir a la mediación.

Por su parte, la STSJ de Cataluña, del 26 de junio de 2012,¹⁷ hace referencia al Código Civil de Cataluña, recordando los efectos del proceso de mediación. Así, en su Fundamento de Derecho Segundo, señala que: “El nuevo artículo 233,7 del CCCat, regula que (...) la modificación de los efectos de la sentencia por una nueva que contemple alteraciones sustanciales de las circunstancias tenidas en cuenta anteriormente, se producirán a partir de ésta, si bien para favorecer los acuerdos extrajudiciales y en especial la mediación, faculta al juez a retrotraerlos a la fecha de inicio del proceso de mediación.”

d) RECOMENDACIONES DESDE EL TRIBUNAL SUPREMO

La STS 3288/2010. Sala de lo Civil de 18 de junio de 2010,¹⁸ establece en su Fundamento de Derecho Cuarto: “A la vista del fuerte enfrentamiento familiar entre madre e hijo, no puede por menos que recordar lo que ya ha dicho esta Sala en sentencias de 2 de julio de 2009, 3 de julio de 2009, 5 de marzo de 2010 y 20 de mayo de 2010 sobre la utilidad de la mediación que ya se contemplaba para asuntos civiles y mercantiles en la Directiva 2008/52 / CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, en la Ley 15 de/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del derecho privado y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia, el 19 de febrero de 2010. La mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas

16-23-02-2012 Roj: STSJ CAT 1943/2012 Id Cendoj: 08019310012012100019 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal Sede: Barcelona Sección: 1 Nº de Recurso: 132/2011 Nº de Resolución: 18/2012 Procedimiento: Civil Ponente: María Eugenia Alegret Burges.

17-26-6-12. Roj: STSJ CAT 9599/2011. Id Cendoj: 08019310012011100064. Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal. Sede: Barcelona. Sección: 1. Nº de Recurso: 24/2011. Nº de Resolución: 41/2011. Procedimiento: CIVIL. Ponente: María Eugenia Alegret Burges.

18-18-06-10. Roj: STS 3288/2010. Id Cendoj: 28079110012010100414 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 1537/2006- Nº de Resolución: 423/2010 Procedimiento: CIVIL. Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.

que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación” .

Y la STS Sala de lo Civil 246/2012, de 19 de Enero de 2012,¹⁹ en un litigio relativo a discrepancias surgidas en el entorno familiar a causa de la herencia de los progenitores también advierte, en su Fundamento de Derecho Primero, de lo útil que hubiera sido la mediación en este caso.

2.4. CONCLUSIÓN:

Las resoluciones judiciales que en materia familiar recomiendan a acudir a la Mediación, son cada vez más numerosas. Como decimos, recomiendan, ya que el acceso a la mediación es un acto voluntario. Pero se está demostrando que la Mediación es un instrumento muy útil para gestionar y abordar los problemas que surgen cuando hay una ruptura familiar. Los acuerdos alcanzados son más satisfactorios y se cumplen con más frecuencia, por lo que es una solución que redundará en beneficio de todos, tanto para los menores como para los padres.

Queda comprobado que las reacciones de los hijos ante una separación de sus padres, está directamente relacionada con la intensidad y la calidad de las actuaciones que se llevan a cabo para llegar a la separación o divorcio.

La separación o el divorcio no son malos, sino la forma en que se llevan a cabo, esta situación es la que da a entender que el resultado puede ser mejor o peor, si se llegan a acuerdos, de manera pacífica, evitando los enfrentamientos y las malas experiencias que puedan llevar a una separación conflictiva. Si se consigue todo esto, los hijos pueden superarlo con mayor facilidad y aceptación, incluso los propios padres, habiendo sido ellos los que han llegado al acuerdo, sin imposición de nadie, sin vencedores ni vencidos, sino, conscientes de que es una situación que necesita de una solución a corto, medio y largo plazo.

Es una realidad que incluso una vez judicializado el conflicto este pueda ser gestionado a través de un proceso de Mediación, no solo durante el proceso de instancia, sino también durante la apelación o segunda instancia.

Es sumamente importante divulgar, tanto la mediación familiar como los fines que persigue, la importancia de fomentar el ejercicio del conjunto de responsabilidades parentales tras la ruptura y la necesidad de que los hijos conserven a ambos padres después de la separación. Lo cual nos lleva a reflexionar y a concluir que incluso tras

19- 19-1-12. Roj: STS 246/2012. Id Cendoj: 28079110012012100015. Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sede: Madrid. Sección: 1. Nº de Recurso: 141/2009. Nº de Resolución: 11/2012. Procedimiento: CIVIL. Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ. Tipo de Resolución: Sentencia.

la adopción de una resolución judicial podemos acudir a un proceso de mediación: no hay mejor acuerdo que el consensado por las partes.

Por todo ello, es recomendable acudir a mediación antes de que se judicialice en exceso el conflicto, y aunque la voluntariedad se reconoce como presupuesto indispensable de la mediación, se considera aconsejable invitar a las partes a participar en una sesión informativa con el fin de que tengan la posibilidad de conocer las ventajas de la mediación.

Muchos jueces tenemos la sensación de que nuestro trabajo se limita a realizar autopsias, es decir, a incidir en problemas irresolubles que ya han causado la muerte de las relaciones jurídicas y sociales que se habían planteado ante los tribunales para que se les pusiera remedio.

La implantación de la mediación no depende del impulso legal ni gubernamental sino, esencialmente, de la aptitud que adopten los profesionales que tradicionalmente trabajan en lo que se denomina sector judicial.

En definitiva se trata de optar por la prevención y la solución temprana de los conflictos, en lugar de fijar los objetivos de la intervención profesional en la exigencia de responsabilidad por las consecuencias de los mismos. 20

20_ Pascual Otuño: La Mediación: Una respuesta de los profesionales del Derecho a la crisis de la Justicia.

2.5. BIBLIOGRAFIA. Obras y Recursos digitales:

- **ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual.**; “LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR”; REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN. Nº 29. ENERO 2013. ISSN 2254-3805.
Web: <http://www.pascualortuno.com>
- **DOMINGUEZ MARTINEZ, Pilar.** Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, num.2/2013
- **GARCIA VILLALUENGA, Leticia.** Profesora “MEDIACIÓN CIVIL. MEDIACIÓN INTRAFAMILIAR”. Universidad Complutense de Madrid. l.g.villaluenga@trs.ucm.es
- **GOMEZ CABELLO, María del Carmen.** Los aspectos jurídicos de la mediación: mediación en el ámbito del Derecho de Familia. Artículos Doctrinales: Derecho Civil. Mayo 2007.
- **MERINO ORTIZ, C. y MORCILLO JIMÉNEZ, J.,** «Regulación de la mediación familiar en España. Estado de la cuestión a la luz del Proyecto de Ley de mediación. Reflexiones sobre las posibilidades de mediar y sus límites», REDUR 9, diciembre 2011, págs. 165-189, ISSN 1695-078X
- **ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y GARCIA HERNÁNDEZ, Javier.** Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal. Documento de trabajo 110/2007.
- **GENERALITAT DE CATALUNYA, Departament de Justícia;** Título: Libro Blanco de la Mediación en Cataluña 1ª Edición, 2011
- **MEDIACIÓN FAMILIAR.** Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la mediación familiar. Recomendación R(98)1, de 21 de enero 1998. RCL 2001\1592 CONSEJO DE EUROPA. Información Mº Justicia 1 mayo 2001, núm. 1892.
- **RUIZ MARÍN, María Josefa.** Cuadernos de Derecho Judicial. -- Nº V - 2005 84-96518-24-8. -- ISSN1134-9670. **La Mediación Familiar.** <http://informativojuridico.com>
- **GEMME;** Asociación Europea de Jueces para la Mediación. <http://www.gemme.eu/en/>

ANEXO I

- **Ley de mediación de Cataluña**, inicialmente tenía ley y reglamento del 2001, actualmente Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, desarrollada por el Decreto 135/2012 de 23 de octubre, que aprueba su Reglamento.
- **Ley de mediación de la Comunidad Valenciana**, 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar y desarrollada por el Decreto 41/2007, de 13 de abril.
- **Ley de mediación de la Comunidad Andaluza**, Ley 1/2009, de 27 de febrero, desarrollada por el Decreto 37/2012, Reglamento de Desarrollo.
- Ley 9/2011, de 24 de marzo, de **Mediación Familiar de Aragón**.
- Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.
- **Ley de mediación del Principado de Asturias**, 3/2007, de 23 de marzo.
- **Ley de mediación de las Islas Baleares**, 14/2010, de 9 de diciembre y el Reglamento aprobado por D. 66/2008, de 30 de enero.
- **Ley de mediación de Castilla la Mancha**, 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado en Mediación Familiar.
- **Ley de mediación de Castilla-León**, 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar y el Reglamento aprobado mediante D. 61/2011, de 13 de octubre.
- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de **mediación familiar del País Vasco**.
- Ley de **mediación de la Comunidad Autónoma de Galicia**, 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar.
- Ley de **mediación de la Comunidad de Madrid**, 1/2007, de 21 de febrero.
- Art. 12 de la **Ley Foral de la Comunidad de Navarra** Art. 2 Ley Foral Navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.
- Ley 15/2003, de 8 de abril, de **la mediación familiar de Canarias**. Ley 3/2005 de 23 de junio, que modifica la Ley anterior.
- **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
- **RECOMENDACIÓN Nº R (98)1** DEL COMITÉ DE MINISTROS A LOS ESTADOS MIEMBROS
- **Código europeo de conducta para mediadores**
- Decreto 41/2007, de 13 abril, Desarrolla la Ley 7/2001, de 26-11-2001 (LCV 2001\375), de la Generalitat, **Reguladora de la Mediación Familiar en el Ámbito de la Comunitat Valenciana**
- **Directiva sobre la mediación en los Estados miembros** de 13 de septiembre de 2011. Estrasburgo.
- **Real Decreto-ley 5/2012**, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Derogado por la Ley 5/2012.
- **Ley 5/2012** de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- **Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre**, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.