

**LA MEDIACIÓN FAMILIAR
Y SU REFLEJO EN LA LEY 9/2011,
DE 24 DE MARZO,
DE MEDIACIÓN FAMILIAR
DE ARAGÓN**



María Rosa Gutiérrez Sanz

Prólogo de Ángel Bonet Navarro

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2012

Título: La mediación familiar y su reflejo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo,
de mediación familiar de Aragón

Autor: María Rosa Gutiérrez Sanz

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z 2048-2012

I.S.B.N.: 978-84-92606-25-2

Imprime: Cometa, S.A.

*A mis padres, que me enseñaron
el significado de la palabra familia.*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO.....	13
1. EL PAPEL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN NUESTRA SOCIEDAD.....	19
2. MARCO NORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR.....	35
a. Normativa europea.....	35
b. Normativa estatal.....	37
c. La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.....	43
3. EL CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU REFLEJO EN LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR ARAGONESA.....	51
4. OBJETO Y ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR	65
4.1. El conflicto familiar.....	69
4.1.1. Concepto de conflicto.....	69
4.1.2. Análisis del conflicto	76
4.1.3. Las etapas del conflicto	108
4.2. Los conflictos mediables según la Ley de Mediación aragonesa	119

5.	LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR	129
5.1.	Planteamiento general.....	129
5.2.	Los principios en la Ley de Mediación Familiar aragonesa	133
6.	EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR ARAGONESA.....	167
6.1.	Fase inicial del procedimiento de mediación	175
6.2.	Desarrollo del procedimiento de mediación.....	185
6.3.	Duración del procedimiento de mediación.....	194
6.4.	Fase final del procedimiento de mediación	197
6.5.	Acta final	206
6.6.	Tratamiento de la documentación utilizada en el procedimiento de mediación.....	209
7.	LA FIGURA DEL MEDIADOR FAMILIAR Y SU REGULACIÓN EN LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR ARAGONESA	211
7.1.	Requisitos para actuar como mediador	211
7.2.	Derechos y deberes del mediador	224
7.2.1.	Derechos del mediador	226
7.2.2.	Deberes del mediador	231
7.4.	Régimen de infracciones y sanciones.....	236

PRESENTACIÓN

Hay conflictos que los tribunales no pueden resolver, bien porque requieren una solución inmediata, que con un sistema tan garantista como el nuestro es imposible obtener, bien porque son tan complejos los intereses y las circunstancias personales en juego y están tan entrecruzadas que es muy difícil decidir con tanto detalle. El Juez debe de fijar unas pautas que permitan resolver los conflictos sin volver a acudir una y otra vez al proceso.

Los factores que intervienen en los conflictos familiares tienen una gran repercusión en otras personas, fundamentalmente en los menores cuyos intereses merecen una especial protección. La mediación familiar como proceso que facilita la comunicación entre personas que están en conflicto, se ha convertido en las últimas décadas en un procedimiento que muestra un camino hacia la solución de los problemas familiares.

Desde hace algo más de diez años se están promulgando Leyes autonómicas que regulan la mediación familiar, y en la actualidad son trece las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia, de las que once versan sobre la mediación familiar y sólo dos sobre la mediación en el ámbito del Derecho Privado, teniendo por tanto estas últimas un ámbito de aplicación más amplio, y es el caso de Cataluña y de Cantabria.

En Aragón, y referida exclusivamente al ámbito de la mediación familiar se promulga la Ley 9/2011, de 24 de marzo y hasta la

fecha no se ha desarrollado reglamentariamente. Se regula como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar.

La Exposición de Motivos de la Ley aragonesa, ha seguido el modelo recogido en otras Leyes autonómicas al hacer pivotar su competencia en lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Española donde se establece que los poderes públicos son los encargados de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación.

Los títulos competenciales que habilitan a la Comunidad Autónoma de Aragón para regular la materia son: el artículo 71.34 del Estatuto de Autonomía; que establece como una de las competencias exclusivas la materia de acción social, la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial, y lo previsto en el artículo 71.59 del Estatuto de Autonomía sobre la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia en lo relativo a medios personales y materiales.

La regulación se ampara en el ejercicio de la competencia exclusiva en materia de acción social y dirigida a la protección de la familia, así como de la competencia exclusiva en la gestión de los medios personales y materiales necesarios para el desempeño de la labor jurisdiccional, pero sin afectar a la regulación sustancial de materias propias del Derecho Civil de Familia.

La ley tiene un ámbito de aplicación abierto. Como dice la autora, la mediación familiar no puede ni debe concretarse exclusivamente al tratamiento de aquellos conflictos que provienen de la ruptura de una pareja, sino que hay un buen número de supuestos en que los conflictos surgen entre otros miembros del grupo familiar

PRESENTACIÓN

como abuelos, hermanos, adopciones e incluso casos en que los conflictos tienen carácter transfronterizo y son idóneos para ser tratados con la fórmula mediadora, y fija el objeto y ámbito de la mediación desde una doble vertiente, limitando la aplicación a los sujetos en situación de conflicto familiar siempre que uno de ellos acredite tener su residencia efectiva en Aragón, y por otro lado, circunscribiendo el objeto de la ley al tratamiento de determinados conflictos.

La mediación tiene una ventaja fundamental: no hay vencedores ni vencidos, la decisión la toman, con ayuda del mediador, las partes, que desde el primer momento deben aceptar que lo óptimo es enemigo de lo bueno. Nada es definitivo en este sistema de solución de conflictos, por eso se adapta mejor a las circunstancias, rebaja la tensión e incluso la violencia y deja abierta la vía del diálogo entre unas personas que, lo quieran o no, tienen un pasado y unos hijos en común. Que existan operadores, públicos o privados, con formación y experiencia, es fundamental. Este libro les facilitará esta labor.

La autora ha realizado un trabajo serio y riguroso sobre el papel de la Mediación Familiar en la sociedad actual, explicando los antecedentes de esta figura en la normativa europea y en la normativa estatal, analizando las normas de otras Comunidades Autónomas y profundizando en la Ley 9/2011, de 24 de marzo de Mediación Familiar de Aragón, en sus principios y en su procedimiento. Quiero dar las gracias a la profesora María Rosa Gutiérrez Sanz por ilustrarnos sobre una figura tan necesaria en la sociedad actual.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
JUSTICIA DE ARAGÓN

PRÓLOGO

Debe saludarse todo esfuerzo realizado para dar cuenta de las novedades que, en materia de solución extrajudicial de conflictos, se llevan a cabo desde muy distintas áreas. El intento de los estados de proveer con medios suficientes a los ciudadanos para que puedan concurrir en un punto de encuentro para resolver sus diferencias, o dicho de forma más clásica, para resolver sus conflictos de intereses o controversias, al margen de los tribunales jurisdiccionales estatales, ha abierto distintos enfoques que suministran perspectivas, en alguna manera complementarias, las cuales sirven para tomar razón de la magnitud y finalidad del empeño. En esta ágora participan no sólo los juristas. Porque el tema a tratar no es sólo jurídico. Y cuando se trata de abordar los aspectos jurídicos de la cuestión tampoco puede determinarse el lindero del ámbito de dicha cuestión dentro de la que debe ser considerada especialidad propia y preferente de los estudiosos del derecho procesal. Una lectura somera de la Ley estatal 5/12, de mediación civil y mercantil sirve para describir el palenque en el que concurren todos los versados en distintas disciplinas desde las cuales puede examinarse el fenómeno de la mediación. Y, de forma concluyente, se puede apreciar el fundamento para apoyar la certeza y rotundidad con que se hace esta afirmación. Ciertamente, el asunto está sometido a una intensa revisión, porque cuando se instalan determinadas formas de solución de resolución de conflictos, éstas no sólo se reflejan en la cultura del país, sino que al mismo tiempo la configuran. Entonces,

PRÓLOGO

emprender su estudio no se puede hacer sino de dos maneras: una especulativa y otra empírica (V. por todos, OSCAR G. CHASE, *Law, Culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York University Press, New York, 2005). Y a tratarla acuden todos los concernidos por los distintos elementos de los que se compone el nuevo instrumento. Innegablemente los juristas tienen reservado un espacio amplio de actuación.

Ahora bien, cuando la materia jurídica acotada para realizar el estudio es novedosa, por no existir tradición ni una dilatada experiencia previa en el ordenamiento jurídico español; y por descubrir la distancia sociológica que existe entre la nómina de sujetos destinatarios de la norma y la que puede determinarse en otros países de acreditada y prolongada experiencia, es fácil hallar unos estudios que, movidos por el fervor de lo nuevo, exalten irresponsablemente los fines proyectados por el legislador sin realismo ni razón; u otros análisis que simplemente, ante la dificultad e inconveniente de arriesgar opiniones sobre lo que todavía está por hacer, el estudio sea recatado y poco arriesgado en sustentar opiniones que sean valederas para utilizar la norma con eficacia; entonces se nos ofrece sencillamente una exposición plana y descriptiva de lo que es la norma sin especiales compromisos intelectuales y críticos. De todo se halla en el mercado de las oportunidades.

Los estudios que sirven para exponer el sentido de una norma de forma que sean útiles en su aplicación, y para, en su caso, promover reformas adecuadas en algunos de sus aspectos, requieren reposo y análisis concienzudo de todos los registros que articulan el deseo del legislador y, aún más, de todas las posibilidades —previsibles razonablemente—, de eficacia de la norma sobre el conjunto de los ciudadanos a los que va destinada. Y, por tanto, no deben pararse en una refrenada interpretación literal. Esto sólo puede esperarse, con garantías tranquilizadoras para el lector, de quien lleva una buena porción de años dedicada a estudiar los instrumentos extrajudiciales de la resolución de conflictos. Conoce su naturale-

PRÓLOGO

za, estructura, posibilidades y funcionamiento en un aspecto especulativo, por razón de su profundización intelectual en la doctrina nacional y extranjera que se ha elaborado sobre la materia, pero al mismo tiempo enriquece ese conocimiento teórico con el adquirido de manera empírica, lucrado al participar en tareas propias de los órganos en que se dilucida este modo de resolución de conflictos.

La doctora María Rosa Gutiérrez Sanz, profesora titular de Derecho procesal en la Universidad de Zaragoza y Máster en Resolución Internacional de Conflictos, autora de numerosas publicaciones entre las que se cuentan monografías, comentarios legislativos y jurisprudenciales; y una amplia pluralidad de artículos de revista, preside habitualmente colegios arbitrales. En su persona se une la capacidad para llevar a cabo una labor severa de análisis doctrinal y utilizar la experiencia como fuente de conocimiento. Podría decirse que esta obra debía escribirse por la persona que la ha escrito.

La monografía ahora dada a la publicidad por la profesora doctora Gutiérrez Sanz no tiene nada de oportunista. No es una de esas obras que nacen precipitadamente al hilo de la promulgación de una nueva ley. Tanto la recentísima ley estatal 5/12, como la proximidad de la promulgación de la ley aragonesa, que centra el estudio realizado en esta monografía, serían motivo suficiente para provocar la *necesidad* de dar una razón de la utilidad de la obra, o, al menos, para justificarse como una ayuda en la orientación y situación ante los preceptos que componen la normativa sobre mediación en general o familiar en particular, como paso previo al estudio, interpretación y aplicación de las normas. El amplio surtido de leyes autonómicas sobre la mediación puede poner de relieve la necesidad de adentrarse en un estudio sobre la materia a que se refiere el título de esta monografía.

Dicho todo lo anterior, hemos de referirnos a la parte en que propiamente la autora desarrolla el sistema de la mediación familiar regulado por la ley aragonesa. Adopta una decisión que me parece

PRÓLOGO

muy acertada, porque inicia el estudio abordando la exposición de los principios que ordenan el desarrollo de las reglas aragonesas. Señala el interés que se encuentra en la base de esta decisión. En tales principios estriba el fundamento de la institución de la mediación, se ordena su estructura y se fija el alcance de los posibles acuerdos que puedan adoptarse por este medio. La autora dedica un esfuerzo conveniente para señalar los principios de la organización de la mediación, los propios del *procedimiento*, y los que sirven para disciplinar el modo de actuación del mediador que, en ocasiones, se presentan mezclados en el texto aragonés. El número de páginas en que se expone esta parte es relativamente abultado, considerado en el conjunto de las que componen el total de la monografía. Pero, al descubrir la profundidad con que emprende el estudio de cada uno de los principios, lejos de poder calificar este apartado como excesivamente teórico, sencillamente alejado de la próxima utilidad práctica de la obra, se pone de relieve la magnitud de la oferta hecha en el texto para suministrar abundantes y valiosas indicaciones para la interpretación de la norma en sus muy diversos aspectos. Además es un excelente pórtico para continuar la lectura de las páginas siguientes. Incluso aquél que quiera acudir directamente a esta parte de la monografía por la guía que ofrece el índice de la obra, encontrará el sentido señaladamente práctico de este apartado para entender, como si se tratara de un trabajo autónomo, el instituto de la mediación.

Varios son los modos de iniciarse el procedimiento de la mediación, según lo dispuesto en el artículo 13 de la ley aragonesa. Es importante el estudio ofrecido respecto de esta fase inicial del procedimiento, porque brinda una conveniente orientación para conocer el desarrollo posterior del trámite y las posibilidades que en él se encierran. En lo que concierne a estas últimas hay que tener en cuenta que el ámbito de aplicación objetivo y el territorial determinan específicamente términos que habrán de examinarse en ese momento para dar una adecuada utilidad a la mediación. En el ámbito objetivo de la mediación familiar aragonesa se cuentan los conflictos que

tienen su origen en los enfrentamientos que se producen en el seno de la pareja; los derivados en general del ejercicio de la autoridad familiar, patria potestad, relación de filiación, incluida la adoptiva, o de las relaciones entre parientes; los conflictos intergeneracionales; los referidos al derecho civil patrimonial o a la empresa familiar; y los conflictos relacionados con las sucesiones por causa de muerte y los conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional. En el ámbito territorial, no debe olvidarse que la ley es aplicable a las mediaciones familiares que se desarrollen dentro de la comunidad autónoma de Aragón. Por eso, la utilidad del estudio incluido en este apartado de la monografía resulta fácil de comprender tanto para los sujetos que quieren introducir en la mediación su conflicto, como para el mediador que ha de intervenir.

El procedimiento de mediación es por naturaleza ajeno a todo formalismo. La autora afirma que *«el proceso de mediación debe carecer de toda forma estricta para poder responder a las necesidades particulares de los sujetos que se someten a mediación»*; en otra parte afirma que *«el proceso de mediación es tan flexible que podemos decir que se convierte en único y diferente en cada caso»*. Pero estas dos frases acotadas no sirven para describir un panorama mediador ajeno a toda disciplina *procedimental*, sino contrariamente establecen el punto de contraste para subrayar la necesaria atención que hay que prestar a las fases o etapas estructurales del quehacer del mediador y de los sujetos que se someten a la mediación. Y la lectura de las páginas que siguen ofrece al lector un extenso estudio de este *«procedimiento sin formas»*; o, por mejor decir: del procedimiento que, guiado por los principios básicos, ordenan los interesados para llegar hasta la fase final. Las distintas formas de terminación del procedimiento son objeto de un análisis hecho con especial esmero que se completa con el tratamiento de la documentación utilizada en el procedimiento. La última parte de la monografía expone con detenimiento lo que atañe al estatuto del mediador. De interés principalmente para quien asuma esta función, pero no de menor provecho para los sujetos en

PRÓLOGO

conflicto, puesto que, en buena parte, estas páginas finales del libro dan la medida de la utilidad y alcance de esta institución que gravita sobre la figura y razón del mediador.

Esta breve proluación es la invitación a introducirse en la lectura de la obra con la seguridad de hallar un camino útil para el estudio de la mediación y para quien precise conocer pautas y criterios de aplicación de la ley.

ÁNGEL BONET NAVARRO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

1. EL PAPEL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN NUESTRA SOCIEDAD

La mediación familiar se ha convertido en las últimas décadas en la apuesta del legislador para resolver situaciones conflictivas tan complejas como habituales. No cabe duda de que nos encontramos ante conflictos que tienen unos matices muy especiales, distintos de los que plantea el resto de las situaciones de enfrentamiento que se dan en la sociedad. Los factores que intervienen en los conflictos familiares son propios y exclusivos de este tipo de realidad: los sentimientos, los patrimonios cuyo contenido emocional es, en muchas ocasiones, superior al puramente económico, el ansia de revancha que subyace al enfrentamiento, la existencia de menores que son las víctimas de las circunstancias...

La familia es una de las instituciones que ha sufrido una mayor y más profunda evolución en las últimas décadas. Las relaciones familiares han girado hacia una mayor autonomía e igualdad entre sus miembros, tanto intergeneracionalmente como entre los miembros de la pareja. Los roles asignados a cada género se han modificado extraordinariamente: la autoridad del padre y su superioridad sobre el resto de los miembros; los niños, integrados con mayor normalidad en el mundo de los adultos, presencian conflictos y situaciones de las que antes no participaban. Los lazos sociales y afectivos se han debilitado y los vínculos interpersonales se han tornado más vulnerables.

Asistimos a la existencia de una sociedad en la que han desaparecido muchas de las fuentes tradicionales de certidumbre, en la que existe inseguridad en torno a los valores, los deberes y los vínculos, en que la individualización en los modos de vida llevan a constantes mutaciones en las relaciones familiares y de pareja, en la que las opciones a elegir son muy variadas y eso determina que continuamente nos enfrentamos a problemas cada vez más complejos de crisis y división de la familia, confusión en las relaciones entre los géneros, conflictos de parejas, separaciones, divorcios, luchas por la custodia de los hijos, etc.

Los conflictos en el seno de la familia han estado siempre, han sido siempre más o menos los mismos, pero la estructura ha variado de tal forma que en la actualidad cuestiones que antes se asumían como “injusticias tradicionales” o “problemas de convivencia” hoy en día afloran y se busca una fórmula de superación. Claramente las fórmulas de resolución tradicionales no responden satisfactoriamente a todas las necesidades.

Desde luego, el proceso judicial lleva implícita una cierta violencia. La cuestión que cabe plantearse es la forma en que puede ese juez dar respuesta a la tarea que se le encomienda. Es muy esclarecedora la reflexión realizada por Cotterrell¹ quien considera que el *modus operandi* de los jueces se basa en la adjudicación, esto es, en dar una solución dicotómica al conflicto, de manera que una parte ve afirmada su petición y la otra negada, en la que aparece un vencedor y un vencido. Pero no desconocemos que tal proceder lleva a que la relación entre los contendientes quede rota para siempre. Esto, en el caso de la familia es aún más grave. A menudo, la existencia de hijos y de intereses materiales comunes dificulta la posibilidad de que las partes, tras un proceso, no tengan necesidad de seguir vinculadas unas a otras.

1 COTTERRELL: *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. de Carlos Pérez Ruiz, Barcelona. 1991, en especial pág. 182.

La sentencia, generalmente, no pone fin a la disputa. Lo que la sentencia hace es aplicar lo que el legislador ha previsto a ese caso concreto. Con la aplicación del Derecho no se persigue, como meta prioritaria, la resolución de conflictos, sino la afirmación del orden normativo, esto es, el modo en que ha de entenderse una situación o relación social particular. Pero esto raramente satisface a las dos partes. Una se siente víctima de una supuesta “injusticia” y la otra acoge con “normalidad” su papel de vencedora en la contienda, con lo cual la relación no sólo no se pacifica sino que, a menudo, se produce un aumento del resentimiento, de la enemistad. Esto no ocurre necesariamente en los casos en que la disputa se resuelve mediante una fórmula de consenso —mediación, negociación, transacción—. La decisión jurídica tiene una marcada orientación hacia el pasado porque se interpreta y decide en función de un cuerpo normativo, una jurisprudencia y una doctrina dada con anterioridad; pero la resolución de conflictos puede necesitar también de una planificación innovadora y del establecimiento de medidas que rijan las futuras conductas y acontecimientos.

Los tribunales de justicia, que eran el exclusivo instrumento pacificador conocido y acatado por el ciudadano que se encontraba inmerso en una disputa familiar, han llegado también a la conclusión de que el proceso no es el mejor método para resolver este tipo de conflictos.

En tal sentido, la Sentencia núm. 129/2010 de 5 marzo RJ 2010\2390 establece que *“En todo este conflicto se plantea una solución que difícilmente podrá contentar a ambas partes. En el proceso judicial, se estimará o no la demanda y se ejecutará lo resuelto. Otra cosa sería si hubiera habido acuerdo o se hubiera llegado a una mediación, como procedimiento alternativo de carácter extrajudicial como propone la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803) que, aunque se aplica a la mediación en litigios transfronterizos, nada impide —como dice en su considerando (8)— que los Estados miembros lo apliquen a la mediación de carácter nacional. Ya las*

sentencias de esta Sala 2 de julio en 2009 (RJ 2009, 6462) y 3 de julio de 2009 (RJ 2009, 5491), dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados”.

Del mismo modo la STS núm. 324/2010 de 20 mayo RJ 2010\3707, en un conflicto sobre *sucesión mortis causa* se pronuncia en el sentido de que “...este caso,... no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la Ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la 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, en la Ley 15/2009, 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. En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”.

La presencia del conflicto en cualquier ámbito social es no sólo habitual sino consustancial a la propia convivencia.

Los conflictos familiares funcionan prácticamente igual que el resto de los conflictos pero, como al inicio ya decíamos, tienen un aspecto que los diferencia porque se encuadran en el ámbito familiar que es donde el ser humano pasa más tiempo.

El proceso, que ya de por sí se revela como un arma limitada para resolver la generalidad de los conflictos jurídicos, aparece aún

menos idóneo cuando se trata de dar respuesta a los conflictos familiares².

Las relaciones jurídicas que se sustancian habitualmente en los procesos de familia son, en muchos casos, de carácter personalísimo, con una carga emocional que los distingue de los que se tratan en otro tipo de procesos. Los operadores jurídicos intervinientes en este tipo de procesos tienen por tanto que partir de unos parámetros totalmente distintos de los habituales.

Se producen dos consecuencias. Por un lado, la limitación de forma clara de qué es lo que el juez de familia puede hacer, ya que el cumplimiento *in natura* es a veces imposible. Por otro, la constatación de que en los conflictos familiares la evolución que se produce es tal, que cuando por fin se acuerdan unas medidas, la situación ha variado y la medida en cuestión ya no sirve para nada.

En el proceso civil, la sentencia que se dicta se pronuncia en consonancia con la situación planteada por las partes en el momento de la demanda, en tanto, en el proceso de familia, la sentencia se va formando de forma dinámica a lo largo del proceso a fin de reflejar lo mejor posible la situación familiar, no en el momento inicial del proceso sino en el inmediatamente anterior a la sentencia.

Como señala UTRERA GUTIÉRREZ, se ha producido un debilitamiento del principio de legalidad positivista, en el sentido de que *las amplias facultades discrecionales de que goza el juez que conoce de los procesos de familia, por ejemplo en el ámbito de las medidas personales, unido a la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados en el campo del Derecho de Familia (“ interés o beneficio del menor” de los artículos 2 LO 1/96 y 92 del Código Civil, “interés familiar más necesitado de protección” de los artículos 96 y 103 del Código Civil, “incumplimiento de los deberes de protección” del artículo 172, “desequilibrio económico” del artículo 97 o la proporcionalidad de que habla el 146 para la fijación de los*

2 UTRERA GUTIÉRREZ: «La mediación familiar» (en línea). *Revista Baylio*, pág. 2 y ss. Dirección URL: <http://www.icace.org/pdf/b03-ponencia-02.pdf>.

alimentos por citar solo algunos ejemplos), suponen un claro debilitamiento del principio de legalidad en su acepción positivista.

Como el mismo autor señala, la presencia de personas que no siendo parte procesal estricta se ven afectados de forma directa por el proceso (abuelos, principalmente), es una característica de los procesos de familia que marca notables diferencias con el proceso civil ordinario y que explicaría una parte importante de esa insatisfacción que este tipo de procesos acarrea. Aquí también se puede metafóricamente hablar de una doble victimización, ya que no todas las partes del conflicto familiar hablan ni son escuchadas en el proceso.

A esto se une el hecho de que en este tipo de procesos el juez de familia necesariamente “delega” en otros profesionales (psicólogos, trabajadores sociales, etc.) la adopción de las decisiones correspondientes, ya que las perspectivas no jurídicas en ese tipo de decisiones son claramente predominantes. Estamos ante una parcela de estos procesos que se escapa al rígido formalismo del proceso y que suscita a veces críticas de los letrados intervinientes pues no resulta fácil articularla con el derecho a la defensa en su concepción más tradicional.

El conflicto es parte natural en la vida de las personas, por lo que no debe preocuparnos su existencia: “lo preocupante no es la existencia del conflicto, sino la falta de vías adecuadas para resolverlo”. Una vida sin conflictos sería tan indeseable como una vida llena de conflictos.

El legislador está preocupado por el ingente número de litigios que se plantean, y considera que es posible que muchos de ellos pudieran evitarse en sus primeras etapas o incluso que nunca debieron plantearse ante los órganos jurisdiccionales.

¿De verdad estamos insertos en una sociedad litigiosa o que tiende cada vez más a la litigiosidad?

Para empezar, que haya más o menos procesos judiciales no es ni bueno ni malo si lo analizamos de forma aislada. El hecho de que

el ciudadano medio tenga fácil acceso a los órganos jurisdiccionales es un logro. Lo que cabe plantearse es si se puede, si se debe dar facilidades para que no todos los conflictos hayan de ser resueltos a través de un Tribunal y sobre todo mediante una sentencia; esto es, si es correcto pretender que se puedan armonizar sistemas alternativos que no cercenen las posibilidades litigadoras del justiciable sino que pongan a su servicio más y mejores mecanismos para resolver esos conflictos.

A lo que cualquier reforma judicial y normativa debe tender no es a rebajar el número de pleitos. Que haya pleitos no es mejor ni peor que el que no los haya. A veces, la inexistencia de conflictos no supone paz, no supone ausencia de enfrentamientos, supone miedo o la imposibilidad de plantear la queja. Lo que se debe intentar garantizar es que el ciudadano pueda disponer del mecanismo que mejor se adapte al conflicto que en cada caso tenga, a fin de tutelar efectivamente ese derecho que previamente el legislador le ha reconocido.

Tenemos la sensación de que esa llamada crisis de la justicia es algo nuevo, propio del siglo XX y XXI, pero esto no es así. Como afirma PEDRAZ PEÑALVA³, es sorprendente la modernidad de las quejas formuladas y de las soluciones ofrecidas ya en el siglo XVI cuando en las Cortes Castellano-leonesas, celebradas en la ciudad de Segovia en 1532, se ponía de relieve la excesiva duración de algunos pleitos (20 y 30 años) y la saturación de los tribunales. Ya entonces, hace más de 450 años, se reflejaba que el pueblo español era excesivamente querulante y se buscaban equivalentes al proceso en la conciliación y en el arbitraje.

Asistimos, tristemente, a un constante descrédito por parte de nuestra sociedad del sistema judicial. Estamos siendo testigos de una especie de campaña en la que el Poder judicial se utiliza como arma arrojada contra quien detenta el poder. Los programas polí-

3 PEDRAZ PEÑALVA: "El proceso y sus alternativas" en *Cuadernos de Derecho Judicial, Arbitraje, Mediación y Conciliación*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 18.

ticos integran a la Administración de Justicia como uno de los puntos negros sobre los que hay que hacer una reforma. El ciudadano medio, por tanto, entiende que esa necesidad es prioritaria porque la Administración de Justicia es defectuosa. Los jueces son continuamente punto de mira de periódicos y periodistas que dudan de su independencia, imparcialidad, honradez e incluso de la correcta aplicación de la ley, sin pararse a distinguir si la ley la hacen los políticos o los jueces. El derecho ha pasado a ser materia de charla informal, y parece que el conocimiento jurídico está al alcance de todos y que todos pueden, sin ningún tipo de preparación especial, opinar de la labor judicial. No obstante, asistimos a una paradoja: el ciudadano sigue prefiriendo utilizar el proceso y, por supuesto, acudir a un juez frente a cualquier otra posible solución de conflictos, y esto con el convencimiento, en muchos casos, de su ineficacia, del posible error judicial, de su carestía, de su dilación y, en suma, de todos los males tan “socialmente conocidos”.

No creemos que estemos asistiendo a una crisis de la justicia superior a la que ha existido en otros momentos. Ahora bien, lo que quizás y por vez primera nos encontremos sea con un desarrollo social, la llamada “mundialización”, con una confrontación de nuestros instrumentos legales con los de Estados de todo el mundo. En el ámbito del derecho civil esa cohabitación de los sistemas normativos se hace más patente, se produce una alteración del sistema de valores y esto conlleva un cambio en el tratamiento de ciertas materias para las cuales es necesario buscar nuevas soluciones más eficaces, más rápidas y que garanticen una continuidad armónica en las relaciones. La presencia habitual de negocios transfronterizos, las múltiples relaciones internacionales... hace necesario ofrecer soluciones y las ADR en muchos casos ofrecen una nueva oportunidad de resolución.⁴

4 HERNÁNDEZ GARCÍA Y ORTUÑO MUÑOZ: “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal” en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, N.º 110, 2007, pág. 15.

Es necesario que el justiciable, cuando se acerque al tribunal, esté convencido, por un lado, de que ése es el mecanismo que mejor puede servir a resolver su reclamación y, por otro, que se transmita a la sociedad en general el mensaje de la no impunidad de aquellos que transgreden las normas.

El coste de nuestro sistema judicial es muy alto, y no lo es sólo para las partes, sino para la propia sociedad. No olvidemos que en el proceso, las partes afrontan los gastos derivados de la necesaria intervención de algunos operadores jurídicos, pero que el Estado costea una maquinaria compleja y limitada en sus recursos.

Existe un buen número de conflictos que se judicializan innecesariamente porque, existiendo otra vía más adecuada para la protección de los intereses del justiciable, o éste los desconoce o determinados factores le desvían hacia los tribunales.

La estrategia utilizada en algunos casos tiene su fundamento en el coste relativamente pequeño de litigar frente a la ganancia que se puede obtener si se gana, o incluso en la mera satisfacción que produce al litigante la posibilidad, en caso de sentencia desestimatoria, de interponer recursos que dilatan, alargan y crean un sentimiento de impotencia en la contraparte.

El recurso tiene su fundamento en la posibilidad de que el juez puede cometer un error que debe ser enmendado en aras de la correcta aplicación del derecho, pero, cuando advertimos cómo son utilizados los recursos, percibimos que se han convertido en armas arrojadas que en ocasiones sólo procuran la dilación, el desánimo y la posible contradicción entre el parecer de los distintos magistrados. Los recursos ante el Tribunal Supremo, incluso el Tribunal Constitucional, obedecen con frecuencia a estrategias dilatorias que, en definitiva, colapsan el sistema judicial y favorecen una actividad judicial que podríamos calificar de frenética.

No siempre es atribuible al justiciable el abuso de la jurisdicción, pues el sistema prevé, en no pocas ocasiones, que en cuestiones

donde no hay auténtico conflicto, necesariamente deban intervenir órganos jurisdiccionales. Los tribunales se ponen al servicio de labores de índole administrativa, que bien podrían ser desempeñadas sin problemas por personas u organismos a quienes se encomendará estas tareas.

El ser humano está inserto en una serie de circunstancias que algunos han calificado de pre-litigiosas. Es abundante la literatura que existe alrededor de lo que se denomina la teoría de los litigios que trata de acotar cuáles son los factores que, de una forma u otra, influyen en la aparición, el desarrollo y la finalización de los mismos.

Aunque no es nuestro deseo profundizar en dicha teoría, sí que creemos necesario apuntar, aunque sea someramente, los agentes o elementos que, de una u otra forma, influyen en la litigiosidad, esto es, en la decisión de un sujeto en entablar o no un proceso o buscar una forma alternativa de resolver su disputa.

Tales factores pueden ser sistematizados de diversas formas, pero creemos que es oportuno incidir básicamente sobre dos aspectos:

En primer lugar, el aspecto económico, y en tal sentido habría que destacar cuál es la ganancia esperada al ejercitar la reclamación, cuáles son los costes de ejercitar esa reclamación y cuáles son los costes de llegar a un acuerdo previo.

En segundo lugar, se deben señalar aspectos de carácter psicológico que determinaran la responsabilidad de que determinados sujetos acudan a los tribunales en tanto otros no. En este sentido, es relevante el grado de información de las partes, su tendencia a la evitación o no del proceso y a la utilización del proceso como estrategia.

En los inicios de la década de los 80 se desarrolló en Estados Unidos una importante investigación titulada "Civil Litigation Research Project" en la cual se analizó el estado de la conflictualidad

civil en Norteamérica, incorporando en el ámbito de los estudios sociojurídicos la llamada “perspectiva centrada en las disputas” .

En el marco de tal estudio se desarrolló el análisis de la “biografía de un litigio ” o de la “pirámide de un litigio”⁵ que describe éste desde el punto en que se genera la disputa hasta el momento en que ésta se conduce para su resolución al ámbito judicial, esto es, se realiza un estudio de los distintos momentos en el nacimiento y transformación de los conflictos jurídicos de tal forma que las quejas e injusticias de la vida diaria estarían en la base de la pirámide en tanto que la litigación estaría en su parte superior.

En la base de esa pirámide de litigación podríamos encontrar, como primer factor, una experiencia que un sujeto percibe como perjudicial y lesiva. Como más adelante pondremos de relieve, es la percepción de esta situación la que determina que ese sujeto pueda considerar lesiva una actuación que, percibida por otro sujeto distinto, puede que no lo fuera.

De las múltiples relaciones sociales que se producen, una primera etapa, ubicada en su base de la pirámide, estaría la posibilidad de percibir una “experiencia de conflicto”. Podemos adentrarnos en una zona un tanto compleja en la que un sujeto es consciente de que está ante una relación social conflictiva. Si el sujeto toma conciencia del conflicto, es posible que pueda transformarse éste y no tener que acudir a un tercero independiente e imparcial. Un conocimiento adecuado del conflicto y una percepción correcta de la realidad que tal situación de conflicto supone facilitará, en efecto, su tratamiento y solución. Pero, como antes hemos puesto de relieve, no siempre se trata de una situación objetivamente conflictiva, sino que, a veces, se trata de una situación que subjetivamente puede ser conflictiva,

5 GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO : “La litigiosidad en los tribunales de justicia: perspectiva sociológica” en *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 13, 2007 (Ejemplar dedicado a: La sociedad litigiosa), pág. 125, citando a FELSTINGER, ABEL Y SARAT. 1980/1981. “The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, Claming”, n.º 15, *Lay and Society Review*.

de tal forma que sólo una de las partes tenga percepción de conflicto, en tanto la otra no.

Cuando el conflicto es objetivo y ambas partes saben que están ante una situación de enfrentamiento, es fácil que se termine escalando por la pirámide del conflicto, partiendo de que ambas partes querrán defender sus intereses y entenderán que no deben transigir con lo impuesto por el otro. No se trata de la percepción subjetiva de uno, sino de un hecho que conculca los intereses de una de las partes en provecho de la otra.

Pero cabe también que se produzca un conflicto objetivo percibido como tal pero cuya eventual solución no tenga amparo legal (así el incumplimiento de promesa de matrimonio), en cuyo caso el justiciable tendrá necesariamente que buscar otra vía de composición o acuerdo que nunca podrá ser la jurisdiccional.

El segundo peldaño que escalaremos en esta pirámide vendrá determinado porque ese perjuicio que se ha ocasionado sea visualizado como una violación de un derecho personal por parte de un tercero, y que dicha violación pueda ser objeto de reparación. Como hemos dicho, el patrón cognoscitivo de lo que es perjudicial para alguien no tiene por qué coincidir con lo que es perjudicial para otros.

Es absolutamente necesario que el sujeto perciba e identifique la existencia de un conflicto, pero de nada servirá si esta identificación no va acompañada de la posibilidad de designar de forma clara quién es el sujeto contra el cual podremos entablar nuestra reclamación. El sentimiento de ser dañado por un entorno hostil pero no determinable es una sensación que todo ser humano ha tenido. Cuando tras una tormenta se han producido daños en un automóvil por efecto del granizo, no cabe la posibilidad de reclamar contra nadie, en tanto si nuestro automóvil estaba guardado en un garaje pero, no obstante, ha sufrido algún daño, sabremos contra quién podemos reclamar, tendremos un responsable. Cuando no existe la posibilidad de designar un posible responsable del daño no cabe ascender en la pirámide del conflicto, a pesar de que la percepción de

la certeza del daño es clara. Si no se puede responsabilizar a un individuo del daño ocasionado no es posible avanzar en la pirámide.

Esta etapa de la imputación es significativa, sobre todo porque es precisamente la imagen de vencedor frente al que ha producido el daño la que determina en muchos supuestos la decisión de no dejar pasar, de no aquietarse ante lo sucedido. Otra cosa distinta será la alternativa que se elija a la hora de transformar ese conflicto. Como antes hemos señalado, la fórmula tradicional del proceso judicial acentúa el esquema perdedores-ganadores, en tanto otras fórmulas de resolución del conflicto tienden a esquemas de ganancia para las dos partes.

Siguiendo este *iter* de formación del litigio se llega al momento en que comunicamos al causante de ese perjuicio nuestra sensación de elementos perjudicados y, por tanto, reclamamos.

Es este punto de la reclamación uno de los que sin duda tendrán una repercusión más directa en la escalada de este conflicto y su derivación en un litigio en el ámbito judicial o bien en su desescalada y un posible acuerdo.

Tanto la sociología como la política e incluso la economía nos muestran que en este estadio y en función de la actitud de la parte reclamada, en este escenario que podemos denominar puramente social, se terminen un buen número de conflictos que hubieran podido dar lugar a situaciones que hubiesen derivado hacia el ámbito de los tribunales de justicia.

Cuando la reclamación es rechazada o simplemente no atendida se abre una doble vía. En algunas ocasiones, el agraviado decide "dejar pasar", no hacer nada, conformarse con el perjuicio sufrido. En otras, y lógicamente dependiendo de una serie de factores sociológicos, culturales, económicos, etc., esa persona decidirá que ha llegado la hora de pedir que sea la jurisdicción la que intervenga tutelando sus derechos, y acudirá ante los tribunales en demanda de su reclamación.

El proceso judicial, por tanto, se revela como un instrumento poco idóneo para resolver conflictos familiares y se percibe como el campo en el cual puede acomodarse con mejores resultados los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y lo son porque estamos ante conflictos cuya naturaleza es sistémica y multidimensional. El sistema familiar está compuesto por diversos subsistemas (las relaciones parentales, las disputas en el seno del matrimonio o pareja y conflictos intergeneracionales, etc.) que generan un abanico de relaciones de interdependencia entre sus miembros. De allí que la ruptura de pareja que pone fin al subsistema conyugal no debiera afectar a las relaciones entre padres e hijos —subsistema parental—, aunque en la práctica esto ocurre con no poca frecuencia. Las fórmulas de resolución de conflictos en las que si uno gana el otro lo pierde, propias del sistema de adjudicación de derechos, no contribuyen a crear una situación que haga factible unas futuras relaciones pacíficas. Por el contrario, la adjudicación que supone la definición de vencedores y vencidos no hace sino ahondar las diferencias y desacuerdos al interior de las familias.

Este tipo de conflictos expande sus efectos a otras personas, básicamente a los menores cuyos intereses han de ser el elemento primordial a la hora de decidir la fórmula adecuada para resolver el conflicto. El proceso no es desde luego el mejor instrumento.

El carácter dinámico y evolutivo del ciclo vital familiar exige hacerse cargo del grado de perdurabilidad de las soluciones de los conflictos de familia. Cualquiera que sea la biografía de una familia, a lo largo de los años atravesará por diversas etapas marcadas por el desarrollo de sus miembros. En la medida que los niños crecen y los adultos envejecen se generan nuevas situaciones vitales y surgen distintas necesidades que satisfacer. De ahí que las respuestas a los conflictos familiares no pueden ser ni estándares ni estáticas, deben permitir su reevaluación y eventual ajuste de acuerdo a las circunstancias. Si bien, a través de la noción de cosa juzgada formal, la doctrina se hace cargo del carácter dinámico del conflicto fami-

liar, la respuesta judicial supone volver al sistema de adjudicación de derechos cada vez que una nueva situación de cambio genere desacuerdos en la familia. Por lo general, las sentencias judiciales buscan resolver un conflicto puntual y no contemplan un plan de acción destinado a prevenir y/o enfrentar futuras controversias⁶.

La necesidad de adoptar otros métodos para encauzar este tipo de conflictos se ha hecho cada vez más patente. De entre todas las fórmulas que podríamos llamar autocompositivas la mediación se ha revelado como especialmente adecuada para la resolución de conflictos interpersonales de familia, en parte porque el componente afectivo y emotivo es importante y la solución definitiva pasa por la recuperación de la confianza.

En tal sentido la Recomendación N.º R (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Mediación Familiar. En ella, se insta a los Estados Miembros a promover y adoptar programas de mediación familiar en atención a que este tipo de conflictos involucra a personas que, por definición, tendrán relaciones interdependientes y continuas en el tiempo, porque se trata, además, de conflictos que se desenvuelven en un contexto emocional estresante que los incrementa y porque la separación y el divorcio impactan a todos los miembros de la familia, en especial, a los niños.

Con todo, es necesario mantener una postura realista sobre la mediación. Hablar de mediación familiar es, en palabras de Marlow⁷, hablar de «un procedimiento imperfecto, que emplea a una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas, a concluir un acuerdo imperfecto, en un mundo imperfecto». Como el mismo autor sostiene, esta definición pone de relieve una

6 VARGAS PÁVEZ: "Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación" (en línea). *Revista de derecho Valdivia*. Vol. 21, n. 2, pág. 183-202. Dirección URL: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502008000200008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. doi: 10.4067/S0718-09502008000200008.

7 MARLOW: *Mediación. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*, Barcelona, 1999, pág. 31.

de las características de la mediación y es la imperfección. Creemos que debemos partir de afirmar que la mediación no es una panacea, no es el remedio ante cualquier situación de crisis y eso es lo que en la actualidad parece que se considera. No lo es, ni siquiera para esta materia, la familiar, en la que modestamente consideramos que es el campo donde supone un complemento, un instrumento fundamental y muy positivo para, al menos, intentar paliar los efectos de los conflictos que surgen en este ámbito. La mediación es la mejor alternativa entre las alternativas imperfectas, porque cuando las parejas se separan o se divorcian pretenden encontrar derechos, justicia, equidad, en definitiva, esperan de la ruptura lo que no fueron capaces de encontrar en su matrimonio.

Con todo, la mediación familiar no debe considerarse simplemente como una alternativa al proceso, como un simple método de resolución de conflictos; se trata de un procedimiento por el cual las personas asumen una responsabilidad en la resolución de sus conflictos, un protagonismo que les niega el proceso judicial que se ha revelado como inadecuado para resolver ciertos conflictos y, desde luego, los familiares⁸. El mayor protagonismo de las personas a la hora de resolver los conflictos produce un grado de satisfacción psicológica, acrecentándose la autoestima y fomentando comportamientos que son necesarios para la formación de una sociedad más pacífica y más solidaria⁹.

8 VILLAGRASA en SORIA, VILLAGRASA Y ARMADANS: *Mediación Familiar. Conflictos: técnicas, métodos y recursos*, Barcelona, 2008, pág. 163.

9 BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, 2008, pág. 79.

2. EL MARCO NORMATIVO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

A. Normativa europea

La mediación familiar en su forma actual aparece en los Estados Unidos a finales de los años sesenta, país pionero junto con Canadá en la práctica de esta técnica de resolución de conflictos. A Europa llega a finales de los años setenta y, concretamente, en 1973, se abren en Gran Bretaña los primeros servicios de mediación familiar. A partir de esa fecha se va implantando en diversos países europeos. Con todo, es en la década de los noventa cuando se produce un verdadero interés por difundir y regular fórmulas alternativas a la vía judicial para resolver las disputas. El Consejo de Europa, en una Recomendación de 21 de enero de 1998 (nº R (98) 1) sobre la Mediación familiar, consiguió dar un impulso fundamental a esta modalidad extrajudicial. La citada Recomendación reconoce que el número de separaciones y divorcios en los Estados miembros sigue incrementándose y que los conflictos familiares tienen consecuencias importantes, no sólo para los miembros de las familias sino también costes sociales y económicos para los Estados, considera que debe garantizarse la protección y bienestar de los menores y concluye que el recurso de la mediación familiar puede, en su caso: mejorar la comunicación entre los miembros de la familia; reducir

los conflictos entre las partes en litigio; dar lugar a acuerdos amigables; garantizar el mantenimiento de relaciones personales entre los padres y los hijos; reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y los Estados, así como reducir el tiempo necesario para reglamentar los conflictos.

Posteriormente, el Reglamento del Consejo del 6 de septiembre de 2001, adoptado por la Comisión para ampliar el régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento “Bruselas II”, recogía la necesidad de cooperación entre las autoridades para hacer posible el ejercicio de la responsabilidad parental y para el fomento de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Otro hito destacable fue el Libro Verde de abril de 2002, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

Una norma esencial en materia de mediación es la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. La Directiva sobre mediación se reveló mucho más moderada que la propuesta de la Comisión Europea tanto por el hecho de restringir su aplicación a los ámbitos civil y mercantil como por centrarse exclusivamente en conflictos con una dimensión transfronteriza. Se planteó como una «legislación marco» que recogía los principios y aspectos básicos que debían regir el procedimiento de mediación, dejando su desarrollo al derecho interno de cada uno de los Estados Miembros. No obstante, su importancia se centró en que supuso la incorporación de un instrumento mediante el que armonizar, por una parte, la relación entre la mediación y el proceso judicial y de otra, la introducción de una normativa esencial para que el procedimiento mediador sea un procedimiento garantista y a la vez rápido y efectivo¹⁰.

10 En este sentido ORTIZ PRADILLO: “La mediación en la Unión Europea: La directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en

B. Normativa estatal

Para que la mediación haya tenido su encaje en el ordenamiento jurídico español han sido necesarios varios cambios sociales y legislativos que se han producido en las últimas décadas. De ninguna forma podemos omitir la referencia a la Constitución de 1978 como marco a partir del cual se van concretando los distintos principios cuyo desarrollo será acogido en las posteriores regulaciones que se van a realizar de la mediación y de la mediación familiar en concreto¹¹.

Así, el artículo 1.1 CE proclama la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; el artículo 10.1 CE, que se refiere a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político; el artículo 14 CE en cuanto al reconocimiento de la igualdad de mujeres y hombres, cuestión fundamental para empezar a hablar de la mediación en conflictos familiares; el artículo 16 CE, en la medida que reconoce el derecho a la libertad ideológica, siendo la base de cualquier conflicto la diversidad de valores, es requisito fundamental el respeto a los mismos; el artículo 18 donde se reconoce el derecho fundamental a la intimidad familiar, que implica la defensa de la privacidad familiar, delegando en medidas indirectas la protección familiar, especialmente de las personas incapacitadas y menores, y los artículos 33 y 38 CE, en los que se garantiza el derecho de propiedad privada y la libertad de empresa, con las consecuencias inherentes a ambos conforme a la regulación legal de los mismos. También debe hacerse referencia al artículo 39 CE, en virtud del cual los poderes públicos

VVAA, (dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO). *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2012, pág. 60.

11 Seguimos en este punto a MERINO ORTIZ y MORCILLO JIMÉNEZ : «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. 167 y ss.

deben asegurar la protección de la familia así como la protección integral de los hijos e hijas.

En definitiva, nuestra Constitución considera a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y que, por tanto, requiere una protección específica en la medida que las relaciones familiares son consideradas medios para el desarrollo de la personalidad individual, y en tal sentido debe garantizar el orden público en materia de familia y autonomía de la voluntad.

La primera vez que nuestro ordenamiento jurídico estatal contempla la mediación es en el artículo 87, ter, de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y precisamente lo hace para vedar su utilización en todos los asuntos cuya competencia se había asignado a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (artículo 87, ter, 5 LOPJ).

Algún autor¹² afirma que la introducción de la mediación familiar debe entenderse a partir de la tendencia a la privatización del derecho de familia y, sin lugar a dudas, esta privatización tuvo su punto de partida con la Ley 30/1981, de 7 de julio, al menos en lo que se refiere a los procesos de separación y divorcio conocidos como «de mutuo acuerdo», al otorgar a los cónyuges la facultad de solicitar la separación y el divorcio una vez cumplidos los requisitos que establecían los artículos 81.1 y 86 del Código Civil, con la obligación de acompañar a la demanda de separación o divorcio una propuesta de convenio regulador.

A raíz de esta variedad procedimental, de modo indirecto y aun sin utilizar el término mediación, la Ley propició que las parejas negociaran sus acuerdos sobre los términos de su ruptura de una forma parecida a la que años más tarde se ha dado en llamar “procedimiento mediador”.

12 MERINO ORTIZ y MORCILLO JIMÉNEZ: «Regulación de la mediación familiar...» cit., pág. 168.

Cuando se promulga la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se hizo una doble referencia a la mediación familiar. Por una parte, la Disposición Final 3ª aludía una futura Ley estatal sobre la materia, Ley que todavía no se ha dictado, si bien es verdad que el RDL 5/2012 no excluye de forma expresa la mediación familiar como lo hace con otro tipo de mediaciones (mediación penal, mediación con las Administraciones Públicas, mediación laboral, mediación en materia de consumo). Por otra parte, se introduce en la regulación de los procesos matrimoniales de la LEC algunas referencias a la mediación familiar, mediante la modificación de los arts. 770 y 777 LEC, artículo 770 LEC, establece las reglas para la tramitación a través del juicio verbal de las demandas de separación y divorcio contenciosos, las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil. La Ley 15/2005 modificó el artículo 770 LEC añadiendo el apartado 7 donde se establece que las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para someterse a mediación, precepto que fue objeto de modificación por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

El artículo 777 LEC regula el procedimiento por el que se tramitan las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, y, en el mismo, se establece que, junto con el escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.

Cuando se aprueba el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 29 de Abril de 2011, se hace una referencia expresa a la mediación familiar en su artículo 8, donde se establece que en la mediación familiar se debe tener presente el interés superior del menor.

Sin embargo, en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no aparece ningún precepto específico sobre la mediación familiar. No obstante, aun cuando no se realiza ninguna referencia expresa, obviamente es de aplicación al proceso de mediación familiar si bien es cierto que cada ley autonómica ha venido regulando aspectos más o menos específicos propios en unos casos de su derecho foral, y en otros, de su forma de entender la mediación familiar.

Desde luego es en el marco de las Comunidades Autónomas, donde la mediación familiar ha alcanzado su pleno desarrollo normativo. En 1997, el Congreso de Diputados, por unanimidad, realizó una recomendación al Gobierno para que este promoviera e incentivara los servicios de mediación familiar, lo que dio lugar a que el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales desarrollase un programa al amparo del cual se crearon los Servicios de Orientación y/o de Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas. Se crearon así 40 servicios desde los que se ofreció mediación familiar en el ámbito público de los Ayuntamientos y las Comunidades Autónomas¹³.

Desde hace algo más de una década se están promulgando leyes autonómicas que regulan la mediación familiar, y toda esta legislación se ha desarrollado al margen de un necesario y deseable marco común.

La primera cuestión que debiéramos plantearnos es si todas las Comunidades Autónomas tienen potestad legislativa en materia

13 GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid, 2009, pág. 40.

civil y por tanto, si tienen potestad legislativa para poder elaborar su propia regulación sobre mediación. La respuesta sería negativa¹⁴.

La Constitución recoge en su artículo 39.1 que *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*. En este ámbito es en el que hay que ubicar la legitimación para regular la mediación familiar. El artículo 149, 18º de la Constitución establece que: *“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. – Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”* Siendo así, ¿dónde encontramos el apoyo para que aquellas comunidades carentes de derecho foral civil hayan podido promulgar una ley de mediación familiar? El artículo 148.1, 20º de la Constitución dispone: *“Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 20. – Asistencia Social”*.

Por tanto, todas aquellas Comunidades Autónomas que carecen de derecho foral, utilizan como sustento jurídico a su legislación en materia de mediación familiar el artículo 148.1, afirmando que es un servicio social prestado debido a la gran demanda que existe del mismo.

Hay que destacar, además, que incluso en aquellas Comunidades Autónomas que tienen ese derecho civil propio y que hubieran podido utilizar éste como apoyo competencial, han preferido, en la

14 GÓMEZ CABELLO *“Los aspectos jurídicos de la mediación: fundamentación jurídica de la mediación familiar y desarrollo legislativo (III)”* (en línea), en *Noticias Jurídicas*, junio, 2007. Dirección URL: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200706-8956523521245-3>.

práctica totalidad de los supuestos¹⁵, acogerse al derecho que se le confiere para regular los servicios sociales, dentro de los cuales incluyen la mediación familiar.

En la actualidad son trece las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia, de las que once versan sobre la mediación familiar y sólo dos sobre la mediación en el ámbito del Derecho Privado, teniendo por tanto estas últimas un ámbito de aplicación más amplio que excede del ámbito de la mediación familiar, y es el caso de Cataluña y de Cantabria.

Haciendo un repaso de la regulación autonómica, las leyes que regulan la materia son las siguientes: en Cataluña la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña, desarrollada por el Decreto 139/2002, de 14 de mayo. La Ley 1/2001 fue derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; en Galicia se promulgó la Ley 4/2001, de 31 de mayo, desarrollada por el Decreto 159/2003, de 31 de enero; en la Comunidad Valenciana la mediación familiar se reguló mediante la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, que se desarrolló por el Decreto 41/2007, de 13 de abril; en Canarias se publicó la Ley 15/2003, de 8 de abril y se desarrolló por Decreto 144/2007, de 24 de mayo; en Castilla-La Mancha la mediación familiar se reguló mediante la Ley 4/2005, de 24 de mayo; en Castilla y León, fue la Ley 1/2006, de 6 de abril, desarrollada por el Decreto 50/2007, de 17 de mayo; en las Islas Baleares, fue la Ley 18/2006, de 22 de noviembre y se desarrolló por el Decreto 66/2008, de 30 de mayo. La Ley 18/2006 ha sido derogada y sustituida por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre; en la Comunidad de Madrid se regula por la Ley 1/2007, de 21 de febrero, en Asturias por la Ley 3/2007, de 23 de marzo; en el País Vasco por Ley 1/2008, de 8 de febrero; en Andalucía la mediación familiar se regula por Ley 1/2009, de 27 de febrero, desarrollada por el

15 Con la salvedad del legislador catalán, que en el Preámbulo de su Ley de Mediación Familiar hace una mención expresa a la autonomía de la voluntad como uno de los principios generales que informan el Derecho Civil de Cataluña.

decreto 37/2012, de 21 de febrero, en Cantabria tanto la mediación familiar como la de derecho privado se regula por la Ley 1/2011, de 28 de marzo y en Aragón, y referida exclusivamente al ámbito de la mediación familiar se promulga la Ley 9/2011, de 24 de marzo.

C. La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar aragonesa

En Aragón la Ley de mediación familiar, Ley 9/2011, se promulga el día 24 de marzo, y hasta la fecha no se ha desarrollado reglamentariamente. El procedimiento de mediación familiar aragonés se regula como un servicio social especializado que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar, tal y como dispone su artículo 1 al fijar y delimitar el objeto de la Ley.

La Ley de mediación familiar aparece con una cierta urgencia¹⁶. Es bien sabido que, como en la propia Exposición de Moti-

16 Desde luego, la Ley de Mediación Aragonesa surge de la necesidad. Así fue puesto de relieve por el diputado de la Chunta Aragonesista, Bernal, en el debate parlamentario:

Hace unos escasos meses, todos los grupos parlamentarios, los cinco grupos parlamentarios, estábamos de acuerdo en lo que acabo de exponer, y desde hace muchos años también, pero digo cuestiones que están en el Diario de Sesiones. Todos los partidos, por unanimidad, por unanimidad, acordamos que era necesario que el Gobierno de Aragón remitiera a esta Cámara un proyecto de ley de mediación familiar, justo el que hoy estamos debatiendo. Así lo acordamos y así redactamos, por unanimidad, la disposición final segunda de la Ley de igualdad en las relaciones familiares, que dice lo siguiente, por si alguien no lo ha leído: «En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno de Aragón remitirá a las Cortes de Aragón un proyecto de ley de mediación familiar, en la que se regularán el funcionamiento, competencias y atribuciones de este instrumento alternativo a la vía judicial, de resolución de los conflictos familiares». Lo digo porque los grupos que han presentado enmiendas a la totalidad, hablan ahora de otras mediaciones. No, ¡sí la que habíamos pedido todos era la mediación familiar, señorías!, sí, por unanimidad, con el apoyo de todos los grupos parlamentarios.

Es necesario recordar, señorías, que esa disposición final segunda fue aprobada por unanimidad, lo reitero, ahí está el Diario de Sesiones, en el Pleno del 20 mayo de 2010, votaron a favor incluso los dos grupos parlamentarios que hoy han presentado enmiendas a la totalidad, este texto votaron por unanimidad. Y la incoherencia del Grupo Popular y del representante de

vos de la Ley se ponía de relieve, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en su Preámbulo señalaba que la mediación familiar era un instrumento fundamental para poder llegar a acuerdos entre los progenitores, y evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura. En el artículo 4 de la mencionada Ley se establecía un mecanismo para que los progenitores pudieran someter sus discrepancias a mediación familiar con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales. En este sentido, y para regular temporalmente un sistema que facilitara a las partes la consecución de acuerdos en el ámbito de las rupturas familiares, la disposición transitoria segunda de la citada Ley 2/2010 establecía un régimen provisional de mediación familiar hasta la entrada en vigor de la Ley de Mediación Familiar a la que se refiere la disposición final segunda. Hay que señalar que la disposición final segunda de la Ley 2/2010 preveía un plazo de tres meses desde su entrada en vigor para que el Gobierno de Aragón remitiera a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley de Mediación Familiar, en la que se regularán el funcionamiento, competencias y atribuciones de este instrumento alternativo a la vía judicial de resolución de los conflictos familiares.

Como en el debate parlamentario se expuso¹⁷, tal vez se perdió la posibilidad de hacer una Ley distinta, porque lo que sí es cierto

Izquierda Unida, en el Grupo Mixto, es todavía mayor si recordamos qué ocurrió previamente antes de llegar a esa votación en ese Pleno. Entonces hubo consenso absoluto, pero ¿qué pasó antes? Pues, antes de eso, lo que pasó es que fue incorporada esa disposición final en la ponencia como resultado de un texto transaccional que fue elaborado con enmiendas de los tres grupos de la oposición (la 79, de Izquierda Unida, la 81, del PP, y la 88, de Chunta Aragonesista). Fue un trabajo en equipo, en equipo de toda la ponencia, y aprobado también por unanimidad ese texto transaccional, por unanimidad, en la ponencia, el texto transaccional que luego fue apoyado aquí también por unanimidad. Y esto es lo que pedíamos, señorías.

17 Se presentaron dos enmiendas a la totalidad. Una la presentó el Partido Popular y otra el Mixto.

Respecto a la primera, defendida por VALLÉS CASES, merece la pena destacar algunas de sus reflexiones porque sin duda, se centran en aspectos que efectivamente son

fundamentales a la hora de entender la ley presentada. Para la diputada, el hecho de que hubiera un compromiso, incluso una obligación por parte del Gobierno, de presentar una ley de mediación familiar no podía ser la justificación para presentar como «*mediación familiar*», *aquello que se aleja, en su espíritu y filosofía, de lo que es la mediación*. En este sentido se argumentó lo siguiente: Principio del formulario *"porque mediación no es otra cosa que un procedimiento que, incluido dentro de la jurisdicción voluntaria, está recogido en la normativa estatal y también ya ha sido objeto de regulación en otras comunidades autónomas que desde el 2001 empezaron a aprobar leyes sobre la cuestión. Y que nos podrían haber servido de ejemplo, que les podría haber servido de ejemplo, en especial, porque el tiempo y el uso permiten ir adaptando la legislación a la realidad y a las circunstancias que van surgiendo. Leyes como la catalana, de 2001; la valenciana, también del 2001; la canaria, de 2003, que ya ha sido modificada en 2005; la madrileña, de febrero de 2007, o la más reciente, la andaluza, de 2009, pero ya con dos años de vigencia. Todas ellas deberían de haber influido en su regulación y hacerles comprender que la mediación no es el servicio de mediación que se encuentra adscrito al Departamento de Servicios Sociales, en concreto, a la Dirección General de Familia, sino que por mediación se entiende el procedimiento, el instrumento que puede prestarse desde la Administración autonómica, desde los colegios, por profesionales liberales, por otras administraciones, por asociaciones sin ánimo de lucro, si bien, en todo caso, bajo el control y regulación administrativa que garantice unos derechos para y por los ciudadanos.*

Este planteamiento de confundir la función con el órgano administrativo, que puede o no realizarlo, y recogido en el proyecto de ley presentado y ahora en tramitación, choca con lo que, a nuestro entender, debería de ser regulación. Pues, bien, esta razón y no otra es la que nos ha llevado a presentar la enmienda a la totalidad y que por el momento que nos encontramos, apenas a dieciséis días de acabar esta legislatura, suponga que la aceptación de esta enmienda a la totalidad haga decaer el proyecto de ley, no es responsabilidad de este Grupo del Partido Popular ni de ningún otro grupo de la oposición, es derivado del momento en que ustedes han decidido traer un proyecto al que se comprometieron hace cinco años y del que, como he mencionado, hay muchos precedentes en otras comunidades, por lo que no entendemos el retraso en la elaboración ni la confusión en su planteamiento.

Este proyecto de ley, como decía, no da respuesta a las necesidades de los aragoneses, porque el objeto del mismo, y así se contiene en el artículo 1 del proyecto presentado, es regular la mediación familiar como un servicio social especializado. Es decir, ustedes nos proponen regular un servicio que ya se presta por parte de esta comunidad autónoma y de lo que se trata en esta ley es de regular el procedimiento. Porque la mediación y, en este caso, la familiar es algo más: es —quiero que les quede bien claro— una función; es un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del derecho privado, en el que la persona mediadora, de manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto o tensión con la finalidad de favorecer las vías de comunicación y la búsqueda de acuerdos y decisiones consensuadas, equitativas, duraderas y justas. Esta u otra definición parecida es la que consta en la normativa española y la que nos debe inspirar en el desarrollo de nuestra legislación autonómica.

Recordar que siempre alegamos la excesiva judicialización de la vida diaria, en la que la familia es el elemento más sensible y, por tanto, más factible de resolución ajena al ámbito judicial. O que cuando hablamos del incremento de la actividad judicial y de búsqueda de elementos o instrumentos que nos permitan prever y solucionar los conflictos antes de acudir a la vía judicial, pues, bien, cuando hacemos estas aseveraciones, estamos pensando, en todo caso, en procedimientos que eviten o solucionen los problemas mediante acuerdos entre las partes y sin acudir al órgano judicial.

No es un servicio administrativo, es un procedimiento, y así, entre los procedimientos que nos permiten reducir la judicialización e integrado en lo que se denomina «jurisdicción voluntaria», es donde se incluye el arbitraje en el mundo mercantil, el arbitraje en el mundo laboral o la mediación en el ámbito civil. Y es donde debemos incluir la figura de la mediación familiar, porque, vista su propuesta, tal vez haya que recordarles que Aragón no es una isla, aunque pueda tener peculiaridades.

Y la familia y los conflictos o problemas que surgen en su seno es una institución adecuada a estos instrumentos. La familia es fuerte para solucionar sus propios problemas, y es evidente que el mejor acuerdo para garantizar la posterior relación de sus miembros y para que perdure en el tiempo sin socavar más las relaciones, es el acuerdo al que lleguen los propios interesados. Y este procedimiento, este instrumento es el que debemos regular, potenciar y facilitar mediante la legislación autonómica adecuada.

Pero con la propuesta presentada y recogida en el proyecto que analizamos, en Aragón somos diferentes. La mediación no es un procedimiento, sino, como antes he dicho, un servicio social especializado. Ustedes confunden un órgano que puede realizar la función o la propia función. Señorías, corresponde a estas Cortes regular quién la va a realizar, para qué la va a realizar, con qué garantías se va a realizar y para qué se va a realizar. Y si la va a realizar solo un órgano administrativo especializado que actualmente depende de Familia, pues, ustedes lo plantean, lo defienden y lo establecen —para eso tienen mayoría—, pero entonces, díganlo claro. Que ustedes no regulan la mediación familiar, sino que tienen una ley para regular el órgano de administración que presta o que realiza la mediación familiar en el Gobierno de Aragón.

Con su propuesta se limitan, como decía, a regular la mediación como una competencia controlada y exclusiva del Gobierno de Aragón, y esa idea que impregna todo el proyecto tiene su mayor reflejo en la denominación de registro que se crea, al que denominan «registro de mediación familiar del Gobierno de Aragón», en lugar de «Aragón», como si fuera un asunto de exclusividad del Gobierno.

Frente a esta propuesta que, a nuestro entender, nos parece poco trabajada, pues, no cuenta con informes y la participación de los colegios profesionales que tienen entre sus colegiados personas que ya están realizando esta función y que han debido remitir sus enmiendas in extremis, o de los mediadores que ya existen en Aragón y que ustedes ignoran y le remiten a su propia normativa, nosotros solicitamos prórroga en la presentación de enmiendas al objeto de trabajar con las propuestas de los colegios, como de los trabajadores sociales, los abogados, los psicólogos, participaciones que ustedes proclaman y venden y que ustedes negaron, no aceptando la prórroga en la presentación de enmiendas, algo sin precedentes en estas Cortes.

es que esta Ley sólo regula un servicio que ya se presta por parte de esta Comunidad Autónoma. La Ley no sirve para dar cauce procedimental a la mediación familiar ejercida por otros profesionales ni, por supuesto, otra mediación que no sea la familiar.

Según lo establecido en la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa, el legislador ha seguido el modelo recogido en otras Leyes

Y esa falta de participación, esa confusión que se debe de entender como mediación, da lugar a una regulación corta y alejada a las necesidades de Aragón. Así, frente a una propuesta donde el servicio social especializado nombra al mediador entre sus miembros sin participación y consenso de las partes en conflicto, cuando la confianza en el mediador es un elemento fundamental a la hora del éxito en esta cuestión, y ustedes, que han trabajado en el proyecto o que se supone que lo han hecho, deberían saberlo, frente a esta propuesta, por el contrario, es necesario, como antes he dicho, que se establezcan los requisitos y procedimientos para acreditar a alguien como mediador, posteriormente, crear un órgano o registro y, posteriormente, dar información del mismo”.

Merece también la pena referir el discurso del diputado BARRENA SAUCES, que considera que se ha perdido la oportunidad de legislar de forma más amplia, esto es, de regular la mediación, y no solo la mediación familiar. “El primero es que consideramos que este proyecto de ley de mediación pretende legislar exclusivamente la mediación familiar. Nosotros y nosotras, Izquierda Unida, consideramos que la mediación es un procedimiento mucho más amplio, mucho más complejo que, única y exclusivamente, la mediación familiar y, por lo tanto, lo entendemos desde un contexto mucho más amplio y defendemos una ley de mediación en Aragón, mediación que, evidentemente, tiene que atender a la problemática familiar, pero a toda la demás.

Creemos que la mediación —y nos gustaría saber cuál es la opinión aquí del Gobierno y del resto de grupos— es un procedimiento no jurisdiccional, de carácter voluntario, confidencial, que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas para que gestionen por ellas mismas una solución. Ahí es donde creemos que debe de actuar el Gobierno y ahí es donde creemos que debe planificarse y debe trabajarse para que haya un verdadero sistema de mediación protegido por una verdadera ley de mediación.

¿Por qué? Porque la voluntad de evitar la judicialización de determinados conflictos no solo tiene la finalidad de agilizar el trabajo de los tribunales de justicia, no, no solo esa; debe tener la facultad de intentar posibilitar soluciones responsables y eficaces a los conflictos que aseguren el cumplimiento posterior de los acuerdos. No siempre porque lo imponga un juez o porque lo imponga una sentencia, al final, eso es lo que resuelve el problema.

Creemos, además, que una buena ley de mediación debe preservar las relaciones futuras entre las partes, y eso significa que el eje central del sistema de mediación tiene que ir unido a la preparación técnica de la persona mediadora y de todo el servicio de mediación. Este proyecto de ley no legisla en aras de la mediación como resolución de conflictos de manera extrajudicial, sino que simplemente regula de manera específica y, a nuestra manera de ver, de forma muy incompleta lo que tiene que ver con la mediación en el ámbito familiar”.

autonómicas al hacer pivotar su competencia en lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Española donde se establece que los poderes públicos son los encargados de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación.

Igualmente, en el Preámbulo, se recogen los concretos títulos competenciales que habilitan a la Comunidad Autónoma de Aragón para regular la materia contenida en el texto legal. En tal sentido, se invoca el artículo 71.34 del Estatuto de Autonomía que establece como una de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de Aragón, en la materia de acción social, la ordenación, organización y desarrollo de un sistema público de servicios sociales que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial. El legislador hace referencia igualmente a lo previsto en el artículo 71.59 del Estatuto de Autonomía que se refiere a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en la materia de Administración de Justicia en lo relativo a medios personales y materiales.

Como muy bien indica LAHOZ POMAR¹⁸, el legislador aragonés podía haber optado por invocar como posible título competencial habilitante el artículo 71.2^a del Estatuto de Autonomía de Aragón en el que se declara la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en la materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes, pero sin embargo no lo ha hecho, del mismo modo que ha omitido cualquier referencia al principio “*standum est chartae*”, en consideración probablemente a que la Ley aborda la regulación de la materia desde criterios de servicios sociales, entendiéndola como una institución jurídica que, por un lado, se configura como un servicio

18 LAHOZ POMAR, en “La mediación familiar en Aragón: competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en la materia” en *Actas de los vigésimoprimeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (en prensa).

social especializado para la resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho Privado, y que se caracteriza por la nota de su dependencia respecto a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, y que por otro, constituye un instrumento alternativo a la vía judicial de apoyo y colaboración al trabajo realizado por los Juzgados y Tribunales.

Por tanto, la regulación contenida en el texto legal se ampara en el ejercicio de la competencia exclusiva en materia de acción social y dirigida a la protección de la familia, así como de la competencia exclusiva en la gestión de los medios personales y materiales necesarios para el desempeño de la labor jurisdiccional, pero sin afectar a la regulación sustancial de materias propias del Derecho Civil de Familia. Efectivamente, ninguna referencia ha hecho el legislador aragonés al Derecho Foral a lo largo del texto legal.

Cuestión distinta es el encaje que la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* tenga en lo concerniente en materia de mediación familiar. A tenor del apartado III del Preámbulo, la Ley regulará la mediación en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable y en la exposición de motivos se menciona que "La presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. Al no haber una regulación más precisa en su articulado se corre el riesgo de que se generen múltiples interpretaciones y por lo tanto posibles conflictos e incluso impugnaciones judiciales".

3. EL CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU REFLEJO EN LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR ARAGONESA

Intentar obtener una definición legal única de mediación familiar en el ordenamiento español es una tarea bastante compleja. En realidad, en prácticamente todas las leyes autonómicas, y la nuestra no es una excepción, el concepto de mediación familiar se comparte con otras cuestiones como el objeto o la finalidad del propio proceso de mediación familiar y, en los casos más desafortunados, incluso se entremezcla con el ámbito del Servicio de la Administración donde se ubica.

Para un buen número de las leyes autonómicas, la mediación es un procedimiento extrajudicial. En este sentido, la Ley asturiana¹⁹, la

¹⁹ Reconoce que la mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario creado con la finalidad de solucionar los conflictos, en el que interviene un tercero imparcial debidamente acreditado y sin poder de decisión, denominado mediador familiar, que informa, orienta y ayuda a las partes en conflicto para facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo (artículo 2).

Ley catalana²⁰, la Ley andaluza²¹, la Ley cántabra²², o la valenciana²³ ponen el acento en este aspecto de la mediación como procedimiento más o menos estructurado que tiende a la resolución extrajudicial de los conflictos no violentos.

Otro grupo de leyes destacan el elemento del mediador como eje fundamental en torno al cual gira la mediación, destacando que se trata de la intervención de un tercero, profesional cualificado que orienta o facilita la negociación a fin de llegar a un acuerdo. En este sentido podemos destacar el concepto aportado por la Ley gallega²⁴,

20 Define la mediación como un procedimiento no jurisdiccional, de carácter voluntario y confidencial, que se dirige a facilitar la comunicación entre las partes en conflicto, para que ellas mismas busquen una solución al conflicto; todo ello bajo la supervisión de una persona (el mediador) que actúa de forma imparcial y neutral (artículo 1).

21 Configura la mediación como un «procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que pueden surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto» (artículo 2)

22 La Ley cántabra establece que se entiende por mediación aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia, con la asistencia de un mediador profesional (artículo 2).

23 La Ley de la Comunidad Valenciana prevé que la mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo (artículo 1).

24 La Ley gallega establece que la mediación es la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Éstos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática (artículo 2).

la Ley de Castilla-La Mancha²⁵ o la Ley vasca²⁶.

Mención aparte merece la Ley balear²⁷ porque incide en un punto en el que otras leyes no reparan y es la consideración de la mediación como fórmula de gestión de conflictos, incorporándose a la corriente doctrinal que, lejos de considerar la mediación como método de resolución de conflictos, la ubica en el ámbito de la gestión positiva de los mismos.

La Ley de Mediación Familiar Aragonesa parte de un criterio finalista, esto es, parte de preguntar qué es lo que se persigue con la mediación, y en tal sentido, se inserta en la corriente doctrinal de las leyes que describen la mediación como un procedimiento extrajudicial, pero va un paso más allá al definir la mediación “a efectos de la presente Ley”, como el servicio social consistente en un procedimiento de unas determinadas características.

El artículo 2, bajo el epígrafe «Concepto», nos dice que *Por mediación familiar se entenderá, a efectos de la presente Ley, el servicio social consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la*

25 En la Ley de Castilla-La Mancha, la mediación familiar «consiste en la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y profesional que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar» (artículo 1.2).

26 La ley vasca define la mediación como «un procedimiento voluntario, en el que uno o más profesionales con cualificación en mediación, imparciales y sin poder decisorio, ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar» (artículo 1).

27 La ley balear establece que la mediación es un método de gestión pacífica de conflictos, que pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance, con la asistencia de profesionales cualificados, imparciales y neutrales que hagan de mediadores o mediadoras entre los sujetos para posibilitar vías de diálogo y obtener acuerdos justos, duraderos y estables (artículo 1.2).

comunicación y el diálogo entre las mismas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas.

Desde luego la definición nos parece un tanto desafortunada ya que en ningún caso la mediación es un servicio social²⁸. Tal vez el legislador aragonés se excedió en su voluntad de clarificar desde el inicio el ámbito de aplicación de la Ley, pero éste no era el sitio adecuado para plasmarlo. La mediación familiar ha de ser concebida al margen de que sea dispensada a través de un servicio propio de la Administración o a través de mediadores privados, y el procedimiento que en la Ley se recoge bien hubiera podido servir tanto para unos como para otros.

Tal y como ya hemos afirmado en la introducción, es necesario matizar hasta qué punto la mediación familiar debe o no ser entendida como fórmula de resolución de conflictos. Es claro que nuestra Ley lo entiende como tal cuando, en la Exposición de Motivos, establece que *La presente Ley regula la mediación familiar como procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean en el ámbito familiar...se han instrumentado en los últimos tiempos mecanismos alternativos a la resolución de conflictos por la vía judicial, como el de la mediación.*

28 De hecho fue objeto de varias enmiendas que pretendieron dejar más claro el objeto de la ley. En tal sentido la enmienda núm. 2 del Grupo Parlamentario Popular, propuso la modificación en la redacción del artículo 1 en el siguiente sentido: «La presente ley tiene por objeto regular la mediación familiar en Aragón, entendiéndola, como un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del derecho privado, en el que la persona mediadora, de manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto o tensión, con la finalidad de favorecer las vías de comunicación y la búsqueda de acuerdos y decisiones consensuadas, equitativas, duraderas y justas».

En un sentido similar la enmienda núm. 3 del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista propuso que en el artículo 1, donde dice «que pretende facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar» se dijera «que pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance en cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado».

Inciendo en este punto, cabría incluso afirmar que es el procedimiento adversarial de divorcio o separación el único que es verdadera fórmula de resolución de conflictos. Ciertamente, a lo largo de la vida de un matrimonio, la pareja ha tomado decisiones y resuelto sus disputas sin necesidad de la intervención de un tercero y es cuando no consigue hacerlo así, cuando acude ante el juez o ante el mediador. La diferencia es que el juez, a través del proceso asume tomar la decisión que la pareja ya no es capaz de tomar, y lo hace empleando un criterio nuevo que es el del ordenamiento jurídico (por ejemplo, quién se queda con el domicilio conyugal, régimen de visitas...). Sin embargo, el mediador lo que intentará es que vuelvan a poder tomar esas decisiones en común tal y como lo venían haciendo durante el tiempo de duración de su matrimonio, sin aplicar en ningún caso otro criterio externo y prefijado que no sea el que ellos venían aplicando y que podía o no coincidir con el que el legislador considerase oportuno para el caso concreto²⁹.

Los mediadores familiares provienen de múltiples disciplinas, y su enfoque de la mediación depende de cómo se concibe el papel del mediador y de la formación que este tenga. Desde luego, los mediadores con una formación jurídica tienen a considerar que la mediación familiar es una fórmula mediante la cual se trata de acabar con una disputa, mientras que los mediadores procedentes de la psicología o la terapia, definirán la mediación como un proceso de gestión del conflicto y no como fórmula de resolución de disputas³⁰.

Con esta base podemos hablar de dos corrientes y dos concepciones bien distintas de lo que es y persigue la fórmula de la mediación. Una primera que es la corriente transformadora y una segunda a la que llamamos de resolución de problemas o de satisfacción.

29 MARLOW: *Mediación. Una práctica en busca de una teoría...*, cit, pág. 41.

30 Aunque habitualmente consideramos que disputa y conflicto no son términos sinónimos debemos diferenciarlos. En tal sentido PARKINSON: *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona, 2005, pág. 16 .

En la primera, el mediador debe incidir en la necesidad de una comprensión profunda entre las partes. Habitualmente, las partes enfrentadas tienen un gran problema de comunicación, de tal manera que no son capaces de entender, de comprender, lo que la otra parte dice. La razón en muchos casos es que la interpretación que uno realiza de lo que el otro argumenta pasa por un filtro personal que lo distorsiona, de tal forma que, al final, cada uno oye lo que cree que va a oír de la boca de la otra parte con total independencia de lo formulado por aquélla.

El mediador tiene que realizar una labor tendente a que cada parte reconozca qué es lo que quiere y, sobre todo, la razón, por qué lo quiere. Nos encontraremos en multitud de supuestos en que esa supuesta "razón" no tiene la licitud, la legitimidad con que la parte la presenta. En muchas ocasiones, tras una demanda apoyada en un derecho subjetivo reconocido en el ordenamiento como defendible, sólo existe la voluntad de hacer daño al otro. Si cada parte llega a ser consciente de qué y por qué quiere algo, se habrá avanzado, aunque no siempre se llegará a un acuerdo porque, en algunos casos, la parte podrá decir que entiende lo que el otro quiere o necesita, pero no coincide con él en el fundamento para desearlo.

En este caso, el diálogo es el primero de los instrumentos a través del cual se puede descubrir con claridad cuáles son las propias ideas y las de los demás, prescindiendo de cualquier polarización simplista. A través del diálogo las partes en conflicto toman conciencia de la realidad de sus posturas y de su forma de sentir con respecto al contrario.

Pero el diálogo no tiene por qué concluir siempre en un acuerdo; en muchos casos, si bien se genera comprensión y respeto, esto no concluye en una coincidencia de intereses.

Además del diálogo, se hace necesaria una microfocalización del conflicto. Habitualmente, los mediadores utilizan lo que se llama la macrofocalización, esto es, el mediador trata de concretar cuál es el conflicto para así focalizar los temas que han de ser objeto de

atención y de esta manera poder llegar a un acuerdo. Sin embargo, con la microfocalización, lo que se persigue es desmenuzar cada uno de los detalles de la disputa que se van desplegando a raíz del diálogo creado. A partir de aquí, el mediador va reforzando la formulación que realiza cada parte para ir asentando aquellos puntos que puedan servir de acercamiento entre los disputantes, pero dejando siempre en sus manos el desarrollo y ritmo del proceso mediador.

El diálogo y la microfocalización pueden promover la comprensión, pero también puede ser que las partes en conflicto queden atrapados en una pauta de interacción negativa, en el que se culpabiliza al otro por su obstinación o su renuencia a ceder ante la postura propia.

El gran reto es conseguir que las partes tengan una conciencia clara de que ambos han creado ese conflicto y de que juntos deben intentar salir de él. Si cada parte se aferra a sus propias posiciones, intereses, etc., no se puede avanzar. El avance se produce cuando cada parte es consciente de que la propia conducta que ha determinado, con su interacción, el surgimiento del conflicto presente, puede ser modificada y por tanto tener un desenlace distinto que el del enfrentamiento.

Con la segunda corriente, esto es, con la de resolución de problemas, lo que se busca es el logro de un acuerdo y, por tanto, el planteamiento ha de ser distinto, porque el mediador focaliza su interés en la resolución concreta de ese conflicto mediante la firma de un acuerdo bilateral. Siendo así, se utilizan otras técnicas, porque lo que se persigue es algo concreto y distinto de la propia recuperación del *empowerment* de la persona.

A grandes rasgos, son tres los puntos sobre los que el mediador trabajará: el encuadre de los temas en disputa, la deliberación y la recapitulación.

En la búsqueda de la focalización de los temas conflictivos, la intervención del mediador nunca podrá suplir la actividad de las

partes, así que en la concreción de los temas en disputa son éstas las que tienen que definir cuáles son los problemas y cuál sería para ellos la solución. Se les pedirá que olviden por un momento la solución que sólo a ellos favorece para entrar en la creación de ideas que puedan favorecer también a la otra parte y que sean opciones realistas para poder poner fin al conflicto. Los detalles de implementación de esas opciones se dejarán para más adelante; lo importante en este momento es que los adversarios dejen de serlo para convertirse en colaboradores ante el surgimiento de ideas que sirvan para superar el problema que ahora tienen.

A continuación, se procederá a la deliberación, esto es, a una exploración de todas esas opciones, analizándolas una por una. Con la deliberación se propicia que cada parte pueda comprender cuáles son los motivos que le llevan a plantear una opción, admitir las inquietudes profundas y experiencias personales que les ha llevado a inclinarse por una opción y no por otra, y explicar cuáles son las concesiones que está dispuesto a hacer y aquellas que no haría de ninguna forma.

Si la deliberación tiene éxito, las partes, ante sus posturas y las del opositor, pueden desarrollar un afán colaborador y llegar a soluciones en las que se integren los intereses de las dos partes.

Para que esta etapa tenga éxito debemos partir de una buena organización y la preparación de un exhaustivo catálogo de preguntas constructivas.

Por último, habremos de hacer referencia a la recapitulación. La recapitulación es algo más que un resumen positivador, es la revisión de todos los valores e inquietudes compartidas y los puntos en común a los que se ha llegado y teniendo en cuenta aquellos sobre los que aún no se ha podido aunar voluntades.

Esta corriente de resolución del conflicto ha merecido, durante mucho tiempo, una aceptación muy amplia y, desde luego, se halla más cercana a nuestra concepción de lo que es una conciliación o

una mediación. La razón básica del auge de esta tendencia fue que plantea una serie de características beneficiosas de fácil asimilación por la mayoría de las personas y, además, con un enfoque pragmático, ya que ven en este tipo de resolución una fórmula con la que se llega a poner fin al conflicto con menos costes materiales y personales. Los expertos llamaron la atención sobre estas técnicas que permiten ampliar, redefinir y reformular los conflictos y las posibles soluciones.³¹

¿Ante qué corriente estamos cuando analizamos nuestra Ley autonómica? Si repasamos el resto de las normas autonómicas nos daremos cuenta de que en casi todos los supuestos se tiende, al igual que en la nuestra, a identificar lo que es la mediación con lo que se pretende conseguir, y en todos los supuestos, con una terminología más o menos rotunda, se deja bien claro que la mediación familiar sirve para llegar a acuerdos consensuados (Comunidad de Madrid), soluciones aceptables para concluir con el conflicto familiar (País Vasco), promover decisiones consensuadas (Andalucía), etc.

Planteado así el panorama, y dado que las técnicas empleadas no son coincidentes, tal vez podríamos decantarnos por una u otra corriente, pero no debemos perder de vista la realidad, lo que en la práctica los profesionales pueden llevar a cabo en su afán diario. Los condicionantes del proceso mediador regulado, tanto de carácter temporal como de carácter personal, no parecen dejarnos grandes alternativas. La actividad mediadora que el legislador diseña prioriza, sin lugar a dudas, el objetivo de alcanzar un acuerdo frente a objetivos sin duda más trascendentes para el ser humano como la búsqueda de la autovaloración, la seguridad, la autodeterminación y la autonomía.

Esta corriente que busca la satisfacción, la resolución del conflicto exclusivamente es, no obstante, ampliamente criticada, por cuanto incide en que los mediadores que se adhieren al enfoque de

31 BUSCH Y FOLGER: *La promesa de mediación*. Buenos Aires, 2006, pág. 101.

la resolución de conflictos pueden perpetuar éstos porque no consiguen que entre los disputantes se cree una corriente de comprensión, antes bien, los contendientes se sienten presionados y acogen una solución. Si el mediador se centra en la dinámica de la negociación, de presentar propuestas y contrapropuestas, puede suceder que uno de los contendientes termine aceptando la propuesta pero se sienta menospreciado, convencido de haber aceptado algo que no quería, pero a lo que se ha visto abocado por las circunstancias.

De hecho, dentro de este enfoque el mediador tiende, por una parte, a identificar y evaluar globalmente la disputa, desarrollando un cierto autoritarismo en aras de marcar las condiciones del arreglo y, por otro, a eliminar las cuestiones que no pueden resolverse fácilmente con un enfoque de resolución de problemas.

Pero más allá de nuestra adscripción a una corriente u otra, y de la concepción más elevada de lo que es mejor para la persona en conflicto, debemos partir de unas coordenadas realistas y de las limitaciones reales. Tal vez, en algunas ocasiones, tanto la materia como el tiempo y como el carácter de los sujetos del proceso facilitarán un enfoque transformador, pero en la generalidad de los casos parece más factible que el mediador intente conseguir el mejor acuerdo, y ésta será una batalla más que notable sin entrar en un intento transformador.

Pero nuestro legislador, en su concepción de la mediación, da un paso más. Además de acoger la resolución de conflictos como el propósito perseguido a través del proceso mediador, hace referencia a la prevención de los conflictos como objetivo propio del procedimiento mediador regulado³². El término “prevención” apa-

32 La función preventiva no se encuentra presente en la mayoría de las Leyes autonómicas sobre mediación familiar. No obstante, está presente de forma implícita en el artículo 4 de la Ley gallega donde se establece que «mediante la mediación familiar se podrá buscar soluciones a las situaciones de conflicto que puedan plantearse entre los cónyuges en cualquier momento anterior a la incoación de un proceso judicial sobre su situación de crisis familiar, mediante ofrecimiento de propuestas de solución que

rece recogido no sólo en el artículo 2, en sede del concepto de mediación familiar, sino que vuelve a indicarse en el artículo 17.c, esta vez referido a las funciones propias del mediador, al establecer que el mediador debe *facilitar los mecanismos adecuados que establezcan una función preventiva ante el conflicto en gestación, recortando en lo posible los daños emocionales producidos entre los miembros de la unidad familiar, con especial atención a los menores.*

Como ya hemos afirmado, nuestra Ley parte de una concepción de mediación que se aleja del enfoque *transformador* de la mediación, por tanto, se aleja de los objetivos que son esenciales de ese enfoque como son la revalorización, el reconocimiento del otro y la perspectiva de que lo que importa en el tratamiento de los conflictos es la persona misma y la posibilidad de su transformación. El problema es que sólo asumiendo este enfoque podemos armonizar de forma adecuada la función terapéutica de la mediación, terapia que sería oportuna para proporcionar ese efecto de “prevención” del conflicto familiar.

Como la doctrina³³ ha apuntado, si en el contexto legal se produce una cierta confusión entre mediación y otras técnicas de resolver conflictos, como el arbitraje, la conciliación y la negociación, esto determina que los abogados que asumen el papel de mediadores confundan objetivos de intervención, al no discriminar de forma correcta entre los diversos roles. Cuando nos movemos dentro del contexto de lo psicológico, la mediación puede confundirse con el proceso terapéutico y, aunque guardan cierto paralelismo, presentan importantes distinciones. Así, el objetivo de la mediación es la resolución de una serie de puntos contemplados en el convenio re-

eviten llegar a la ruptura del vínculo o que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial» y en el mismo sentido la Ley balear recoge en su artículo 1.2 que la mediación es un método de gestión pacífica de conflictos que pretende evitar que se abran procesos judiciales, poner fin a los que se hayan iniciado o reducir su alcance.

33 BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Madrid, 2008, págs. 73 y 74.

gulador y el establecimiento de un acuerdo, en forma de documento escrito. La psicoterapia, por su lado, tiene como objetivo la persona o la relación y tiene como meta el cambio cognitivo, conductual y/o afectivo

La mediación, desde el enfoque de nuestra Ley, se nos presenta como un proceso estructurado, centrado en una tarea muy concreta: resolver el conflicto. La terapia posee una estructura más abierta y fluida, en la cual se tratan los sentimientos. La naturaleza del proceso de mediación es legal o cuasi legal, es decir, mezcla asuntos legales y emocionales, en tanto la terapia es un acontecimiento psicológico o personal. En la mediación las emociones se controlan y dirigen para que no interfieran y así conseguir el acuerdo; en la terapia se exploran para entender y comprender el conflicto psicológico. Tanto la mediación como la terapia pueden ser terapéuticas, pero mientras esta última se centra en la curación como objetivo, la mediación no, aunque puede obtener beneficios terapéuticos. La cuantía de información es otra característica distintiva entre la mediación y la terapia. En la segunda, se necesitan datos antecedentes y actuales de los sujetos y/o de la relación; en la mediación, no, incluso un exceso de información podría perjudicar la imparcialidad.

Para algún autor³⁴, la mediación familiar presenta un modelo ecosistémico que se diferencia de la terapia familiar en que es esencialmente interdisciplinario, carece de objetivos específicamente terapéuticos. La mediación puede llegar a tener efectos terapéuticos, pero la terapia no debe ser el foco de la mediación. Las personas que asisten a ella son sujetos de derechos y decisiones y tienen derecho a no someterse a intervenciones terapéuticas, si así lo desean. El modelo ecosistémico de mediación familiar ayuda a los miembros de la familia a manejar los cambios y la comunicación entre ellos para tomar decisiones para el futuro durante el periodo crítico de transición y reajuste.

34 PARKINSON: *Mediación familiar*, cit., pág. 57.

Hay que destacar que cualquier proceso de mediación familiar es bastante más formal y breve que el terapéutico. Tiene la ventaja sobre la terapia de que las personas se avienen a participar del mismo y, por lo tanto, puede ser beneficioso para una mayor cantidad de personas que no aceptarían iniciar una terapia. Pero cuando se solicita la mediación, cuando el conflicto aún no ha estallado, y lo que se persigue es conseguir desescalar el conflicto, la mediación se transforma en un proceso preventivo y, desde luego, terapéutico. Si una de las diferencias importantes entre mediación y terapia es el carácter de injerencia legal que tiene la primera, ya que los acuerdos a los que se lleguen en mediación tendrán generalmente efectos jurídicos, ¿qué efectos jurídicos pueden derivarse de una mediación realizada sobre un conflicto que aún no ha estallado?

Creemos que es necesario deslindar la mediación familiar de otras figuras afines y nos tememos que la Ley aglutina demasiados conflictos que, si bien tienen un tronco común (la familia), merecen un tratamiento distinto.

El problema está básicamente en que los conflictos que se someten al mediador, si son de muy distinto origen, habrán de ser tratados de formas muy distintas.

Cuando se trata de conflictos específicos, esto es, por ejemplo, la división de las cargas, las relaciones paterno filiales, el derecho de visitas, etc., y lo que se desea obtener es un acuerdo lo menos doloroso y lo más consensuado posible, no se pueden aplicar las mismas herramientas que cuando lo que se persigue es resolver conflictos por conductas que, generalmente, son el resultado de una difícil comunicación o de distintas formas de ver la vida o incluso provenientes de un conflicto interior de una de las partes que afecta a la relación³⁵.

No realizar una labor de discriminación entre ambos tipos de conflictos puede acarrear resultados muy graves, ya que el media-

35 LUQUIN BERGARECHE: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. Pamplona, 2007, pág. 62.

dor puede no saber manejar una situación más propia de un terapeuta de parejas (psicólogo en todo caso) que de un mediador que bien puede tener una formación fundamentalmente jurídica. Es conveniente dejar bien claro que la mediación no es una terapia ni representa un tratamiento psiquiátrico ni el desarrollo de las capacidades educativas o aquellas otras propias de un trabajador social. Sin embargo, muchos pedagogos, abogados, psicólogos o trabajadores sociales confunden el desarrollo de su profesión con la aplicación precisa de la mediación, con lo cual todo el mundo acaba por ser mediador, al mismo tiempo que desconoce qué es la mediación³⁶.

36 VINYAMATA CAMP: *Aprender mediación*. Barcelona, 2000, pág. 16.

4. OBJETO Y ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Nuestra Ley, siguiendo la tendencia normativa autonómica de las leyes más avanzadas, presenta un ámbito de aplicación ciertamente abierto. Y esto porque la mediación familiar no puede y no debe concretarse exclusivamente al tratamiento de aquellos conflictos que provienen de la ruptura de una pareja y cuyos efectos se centran sobre ellos o, a lo sumo, sobre su descendencia, sino que hay un buen número de supuestos en que los conflictos surgen entre otros miembros del grupo familiar (abuelos, hermanos, casos de adopción...) e incluso casos en que los conflictos tienen carácter transfronterizo y son idóneos para ser tratados con la fórmula mediadora.

Debemos asumir, y así lo hace la Ley MF aragonesa, una concepción de conflicto familiar que trasciende a las crisis matrimoniales para asumir que dentro del concepto de conflicto familiar han de introducirse otra serie de conflictos que se producen alrededor del núcleo familiar y que no siempre tienen como protagonistas a los cónyuges que se separan o divorcian o a la pareja de hecho que pone fin a su convivencia. El concepto de conflicto familiar es mucho más extenso, y a medida que el concepto de familia evoluciona y se amplía, de igual modo el conflicto familiar alcanza a un mayor número de aspectos.

Así podríamos considerar que conflicto familiar es todo conflicto en el que estén implicados los miembros de una unidad familiar hasta un cierto grado de parentesco, que tenga transcendencia

jurídica, que no sea susceptible de resolverse de forma autónoma por los interesados y que esté afectando o pueda afectar a la estabilidad y continuidad de las relaciones familiares³⁷.

El legislador aragonés, con una técnica, a nuestro juicio, positiva, evita caer en concepciones excesivamente amplias y por tanto poco útiles como ocurre en leyes autonómicas en las que no se acota suficientemente el concepto de conflicto familiar mediable. La ausencia de unos límites conceptuales claros pueden plantear serios problemas prácticos ya que es importante que la sociedad, el ciudadano no familiarizado con estos métodos extrajudiciales, perciba de forma clara cuándo puede acudir a mediación familiar y cuándo el conflicto ha de resolverse mediante otra fórmula distinta.

En este sentido, la Ley Gallega creemos que cae en una excesiva inconcreción cuando en su artículo 6 prevé que se podrán someter a una actuación de mediación familiar todas aquellas cuestiones *derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales, de cuya disposición puedan hacer las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente*, para continuar afirmando que *las actuaciones de mediación familiar podrán alcanzar a la totalidad de las relaciones personales y paterno-materno-filiales o circunscribirse a una mediación parcial, limitándose en cuanto a las relaciones personales a las cuestiones económico-patrimoniales y en cuanto a las paterno-materno-filiales a los aspectos del ejercicio de la potestad, la custodia o el régimen de visita de los hijos*.

En un sentido similar la Ley valenciana, que tras hacer una enumeración del objeto de la mediación³⁸ termina añadiendo en el

37 LUQUIN BERGARECHE : *Teoría y práctica de la mediación familiar...* cit, pág. 310.

38 En su artículo 13 señala que se aplicará a las crisis surgidas en la convivencia entre personas unidas mediante vínculo conyugal, o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

a.1 En las crisis surgidas en la convivencia entre personas unidas mediante vínculo matrimonial.

a.2 En el establecimiento de las medidas y efectos de las sentencias de nulidad del matrimonio.

artículo 13.1.a 7 la expresión “cualquier otro conflicto surgido en la familia”.

Frente a esta posibilidad, el legislador aragonés ha adoptado una postura intermedia. La Ley de MF de Aragón en su artículo 5.1 recoge un planteamiento generalista del objeto de la mediación familiar al establecer que la Ley podrá referirse “a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado”, y también es generalista la previsión del artículo 1 cuando mantiene que “la ley tiene por objeto facilitar la resolución de conflictos derivados tanto de rupturas matrimoniales o de pareja como de cualquier otra problemática de carácter familiar”. Sin embargo, el legislador matiza esta previsión cuando en el artículo 5.2 señala una serie de materias concretas que pueden ser objeto de mediación y lo hace además con una fórmula que deja pocas dudas sobre lo taxativo³⁹ de su enumeración al disponer que “específicamente la intervención del mediador familiar tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos”.

No obstante, debemos ir más allá y proceder a realizar una lectura conjunta de los artículos 5 y 6. El artículo 6 establece que la in-

a.3 En la elaboración de los acuerdos necesarios que pudieran reflejarse en el convenio regulador de la separación o divorcio.

a.4 En el cumplimiento y ejecución de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad de matrimonio.

a.5 En la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme en separación, divorcio o nulidad, por razón del cambio de circunstancias, o decisión voluntaria de los interesados.

a.6 En los conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar.

a.7 En cualquier otro conflicto surgido en la familia. b) Las personas adoptadas y su familia biológica cuando quieran ponerse en relación entre ellas, una vez aceptada la invitación de encuentro por las partes.

³⁹ En tal sentido se planteó la enmienda núm. 17 por parte del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista donde se pedía que en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 5, donde dice «tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos» se dijera «podrá tener por objeto alguno de los siguientes aspectos». La motivación era que consideraban que la relación contenida en el apartado 2 del artículo 5 no debía considerarse un *numerus clausus*.

tervención del mediador familiar podrá versar sobre cualquier materia de Derecho privado “*susceptible de ser planteada judicialmente*”. Creemos que tal previsión perfectamente deslindada por el *numerus clausus* previsto en el artículo 5 perfila de forma correcta y sin fisuras cuáles han de ser considerados conflictos mediables y cuáles han de quedar fuera del ámbito de esta Ley.

Como ya hemos afirmado, esta Ley regula el procedimiento mediador que va a ser llevado a cabo por los servicios sociales de las Comunidades Autónomas, por tanto, el que un conflicto no pueda ser objeto de tales servicios no quiere decir que no pueda ser objeto de mediación a través de mediadores particulares o privados y conforme a los reglamentos propios. Así, el art. 4 de la Ley prevé que cuando la mediación se realice por iniciativa propia de los colegios profesionales, corporaciones locales u otras entidades públicas o privadas, se estará a lo dispuesto en su normativa reguladora y que las mediaciones realizadas por particulares no inscritos en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón se regularán por la legislación correspondiente al ejercicio de su actividad profesional.

La Ley MF aragonesa abre el espectro de conocimiento a cualquier materia de Derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente, así lo dice el artículo 6, pero es en el artículo 5 donde se señala, taxativamente, en qué conflictos concretos se prevé la intervención del mediador familiar y que en su apartado correspondiente analizaremos.

Creemos que previamente a determinar qué conflictos son los que nuestra Ley acoge como “conflictos mediables”, merece la pena tratar el tema del conflicto, su análisis, su dinamismo... El conflicto familiar, como hemos dicho de forma reiterada, no deja de ser un conflicto con determinadas características, pero al fin un conflicto, y sólo su conocimiento y análisis permitirán su adecuada gestión.

4.1. EL CONFLICTO FAMILIAR

4.1.1. CONCEPTO DE CONFLICTO

Hablar de conflictos es hablar de una percepción de intereses divergente. Los que están insertos en un conflicto perciben de manera distorsionada el problema al que se enfrentan⁴⁰. Las interpretaciones que cada uno de los adversarios hacen de lo que está en disputa es pieza fundamental del conflicto. Algunos autores⁴¹ hablan de “interés” como la motivación objetiva de una conducta y que puede referirse tanto a bienes materiales como a inmateriales. El concepto interés se inserta así en el concepto de conflicto. Los conflictos familiares afectan a las identidades no sólo de los disputantes sino también tratan la identidad y los intereses de otras personas, porque afectan a la familia como sistema interpersonal (abuelos, hijos,...).

En el conflicto existe una dimensión subjetiva determinada por la percepción que las partes tienen del objeto del mismo y que influye de manera decisiva en su dinámica y en su posible resolución. Se podría pensar incluso que un conflicto puede existir sin que exista una base objetiva, es decir, sin que se produzca un asunto real, una materia sobre la que surja el antagonismo, con lo cual, la identificación del asunto no explica el conflicto ni determina cómo ha de ser tratado. Es necesario hacer hincapié en el significado que para cada parte tiene una disputa.

En el ámbito de los conflictos que van a ser tratados en la mediación familiar debe insertarse además otro concepto que consideramos fundamental si deseamos entender la dimensión de este tipo de gestión positiva. Se trata del concepto «turbulencia». Somos

40 ALZATE SAEZ DE HEREDIA: *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Bilbao 1998, pág. 29.

41 MARTÍNEZ DE MURGUIA: *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*. Barcelona, 1999, pág. 27.

consciente de que se trata de un término extraño pero muy clarificador y es que el conflicto en la separación y en divorcio encaja muy bien con lo que es una turbulencia, esto es, ese desorden a todas las escalas, pequeños remolinos dentro de otros mayores. El conflicto, en el divorcio, se presenta como un derroche de energía. Así, igual que, científicamente hablando, una superficie irregular emplea mucha energía, las parejas que se están separando, cuando luchan por la transformación o mientras intentan mantener el *statu quo* contra la amenaza del cambio, despilfarran toda esa energía que necesitarían precisamente para enfrentarse a una nueva situación⁴².

Nuestra cultura, nuestro entorno, nuestra propia educación han determinado que veamos el conflicto como algo relacionado con lo desestructurado, con la violencia, con el desorden.

La razón por la cual nosotros percibimos el conflicto como algo negativo puede estar en sus consecuencias destructivas y no realmente en el conflicto en sí mismo.

Cuando rivalizamos con otro ser humano surge en cualquier caso una valoración propia. Nos valoramos como personas, y en esta valoración revisamos básicamente dos elementos: el respeto hacia nosotros mismos y el poder. Si ganamos en esta disputa somos conscientes de que saldremos reforzados; pero también somos conscientes de que si perdemos nuestra sensación de derrota será dolorosa y nos afectará durante un largo tiempo. Por eso, la inmensa mayoría de las personas tratamos de evitar el conflicto.⁴³

Sin embargo, ya desde hace unas décadas, estamos asistiendo a una modificación conceptual. Una corriente integrada por numerosos expertos en ciencias que van desde la sociología hasta la psicología, el derecho e incluso la filosofía, han ido perfilando el tema, dotando al término conflicto de una connotación positiva. Ciertamente, no podemos afirmar que el conflicto sea algo intrínsecamen-

42 PARKINSON: *Mediación Familiar...* cit, pág. 18.

43 LEDERACH: *El abecé de la paz y los conflictos*. Madrid, 2000, pág. 56.

te positivo, pero, al menos, sí podemos afirmar que no es intrínsecamente negativo, y tal afirmación constituye un gran avance frente a la tradición que consideraba el conflicto como algo perjudicial para las relaciones humanas.

Un hombre está sujeto a una forma de actuar y de pensar que no siempre es coincidente con la de la otra persona con la que nos relacionamos. La tensión surge porque nuestros intereses difieren de los de los demás.

En el desarrollo de nuestra vida nos trazamos objetivos cuya satisfacción a veces se ve amenazada por los objetivos de otras personas. Se crea la tensión, que en principio está latente, pero que pronto se convierte en conflicto.

La comprensión incompleta de la conducta conflictiva tiene repercusiones fundamentales en nuestra habilidad para manejar los conflictos de forma positiva, ya que restringe la ayuda, la colaboración que se puede prestar al adversario para buscar soluciones efectivas, acuerdos que limiten la escalada de los conflictos antes de que éstos se escapen de nuestro control.

Es fundamental tener una visión del papel del conflicto en sus justos términos, ya que una actitud reflexiva y coherente sobre el conflicto permitirá una gestión correcta e impedirá que se generen situaciones indeseables en las relaciones.

Si nos centramos estrictamente en considerar qué es el conflicto y no en las consecuencias del conflicto, podemos reconocer que se trata simplemente de la interacción de dos personas cuyos objetivos son incompatibles⁴⁴, incluso a veces ni siquiera opuestos sino solamente diferentes. Pero el tema es más complejo, porque la naturaleza del hombre también lo es y la percepción de los involucrados determina el objeto de ese conflicto.

El conflicto tiene que ver con los fines concretos que los adversarios persiguen y, al mismo tiempo, con las interpretaciones que és-

44 LEDERACH: *El abecé de la paz...* cit., pág. 57.

tos hacen de lo que está en disputa. En la mayoría de las ocasiones, el asunto en controversia es el punto focal de soterradas diferencias de las que las partes sólo tienen un conocimiento parcial; esas diferencias no aparentes, a veces casi inconscientes, si se ignoran, es muy probable que más adelante afloren de nuevo a la superficie. Por regla general, manejar un conflicto de modo efectivo consiste no sólo en hacer algo con respecto al asunto en litigio, sino también tener en cuenta los motivos más profundos. Los conflictos se encuentran más o menos no por el valor que tenga la cosa por la que se lucha, sino por la importancia psicológica que tenga el perder o ganar⁴⁵.

El estudio de los conflictos supone, por tanto, ahondar en sus raíces más profundas, en su evolución, vinculaciones, actores y posibilidades de transformación o regulación. Las variables a tener en cuenta son siempre numerosas y cada caso tiene suficientes especificidades para que se tengan en cuenta factores añadidos. Esta complejidad en el análisis de los conflictos no es obstáculo para entender que existen dinámicas muy generalizadas que se revelan como elementos comunes en la mayoría de los conflictos y cuyo manejo puede ayudar a la gestión positiva en más de una ocasión⁴⁶.

Los conflictos individuales resultan similares a los colectivos. Los conflictos cotidianos entre los miembros de la comunidad, intervinientes en relaciones mercantiles, socios en una empresa, etc., no difieren en exceso en su estructura de las guerras entre naciones. Los motivos son parecidos y los objetivos también. El miedo a no ver las necesidades satisfechas, la obsesión por impedir, reducir o incluso eliminar al causante de la angustia, aunque sea en un sentido no literal, subyace en todas las ocasiones.

Buena parte de la actividad social y política arranca de la constatación de la existencia de violencia en el comportamiento huma-

45 HOWARD ROSS: *La cultura del conflicto. Las diferencias interculturales en la práctica de la violencia*. Barcelona, 1995, pág. 19.

46 FISAS: *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Barcelona, 2002, pág. 30.

no. El Estado ha desarrollado métodos específicos con el objetivo de contenerla, reducirla o gestionarla⁴⁷. El sistema jurídico representa un progreso indiscutible en la organización de la sociedad estatal que, al retener y administrar centralizadamente el monopolio de la fuerza, excluye a sus miembros del uso privado de la violencia. El derecho aparece así como un sistema de normas que cumple el doble rol de disuadir conductas declaradas prohibidas y de brindar apoyo a sus miembros para resolver conflictos, poniendo a disposición de una de las partes en conflicto, en determinadas situaciones, la fuerza monopolizada por la comunidad a ese efecto.

Esta metodología de resolución de enfrentamientos entre los miembros de una sociedad estatal, o entre ella y algunos de sus miembros, no está sin embargo disponible en todos los enfrentamientos posibles, sino en aquéllos que la comunidad selecciona sobre la base de criterios axiológicos de preferencia y mediante procedimientos establecidos a tal fin⁴⁸.

Raramente nos detenemos a reflexionar sobre los costos de todo tipo que ocasiona el conflicto no resuelto. Los resultados no se despliegan exclusivamente en el ámbito de los individuos afectados directamente por el conflicto sino que existen múltiples efectos colaterales, repercusiones, costes adicionales que se producen en el entorno.

Lo más llamativo es que parece que el conflicto no es tan difícil de resolver si nos atenemos a los dos factores que con más asiduidad mencionan las partes: problemas de comunicación y problemas de carácter organizativo. Ambos problemas pueden ser de fácil solución si el conflicto se gestiona correctamente y en sus primeros estadios de desarrollo. Contrariamente, una gestión equivocada como supondría intentar atajar el conflicto aplicando medidas de índole

47 VINYAMATA: *Conflictología. Teoría y práctica en resolución de conflictos*. Barcelona, 2001, pág. 17-18.

48 ENTELMAN: *Teoría de los conflictos: Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona, 2002, pág. 53 y ss.

disciplinario y represor, no sólo no acabarán con el conflicto sino que, a la larga, lo potenciarán, ya que se irán creando raíces cada vez más profundas que terminarán redundando en los resultados de la tarea en cuestión⁴⁹.

En nuestra vida cotidiana, habitualmente sabemos transformar nuestros conflictos, gestionarlos de forma correcta, porque poseemos habilidades y capacidades innatas para ello. De hecho, podríamos afirmar⁵⁰ que consideramos las alternativas positivas como un aspecto natural de nuestras vidas y que solo resaltamos lo difícil que es gestionar un conflicto cuando somos incapaces de hacerlo sin emplear la violencia o la destrucción. Basta pensar en nuestras relaciones laborales para darnos cuenta de que diariamente asumimos un buen número de comportamientos tendentes a evitar conflictos. Desde la negociación por el espacio físico en el que desarrollar nuestro trabajo hasta la elección del periodo de vacaciones, la renegociación de un aumento salarial o alguna ventaja que solicitemos, el acuerdo con los compañeros, cediendo en algunas ocasiones e imponiendo nuestro criterio en otras... Y no digamos en el ámbito familiar o de pareja, donde continuamente gestionamos los conflictos diarios que la convivencia nos plantea. Si observamos a un niño, podremos constatar cómo posee habilidades innatas o aprendidas en sus primeros años que le permiten relacionarse y gestionar los conflictos que se le plantean con los compañeros.

No es aceptable sostener que la existencia de un conflicto lleva necesariamente consigo la aparición de actitudes y comportamientos conflictivos.

El conflicto podría ser así concebido como una de las fuerzas motrices más importantes de nuestra existencia, como un fenómeno

49 VINYAMATA: *Conflictología. Teoría y práctica en resolución de conflictos...* cit., pág. 17-18.

50 MUÑOZ: "Que son los conflictos" en MUÑOZ Y MOLINA: *Manual de Paz y Conflictos*. Granada, 2003.

que causa, acompaña y sigue a todo cambio, como un elemento tan necesario para la vida social como el aire para la vida humana.

Puesto que debe aislarse como elemento esencial de todo conflicto la incompatibilidad de fines, éste debe ser el único punto en el que las partes deben centrarse. Debe además considerarse que ése es el punto de unión entre los sujetos. Puesto que tienen en común la incompatibilidad, juntos han de buscar la compatibilidad. Las actitudes y comportamientos conflictivos, violentos, son la consecuencia de la existencia de los conflictos. La erradicación de tales actitudes y comportamientos, cuando existen, constituye más bien un paso previo hacia el arreglo pacífico del conflicto en sí mismo considerado. El conflicto antes de separar debe unir a las partes. Es, en definitiva, su punto de conexión.

Las definiciones del conflicto se centran en puntos concretos a partir de los cuales se intenta extraer un concepto de esa realidad.

Para algunos autores, el punto central es la conducta, de tal manera que siempre que se producen actividades incompatibles por impedir, obstruir o dificultar una el desarrollo de otra, surge el conflicto⁵¹. Para otros, sin embargo, son las distintas percepciones las que determinan la aparición de aquél⁵².

Como acertadamente apunta HOWARD ROSS⁵³, en el conflicto, tan importantes son los elementos conductuales como los preceptuales. La definición de conflicto que sostiene este autor es sumamente interesante: "acciones de dos o más partes que contienden por el control de materiales escasos o recursos simbólicos". Esta definición comprende el término conflicto en sus sentido más genérico porque plantea que éste puede derivar no sólo de la lucha por los

51 DEUTSCH: *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. Lale University Press, 1973, pág. 10.

52 PRUIT Y RUBIN: *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement*. Random House, 1986, pág. 4.

53 HOWARD ROSS: *La cultura del conflicto...* cit., pág. 38.

bienes materiales u objetivos, sino del enfrentamiento de otros intereses que distan de ser materiales, calculables, incluso reales pero que, en muchos casos, son tan o más fundamentales para el ser humano que los objetivos.

Como afirma MARTÍNEZ DE MURGUIA⁵⁴, hay conflicto cuando las partes involucradas perciben que tienen razones suficientes para disputar lo que sea, cuando se sienten justificadas por cualquier motivo para hacerlo. Así, la cultura, el orden social y las expectativas que las personas comparten en un momento dado, son algunos de los factores que es necesario considerar para poder explicar el conflicto. El conflicto no se puede definir por los materiales en disputa, sino, y en muchos casos en mayor medida, por la percepción que las partes tienen de ellos.

Desde esta perspectiva, FARRÉ SALVÀ⁵⁵ define el conflicto como un fenómeno dinámico que surge entre dos o más personas y en el cual existen percepciones, intereses y posiciones que caracterizan la visión de cada una de las partes, presentándose total o parcialmente de forma divergente y opuesta entre sí.

4.1.2. ANÁLISIS DEL CONFLICTO

Un análisis de cualquiera de las herramientas que se aplican a la resolución de conflictos revela que es muy complicado que un tercero pueda intervenir mediando o intentando facilitar el acuerdo o el diálogo entre dos sujetos, si su conocimiento del conflicto es escaso o superficial.

Cuando nos enfrentamos a un conflicto, lo primero que solemos percibir es una maraña de elementos que dificultan la apreciación real del problema. Este cúmulo de elementos, tanto personales

54 MARTÍNEZ DE MURGUIA: *Mediación y resolución de conflictos...* cit., pág. 19.

55 FARRÉ SALVA: *La gestión de conflictos: taller de mediación*. Barcelona, 2004, pág. 46.

como materiales, determina que ante nosotros el conflicto aparezca como algo muy complejo cuyo tratamiento es difícil de afrontar. No obstante, un análisis somero del mismo nos hará percibir que el conflicto responde a una estructura relativamente simple y que puede sistematizarse reduciéndolo a tres elementos: personas, proceso y problema.

Si consideramos que el conflicto no es una catástrofe inevitable sino la consecuencia de una mala percepción, una mala comunicación, de procesos inconscientes, resultado de una frustración, de la patología de los dirigentes o de una mala técnica de negociación⁵⁶, es absolutamente fundamental un examen de los elementos para detectar por qué han funcionado mal y cómo puede resolverse esa distorsión funcional que se ha producido.

Es obvio que no es lo mismo un conflicto entre particulares donde no se haya infringido ninguna norma jurídica o, dicho de otro modo, donde el derecho no haya previsto la posible tutela jurídica ante una conducta que una parte considera contraria a sus intereses (que no exista accionabilidad), que aquel conflicto en el que se encuadren intereses jurídicamente protegibles.

A pesar de que el tratamiento de un conflicto jurídico y uno que no lo es puede no ser el mismo, el análisis y diagnóstico del conflicto puede resultar igualmente útil en un caso y en otro, ya que no olvidemos que lo que se está intentando evitar es el pronunciamiento de una sentencia contradictoria donde el juez vierta la aplicación de la norma jurídica en el supuesto concreto; lo que se busca es una solución pactada, esto es, al margen de esa aplicación automática de la norma.

Como se pone de relieve, para poder comprender, manejar y, en la medida de lo posible, transformar el conflicto es necesario aprender a separar y tratar de distinta manera los tres aspectos pre-

⁵⁶ FISAS: *Introducción al estudio de la paz y de los conflictos*. Barcelona, 1987, pág. 183.

sententes en todo conflicto: el problema (las necesidades o intereses antagónicos en disputa), las personas involucradas y el proceso (la forma de abordarlo).

Normalmente estos tres aspectos no suelen aparecer con manifestaciones radicalmente diferentes, de tal forma que cuando analizamos el conflicto vemos que responden generalmente a un patrón común. Las personas se mantienen firmes o dúctiles con todos ellos, dependiendo de si la actitud ante los conflictos es de competición o sumisión, respectivamente. Si se opta por ser suave, se suele ser sensible a las personas, pero se es blando cuando deben defenderse los intereses propios involucrados en el problema. Por contra, si se decide competir o atacar, se es fuerte al defender los propios intereses, pero también duro con la persona con quien estamos en disputa. En este caso, se personalizan los conflictos atacando a la persona en vez de abordar el problema, lo cual conlleva a una serie de ataques personales en alza donde se olvida el motivo que originó el conflicto a la vez que concentramos nuestro tiempo y energías en atacar a la otra parte. En esta situación, quien tiene el problema es siempre la otra persona y de ahí sólo hay un paso a considerar que no es la otra persona quien tiene el problema, sino que es ella el problema en sí.

Con un análisis pormenorizado, lo que se pretende es ser capaces de poder separar perfectamente estos tres aspectos para poder, en un momento dado, ser sensibles con las personas con quien se tiene un problema, equitativos y participativos con el proceso, con la forma de abordarlo, y firmes con el problema, haciendo valer nuestras necesidades y buscando soluciones.

A. El núcleo del conflicto

Para que realmente se pueda entender el núcleo del conflicto es absolutamente necesario entender cuáles son los elementos que lo componen. El conflicto no surge en un momento puntual de la nada. El conflicto se va gestando a lo largo de un periodo de tiempo y su

origen difícilmente se limita a un único aspecto. Por eso es imprescindible intentar buscar las raíces de ese conflicto, intentar ahondar en aquellos aspectos que puedan luego servir para determinar los conectores positivos entre las partes y que, al fin, deriven en un punto de acuerdo entre ambos.

Es necesario hacerse una idea, lo más clara posible, de cuál es el conflicto base. Esto es, debe aislarse como elemento esencial de todo conflicto la incompatibilidad de fines, éste debe ser el único punto en el que las partes deberían centrarse.

La percepción

Hacer referencia al conflicto es hacer referencia a una percepción de intereses divergente. El verdadero nudo de la discrepancia está, en muchas ocasiones, en la percepción que cada individuo tiene de lo que le rodea, de lo que necesita, de la posición del otro frente a sus intereses...

Si nos hacemos conscientes de que toda la información sensorial, que es, obviamente, la que penetra a través de los sentidos: vista, oído, tacto, etc., viaja a través del sistema nervioso en forma de señales eléctricas, y que en las cortezas sensoriales no se reciben 'imágenes', ni 'sonidos', sino tan solo impulsos nerviosos, que son los que provocan alguna reacción en determinadas neuronas corticales, enseguida llegamos a la conclusión de que lo que creemos conocer del mundo que nos rodea es en realidad un modelo interior; esa representación interna de la realidad exterior a nosotros, es lo que llamamos percepción. La percepción aparece así como un mecanismo complejo porque, a la información que recibimos a través de los sentidos, hemos de añadir otros elementos personales, de nuestro propio bagaje previo. Siendo así, la percepción es tan divergente como lo son las propias vivencias previas de cada individuo.

En la percepción se unen por tanto, tres tipos de elementos: lo que sensorialmente llega al cerebro, la realidad exterior y una cierta cantidad de elementos propios de la persona (memoria, fantasía...)

Así visto, realmente hay tantas realidades como personas y por tanto el ser humano, por su propia naturaleza está abocado a interpretar, a través de esa forma de percibir, la realidad de las cosas que le suceden, las palabras, etc.

Cada día nos enfrentamos con combinaciones diversas, análisis de esos datos suministrados por impulsos eléctricos a los que se unen un buen número de recuerdos, prejuicios, creencias, limitaciones morales, etc., que actúan haciendo que la realidad y la percepción se alejen y se modifiquen en cada individuo.⁵⁷ Este estado de cosas se convierte en un factor fundamental que se encuentra en el núcleo de multitud de conflictos, al considerar cada uno, además, que su percepción es fiel a la “realidad”, en tanto la distorsionada es la de su contrincante.

En tal sentido, no vemos a las personas como son, las vemos tal y como son para nosotros. Cada una de las partes implicadas en un conflicto es incapaz de reconocer que su percepción de la otra es una percepción distorsionada, y esto determina, a la larga, una escalada del conflicto.

Se pueden enumerar hasta seis mecanismos que tienden a incrementar la escalada del conflicto⁵⁸.

En primer lugar se tiende a estructurar la percepción de tal forma que se hace recaer la responsabilidad sobre las partes hacia las que se tiene animadversión, beneficiando a los simpatizantes, aun cuando no se haya depurado claramente la responsabilidad.

En segundo lugar, se interpreta como amenazante cualquier acción que realicen las partes de las que se desconfía. De esta forma se produce una sucesión de movimientos defensivos y disuasorios, lo cual tiende a acrecentar el núcleo del conflicto. Podría llegarse

57 SUTHERLAND: *Irracionalidad el enemigo interior*. Madrid, 1996, pág. 28 y ss.

58 DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO: *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid, 2008, pág. 43.

a afirmar que realmente es el miedo a ser dominado por los otros lo que determina que no seamos capaces de percibir la realidad, la verdad⁵⁹.

En tercer lugar, la percepción que se tiene de la parte contraria funciona como mecanismo desinhibidor y se pueden producir fácilmente actitudes de agresión contra las partes hacia las que se siente animosidad.

Una cuarta manifestación es la dificultad para poder empatizar con el adversario. Esta actitud supone, además, una ausencia de comunicación que hará imposible, o muy compleja, la aproximación de intereses.

Un quinto aspecto se manifiesta al considerar que puesto que la otra parte es un contendiente, todo lo que al otro le beneficie resultara perjudicial para él, y viceversa. Entramos en una situación en la que la negociación es imposible.

Por último, ante la escalada del conflicto se incrementa la percepción negativa del antagonista. Se generaliza la imputación de todos aquellos aspectos que vayan mal y se convierte en una especie de guerra entre buenos y malos; esto se traduce en una ausencia total de empatía y de comunicación, por lo cual es realmente complicado plantear cualquier estrategia.

Las divergencias perceptivas son sin lugar a dudas, como antes hemos afirmado, el núcleo y origen de muchos conflictos.

Siguiendo a FARRÉ⁶⁰, podemos distinguir entre la divergencia perceptiva objetiva y la divergencia perceptiva subjetiva.

La divergencia objetiva constituye aquello que coloquialmente se llama malentendido. La diferencia entre malentendido y desacuerdo es fundamental. Malentendido supone una falta de comprensión

59 VINYAMATA: *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación y negociación*, Barcelona, 1999, pág. 26.

60 FARRE SALVA: *La gestión de conflictos...* cit., pág. 72.

de lo que uno dice por parte del otro, y se resuelve si las partes se comunican y se produce una explicación que resulte más clara sobre el objeto de la falta de comprensión. En el desacuerdo, la raíz es otra. Es la propia concepción que cada parte tiene sobre algo lo que les separa. En este caso, las explicaciones no pueden en ningún caso resolver nada. El enfoque a adoptar es distinto y, en algunos casos, un intento de mayor profundización empeora la relación⁶¹.

Cuanto menor sea la comunicación existente, o ésta sea más deficiente, mayores son las posibilidades de que se produzca una disfunción en la percepción. En una relación no conflictual, puede ser que ésta divergencia de percepción se resuelva con una conversación, pero en una conflictual, y poniéndolo en relación con los puntos antes vistos, la desconfianza que se genera entre las partes impide que la divergencia objetiva se aclare. La divergencia objetiva se produce sobre un objeto o sobre una situación de hecho cuya veracidad podría demostrarse. El hecho que crea la divergencia objetiva es materialmente probable y además se produce en un contexto en el que la relación personal entre las partes está tan deteriorada que es muy complejo que, sin la intervención de una tercera persona, se pueda resolver la situación creada. El malentendido supone una asimetría informativa y, en este sentido, es fundamental la intervención de un tercero que desbloquee la conversación, el intercambio de mensajes antitéticos entre las partes.

La divergencia perceptiva subjetiva o identitaria supone que un hecho o situación, cuya existencia objetiva no cabe cuestionarse, tiene una diferente interpretación por las partes, que no dudan sobre el hecho o la situación sino que de la misma extraen unas consecuencias tan diversas que son irreconciliables. Este tipo de divergencia perceptiva tiene que ver con los aspectos propios de cada parte. La cultura, la edad, el sexo, esto es, los aspectos identitarios que, ya sea a nivel individual o a nivel grupal, tiene cada elemento

61 STIEBEL: *Cuando hablar empeora las cosas*. Barcelona, 2002, pág. 32.

del conflicto. En este caso, no cabe sino propiciar que las partes expongan, reconozcan y respeten sus distintas visiones. Nos enfrentamos a situaciones cuyo tratamiento es sumamente complejo porque la percepción responde a que cada litigante, a partir de un hecho o de una situación, ha realizado una labor de interiorización del mismo a través de todo su bagaje interior, su formación como persona individual, pero también como perteneciente a un grupo cuyos valores y principios refleja.

A medida que la escalada del conflicto se intensifica, las personas empiezan a seleccionar lo que quieren ver en la otra persona, de tal forma que, solo se percibe la información que se quiere recibir y se ignora el resto; es lo que se encuadraría dentro de la llamada percepción selectiva.

Esta percepción colabora en la escalada del conflicto y se manifiesta de formas distintas:

- la evaluación selectiva del comportamiento. Hace referencia a que un mismo hecho puede ser juzgado de manera diferente según quien sea el autor del mismo. Todos tenemos constancia de este fenómeno cuando no podemos, por ejemplo, valorar de idéntica manera las obras de mejora que realiza el vecino con el que tenemos una buena relación y cuyas incomodidades son aceptadas de forma amigable, y las obras que realiza el vecino con el que nos llevamos mal, las cuales suponen unas molestias que de ninguna forma deben ser toleradas.
- la búsqueda de la evidencia confirmatoria. Hay una tendencia que nos lleva a recoger y a creer sólo la información que se nos suministra y que es contraria a nuestro adversario, porque es la que corresponde con la opinión previa que nosotros tenemos sobre el sujeto o sobre sus actuaciones.
- la distorsión atribucional. Hace referencia a la aceptación de que el comportamiento está causado fundamentalmen-

te por las disposiciones propias del actor y no por las características particulares de la situación en la que el actor deba desarrollar su actividad. Se subestima de esta forma la influencia de los factores de situación y se estiman exclusivamente los factores disposicionales (habilidades, rasgos del carácter, etc.). Respondiendo a este efecto, el otro nada podrá hacer que nos agrade ya que si se comporta negativamente, lo hará porque él es así, y si lo hace positivamente, será una debilidad momentánea que vendrá determinada por algún factor que le es ajeno.

- el entrapamiento. Supone que las transformaciones que se han producido en la escalada del conflicto llegan a un punto en el que, de manera irracional, uno se confirma de tal forma en su percepción del contrincante y del asunto en disputa que, irracionalmente, va más allá de lo que la lógica determinaría⁶².

El problema crucial es que cada cual posee una percepción de la realidad diferente de la que tienen los que le rodean. Ciertamente, nuestra forma de percibir las cosas depende en gran medida de la forma en la que hemos sido educados, de los valores de todo tipo que desde la infancia se van incorporando a la personalidad del sujeto y, partiendo de esto, es muy complicado conseguir que esa percepción, que siempre consideramos la acertada y la más fiel a la realidad, pueda variarse.

Algún autor⁶³ entiende que se puede ser capaz de modificar esa convicción de estar percibiendo correctamente los hechos si se es capaz de realizar un esfuerzo y trascender a lo que sería la percepción inicial de un hecho.

62 ALZATE SAEZ DE HEREDIA: *Análisis y resolución...* cit., pág. 56 y ss.

63 FISHER: *Mas allá de Maquiavelo. Herramientas para afrontar conflictos*. Barcelona, 1999, pág. 54.

Tal técnica, obviamente, también podría intentar transmitirse a las partes en conflicto. Para tal misión deben tratarse las tres dimensiones que delimitan la percepción del hecho.

Una primera dimensión se centraría en tomar conciencia del estado de ánimo con el que partimos, esto es, cuáles son las emociones que en el momento de percibir ese hecho nos dominan. La ira, el dolor, el rencor... son sentimientos a la luz de los cuales interpretamos cualquier dato, cualquier gesto del oponente, de forma distorsionada.

Una segunda dimensión nos llevaría a realizar un ejercicio de empatía, intentado colocarnos en el lugar del otro y comprendiendo cuáles son los intereses, valores y, en definitiva, su percepción del conflicto.

Por último, la tercera dimensión, con la cual facilitar ese descubrimiento de la percepción posiblemente distorsionada, sería el intento de percibir el conflicto como si de una persona ajena a nosotros se tratara.

Desde luego, observar el conflicto desde ángulos diferentes al de la persona implicada es la fórmula más idónea para poder comprender el conflicto como un todo, pero no debemos desconocer la dificultad intrínseca que esto tiene. Lo que se pretende es un ejercicio de abandono de nuestros propios condicionamientos, llámese valores, sentimientos, cultura, etc., para entrar en otro ámbito en busca de una visión global y superior del conflicto.

Para poder llevar a cabo la ampliación de nuestra propia y única percepción, como antes poníamos de relieve al referirnos a percepciones subjetivas y objetivas, la herramienta es la comunicación. La comunicación se torna indispensable y, al mismo tiempo, la propia comunicación está en muchos casos en el inicio de los conflictos, ya que no hay que olvidar que todo lo que el adversario dice, o nosotros decimos, va a ser interpretado a la luz de una serie de reglas preconcebidas por el otro o por nosotros mismos.

La comunicación, tanto verbal como no verbal, se manifiesta así como un elemento esencial para conseguir trascender a la inercia de una percepción distorsionada y que, a la postre, nos lleve simplemente a conseguir una escalada en el propio conflicto.

Entender cómo las emociones y los sentimientos influyen en la percepción del ser humano ante la situación en que se encuentra, cómo le ha afectado emocionalmente esa situación y cómo influirá en su respuesta, es fundamental a la hora de conseguir que dos sujetos enfrentados puedan, de alguna forma, gestionar sus emociones, sus sentimientos, y poner fin a ese enfrenamiento.

De forma tradicional, las emociones y los sentimientos se han venido considerando la parte opuesta a la razón y a la racionalidad del hombre. De hecho, se tiene la consideración de que solo se puede tomar una decisión acertada cuando se es capaz de abandonar la emoción y se piensa "únicamente con la cabeza y no con el corazón".

No vamos a ahondar aquí en las corrientes filosóficas (proveniente de Platón, Descartes y Kant) que han influido de forma determinante en esta concepción que ha venido a dividir al ser humano en mente y cuerpo, considerando que la razón es la parte más evolucionada del hombre en tanto las emociones y los sentimientos permanecerían en la parte más primitiva.

En fechas relativamente recientes se han desarrollado estudios que han aportado una visión distinta y esclarecedora del papel que los sentimientos y las emociones tienen sobre la racionalidad, sobre la función cognoscitiva del hombre.

DAMASIO⁶⁴ afirma que no existe ese corte drástico entre la razón y las emociones y los sentimientos, es más, mantiene que determinados aspectos del proceso de la emoción y del sentimiento son indispensables para la racionalidad.

64 DAMASIO: *El error de Descartes*. Madrid, 1994.

Los sentimientos nos encaminan en la dirección adecuada, guiándonos de forma certera en la toma de decisiones. De esta forma, se puede afirmar no sólo que cognición y emoción están recíprocamente implicadas en los procesos de pensamiento sino que también el cerebro y el cuerpo están igualmente unidos por circuitos bioquímicos y neuronales. Este científico afirma que la racionalidad está intrínsecamente unida a las funciones biológicas de nuestro organismo. Los mecanismos de comportamiento, más allá de los impulsos y los instintos, usa tanto el piso de arriba como el de abajo; la neocorteza participa junto con el núcleo cerebral más antiguo y la racionalidad resulta de la actividad concertada⁶⁵.

Como antes afirmábamos, tradicionalmente, sólo aislando el pensamiento racional de las emociones, de los sentimientos, se pueden obtener unos buenos resultados. Si sólo tuviésemos en cuenta para la toma de decisiones nuestra parte racional, aislada de emociones y sentimientos, seríamos incapaces de poder valorar, en un tiempo razonable, todas las variantes, todas las alternativas, todas las posibilidades y sus consecuencias, seríamos incapaces de discernir entre las ventajas y las desventajas, sería imposible ponderar de forma adecuada cual es la alternativa más conveniente para nosotros o menos dañina.

Las emociones, así vistas, son un conjunto de variaciones que se producen en el estado corporal de la persona, que están provocados por los terminales de las neuronas que están situados en nuestro cuerpo, ubicados en diferentes órganos, y que están a su vez controlados por determinadas áreas del sistema cerebral, las cuales conforman el contenido del pensamiento. En el momento en el que se tiene que tomar una decisión, el organismo actúa como mecanismo de alerta, incluso antes de que razonemos sobre cuál es la mejor opción ante el problema planteado. Cuando habitualmente usamos expresiones como “tener un nudo en el estómago o en la garganta”, “una

65 DAMASIO: *El error...* cit., pág. 126.

sensación de ahogo”, etc., no estamos dejándonos llevar por sensaciones o emociones al margen de la mente, sino que tales sensaciones responden a una realidad. Esta realidad es el resultado que nuestro organismo experimenta cuando una determinada opción elegida para enfrentarnos a algún problema aparece en la mente como malo o perjudicial. Este marcador somático o sentimiento asociado a una determinada opción es una herramienta que puede servir para eliminar automáticamente el número de opciones sobre las que decidir.

Visto así, cuando uno de estos marcadores somáticos es negativo es percibido como una alarma, en tanto cuando lo que se detecta es un marcador positivo, se convierte en un incentivo que reafirma esa opción frente a las otras, pudiendo ser incluso considerado como un dispositivo de predisposición.

La idea de marcador somático es compatible con la noción de que el comportamiento personal y social requiere que los individuos formen teorías adecuadas de su propia mente y de la mente de los demás. Los marcadores somáticos coadyuvan al proceso de decisión cribando detalles del supuesto que tiene más probabilidades de ser relevantes. Habría, por tanto, una asociación entre los procesos denominados cognitivos y los procesos que suelen llamarse emocionales. Esta explicación también es aplicable a la elección de acciones cuyas consecuencias inmediatas son negativas, pero a largo plazo generarán resultados positivos. Así, el ser humano es capaz de soportar sacrificios en un momento dado para alcanzar beneficios más tarde. Esto explica lo que llamamos fuerza de voluntad.

El sistema emocional sigue funcionando casi inconscientemente e influye en nuestro pensamiento racional y en nuestra toma de decisiones. Como antes hemos dicho, las emociones y sentimientos se encuentran de tal manera relacionados biológicamente con nuestro sistema racional que difícilmente puede funcionar uno sin el otro. De hecho, los estudios desarrollados por DAMASIO han puesto de relieve que si un paciente tiene dañados sus circuitos prefrontales, será incapaz de poder reconocer esas alarmas que su cuer-

po envía y, por tanto, no puede contar con el sistema emocional y su labor de centinela, dependiendo únicamente de su razonamiento lógico para tomar decisiones. El problema es que el razonamiento lógico está soportado por la atención y por la memoria funcional, que se han revelado como mecanismos limitados para prevenir al hombre de las alternativas de acción erróneas.

Es absolutamente necesario el conocimiento del fenómeno de las emociones y los sentimientos, ya que éstos determinarán no sólo el estado del conflicto (su nivel, su escalada, su profundidad, etc.) sino que son el eje alrededor del cual se puede gestionar el conflicto.

Si mantenemos la creencia de que las emociones y los sentimientos son algo al margen de la razón, podemos caer en el error de intentar trabajar un aspecto u otro obviando que ambos están tan interconectados que el propio individuo es incapaz de poder modificar uno al margen del otro.

Hechos, posiciones, intereses y necesidades

La esencia del conflicto no es en realidad lo ocurrido sino, como hemos visto, la percepción de lo ocurrido, y esa percepción es lo que las partes transmitirán. Por eso, analizar cuáles son los hechos reales de un conflicto, esto es, llegar a conocer la verdad en su dimensión más aséptica, es necesario, si bien poco influirá para su resolución ya que las partes, en principio, rechazarán cualquier versión que difiera de la suya.

No podemos reducir el conflicto al simple relato de unos hechos porque, esos mismos hechos, llevados a cabo por otras personas, seguramente no hubieran dado lugar a un conflicto idéntico al que ahora tenemos, sino a otro distinto o a ninguno.

Si un amigo íntimo, al que apreciamos, no cumple con su obligación de pagar la renta acordada en la fecha prevista, disculparemos su conducta y estaremos dispuesto a esperar a que mejore su situación financiera, o simplemente a que voluntariamente nos pague. Si se trata de un extraño con el que hemos firmado un contrato de

arrendamiento y llegado el día no cumple, aparecerá el conflicto. Los hechos son idénticos, el resultado de la sucesión de esos hechos, no.

Por eso, el problema, aisladamente, no nos aporta los elementos suficientes para determinar cuál es el núcleo del conflicto, sino que el núcleo viene determinado por el interés de la parte en los hechos y en la relación.

Todo problema no es un conflicto. Problema, podríamos decir que es aquello que impide la realización de un fin, la satisfacción del interés perseguido. Cuando no dispongo del automóvil para ir hasta el trabajo porque lo utiliza mi esposo, estoy ante un problema. Si esta situación se produce por causas no achacables a la voluntad del otro cónyuge, estaría ante un problema. El tema se complica cuando considero que el problema se debe a que mi esposo se niega a coger el autobús que le dejaría muy cerca de su centro de trabajo. Traslado el problema al cónyuge, se produce la confusión entre el problema y la persona. Puesto que ya hay un responsable, se produce una confusión entre la persona y el problema. El problema, en realidad, sigue siendo el mismo, pero la aparición de un responsable hace que el problema ahora sea el cónyuge y no la imposibilidad de utilizar el auto familiar que es el auténtico problema en ese momento. La secuencia de acciones hace que se convierta en un conflicto, perdiéndose de vista el problema real, el problema sustantivo.

Por tanto, podríamos decir que el conflicto aparece cuando existe un problema y además alguien a quien responsabilizamos del problema.

El conflicto no es nunca una realidad perfectamente delimitada y comprensible. En todo conflicto existen elementos visibles que se perciben y abarcan con facilidad, y otros elementos que permanecen ocultos y cuya aprehensión es realmente difícil en un análisis inicial del mismo⁶⁶.

⁶⁶ Seguiremos en este punto la clasificación realizada por FARRE SALVA: *La gestión de conflictos: taller de...* cit., pág. 41 y ss.

Partiendo de esta dicotomía, la doctrina ha elaborado una serie de conceptos con los que se intenta describir las distintas nociones que pueden advertirse dentro del conflicto.

Así, nos referiremos a posiciones como aquello que las partes quieren o piden (cuando los cónyuges mantienen su deseo de quedarse con el domicilio familiar o con la custodia de los hijos, cuando el demandante solicita el cumplimiento de lo acordado en el contrato, etc.). Las posiciones pueden ser identificadas con los elementos materiales del conflicto. Esto es, lo que en principio reclama cada parte, en la creencia de que su obtención producirá la satisfacción. La posición responde a la pregunta ¿qué quieres? En una situación conflictiva las personas suelen exponer sus posiciones. A partir de puntos de vista particulares se hacen peticiones concretas, que son lo que primariamente se reclama y con las que se identifica el *petitum* de una demanda o de una contestación.

Pero estos elementos aparentes esconden lo que llamaremos los elementos primordialmente inmateriales, que son aquellos que podemos denominar intereses y necesidades.

Los intereses son los beneficios que se busca obtener a través de la resolución del conflicto y que normalmente aparecen subyacentes a las posiciones. Los intereses muestran los motivos, deseos y aspiraciones de la persona que ha entrado en conflicto. Dos personas o grupos pueden entrar en conflicto por intereses muy diferentes y, seguramente, aunque pidan lo mismo, pueden estar persiguiendo distintos objetivos. Por ejemplo, si dos personas demandan a un tercero por el incumplimiento de un contrato, puede que ambos no pretendan lo mismo. Para uno el interés será que se cumpla en especie, porque la mercancía que había contratado es imposible que se pueda obtener de otro proveedor, en tanto para otro será indiferente que se cumpla en especie o se indemnice, con tal de que, frente al resto de los proveedores, se revele como una empresa solvente que obliga a cumplir los compromisos que con ella se adquieren.

Pero aún existe otro elemento que se encuentra en una esfera más oculta que el de los intereses, y son las necesidades. Se trata de aquellos mínimos de bienestar físico y psicológico, seguridad, relaciones con los demás, reconocimiento personal, etc... a los que nadie nunca puede renunciar. Así, en el caso anterior, el empresario que acude a un pleito lo hace, en muchos casos, no tanto por lo que reclama sino por la necesidad de mantener el buen nombre, el prestigio entre los otros empresarios, que podría desaparecer si consintiera en el incumplimiento de contrato y falta de indemnización de sus proveedores.

Podríamos además incorporar otro concepto en aras de realizar una disección lo más completa posible del conflicto, y es el de asunto⁶⁷.

Entenderemos por asunto las distintas áreas en las que las partes muestran su discrepancia. Los intereses son los beneficios potenciales que cada parte pretende alcanzar y, en tal sentido, deberá ponerse sobre la mesa la razón por la que ese asunto es tan importante para el sujeto en particular. Las necesidades se revelan como lo indispensable, lo mínimo que ese sujeto aceptaría, y todo ello se manifiesta a través de las posiciones, que son las actitudes y los comportamientos que las partes adoptan.

Cuando se intenta una negociación, un diálogo o un acercamiento entre las partes, la identificación de los elementos expuestos nos llevará a comprobar que, más allá de las posiciones, los intereses habitualmente son también negociables, pero que, sin embargo, las necesidades, que se identifican con lo más hondo del ser humano, generalmente están al margen de cualquier tipo de acuerdo. Resulta fundamental una exploración de los intereses y de las necesidades de la contraparte para abrir el camino de una gestión positiva.

Pero conseguir que las partes abandonen una férrea vinculación a su posición para poder abrir un camino hacia la negociación no es cuestión en absoluto sencilla.

67 ALZATE SAEZ DE HEREDIA: *Análisis y resolución...* cit., pág. 46.

En primer lugar, los intereses y las necesidades permanecen ocultos para la otra parte del conflicto y, lo que es aún más grave, a veces ni siquiera las partes, en cuya mente subyacen, son conscientes de ello. Es más, aun cuando sean conscientes, en principio, y por razones en muchos casos culturales, hay una enorme resistencia a mostrar nuestro interior por miedo a que esto sea interpretado como signo de debilidad o de falta de carácter. Las personas tienden a adoptar, de forma innata, posiciones no de cooperación, sino de competición.

En segundo lugar, cuanto mayor atención se presta a las posiciones, menor cuidado se dedica a satisfacer los intereses y preocupaciones subyacentes de las partes. No olvidemos que, generalmente, los intereses subyacen alejados de las posiciones. Pero la no reparación de éstos genera frustración y la sensación de no haber resuelto satisfactoriamente el conflicto.

En tercer lugar, el estancamiento en las posiciones se convierte en un enfrentamiento de voluntades. El conflicto se percibe como un obstáculo a la satisfacción de las necesidades. Cuando existe un conflicto, un problema, lo que se produce es una incompatibilidad entre las partes. Como ya hemos apuntado, esa incompatibilidad puede ser real o puede ser inmaterial, pero lo cierto es que las partes perciben esa incompatibilidad de las necesidades y de los intereses⁶⁸.

El tratamiento del conflicto supone tratar de diseñar juntos una solución aceptable, pero esta solución no puede suponer intentar forzar a la otra para cambiar su posición. Con frecuencia surgen la ira y el resentimiento a medida que una parte se ve obligada a ceder sin satisfacer en absoluto sus intereses y dejando a un lado sus necesidades.

El objetivo, en primer lugar, es conseguir que las partes no se encierren en el mantenimiento de sus posiciones. Cuanto más des-

68 BUSCH Y FOLGER: *La promesa...* cit., pág. 96.

peja cada parte su posición y la defiende frente a lo que la otra parte alega, más comprometido se encuentra con ella y más difícil se torna poder cambiar la posición inicial. Llega un punto en que un cambio en la posición es considerado como un signo de debilidad, de no haber sabido mantener la postura inicial y legítima, por eso cada vez se torna más complicada una modificación.

Frente a una posición hay una tendencia a negociar, a regatear, y en cierto modo se intenta conseguir que el otro ceda ante lo que la parte mantiene. Se convierte, en definitiva, en una lucha de voluntades, en que cada cual se reafirma sin más en su posición. Como resultado, en muchos casos, no sólo no se avanza sino que surge la ira, el resentimiento, que lógicamente alejan la posibilidad de cualquier acercamiento entre las partes.

Podemos afirmar que lo que define un conflicto, el elemento esencial del mismo, son los intereses que subyacen a las posiciones mismas. La posición la decide cada parte, en tanto los intereses han motivado la posición.

En cualquier intento de conciliación, de mediación o de negociación, surge la exigencia, si se quiere avanzar en la búsqueda de un resultado satisfactorio, de centrarse en los intereses en vez de en las posturas mantenidas por las partes.

En primer lugar, el mismo interés puede dar lugar a más de una postura. Generalmente se tiende a adoptar la posición más obvia, pero tal vez, otra menos obvia, pero igualmente satisfactoria del interés, pueda dar lugar a un punto de acuerdo. Cuando se mira más allá de las posturas encontradas y se centra en los intereses, es muy posible que aparezcan posiciones alternativas que satisfagan los intereses de todas las partes en conflicto.

En segundo lugar, porque detrás de las posturas radicalmente enfrentadas aparecen intereses que son compatibles. No tenemos por qué identificar intereses y posición como elementos que tienen

que compartir el carácter de opuestos. Generalmente habrá intereses comunes que son compartidos y que son compatibles⁶⁹.

El tratamiento de los conflictos significa intentar hallar soluciones que satisfagan, en la medida de lo posible, las necesidades de las partes. Sólo cuando las partes aclaran necesidades y están dispuestas a omitir alguna de ellas en aras de llegar a un resultado aceptable, es cuando estamos en el camino de gestionar positivamente el conflicto surgido⁷⁰.

Pero, como hemos dicho, el camino no es fácil. En el seno del proceso es aún más complicado, ya que precisamente lo que en los escritos alegatorios se refleja es la posición de cada parte. Es más, ni siquiera podemos realmente afirmar que sea la posición del demandante o del demandado, sino aquello que su letrado transcribe, y que a veces no refleja exactamente lo que el cliente quiere transmitir.

La propia Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando describe cómo ha de redactarse una demanda o una contestación, hace hincapié en que se diga lo más claramente posible “qué es lo que se pide” y la causa de pedir; desde luego no hace referencia precisamente a los intereses o las necesidades. Por eso nos encontramos habitualmente ante unas partes que son reacias a poner de relieve, en caso de que sean conscientes de ellos, sus intereses.

El tercero al que se confía la labor mediadora-conciliadora puede, en este punto, servirse de dos preguntas que suelen ser más útiles a la hora de llegar al conocimiento de los intereses. Estas preguntas son: ¿Por qué? y ¿Por qué no?

Con la primera se intenta averiguar la razón por la cual la parte defiende de forma inamovible su posición, en tanto con la segunda

69 FISHER Y OTROS: *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*. Barcelona, 2004, pág. 59.

70 BUSCH Y FOLGER: *La promesa...* cit., pág. 97.

se intenta descubrir cuál es el interés que se interpone para que no admita variar en absoluto sus posiciones⁷¹.

Cuando hablamos de posiciones, estamos aludiendo a la parte superficial, a la parte que se ve del conflicto, y esa parte suele ser, así se suele identificar, con la parte visible de un iceberg que hundiera su porción mayor y de más complejidad en una zona a la que ni el mediador ni la contraparte tienen en principio acceso.

Precisamente, cuando se ponen de relieve las auténticas necesidades e intereses de las partes es cuando se puede empezar a desempeñar una auténtica función mediadora. La averiguación de esas zonas no aparentes del conflicto es una tarea que requiere el empleo de tiempo y de recursos psicológicos, lingüísticos, etc., por parte del mediador.

Cuando hacemos referencia a las necesidades de las partes estamos aludiendo a los valores, los intereses, en resumen, aquello que importa a la parte. Esto puede no coincidir con lo que la parte solicita, porque suele ser algo más interno. Por ejemplo, puede suponer la necesidad de ser respetado por el otro, reconocido por el trabajo que lleva realizando un tiempo, comprendido por el momento personal que atraviesa, etc.

En ocasiones a la parte le resulta difícil exponer cuál es su necesidad, y no es extraño que cada parte, a la hora de establecer un diálogo, se mantenga en un nivel distinto de exposición. Así, una de las partes puede persistir en su demanda legal, en tanto otra entre a exponer su necesidad más profunda. En este caso el mapa del conflicto nos sirve para ir encuadrando cada aportación en su esfera correspondiente y esto, en definitiva, servirá para clarificar la situación y de guía para la forma de proceder.

Es necesario partir de que las personas insertas en un conflicto tienen diferentes valores que justifican los actos. Esos valores influ-

71 FISHER Y OTROS: *Obtenga el sí ...* cit., pág. 63.

yen tanto en los objetivos que se persiguen como en la forma que se utiliza para conseguirlos. Los valores que se relacionan con el comportamiento son unas pautas que nos sirven para juzgar lo que hacemos y lo que deberíamos hacer o no.

Pero, por encima de los valores individuales, podemos encontrar otros valores a los que llamaremos “metavalores”, en los cuales a veces coinciden las partes que antes estaban enfrentadas por sus valores.

Así, los metavalores de la libertad, el bien de los hijos, la conservación del trabajo, la supervivencia de la empresa, etc., se pueden establecer como metavalores para las partes, antagónicas en inicio.

Los intereses que más poder tienen para el ser humano son lo que podemos denominar “necesidades humanas básicas”. Entre estas necesidades podemos citar: la sensación de seguridad, de reconocimiento, de control sobre la propia vida, el bienestar económico, etc.

Habitualmente, tendemos a pensar que lo único verdaderamente importante en un litigio es la obtención de un provecho material y en muchos casos económico. Esto no es siempre cierto. Incluso en aquellos casos en que lo que se ventila sea una reclamación monetaria, existen otros intereses que subyacen, y cuando un interés de los que denominamos básicos para el ser humano se siente amenazado, no habrá forma alguna de que las partes lleguen a un acuerdo. Esto se ve de forma muy clara en los litigios sobre cuestiones hereditarias. A veces no es tanto el interés de cada miembro de la familia en que se le dé justo lo que le corresponde como que se le considere con los mismos derechos, en el mismo plano que al resto de los herederos. En ocasiones es más importante satisfacer la necesidad de reconocimiento, de ser tratado de forma igual al resto, que el dinero o los objetos mismos que forman el caudal hereditario.

Para poder actuar sobre este punto, es de suma importancia que, en la medida de lo posible y según vayan apareciendo esos in-

tereses que subyacen, se vaya anotando los de cada una de las partes. Con esto no sólo se pueden tener presente a la hora de manejarlos, sino que también permite mejorar la valoración de los mismos, pudiendo situar esos intereses según el orden de importancia que para las partes tengan. Se pueden así desarrollar ideas, estimular a las partes para que ellas mismas puedan aportar alternativas que satisfarían esos intereses⁷².

B. Los sujetos del conflicto

Como antes indicamos, uno de los elementos fundamentales a la hora de analizar un conflicto son las partes, en este caso, en el seno del proceso, esas partes aparecen perfectamente definidas en el proceso ya que, en principio, el acuerdo al que se llegue no podrá afectar a otros sujetos distintos de los que intervienen en el proceso. Lo que ocurre es que, más allá de lo puramente jurídico, existen efectos que sí llegan a terceros ajenos al proceso y que, en determinados casos, son la causa de que las partes muestren resistencia a un acuerdo. El mantenimiento de una postura está a veces más relacionado con el temor al “que dirán” que con la convicción de que se va a obtener una resolución totalmente favorable o que continuar con el proceso va a satisfacer los intereses propios.

La identificación de las partes en conflicto nos lleva a realizar una primera clasificación de los conflictos atendiendo al número de personas que protagonizan el mismo y que también nos servirá para determinar el nivel del conflicto y entender la magnitud del mismo.

Según el número de sujetos que se ven afectados por el conflicto de manera directa, esto es, quién protagoniza el mismo, podemos distinguir entre:

- Conflicto intrapersonal: se trata de aquel conflicto que se produce dentro de los individuos. En este tipo de conflic-

72 FISHER Y OTROS: *Obtenga el sí ... cit.*, pág. 68.

tos es complicado identificar los elementos integradores del mismo, ya que estamos ante una problemática distinta. En este caso el enfrentamiento tiene lugar en la mente de un individuo y se origina en los pensamientos, emociones, valores, ideas, etc., que entran en colisión en el interior de la mente de ese sujeto.

- Conflicto interpersonal: este tipo de conflictos ocurre entre dos o más individuos, pero a un nivel individual, esto es, sin que se produzca un enfrentamiento entre grupos de personas unidos de forma ideológica por un interés común como existe en el intergrupales. Es el conflicto típico del proceso civil.
- Conflicto intragrupal: es el conflicto que tiene lugar dentro de un pequeño grupo y que a la larga les impide desarrollar la actividad para la que se han unido y resolver sus propias disputas.
- Conflicto intergrupales: es el último nivel de conflicto. Es aquel que afecta a naciones, sindicatos, etc. En este nivel, tanto el número de personas intervinientes como el número de problemas que suelen darse de forma simultánea determinan que se trate de un conflicto muy complejo en el que a veces se dan de forma simultánea y conjunta conflictos intragrupal y conflictos intergrupales.

Un segundo paso nos llevará a diferenciar, dentro de todos los sujetos que se pueden ver afectados por un conflicto, quiénes son los protagonistas principales, esto es, quiénes son los que se hallan directamente implicados y aquéllos que lo están indirectamente pero que se ven afectados de forma evidente (así en un conflicto entre dos cónyuges, obviamente, los hijos son protagonistas secundarios del conflicto, y cualquier gestión del conflicto pasara por tener en cuenta sus intereses).

Cuando nos encontramos ante un conflicto interpersonal es relativamente sencillo determinar quiénes son los sujetos entre los

que se ha producido la disputa; sin embargo, cuando nos encontramos con conflictos intragrupales o intergrupales las cuestiones que tenemos que resolver antes de plantearnos un acercamiento al problema en sí es cuáles son las personas en concreto entre las que se ha producido el desacuerdo, entre quiénes en concreto se ha originado y cuál ha sido el germen de una pluralidad de desacuerdos. En muchas ocasiones, el grupo sigue a un líder que es quien tiene la capacidad de influencia necesaria para “contagiar” al resto y generalizar esa situación de conflicto entre la comunidad; analizar la historia del conflicto pasará, necesariamente, por identificar a ese individuo.

Pero al mismo tiempo, la función del líder también será restaurar y mantener las relaciones de grupo mediante el reconocimiento de contribuciones, la conciliación de desacuerdos y el desempeño de una función de apoyo que ayude al desarrollo del grupo.

No es infrecuente que, al analizar las partes implicadas en un conflicto, descubramos la existencia de terceros sin un interés legítimo protegible que influyen en el desarrollo de la crisis, aunque no se vean afectados por la misma. Las razones por las que algunas personas intervienen en un conflicto, que en principio les es ajeno, son variadas: la amistad, la curiosidad, un mal entendido corporativismo... En ocasiones, la intervención de esos terceros es una interferencia negativa en el desarrollo del conflicto, contribuyendo a la escalada del mismo. En estos casos, identificar a estos sujetos para intentar minimizar su intervención en el conflicto es muy necesario.

En realidad, el conflicto tiene cierto número de características que se pueden apreciar tanto en los conflictos interpersonales como en los que afectan a un gran número de personas⁷³. Estos puntos de coincidencia son:

1. Derivan de unos intereses que se perciben de forma divergente. Es irrelevante que esa divergencia sea real o sólo fruto de la percepción, lo que sí es relevante es que, ya sea entre

73 ALZATE SAEZ DE HEREDIA: *Análisis y resolución...* cit., pág. 29.

dos individuos o entre dos Estados, la incompatibilidad es percibida como una realidad y la respuesta es la aparición de un conflicto.

2. Cuando se produce el conflicto sólo cabe enfrentarse a él mediante una serie de estrategias, que serán las mismas estemos ante un conflicto entre dos personas o entre dos grupos numerosos.

No obstante, dependiendo del número de implicados, unas estrategias serán más idóneas que otras para el manejo de ese problema. En cualquier caso, la estrategia⁷⁴ que podamos utilizar girará en torno a dos ejes fundamentales: la importancia que demos a la relación y la importancia que tenga la consecución de los objetivos, del interés. La priorización de un eje sobre otro determinará la opción a escoger.

3. En los conflictos se produce una mezcla de motivos que originan esa contienda. Encontrar una disputa en la que exista

74 Básicamente son las siguientes:

a) Competición (gano/pierdes): En esta situación lo importante es conseguir lo que queremos, hacer valer mis objetivos, mis metas. La relación no me importa. En el modelo de la competición llevada hasta las últimas consecuencias lo importante es que yo gane y para ello lo más fácil es que los demás pierdan. Ese perder, en ocasiones, se traduce no ya en que la otra persona no consiga sus objetivos sino en que sea eliminada o destruida (la muerte, la anulación, ...) física o psíquicamente.

b) Acomodaticia (pierdo/ganas): La relación es más importante que los intereses. Con tal de no enfrentarnos a la otra parte, se cede unilateralmente. Es un modelo tan extendido o más que la competición. Nos acomodamos a la situación con tal de no provocar tensión o malestar.

c) La evasión (pierdo/pierdes): Una de las partes abandona el conflicto. Ni los objetivos ni la relación salen bien parados, no se consiguen ninguno de los dos.

d) La cooperación (gano/ganas): En este modelo conseguir los propios objetivos es muy importante, pero la relación también. Es un modelo en el que sólo sirven soluciones gano-ganas, se trata de que todos y todas ganemos.

e) La negociación: Lo fundamental es que las dos partes tengan la sensación de haber ganado en lo fundamental. Se trata en realidad de un sistema de oferta y contraoferta para llegar a un término aceptable para las dos partes.

sólo una motivación sería ciertamente extraño. Cuando se llega a generar un conflicto que no puede ser resuelto por los propios mecanismos relacionales habituales, suele deberse a la interrelación de varias motivaciones subyacentes que, en ocasiones, permanecen incluso ocultas en apariencia para las partes enfrentadas.

4. Tanto en los conflictos entre dos personas como en los conflictos que se producen entre dos naciones, cabe hablar de dos formas de solución: el acuerdo y la resolución. Tradicionalmente hemos estado acostumbrados a la fórmula "acuerdo" sin plantearnos que en muchas ocasiones ese acuerdo cerraba en falso las heridas que estaban abiertas entre las dos partes. Con el acuerdo las partes llegan a un punto intermedio de acercamiento. Ambas llegan al convencimiento de que la solución a la que llegan es la mejor para los dos, pero no modifican en absoluto su actitud básica. Esta fórmula determina que ambas siguen sintiéndose agraviadas por la contraria, no se produce una transformación sino un mero acomodo a una situación que en ese momento es la mejor de las posibles. Estos acuerdos, al no haber conseguido transformar la situación conflictual, no suelen ser duraderos.

La otra forma de solución, a la que llamamos resolución, sí supone una transformación si se ha gestionado de forma positiva el conflicto, si se ha conseguido que las partes modifiquen su forma de ver esa lucha, no como algo negativo sino como la oportunidad para profundizar más en la relación y avanzar en la misma. A partir de esta auténtica interiorización del cambio, es muy difícil que el conflicto se vuelva a plantear y, si se plantea, las herramientas adquiridas volverán a servir para gestionar satisfactoriamente la disputa.

5. Los conflictos pueden tener efectos constructivos o destructivos tanto para una relación entre dos personas como para una relación entre dos grupos numerosos. Partiendo de que

el conflicto es connatural a cualquier relación humana, lo único que se puede es intentar que las consecuencias negativas que tiene su aparición se vea transformada en efectos positivos o lo menos negativos posibles.

Al analizar este elemento subjetivo aparecerá la necesidad de hacer referencia al concepto poder, esto es, a la capacidad de influencia que las partes en conflicto tienen. Es decir, qué bases de influencia y poder tienen sobre los demás⁷⁵.

El poder conforma un elemento esencial en el análisis del conflicto por cuanto está presente en el funcionamiento de las relaciones humanas en general y en el de las organizaciones en particular.

El análisis de este elemento puede ser abordado desde tres perspectivas⁷⁶:

Desde una perspectiva psicológica, el poder sería una característica personal del individuo, de tal forma que la inteligencia, la facilidad de palabra, originalidad, seguridad, iniciativa, perseverancia, agresividad, confianza en sí mismo, deseo de sobresalir, la sociabilidad o el nivel socioeconómico, son connotaciones propias de un sujeto. No obstante, es claro que los fenómenos de poder no pueden sólo analizarse en términos de capacidad individual, sino que el aspecto que a nosotros nos interesa ahora es su comportamiento a partir de la relación del individuo con el un grupo, esto es la perspectiva sociológica: el poder como relación en un contexto coactivo.

El marxismo confinó el fenómeno del poder exclusivamente dentro del parámetro económico, del que derivarían todas las formas de poder.

75 DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO: *Mediación. Proceso, tácticas...* cit., pág. 38.

76 PIÑEYRO; «Escuela, Historia y Poder» on line. Dirección URL <http://contexto-educativo.com.ar/2003/1/nota-03.htm>.

Para MAX WEBER⁷⁷, la legitimidad corresponde a los valores admitidos por un grupo humano y en los que se basa el poder concebido como capacidad de actuar sobre los demás. A ese poder legítimo le denomina “autoridad” y considera que esa autoridad tiene tres manifestaciones: la autoridad carismática, que se basa en la confianza de los subordinados en una “cualidad extraordinaria” de la personalidad del jefe; la autoridad tradicional, basada en la existencia de una norma que así lo dispone y, por último, en la autoridad racional-legal, que estaría basada en el respeto por parte del jefe y de los subordinados a las reglas establecidas según procedimientos racionales y formales.

Para CROZIER⁷⁸, “...el poder implica siempre la posibilidad para ciertos individuos o grupos de actuar sobre otros individuos o grupos”. El poder es una relación recíproca de intercambio y negociación entre dos actores interdependientes para lograr el objetivo de la organización y los objetivos personales. También es una relación desequilibrada, una relación de fuerza de la que uno puede sacar mayor ventaja que otro pero que, sin embargo, ninguno queda totalmente desprovisto frente al otro. El poder se basa en la posibilidad que tiene cada actor de rechazar o regatear lo que el otro quiere de él, se basa, por lo tanto, en el margen de libertad de que dispone cada uno. La estrategia consistirá en salvaguardar el margen de libertad de cada actor, manteniendo su comportamiento imprevisible, y tratar de encerrar al otro, mediante reglamentos, en un marco en el que sus comportamientos sean previsible y su margen de libertad sea reducido. Así, el control de una zona de incertidumbre que permita a cada uno convertir su comportamiento en imprevisible orientará la relación de poder en provecho propio.

Desde luego, el concepto del poder es uno de los temas más álgidos al insertarse en la propia esencia de la sociedad y de las relaciones entre los individuos y grupos que la componen.

77 WEBER: *Economía y sociedad*, 1990, México.

78 CROZIER y FRIEDBERG: *El actor y el sistema*. 1990, México.

Parece claro que el que las partes que están insertas en un conflicto contemplen la posibilidad de resolver ese conflicto gestionándolo positivamente depende de la medida en que el poder esté distribuido entre ellas. Si el poder absoluto lo detenta una de las partes, unilateralmente podrá imponer la decisión y las diferencias de interés serán suprimidas al ser ignoradas por la parte poderosa y no tener capacidad de poder reclamar la parte débil⁷⁹.

Pero el poder siempre va acompañado de algún grado de dependencia y así, a la hora de analizar la relación que se da entre las partes en conflicto, debemos hacer preguntas sobre el grado de dependencia que existe entre las partes, quién depende de quién, quien controla mas fuentes de poder y de recursos, para quién el conflicto tiene menos importancia, porque esto nos indicará quién es la parte más poderosa, quién tiene la capacidad de toma de decisiones en el caso.

Pero debemos plantearnos si siempre el poder irá acompañado de una significación negativa, peyorativa para aquél que lo detenta frente al otro. Ciertamente, en muchos supuestos podemos decir que el poder transforma al que lo posee de forma negativa, porque quién lo ostenta puede llegar a considerarse superior al resto, y se produce un cambio de moralidad y de su percepción de lo que son, lo que sienten y lo que desean los otros. Pero también es posible que el poder pueda entenderse en un sentido más positivo. Para el ser humano, para la reafirmación como personas, y como miembros de una sociedad, es absolutamente necesario reconocerse como poseedor de una cierta influencia sobre el resto, de una cierta valía socialmente reconocida. Lo que está claro es que este tipo de poder "positivo" se identifica con lo que sería una beneficiosa influencia mutua y no con dominio sobre el otro. Es más, algún autor⁸⁰ afirma

79 BACHARACH y LAWLER: citado por DE DIEGO VALLEJO y GUILLÉN GESTOSO: *Mediación. Proceso...* cit., pág. 39.

80 LEDERACH: *El abecé de la paz...* cit., pág. 80.

que la ausencia de poder en el hombre es fuente de violencia, ya que supone el nacimiento de la apatía, de la indiferencia y, en definitiva, la falta de influencia en nuestros congéneres se suple con comportamientos violentos a través de los cuales se quiere imponer una cierta significación propia.

De hecho, algunos autores⁸¹ han diseñado un triángulo de poder centrado en las relaciones que las partes pueden asumir, basándose precisamente en la ausencia de poder por una de las partes y el papel que éstas asumen.

Así, podemos hablar del papel del perseguidor, que se basa en la actitud de “yo estoy bien, tu no estas bien”. Se produce una demanda de obediencia de una de las partes respecto de la otra para preservar el poder del que disfrutan. Tiene su apoyo en herramientas que respalden esa autoridad, básicamente recompensas y castigos.

En segundo lugar, el papel del rescatador, en el cual el que intenta el poder lo hace imbuido por un espíritu de salvador, en la creencia de que los demás necesitan de su ayuda y protección. En realidad es una variante del anterior.

En tercer lugar aparece el papel de víctima, el poder deriva de su actitud ante las cosas. “Yo no estoy bien, tu estas bien”. La víctima recibe la simpatía del resto y su ayuda, con lo cual no precisa resolver los problemas, asumiéndolos como parte de su propia naturaleza.

Estos tres papeles pueden transformarse, y así, el perseguidor puede enseñar, el rescatador puede mediar y la víctima puede aprender, transformando estas relaciones de poder a través de relaciones cooperativas.

En el contexto de la conflictividad, cuando se produce una desigualdad de poder entre las partes es muy complicado llegar a soluciones válidas; la igualdad de poder entre las partes en conflictos

81 CORNELIUS y FAIRE: *Tu ganas, yo gano. Como resolver conflictos creativamente*. Madrid, 1998. pág. 85 y ss.

es crucial para poder llegar a una transformación de los conflictos además a largo plazo.

Si una de las partes tiene el poder frente a la otra, no es muy habitual que el conflicto se solvente en aras a la buena fe y generosidad del poderoso frente al otro. Aún cuando esto se diera, debemos reconocer que no es una solución a la larga, ya que el menos poderoso no tiene la sensación de haber podido manejar el conflicto sino que tiene la visión de aquél con el que se ha hecho una “buena obra”, y esto, con el tiempo, genera una sensación de impotencia y de injusticia que degenerará en violencia y nuevos conflictos.

Esta violencia es lo que llamamos violencia estructural. Frente a la violencia directa, que es la que se percibe de forma clara, la violencia estructural subyace en los comportamientos y sólo se percibe a través de sus consecuencias. Hay violencia estructural cuando el orden que hemos creado está orientado a beneficiar sólo a una parte de la humanidad con respecto a otra.

El problema con el que nos encontramos ante un conflicto es cómo podemos modificar una situación de poder asimétrico. Una opción de las que se nos presentan es, obviamente, evitar o esconder este elemento del conflicto, intentado conseguir que se suavice o se pacifique apelando a la parte poderosa. Pero es imposible poder entablar una verdadera comunicación cuando una es la parte que domina y otra la dominada⁸².

En este caso, debemos acudir a una reformulación de la gestión. Si a una de las partes no le interesa salir del conflicto porque su poder es tal que la forma que escoge de salir del mismo es aniquilar al contrario, es difícil que quiera entrar en un proceso de gestión del problema. Si entra es por que, aún cuando tenga el poder, los intereses en resolver el conflicto son superiores. Como GALTUNG⁸³ afirma, el conflicto, lejos de separar a las partes, debería unir las pre-

82 LEDERACH: *El abecé de la paz...* cit., pág. 83.

83 GALTUNG: *Paz por medios pacíficos...* cit., pág. 107 y ss.

cisamente por el punto en común que tienen, que es su incompatibilidad; porque éste es su lazo de unión es por lo que juntos tienen que buscar la forma de salir del mismo. En este sentido, es necesario que se intensifique el contacto con el adversario en vez de evitarlo, que se fortalezca el establecimiento de un diálogo en lugar de aislarlo, que se intente, partiendo de la realidad del conflicto, crear la necesidad de evitar la cara destructiva del mismo para acoger la cara más positiva de un conflicto resuelto.

Si nos encontramos ante una situación de poder asimétrico es muy complicado que se produzca una verdadera comunicación y una voluntad de transformar o superar el conflicto.

4.1.3. LAS ETAPAS DEL CONFLICTO

Raramente la contraposición de percepciones, ese antagonismo que define el contenido del conflicto, surge y se mantiene de forma estática a lo largo de todo el proceso conflictual, desde el nacimiento hasta la posible resolución.

Desde luego, un conflicto no merece el mismo tratamiento cuando está en sus etapas iniciales que cuando ha evolucionado a estadios mucho más severos.

En algunos casos, nos encontramos con lo que se suele denominar conflicto latente, esto es, aquella situación en que las partes no perciben la contraposición existente entre ellas de modo abierto, explícito. En determinadas ocasiones existen las condiciones para el conflicto, pero las partes no se percatan de ellas o no utilizan una estrategia abierta para lograr sus metas. Ésta es una situación de conflicto latente. Puede suceder que sujetos ajenos a la situación no se dan cuenta que un conflicto existe hasta que el mismo se manifiesta con la iniciación de acciones hostiles entre las partes. Esto da lugar a una extendida sensación de que los conflictos «surgen de ninguna parte», pero las condiciones han estado presentes desde antes de su estallido en hostilidades abiertas.

Curiosamente, conflictos que ya se han manifestado abiertamente pueden convertirse de nuevo en conflictos latentes, especialmente cuando las partes han llegado a un punto de agotamiento. Esto no quiere decir, claramente, que el conflicto este resuelto, antes bien, el conflicto continúa y permanece el riesgo de que se manifieste en un futuro. Cuando los conflictos arraigados están en la fase latente, es un buen momento para realizar actividades de prevención del conflicto y esfuerzos de construcción de la paz.

Casi todos los conflictos pasan por períodos en los que su intensidad se incrementa o disminuye. Este ciclo es una respuesta dinámica a las acciones y reacciones de las partes, las que con su comportamiento contencioso estimulan una conducta de índole similar. La desescalada puede realizarse por medio de estrategias destinadas a disminuir las hostilidades.

En el conflicto se suelen diferenciar tres etapas: una primera en que se produce una intensificación, una escalada del conflicto, una segunda en la que se produce un cierto estancamiento del mismo y una tercera en la cual comienza una desescalada y una conclusión, ya sea satisfactoria para ambas partes, si el conflicto se ha gestionado de forma correcta, o bien de forma insatisfactoria para una de ellas o para ambas, si la gestión no se ha llevado a cabo y se han impuesto modos de afrontarlo equivocados (dominadora, evasiva, etc.).

Por tanto, el conflicto presenta un funcionamiento cíclico. Para algunos⁸⁴ se trata de un proceso, en tanto para otros se trata de una progresión⁸⁵, reservando el término proceso para la forma de abordar el tratamiento de ese conflicto pero, en cualquier caso, y aun desde una tipología diferente, todos coinciden en considerar que el conflicto pasa por una serie de estadios de carácter ascendente.

En la primera fase, esto es, la de escalada, se alcanza el momento álgido del conflicto. En la segunda fase se produce una cierta

84 ALZATE SAEZ DE HEREDIA, *Análisis y resolución...* cit., pág. 58.

85 LEDERACH *El abecé de la paz...* cit., pág. 83

estabilización del conflicto, debido a que las partes no tienen hacia dónde moverse, no pueden avanzar, pero tampoco consideran oportuno un retroceso que se identificaría con una rendición y, por último, la desescalada, etapa en la que el conflicto se reduce paulatinamente. Esto no quiere con todo decir que el conflicto haya desaparecido para siempre, ya que por su propia naturaleza cíclica, puede ser que vuelva a aparecer y se vuelva a desarrollar pasando por las etapas que ya había recorrido antes, hasta desencadenar de nuevo en una solución que, cuando beneficie a todas las partes, será la definitiva⁸⁶.

Conocer las distintas etapas del conflicto nos sirve para poder llevar a cabo una planificación estratégica del tratamiento de los conflictos. Sólo si se consigue reducir la tensión, recuperar la comunicación perdida entre las partes, detectar los elementos subacúaticos del conflicto (intereses y necesidades), podemos reconstruir la relación⁸⁷.

Las etapas por las que va pasando un conflicto son elementos claves para su tratamiento. Detectar cuáles son sus raíces y cómo ha evolucionado hasta manifestarse como ahora lo encontramos es fundamental para poder aplicar las herramientas más acordes a su tratamiento.

En cada una de esas etapas a las que hemos aludido se producen una serie de manifestaciones diversas que nos permiten determinar en qué fase o etapa conflictual nos encontramos.

Etapas de intensificación del conflicto

- Amplían los temas en litigio: una pelea originada por un asunto específico va sumando nuevos temas hasta transformarse en una disputa por motivos múltiples. En el proceso se van recordando y agregando situaciones del pasado. Normalmente,

86 ENTELMAN, *Teoría de los conflictos...* cit., pág. 176

87 VINYAMATA, *Manual de...* cit., pág. 96.

ello se debe también al hecho de que situaciones del pasado no se han cerrado, existen numerosos episodios en los que se ha adoptado una actitud evitativa del problema, con lo cual son cuestiones que subyacen en la relación y que resurgen a cada nuevo conflicto.

- Se añaden nuevas partes al litigio. Es difícil que en el conflicto no entren terceros que tomen partido por una u otra de las partes. Además, curiosamente, los que más influencia tendrán serán aquéllos que, lejos de intentar una estabilización o un decrecimiento del conflicto, intenten que cada una de las partes afronte el conflicto de la manera más radical posible. Cuando las partes perciben que por sí mismos no pueden acabar con el conflicto intentarán atraerse otras personas que apoyen su posición y les refuerce psicológicamente en sus planteamientos. Tal comportamiento dificultará la gestión, ya que la parte sentirá que cualquier acercamiento a la postura de la otra parte supone una dejación o un ceder ante la consideración de los demás.
- Se transforma la crítica del hecho a la crítica de la persona: fracasar en un hecho o acción pasa a ser un defecto de personalidad. Se trata de desplazar el desacuerdo sobre el hecho a criticar el comportamiento del oponente. Al producirse este fenómeno de transformación, el enfrentamiento con la otra parte se hace cada vez más profundo y más difícil de superar.
- Se sustituyen tácticas livianas por tácticas pesadas: la petición por la coacción o presión, las explicaciones por la intimidación. Se hace uso de la coerción. Se trata además de un camino sin retorno, ya que una vez utilizadas tácticas duras es imposible pasar a otras de carácter más suave ya que, tal hecho, parecería un signo de debilidad.
- Existe un cambio de motivación: el objetivo inicial de la satisfacción de intereses (búsqueda del propio beneficio) deja paso al de prevalecer sobre el otro y, en un tercer momento, al de

intentar que la otra parte «pierda más que yo». A medida que el conflicto se intensifica y la escalada del conflicto va en ascenso, lo que una parte pretende es, aun a riesgo de no conseguir satisfacer plenamente sus intereses, infligir al otro el mayor daño posible. Si con esto nosotros también salimos perjudicados, no importa, la necesidad subyacente se ha convertido en acabar con el otro al que hacemos responsable de todo el dolor que estamos sufriendo.

Estas transformaciones se producen en forma rápida y las partes no tienen conciencia de ellas. Una vez que se ha dado inicio al proceso de escalada, resulta muy difícil revertirlo. En este proceso podemos destacar una serie de fenómenos que se suceden y que dan lugar a este desarrollo del conflicto:

- Las partes desarrollan una serie de aspiraciones que tienden a satisfacer sus intereses con total indiferencia hacia las necesidades e intereses de la otra persona.
- Aunque anteriormente la relación haya sido cordial, se pierde la confianza en que en algún momento existiera entre ellos, de tal forma que cada vez es más complicado el acercamiento y la comunicación. En ocasiones, cuando se intenta resolver el conflicto, las partes ya han perdido cualquier tipo de relación.
- Ambas partes acogen una orientación competitiva del conflicto y cada uno se percibe como el más fuerte respecto al otro. GALTUNG⁸⁸ ha descrito cómo la actitud conflictiva se convierte en comportamiento conflictivo «en el momento en que una parte no sólo piensa en la destrucción de la otra y la desea y quiere, sino que también colabora activamente en esa destrucción, por ejemplo privando a la otra parte de un valor que le merece aprecio».

88 GALTUNG: *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*. Bilbao, 2003, pág. 107 y ss.

- Posiciones incompatibles o combativas entre las partes. Cada vez las partes utilizan argumentos más ilógicos, alejándose de criterios racionales para ahondar en conductas que dificultan más una resolución y dilatan el conflicto.
- A medida que el tiempo pasa sin que se den muestras de acercamiento, cada parte muestra un criterio cada vez más inflexible con respecto a la postura inicial.
- En determinadas situaciones las partes emplearán mecanismos y conductas que en un principio no hubieran pensado utilizar pero que, a la larga, y una vez perdido el espíritu de cooperación, utilizan como si de una fórmula lícita se tratara.

Pero esta escalada no se produce de forma caótica sino de forma gradual. En este progreso podemos diferenciar cinco etapas:

En la primera etapa, esto es, cuando surge el conflicto y se percibe la tensión, lo normal es intentar llegar a una solución negociando con la otra parte. Se asume una estrategia cooperativa. Si ambas partes participan de esta táctica, el conflicto se resolverá en este nivel sin que se produzca escalada alguna. Si, por el contrario, es imposible llegar a un acuerdo, ya sea porque la comunicación entre ambas partes es imposible o porque una de ellas no está dispuesta a gestionar el conflicto, el nivel se eleva y se pasa a la siguiente etapa.

En la segunda etapa de esta escalada del conflicto ya entra en escena la táctica competitiva que se perfila junto a la cooperativa. Se refuerzan las posturas propias de cada parte, con lo cual se dificulta la puesta de relieve de las verdaderas necesidades. El clima se torna menos comunicativo y las partes empatizan cada vez menos. Si no se consigue avanzar en la consecución de un acuerdo, el conflicto se eleva al siguiente estadio.

En la tercera etapa se da paso a una estrategia puramente competitiva de tal forma que las herramientas que la parte utilizará serán todas las que sirvan para presionar un cambio de sentido en sus

posiciones. En esta etapa es muy posible que el problema, núcleo del conflicto, pase a ocupar una segunda posición y que se focalice el conflicto en las personas a las que se consideran agresoras, identificándolas con los estereotipos culturales negativos.

En la cuarta etapa ya no hay ninguna esperanza de poder llegar a otra solución que no sea el abatimiento del contrincante. Se inicia la deshumanización de la otra parte y se le hace merecedor de todas las armas que se puedan legítimamente utilizar en cada momento. Se busca apoyo en el grupo que cierra filas frente al “agresor”.

En la quinta y última etapa de ascenso del conflicto cabe hablar incluso de la utilización de recursos físicos. La deshumanización del contrario ha llegado a tal nivel que se abandona cualquier tipo de escrúpulo. Cualquier medio es bueno y sólo el aniquilamiento satisface nuestras expectativas⁸⁹.

El estancamiento del conflicto.

La segunda etapa es lo que podríamos denominar el estancamiento del conflicto. Se produce porque, en un momento dado, las partes no pueden continuar con el conflicto en sentido ascendente. Éste ya ha llegado a su máximo grado y por tanto se produce ese fenómeno del estancamiento.

Las causas que dan lugar a este estado pueden ser varias, pero todas ellas tienen en común el tremendo desgaste que el desarrollo ascendente del conflicto causa en las partes.

La primera causa es el desgaste económico que se produce y que en algunos casos determina una situación insostenible para una o para las dos partes. Aun cuando la parte entienda que podría continuar con el enfrentamiento, porque psicológicamente aún está en un punto ascendente del conflicto y cree que sólo derrotar al adver-

⁸⁹ RAMOS PÉREZ: “Los conflictos: Claves para analizarlos” en VINYAMATA CAMP: *Guerra y paz en el trabajo*. Valencia, 2004, pág. 231.

sario pondrá fin al problema, es posible que no disponga de recursos económicos suficientes para poder hacerlo. En muchas ocasiones los conflictos laborales se estancan cuando los trabajadores o el patrón llegan a una situación económica tal que no pueden permitirse la continuación de ese proceso conflictual. No se consideran vencidos por la razón sino por las circunstancias. Terminan dándose cuenta de que el coste va a ser tan alto que necesitan poner fin al conflicto de otra forma.

La segunda causa pasa por el desgaste psicológico y mental que la estrategia competitiva supone. En un principio son muchos los factores que sostienen la táctica competitiva. El desencadenante del conflicto está más cercano en el tiempo, se considera que la pugna terminará pronto ya que el otro terminará cediendo, no se valora suficientemente cómo ese litigio afectara a los terceros. Es frecuente que esta estrategia se lleve a cabo mediante el uso de amenazas, violencia verbal, etc. Esa táctica, según va pasando el tiempo, va perdiendo eficacia, de forma que la parte cada vez va perdiendo también la satisfacción inmediata que al inicio conseguía. Con el paso del tiempo, la otra parte se acostumbra a esa conducta, y cada vez la respuesta es menos satisfactoria. Con la mayor debilidad psicológica para enfrentarse al conflicto se busca un mayor apoyo psicológico en los demás para conseguir reforzar la actitud competitiva, pero a veces ese apoyo desaparece cuando con el tiempo la situación empieza a estar enquistada, monopolizar las relaciones y crear una sensación de malestar que no conduce a ningún sitio.

El hecho de que el conflicto se estanque no supone que a partir de ese momento se empiece a producir el fenómeno de la desescalada. En muchos casos puede pasar mucho tiempo hasta que una de las partes decida iniciar alguna actuación que tenga como efecto comenzar a crear un clima que permita la comunicación entre las partes.

Cada una de las partes teme que si es la primera en adoptar una actitud menos combativa, tal signo sea interpretado como muestra

de debilidad o de debilitamiento y que, por tanto, sea considerada la parte que con facilidad va a ceder ante la contraparte.

La desescalada del conflicto.

Por último se produce el fenómeno de la desescalada del conflicto. Este momento llega cuando las partes toman conciencia de que se encuentran en un punto en que no pueden avanzar pero tampoco retirarse, ya que por la razón que sea es necesario que la relación entre las dos partes continúe. Obviamente, si ninguna de las partes tiene necesidad de seguir manteniendo un contacto en el futuro, es muy posible que sea el paso del tiempo el único que produzca una desescalada del conflicto pero, obviamente, esto constituirá una ruptura entre las partes y también un fracaso, ya que al fin se capitulará ante el problema que ha surgido.

La desescalada del conflicto se produce cuando las partes perciben que es necesario resolver el problema porque existe una relación de dependencia ya sea por interés en mantener la relación o ya sea interés o necesidad de índole material por los lazos que les unan.

El punto en el que las partes se encuentran es muy complejo, con lo cual es necesario utilizar una serie de estrategias que no siempre las partes, por sí solas, son capaces de poner en práctica. En estas ocasiones es frecuente que tenga que pedirse la intervención de un tercero que ayude a las partes a gestionar el encuentro que antes o después tiene que producirse.

Podemos sistematizar en dos grandes bloques las actividades que será necesario realizar para contribuir a esa desescalada.

En primer lugar, para que el encuentro entre las partes tenga lugar es necesario reducir la tensión que se habrá generado. A estos efectos, si la tensión es muy grande es necesario dar una tregua para que las partes puedan recuperar las facultades necesarias para poder superar satisfactoriamente el enfrentamiento.

En ocasiones puede ser recomendable un alejamiento físico para impedir que las tensiones generadas ya, impidan una futura

comunicación. No es desdeñable tampoco que a veces sea necesario que, de forma individual las partes tengan que someterse a algún tratamiento de carácter psicológico. En todo caso habrá que evitar que una precipitada reunión frustre una posible superación del problema.

En segundo lugar, es necesario desarrollar todas aquellas herramientas de comunicación que sirvan para que las partes puedan superar la situación de separación y enfrentamiento en que se han colocado.

Se deben superar las posiciones para revelar cuáles son las verdaderas necesidades, intereses, miedos, percepciones, etc., y exponerlas abiertamente sin que con ello se tenga la sensación de cesión o de debilidad.

Se trata de retomar la humanización del oponente a través del fomento de una relación personal. De hecho, a partir del momento en que el otro aparece de nuevo como un ser individual, con sus virtudes y sus contradicciones, puede surgir la empatía entre las partes. La estrategia comunicativa que se basa en el lenguaje de las necesidades, precisamente consiste en eso, en fomentar la empatía. Una vez que se ha generado esa sinergia, se pueden llegar a acuerdos, comenzando por los elementos materiales del conflictos que sean más sencillos y continuando con aquéllos cuyo tratamiento o acercamiento puede resultar más complejo.

En este momento es fundamental identificar los elementos que conectan de forma positiva a los sujetos en conflicto. Esos elementos son aquellos sobre los que están en total acuerdo. Así, es fácil que en un conflicto de pareja la preocupación por el bienestar de los hijos sea un factor de conexión, e igualmente en un conflicto laboral puede que las dos partes en lid consideren igualmente importante que la empresa marche bien o que el ambiente de trabajo sea lo más distendido posible. Cosa distinta es cómo cada parte considere que se pueden lograr sus objetivos.

Igualmente cabe utilizar como elemento conector una mirada hacia el pasado cuando la relación entre las partes que ahora están enfrentadas era armónica. El propio sentimiento físico de épocas en que cada uno se sentía bien redundará, sin duda, en crear un ambiente donde será más fácil llegar a acuerdos.

Estos factores de conexión son lo que en el marco de la relación conflictual podemos llamar “conectores materiales o tangibles” (los hijos, la buena marcha de la empresa...) y “conectores inmateriales o intangibles” (la historia de esa relación, ya sea el amor, la amistad, la vecindad, etc.).

Tenemos que tener en cuenta que, tras la escalada del conflicto, lo que se hace necesario es la reconstrucción de la relación, aunque sólo sea para propiciar determinados acuerdos y, en el mejor de los casos, para aprovechar la oportunidad para transformar y crecer dentro de esa relación.

Si el conflicto ha llegado en su ascensión a un punto muy álgido, es posible que sólo pueda recuperarse la relación si se produce un tratamiento de los precedentes de ese momento en que estalla el conflicto. Cada parte espera oír a la otra reconocer su parte de responsabilidad en la situación creada. En muchas ocasiones ese reconocimiento es suficiente para que toda la rabia y el dolor que se había generado contra el otro desaparezca y se torne también en el propio reconocimiento de una cierta responsabilidad en el desencadenante y escalada de ese problema.

Estamos hablando de responsabilidad, nunca de culpa, porque se aleja de expresiones con connotaciones religiosas o de imposición por parte de un juez. La responsabilidad hace referencia a algo que el individuo afronta de manera más voluntaria y sobre la que tiene una cierta capacidad de maniobra.

Si bien es imposible que podamos modificar nuestro comportamiento, nuestra forma de sentir o de percibir la realidad en el pasado, lo que sí se tiene que conseguir es que las partes puedan abrirse

a construir un futuro en el cual se puedan adoptar otro tipo de decisiones, de percepciones del otro que transformen la relación⁹⁰.

4.2. LOS CONFLICTOS MEDIABLES SEGÚN LA LEY DE MEDIACIÓN ARAGONESA

Como antes expusimos, la Ley de MF aragonesa fija el objeto y ámbito de la mediación desde una doble vertiente. Por un lado, limita de forma subjetiva la aplicación de la norma a aquellos sujetos en situación de conflicto familiar pero siempre que uno de ellos acredite tener su residencia efectiva en Aragón (artículo 3.2) y, por otro lado, la limitación se plantea de forma objetiva, circunscribiendo el objeto de la Ley al tratamiento de determinados conflictos que son precisamente los recogidos en el artículo 5.

Partiendo de este planteamiento, y en un intento de sistematizar los conflictos que se encuadran dentro del ámbito de la mediación familiar para el legislador aragonés, vamos a dividirlos en los siguientes bloques.

a) Conflictos que tienen su origen en los enfrentamientos que se producen en el seno de la pareja

Nuestra Ley recoge, por un lado, los conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados (artículo 5.2. a), y por otro, las situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja (artículo 5.2. d).

Desde luego, es en el seno de las crisis de pareja, sea esta heterosexual u homosexual, matrimonial o de hecho, donde se produce el mayor volumen de conflictos familiares. Lo que parece poco definido es la diferencia que el legislador plantea entre *los conflictos nacidos*

90 FARRE SALVA: *La gestión de conflictos: taller...* cit., pág. 88.

*como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados, y las situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja*⁹¹. Tal vez, en este segundo caso se esté aludiendo a esa vertiente preventiva a la que el legislador aragonés hacía referencia, pero esta explicación se enfrenta a la regla general prevista en el artículo 6 donde se establece que la intervención del mediador familiar podrá versar sobre cualquier materia de Derecho privado “susceptible de ser planteada judicialmente”. En este sentido, no cabría incluir en este apartado los conflictos surgidos en las crisis de convivencia si éstas no terminan en ruptura o interrupción de la misma.

Cuando se produce la ruptura de una pareja, los sujetos en conflicto se ven en la necesidad de regular una situación personal y patrimonial que se crea a partir del momento en que cesa la convivencia.

Estaremos, por tanto ante la obligación de adoptar una serie de medidas personales y patrimoniales, propias del derecho privado y que se tendrán que limitar a aquéllas materias susceptibles de libre disposición para las partes. Aunque nuestra Ley no hace una pormenorización de las mismas, podemos entender que se tratarán de todas aquellas que el artículo 90 CC prevé como propias del convenio regulador y el artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón establece como las propias del pacto de relaciones familiares para fijar las nuevas relaciones familiares con los hijos porque, al fin, en el convenio o en el pacto lo que se está intentando determinar son las consecuencias personales y patrimoniales que regirán las relaciones de la pareja a partir del momento en que la pareja entra en crisis y se rompe.

Aquí, como consecuencias de índole personal, se enmarcarán la atribución de la guarda y custodia de los hijos si los hubiera, la determinación del régimen de visitas y comunicaciones de que podrá disfrutar el cónyuge que no tenga la custodia, así como, si se

⁹¹ En ese sentido se planteó la enmienda núm. 23 del grupo parlamentario chunta aragonesista en la que se proponía la supresión de la letra d) del apartado 2 del artículo 5. por resultar redundante con lo previsto en la letra a) del mismo apartado.

considera necesario, el establecimiento del régimen de visitas o de convivencia si estamos ante una custodia compartida⁹².

En lo atinente al conjunto de medidas patrimoniales que hay que determinar y sobre las que cabe el proceso mediador, podemos citar tanto la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar; las cantidades de contribución al sostenimiento de las cargas de la pareja (hipotecas, etc.); importes destinados al mantenimiento de los hijos en concepto de pensión de alimentos, así como los criterios para su actualización y las garantías, la suma que en concepto de pensión compensatoria una de las partes ha de satisfacer a la otra en casos en que la ruptura cree una situación de desequilibrio económico, etc.

Otro tipo de conflictos que también pueden tener su encuadre en este apartado pueden ser en los problemas que se deriven de la ejecución de la sentencia firme de separación o divorcio cuando surge alguna discrepancia en torno a la ejecución o interpretación de alguna medida establecida en la misma.

También habremos de tener en cuenta que a tenor de lo previsto en el artículo 90.III CC «las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias». Ello significa que las medidas recogidas en la sentencia de separación o de divorcio pueden ser objeto de modificación ulterior, tanto si esas medidas proceden del convenio regulador presentado por los cónyuges y homologado por el Juez como si tienen su origen en la decisión judicial a falta de acuerdo de los cónyuges. Los cónyuges pueden, en ambos casos, acudir a la mediación familiar para llegar a nuevos pactos sobre las medidas personales y patrimoniales que habrán de regir la separación o del divorcio y que sustituyan las medidas establecidas en la

92 El grupo parlamentario chunta aragonesista planteó la enmienda núm. 20 y propuso que donde decía «y del régimen de guarda y custodia de los hijos» se dijera «la guarda y custodia de los hijos o el régimen de convivencia o de visitas».

sentencia y, naturalmente, tendrá que someterse a la homologación en los supuestos previstos por la Ley.

Al igual que lo que hemos expuesto sobre medidas personales y patrimoniales en caso de separación, divorcio o incluso ruptura de una unión de hecho, debemos poder plantear en el supuesto de que nos encontremos ante la nulidad matrimonial. Las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de tal nulidad pueden igualmente ser objeto de un procedimiento mediador dejando al margen, y al igual que en los supuestos anteriores, todo aquello que no es posible y que necesita la intervención judicial para poder tener eficacia.

Un campo que no tiene por qué estar vetado para la mediación familiar es el que se derive de un supuesto de nulidad matrimonial de un tribunal eclesiástico. Para que esa sentencia eclesiástica tenga efectos civiles hay que solicitarlo ante el juez civil competente, tal y como establecen los artículos 80 CC y 778 LEC. Será el juez civil el que señalará las consecuencias civiles, de tipo personal y patrimonial, derivadas de la nulidad declarada por el tribunal eclesiástico. Esas consecuencias civiles también pueden ser acordadas por las partes, por lo que cabe la mediación.⁹³

b) Conflictos derivados en general del ejercicio de la autoridad familiar, patria potestad, de la relación de filiación, incluida la adoptiva, o de las relaciones entre parientes⁹⁴

En este bloque habremos de partir del requisito de que los aspectos sometidos a mediación han de tener siempre carácter dispo-

93 MARÍN LÓPEZ: "La mediación familiar en Castilla-La Mancha, a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles" en *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2011.

94 En este ámbito encontramos las previsiones de los artículos 5.2. c) Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas, 5.2. b) Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos y 5.2.

sitivos para las partes. En este sentido, sólo aquellos elementos que sean de naturaleza dispositiva dentro de las materias de autoridad familiar, filiación, adopción, guarda, custodia, etc., podrán ser objeto de mediación, quedando excluidas por tanto todas lo demás.

El legislador aragonés ha incluido en el artículo 5.2 como posible objeto de la mediación familiar aquellas controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos.

Resulta un tanto curiosa la referencia que el artículo hace a la patria potestad, precedida de “en su caso”, cuando, como se puso de relieve en el debate parlamentario⁹⁵ “el aforismo «*De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*», recogido en las Observancias, ha estado ininterrumpidamente en vigor en Aragón y, en la actualidad, se recoge en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona”.

Como es sabido, el concepto de autoridad familiar no es exactamente, el equivalente de la institución de la patria potestad. Se trata de una función que aparece atribuida a los padres y que tiene como contenido todos aquellos aspectos tendentes a cumplir de forma adecuada con la crianza y educación de los menores. Habitualmente lleva consigo la gestión de los bienes del hijo, pero no como contenido de un poder paterno, sino como función aneja a la autori-

g) Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar. Salvo en los supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o la integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos, y el 5.2. e) Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes.

95 En este sentido se planteó la enmienda núm. 19 del grupo parlamentario chunta aragonésista que proponía suprimir las palabras «o patria potestad», al considerar que el aforismo «*de consuetudine regni non habemus patriam potestatem*» recogido en las observancias, ha estado ininterrumpidamente en vigor en Aragón y, que en la actualidad, se sigue recogiendo en la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona.

dad familiar (artículo 9 Código Derecho Foral Aragonés), que no es esencial a la misma, puesto que también puede corresponder a otras personas, incluido un tutor real, al tiempo que los padres ejercen la autoridad familiar. Esta distinción y relativa disociación entre autoridad familiar y gestión de los bienes facilita también la atribución del ejercicio de la autoridad familiar a personas distintas de los padres (padrastro o madrastra, abuelos, hermanos mayores) sin darles acceso por ello a la gestión de los bienes. Para la gestión de los bienes es necesario, si no hay administrador, el nombramiento de un tutor, cargo que puede recaer en quien ejerza la autoridad familiar, pero sujeto a las garantías y cautelas propias de las instituciones tutelares.

El artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón prevé que cada uno de los progenitores por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida por ambos o por uno solo de ellos. En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. La mediación es el procedimiento más adecuado para que los progenitores puedan llegar a ese acuerdo que más tarde, tras la consiguiente solicitud al juez, este recogerá en la resolución.

La legislación autonómica en materia de mediación familiar contempla la posible relación de las personas adoptadas con sus familias biológicas, si bien, como vemos, también en nuestra Ley, se supedita a lo permitido por el ordenamiento jurídico. Cuando se gestó la Ley MF aragonesa se intentó introducir una enmienda que finalmente no prosperó y que suponía incluir los conflictos que se produjeran entre la familia de acogida, la biológica y la persona acogida⁹⁶.

96 En este sentido se intentó dar un paso más al plantear la enmienda núm. 26 del grupo parlamentario popular, que propusieron añadir un nuevo apartado g bis) con el siguiente tenor: g bis) «los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica».

c) Conflictos intergeneracionales

El legislador incluye los conflictos que se puedan plantear en la relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas⁹⁷.

Tal inclusión procede de la previsión que se realizó en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres y que estuvo vigente hasta el 23 de abril de 2011. En el Capítulo II de la citada Ley y bajo el título *El pacto de relaciones familiares*, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, se otorgaba prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres en el denominado pacto de relaciones familiares, que regulará las cuestiones principales que se deriven de la ruptura de su convivencia, tanto en su relación personal con los hijos como en el orden económico. En ese pacto de relaciones familiares se hace referencia a un aspecto importante, como es la relación de los hijos con los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, siguiendo la tradición del Derecho histórico aragonés de protección a la familia.

Es de destacar que no existe límite alguno en lo referente al grado de parentesco. Se planteó una enmienda⁹⁸ que no prosperó en la que proponía que sólo entraran en el ámbito de la mediación los conflictos que pudieran surgir entre las personas menores de edad con sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras

97 MARTÍNEZ DE AGUIRRE señala que el término «*persona allegada*» es problemático y llega a la conclusión de que, bajo dicho término, se debe entender incluido al «*conviviente no progenitor (típicamente, padrastro o madrastra)*» en MARTÍNEZ DE AGUIRRE: “La Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: una aproximación inicial” en *Actualidad del Derecho en Aragón*, año III, nº 8, Zaragoza, 2010, pág. 18.

98 El grupo parlamentario Popular presentó la enmienda núm. 22 mediante la que se propuso añadir al artículo 5, punto 2 un nuevo apartado c) bis del siguiente tenor: c) bis «Las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras».

d) Conflictos referidos al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar

Desde luego, esta previsión es un tanto amplia, ya que el concepto “derecho civil patrimonial” engloba una enorme pluralidad de aspectos⁹⁹. El legislador pretende, sin duda, que todos aquellos conflictos patrimoniales que se produzcan entre sujetos que mantengan una vinculación familiar o asimilada puedan encauzar por la mediación familiar la resolución de los mismos.

En cuando a los conflictos surgidos en la empresa familiar, éstos se caracterizan por tener su origen en una organización con una idiosincrasia propia en la cual se deben adoptar medidas que deben no sólo garantizar su continuidad, desarrollo y éxito económico sino que se deben facilitar las relaciones personales entre sus componentes.

En la empresa familiar se plantea un modelo distinto del de la empresa habitual en el que se mezclan de forma indisoluble intereses personales, problemas entre parientes, que a veces tienen unos lejanos orígenes y que en múltiples ocasiones se ven agravadas cuando se plantea el cambio generacional, ya que no es infrecuente que se creen grupos con intereses encontrados y que en muchos casos intentan imponer sus criterios al margen de si éstos suponen crear las bases para un mejor futuro de la empresa. Los conflictos personales entre los miembros de la familia se confunden con los problemas en torno al proyecto empresarial que se quiere llevar adelante impidiendo la continuidad y el desarrollo de la misma.

No obstante, hemos de decir que su inclusión dentro de esta Ley, que no deja de encuadrarse dentro de un Servicio Social propio de la Comunidad Autónoma, resulta un tanto extraño; si bien la na-

⁹⁹ La expresión es fruto de la aceptación de la enmienda núm. 27 del grupo parlamentario chunta aragonesista en la cuál se propuso modificar la letra h) del apartado 2 del artículo 5, y donde se decía «problemáticas referidas a la situación patrimonial» se dijera «problemáticas referidas al derecho civil patrimonial».

turalidad del conflicto hace del mismo un perfecto objeto del procedimiento mediador, tal vez no lo sea de una mediación dependiente de este Servicio.

e) Conflictos relacionados con las sucesiones por causa de muerte

Se trata de incluir los conflictos sucesorios que generalmente se producen en el seno de una familia. Estos conflictos pueden ser objeto de mediación también en aquellos casos en los que el supuesto presenta vínculos con varios ordenamientos. Los conflictos que pueden surgir son, obviamente, de muy variada naturaleza y los problemas que en este tipo de situaciones se plantean trascienden lo puramente económico para incidir en el ámbito de los sentimientos.

El grave problema que se plantea es que cuando los conflictos sucesorios son resueltos por un juez, o incluso por un árbitro, las relaciones familiares quedan definitivamente rotas. Los conflictos en torno a bienes hereditarios son una fuente habitual de rupturas familiares. La mediación en este punto es fundamental porque facilitará que prevalezca la continuidad de la relación personal sobre la adjudicación de unos bienes que, en muchas ocasiones, tienen un contenido más emocional que real.

Hemos de poner de relieve que la Ley MF aragonesa es en este punto más completa que la mayoría, ya que salvo en la Ley de Mediación del País Vasco¹⁰⁰ y la de la Comunidad de Madrid¹⁰¹, y siem-

100 Los conflictos existentes entre las personas unidas con vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, adopción o afinidad, así como entre las que constituyan pareja de hecho o grupo convivencial, por causa de herencias o sucesiones o derivados de negocios familiares.

101 Las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en las tensiones o conflictos intrafamiliares de convivencia, en los conflictos por herencias o con el fin de evitar o simplificar un litigio judicial en el ámbito de la familia.

pre con una limitación en cuanto al grado de parentesco, en el resto de las leyes no aparece referencia a este tipo de conflictos.

f) Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional

El artículo 5.2. f) recoge aquellos conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional.

Nos estamos refiriendo a aquellas situaciones en las que algún miembro de la familia pueda tener otra nacionalidad. Conflictos entre las parejas de hecho o los matrimonios heterosexuales o entre personas del mismo sexo no nacionales; el divorcio de una pareja de ciudadanos extranjeros; la adopción internacional, el derecho de visita respecto de menores por parte de personas residentes en otros Estados; las sucesiones por causa de muerte o el reconocimiento de sentencias de divorcio extranjeras para que un nacional pueda contraer matrimonio. En definitiva, se trata de todos aquellos conflictos en los que la existencia de un “elemento de extranjería” cambia el esquema habitual del razonamiento jurídico.

5. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

5.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Al igual que en el proceso civil hablamos de principios, en el procedimiento de mediación también se describen una serie de criterios que inspiran el proceso y determinan el modo en que se configura la institución mediadora. En efecto, los principios son el eje en torno al cual gira la mediación, manteniéndose como estructura inalterable sobre la que construir el proceso mediador y los posibles acuerdos a que lleguen las partes en el desarrollo del mismo.

De la trascendencia de dichos principios ya se hizo eco la Recomendación n.º R(98) 1, sobre Mediación Familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998 que, no olvidemos, es el referente inmediato de la regulación de la mediación en Europa y ha sido reconocido como el fermento por las diversas leyes de mediación familiar promulgadas en las Comunidades Autónomas¹⁰².

El valor que se le da a los principios de la mediación en la R (98) es notable, contemplándolos en relación con distintos aspectos

¹⁰² Algunos autores le han considerado como el “documento fundacional” de la misma mediación familiar en nuestro continente LÓPEZ GONZÁLEZ y MARÍN LÓPEZ: *Legislación sobre mediación familiar*. Madrid, 2003, pág. 11.

de la misma. Así, puede distinguirse entre “los vinculados a la organización de la mediación”, en los que se hace hincapié en la en la voluntariedad de la mediación y en la capacitación de los mediadores, y “los relativos al proceso”, que se presentan, en buena medida, como obligaciones del mediador (imparcialidad, neutralidad y falta de toma de decisión por el mediador)¹⁰³.

En el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, se recoge también la necesidad de que las autoridades públicas respeten determinados principios comunes a todos los procedimientos. Así se constató la necesidad de elaborar un Código deontológico a nivel europeo que los contuviese y que se plasmó en el Código de Conducta Europeo para los Mediadores de 6 de abril de 2004, que alude expresamente a los de independencia e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.

Por su parte, la Directiva 2008/52 CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, incidió en el carácter confidencial de la mediación, en su voluntariedad, en la imparcialidad y competencia del mediador, en la flexibilidad del procedimiento y en la buena fe.

Estos principios son los que, a día de hoy, ha recogido el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que no olvidemos es de aplicación a la materia familiar, en el cual se recogen los principios de voluntariedad más estricta, buena fe, igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad.

Es interesante determinar cuáles son las pautas estructurales que están presentes en la mediación, porque no cabe duda de que

103 GARCÍA VILLALUENGA: “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. III época, 2010, nº 4 octubre-diciembre, págs. 717-756.

es precisamente de esa estructura de la que surgen los principios que deben regir cualquier mediación y desde luego la familiar, tal y como la regula el legislador aragonés.

La propia naturaleza de la mediación determina la existencia de unos parámetros dentro de los cuales debe moverse la actuación tanto de las partes como del mediador.

En este sentido, debe predicarse el carácter no adversarial del procedimiento y la instauración de principios de cooperación en la búsqueda, de soluciones y acuerdos por las partes; el carácter voluntario del sometimiento al procedimiento de mediación; la confidencialidad de la intervención; la imparcialidad y no alineación por parte del mediador con ninguno de los implicados en el proceso y la neutralidad del mediador; la fundamentación de la dinámica del procedimiento no en reproches, imputaciones y acusaciones mutuas, sino en reconocimientos, asertividad y búsqueda de la empatía en los intervinientes; rapidez del procedimiento y flexibilidad, elaboración de propuestas diseñadas por las partes y coautoría de las partes en el acuerdo, lo cual además garantiza una mayor nivel de cumplimiento respecto a la decisión impuesta, sobre todo en materias familiares.

Sobre estas líneas maestras las diversas escuelas han estructurado sus distintos modos de ejecutar el ejercicio profesional de la mediación familiar, empero es absolutamente necesaria la existencia de unos principios informadores como acervo común que se reflejan en la inmensa mayoría de las legislaciones.

Los principios no son meras construcciones teóricas sino que su relevancia práctica es importante. Por un lado, sirven como elemento auxiliar para la interpretación, puesto que el análisis de cualquier norma debe adecuarse siempre a los principios inspiradores. Por otro lado, esos principios actuarán como criterios aplicables en aquellos supuestos en que se haya producido alguna laguna legal.

En nuestra Ley de mediación familiar se mezclan principios propios del proceso con principios propios de la actuación del mediador, si bien algunos participan de ambas naturalezas. Así los principios de voluntariedad, igualdad, confidencialidad, transparencia, buena fe, flexibilidad y carácter personalísimo guardan relación con el procedimiento, en tanto los de imparcialidad y neutralidad son principios que rigen la actuación del mediador en el proceso, estando presente también en su actuación el principio de confidencialidad y de transparencia.

Se quiso introducir sin éxito un nuevo principio que fue el propuesto en la enmienda núm. 35 por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista. La proposición consistía en añadir una nueva letra, en concreto la a) bis al artículo 8 con la siguiente redacción: «a bis) Interés de las personas menores de edad o con discapacidad y de las personas en situación de dependencia: Las actuaciones de mediación familiar se fundamentarán siempre en la protección de los derechos de las personas menores de edad o con discapacidad y de las personas en situación de dependencia». La motivación expuesta era que el interés de las personas menores de edad o con discapacidad y de las personas en situación de dependencia debe constituir uno de los principios generales que informan la Ley.

Aunque tal inclusión literal no se llevó a cabo, hemos de decir que el espíritu de este principio está presente en el artículo 6 donde se establece que *el proceso de mediación velará sobre todo por el interés superior de los menores de edad y protegerá a las personas con discapacidad o aquellas en situación de dependencia.*

Vamos ahora a analizar los principios recogidos en la Ley de MF de Aragón y lo haremos manteniendo el orden que la propia Ley prevé.

5.2. LOS PRINCIPIOS EN LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR ARAGONESA

1. *Voluntariedad: El principio básico de la mediación es la voluntariedad, de manera que las partes, de forma completamente autónoma, deciden compartir las cuestiones familiares conenciosas con un tercero, siendo libres para desistir, en cualquier momento, de la mediación requerida (artículo 7,^a104)*

La participación libre y voluntaria de las personas en el proceso es uno de los principios rectores de la mediación. Nadie puede ser compelido a participar en una mediación y mucho menos a llegar a acuerdos contra su voluntad.

Suares¹⁰⁵ sostiene que la participación voluntaria es un elemento de la esencia y atribuye el éxito del proceso de mediación, que se manifiesta en el mayor grado de satisfacción y cumplimiento con los acuerdos en comparación con una sentencia judicial, precisamente en el hecho de que las partes que edificaron el acuerdo concurren libremente a la mediación.

Este principio de voluntariedad no sólo se concentra en la decisión de iniciar el proceso mediador sino que exige asumir un rol determinado, activo, colaborador en su desarrollo, en definitiva, impone a las partes demostrar un ánimo colaborativo. Consideramos que estamos ante verdaderos deberes éticos de las partes den-

104 En tal sentido la enmienda núm. 34 del grupo parlamentario chunta aragonesa que quiso dar a este principio la siguiente redacción «a) voluntariedad: el procedimiento de mediación sólo podrá iniciarse por acuerdo de todas las partes en conflicto y cualquiera de ellas podrá desistir del mismo libremente y en cualquier momento, sin necesidad de alegar causa alguna. Si una vez iniciado el procedimiento de mediación familiar cualquiera de las partes desiste, no pueden tener efectos en un litigio ulterior el hecho del desistimiento, las ofertas de negociación de las partes, los acuerdos que hayan sido revocados en el tiempo y la forma adecuados ni ninguna otra circunstancia conocida como consecuencia del procedimiento».

105 SUARES: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Barcelona, 1999, pág. 31.

tro de un proceso de mediación. No cabe esta fórmula si no existe una auténtica predisposición a la profunda gestión positiva de ese conflicto.

El principio de voluntariedad no se agota en la etapa inicial del proceso, esto es, cuando el sujeto en conflicto decide dirigirse a un mediador, sino que también comprende, o debe comprender, otra dimensión no menos importante y tal vez más fundamental. Si el sujeto que acude a un mediador no pudiese unilateralmente abandonar el proceso, la presión psicológica que supondría para la parte, posiblemente fuese una barrera importante a la hora de decantarse por esta fórmula de resolución. La voluntariedad ha sido objeto de reconocimiento tanto en la Recomendación (98)¹ del Comité de Ministros a los Estados miembros como en El Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. No obstante, es en el Código de Conducta Europeo para los Mediadores de 6 de abril de 2004, donde de forma más explícita se vincula la voluntariedad con el derecho a permanecer o separarse del proceso tanto de las partes, que podrán retirarse del mismo “sin dar explicación alguna” (ex artículo 3.3.), como del mediador, al que se le reconoce la facultad de poner fin a la mediación si el acuerdo al que se va a llegar le parece ilegal o de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta las circunstancias del caso o si estima poco probable que continuar con la mediación permita llegar a un acuerdo (ex artículo 3.2.)¹⁰⁶.

Nuestra Ley de MF, al igual que la mayoría de las leyes de MF de otras Comunidades Autónomas se centra en la voluntariedad como eje básico de la mediación familiar de tal forma que se afirma que son las partes las que de manera exclusiva y totalmente libre deben decidir si desean someterse al procedimiento o no, con la seguridad además de que podrán salirse de él en cualquier momento sin

¹⁰⁶GARCÍA VILLALUENGA: “La mediación a través de sus principios...”, cit., pág. 730.

que tal desistimiento tenga consecuencias negativas en el posterior desarrollo del proceso contencioso.

No obstante, a pesar de la afirmación categórica de la Ley sobre este punto, debemos matizar algunas cuestiones porque, como antes señalamos, no cabe una interpretación única de qué se entiende por voluntario. Para algún autor¹⁰⁷, la mediación familiar es voluntaria si las partes recurren al procedimiento por un acuerdo voluntario con independencia de la persona o entidad que haya tenido dicha iniciativa. Sin embargo, no todos entienden de esta forma la voluntariedad.

En este sentido Moore¹⁰⁸ señala que existen cuatro grandes vías de ingreso a la mediación:

- por iniciativa directa de las partes, sea de una de ellas o ambas de común acuerdo.
- por remisión de participantes secundarios, entendiéndose por ellos quienes no siendo partes directas están interesadas en la resolución de conflictos, como por ejemplo, familiares, amigos, vecinos o cualquier otra persona a quien pueda beneficiar la solución del conflicto.
- por iniciativa directa del propio mediador.
- por designación realizada por una autoridad. En este último caso, Moore no distingue si se trata de un juez u otro tipo de autoridad estatal y si la designación corresponde a una orden o una sugerencia de ésta aceptada por las partes.

Claramente de esta clasificación se deduce que para el autor las tres primeras son auténtica mediación voluntaria, mientras que la última puede clasificarse como de mediación involuntaria.

107 RODRÍGUEZ LAMAS: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, Valencia, 2010, pág. 353.

108 MOORE: *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, 1995, pág. 89 y ss.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles de 21 de mayo de 2008, contempla la voluntariedad expresamente en la Exposición de Motivos, recogiendo de forma notoria la posibilidad de la mediación preceptiva o “mandatory mediation”, en la que el órgano jurisdiccional tiene la potestad de remitir a las partes a mediación.

Esta interpretación parece que fue la que se recogió en el Proyecto de Ley de Mediación de 2011, y que refrendó el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, señalando la trascendencia de este principio al decir: “...es igualmente importante subrayar que el recurso a este tipo de métodos alternativos de solución de disputas debe apoyarse en la *plena voluntariedad* de las partes interesadas, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva plasmado en el artículo 24.1 de la Constitución española (CE) y la reserva en exclusiva de la función jurisdiccional a Juzgados y Tribunales (artículo 117.3 CE), como únicos a quienes corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

Por tanto, lo que determina el respeto o la vulneración del principio de voluntariedad no es si la mediación se inicia porque el juez así lo indica, sino el hecho de que a las partes no se les prive de su derecho a acceder a la vía jurisdiccional cuando lo deseen.

Como apunta GARCÍA VILLALUENGA¹⁰⁹, la voluntariedad hay que valorarla a partir de las distintas fases del proceso en que ha de ser reconocida, y de los sujetos que tienen derecho a ella. Respecto de la primera cuestión, como hemos apuntado, no ha de ponerse en tela de juicio la voluntariedad del proceso por el hecho de que se derive a las partes a una sesión en que puedan ser informados de la existencia, principios y ventajas de esta institución o por el hecho de que la autoridad judicial les sugiera este recurso a los posibles

¹⁰⁹GARCÍA VILLALUENGA: “La mediación a través de sus principios...” cit., pág. 732.

destinatarios. En cuanto a las partes, ambas conjuntamente o una a instancia de la otra, suelen ser en la mayoría de los casos las que solicitan entrar en un proceso de mediación, predicándose por tanto su voluntariedad desde el inicio.

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, supuso un paso adelante en materia de mediación, concediendo a las partes la facultad de solicitar en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio. Pero también el artículo 771.2 prevé que el juez «intentará un acuerdo de las partes», acuerdo que nada impide que pueda adoptarse mediante la mediación, siendo la autoridad judicial la encargada de tomar la iniciativa y remitir a las partes a esta vía.

Los artículos 13,1,c y 14 de la Ley de MF de Aragón establecen que la iniciativa de abordar el proceso de mediación puede partir de la autoridad. Así, en aquellos supuestos en que se haya presentado demanda de separación, nulidad o divorcio, o demanda sobre guarda de hijos menores, «...el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre las partes, proponerles una solución de mediación. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de las partes a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo».

Ciertamente, este planteamiento supone que la voluntariedad deja de ser absoluta, ya que ante esta sugerencia judicial no es fácil que las partes se nieguen a iniciar la mediación, aun cuando no tengan ninguna intención de colaborar en el procedimiento mediador. Es más, podrían producirse casos en los cuales en las sesiones de mediación una de las partes se entera de hechos que hasta ese momento desconocía y que podrán ser utilizados para armarse en la fase probatoria del proceso contencioso.

La redacción del artículo 14 de la LM familiar aragonesa podría dar a entender que el juez puede escoger entre proponer a los con-

tendientes directamente una «solución de mediación» o proponer que acudan a una sesión informativa (esta sesión informativa «consistirá en una reunión de las partes con un técnico especializado dependiente del departamento competente en materia de Justicia, que les informará sobre las ventajas que supone la figura de la mediación familiar...» artículo 14.3)¹¹⁰. Entendemos que en ambos casos debe considerarse que el juez lo único que hace es derivar a la pareja litigiosa hacia un servicio de mediación donde, obviamente, siempre se comenzará con la sesión informativa. En cualquier caso, la redacción de la Ley y su espíritu hacen que recaiga en la figura del juez una tarea que puede ser más propia de un psicólogo que de un juez. En idéntico sentido la Exposición de Motivos cuando recoge que *la Ley establece que los progenitores podrán someter sus discrepancias a mediación familiar, con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales... que, en caso de presentación de demanda judicial, el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre los padres, proponerles una solución de mediación y también podrá acordar la asistencia de los progenitores a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo.*

Desde luego la Recomendación 12/86, de 16 de septiembre del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, contiene una indicación expresa de que los jueces deberán impulsar las soluciones de consenso y, en tal sentido, la mediación, al igual que la conciliación deberían ser objeto de sugerencia por los jueces. Pero también hay que tener en cuenta que claramente la Recomendación R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa apuesta por la indicación de que este tipo de mediación no deberá en principio ser obligatoria. Como puede apreciarse por la fórmula empleada en la Recomendación, la voluntariedad es más una opción prioritaria que un principio que no puede transgredirse.

¹¹⁰ TENA PIAZUELO: “Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba” en *Rev. La LEY* n. 7626 (10 mayo 2011).

No obstante, si lo convirtiésemos en obligatorio estaríamos dando al intento de mediación la naturaleza de presupuesto procesal.

No desconocemos que algunos estados de Estados Unidos y algunos países de nuestro entorno han hecho de la mediación un presupuesto previo y obligatorio al proceso judicial, pero pensamos que la mediación familiar no debe ser obligatoria porque tal exigencia puede, en ocasiones, resultar altamente contraproducente¹¹¹.

La voluntariedad con todo, no es un principio absoluto sino que tiene sus excepciones. Por mucho que las partes deseen acudir a mediación y consideren que es la fórmula más idónea para gestionar sus conflictos, el legislador impide que las partes puedan acudir a ella en aquellos supuestos en que considera que no es el mecanismo apropiado o que ya se ha intentado y no ha dado resultado.

En tal sentido, el recurso a la mediación puede estar vetado por un lado por que las partes carezcan de la capacidad necesaria, por otro, para aquellos supuestos de violencia física o psíquica y, en tercer lugar en aquellos casos en que no ha transcurrido el plazo de un año desde que la anterior fue intentada, salvo que hubiera concluido sin acuerdo o que la Autoridad Judicial determine que deba practicarse de nuevo por concurrir especiales circunstancias familiares que así lo aconsejen.

En cuanto a la capacidad, puesto que se trata de un acto en el que las partes disponen de sus derechos y bienes, naturalmente será necesario que la parte pueda llegar a acuerdos válidamente. En este sentido, se excluirían aquellos supuestos en que alguna de las partes se encuentre inmersa en cualquier patología que le impida ser responsable de sus actos y decisiones (trastornos mentales, alcoholismo, drogadicción, etc.). Por lo que respecta al menor de edad, estaremos a lo dispuesto en los artículos 7 y siguientes del Código del Derecho Foral de Aragón y, en todo caso, el mediador es valedor del menor en todo el proceso. Claramente, el artículo 10, f, prevé

111 RODRÍGUEZ LLAMAS: *La mediación familiar en España...* cit., pág. 359.

que uno de los deberes del mediador es salvaguardar sobre todo el interés superior de los menores de edad.

Por lo que se refiere a supuestos en que se haya producido violencia entre los miembros de la pareja o con respecto a los hijos, la Recomendación R(98) del Comité de Ministros del Consejo de Europa prevé que el mediador debe poner una atención particular a si ha tenido lugar entre las partes o es susceptible de producirse en el futuro cualquier situación de violencia, y los efectos que ésta pudiera tener en las posiciones negociadoras de las partes, y considerar si, en estas circunstancias, el proceso de mediación es adecuado.

En nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de mediación en los supuestos en que se produjeran situaciones de violencia quedó enervada por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando estableció en su art. 44 la reforma del art. 87 ter de Ley Orgánica del Poder Judicial que, al desarrollar las competencias civiles de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, dispuso que «está vedada la mediación» entre otros, en los procesos de nulidad, separación y divorcio, relaciones paterno filiales o que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar... en que los implicados, sean víctima/autor, inductor o cómplice, de actos de violencia de género.

La razón de tan tajante prescripción legal se acomodaba así, por un lado, al reconocimiento de la situación de precariedad física y emocional de la víctima, ubicada en el círculo de la violencia e impediendo el normal desarrollo de su conciencia y voluntad en relación a los aspectos ya personales, ya económicos, derivados de la crisis de pareja en la que está inmersa; y, por otro, al favorecimiento de una aplicación rigorista de la ley penal al imputado por estos delitos, impidiendo que la mediación pueda alcanzar a la calificación del delito, banalizando o rebajando en cierto modo, la gravedad de tales conductas criminales en aras a lograr aquélla.

La Ley de MF aragonesa ha establecido en su artículo 13.3 que *en ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar cuando se esté incurso*

en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de la otra parte o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando por la Autoridad Judicial se advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.

De forma muy adecuado, el legislador aragonés ha intentado buscar un equilibrio razonable entre la prevención de consecuencias lesivas y la evitación de prejuzgar indebidamente unos hechos, y en tal sentido ha establecido que no es suficiente haber interpuesto una acción criminal contra la parte que se pretende excluir de un proceso de mediación, sino que es necesario que exista una resolución judicial que corrobore los indicios de criminalidad (con criterio similar al que contiene el artículo 80.6 del Código Foral Aragonés para la privación de la guarda y custodia sobre los hijos)¹¹².

La tercera causa de exclusión es la prevista en el artículo 13.2 que establece que tampoco podrá acudir al proceso mediador cuando no haya transcurrido el plazo de un año desde que la anterior mediación fue intentada, salvo que hubiera concluido sin acuerdos o que la Autoridad Judicial determine que deba practicarse de nuevo por concurrir especiales circunstancias familiares que así lo aconsejen.

Lo cierto es que es una previsión un tanto curiosa si tenemos en cuenta que la limitación aparece aplicada exclusivamente a los supuestos en que se hubiera conseguido algún acuerdo y se excluyen los supuestos en que las partes ya se hayan sometido y sin embargo nada han conseguido. No estamos muy seguros de que sea una buena medida, aunque entendemos que el legislador intenta con ello evitar una práctica cuya finalidad pueda ser la dilatación del proceso y plantee mayores perjuicios que bondades al no cerrar el conflicto de forma definitiva.

112 TENA PIAZUELO: "Ley aragonesa"... cit.

b) *Igualdad: Ambas partes tienen los mismos derechos y obligaciones en el desarrollo del proceso de mediación (artículo 7 b)*

Este principio es la manifestación en el ámbito del proceso de mediación del principio de igualdad que viene recogido en todas las Constituciones modernas y, entre ellas, la española.

El principio de igualdad supone que las partes que intervienen en un proceso han de tener los mismos derechos, las mismas posibilidades y las mismas cargas, de modo que no se produzca una situación de privilegio en favor de cualquiera de ellas.

En el seno del proceso, el principio de igualdad tiene una manifestación clara y es que por cada norma que permite a un litigante realizar un acto probatorio, alegatorio, etc., existe una norma paralela que concede a la otra parte la misma posibilidad, pues bien, esto llevado al ámbito de la mediación, donde obviamente no existe un diseño tan riguroso del proceso como en el proceso civil, supone que el mediador habrá de garantizar que no se produzca una situación de desigualdad, de discriminación. El mediador debe asegurarse de que las partes se encuentren en idénticas condiciones para intervenir en el procedimiento y, si llega el caso, adoptar libremente acuerdos. Si no fuese así, o bien debe adoptar medidas para resolver el desequilibrio o bien debe poner fin al proceso entendiendo que se trata de un supuesto no mediable.

Por tanto, en inicio deberíamos decir que la traducción práctica de este principio es que ninguno de los participantes puede abusar de la situación de inferioridad del otro, de su error o ignorancia pretendiendo lograr un acuerdo desequilibrado o manifiestamente injusto.

Visto así este principio tiene mucho que ver con el principio de neutralidad que más adelante estudiaremos. El mediador debe cuidar de que tal desequilibrio no se plantee pero también debemos tener en cuenta que si en el proceso judicial lo que se persigue no es la justicia sino la aplicación de la legalidad, en el proceso mediador

lo que se persigue no es el equilibrio sino el acuerdo satisfactorio para las partes, que no siempre tiene por qué coincidir con el acuerdo más equilibrado desde un punto de vista objetivo. Ciertamente, no cabe un acuerdo basado en un consentimiento viciado, pero en la mediación los acuerdos no siempre parecerán «justos» para las dos partes y esto no significa que se haya producido la vulneración del principio de igualdad. Así, la necesidad por parte de uno de los cónyuges de acabar con una etapa dolorosa puede llevarla a renunciar a una parte de los bienes que le corresponderían. Desde fuera, puede parecer que no se ha alcanzado el equilibrio pero, desde el proceso mediador, posiblemente el equilibrio emocional se consiga de esa manera y no de otra.

La igualdad se mantiene obviamente fomentando la equidistancia, esto es, el mediador deberá asistir en igual forma a las partes, deberá dedicarles la misma atención, el mismo tiempo, utilizar un lenguaje similar, una proximidad física, etc., semejante¹¹³. Sin embargo, en ocasiones el mediador deberá romper esta norma sin que con ello estemos cayendo en la desigualdad. En determinados supuestos es necesario que el mediador se alíe temporalmente con una de las partes para equilibrar posiciones cuando una de las partes tiene un posicionamiento más fuerte que la otra y se está rompiendo el equilibrio deseable¹¹⁴.

En cualquier caso, el legislador, en el artículo 28, b) de la Ley MF aragonesa y ya en sede del régimen sancionador, recoge como infracción muy grave *“Ejecutar actos que supongan una discriminación por razón de sexo, raza, religión, lengua, lugar de nacimiento o cualquier*

113 En este sentido fue muy explícita la enmienda núm. 36 del grupo parlamentario chunta aragonesista al solicitar que se añadiera al final de la letra b) del artículo 8 el siguiente texto: «la persona mediadora debe potenciar un trato equitativo entre las partes, garantizando una intervención equilibrada entre ellas en el transcurso de la mediación.»

114 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ: «Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación» en VILLAGRASA en SORIA, VILLAGRASA Y ARMADANS: *Mediación Familiar...* cit., pág. 199.

otra condición o circunstancia personal o social de las partes sometidas a mediación”.

- c) ***Confidencialidad: Todas las actuaciones que se deriven del proceso de mediación serán secretas y confidenciales, respetando la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal. Las partes no podrán solicitar la declaración en juicio del mediador familiar en calidad de perito o testigo, salvo que la Autoridad Judicial así lo disponga en función de la aplicación de la legislación específica correspondiente***

La confidencialidad aparece como un deber para el mediador y desde luego una garantía para las partes. Se trata de un principio esencial de la mediación que permite generar la sensación de seguridad y libertad necesaria para que las partes puedan manifestarse y actuar de forma conveniente.

La confidencialidad se puede definir, como bien señala VIOLA MESTRE¹¹⁵, desde una doble perspectiva: una positiva y otra negativa. En un sentido positivo, la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre los hechos de los que se haya tenido noticia en las sesiones de mediación familiar¹¹⁶ o sobre el desarrollo del procedimiento negociador¹¹⁷ o también puede consistir en mantener en secreto¹¹⁸ la información que se trate en mediación¹¹⁹. En un

115 VIOLA MESTRE «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», 2009 *Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/> [artículo en línea].

116 Artículo 8.3 LMF Castilla-La Mancha y Artículo 2 e) LMF Islas Baleares.

117 Artículo 11. 1 LMF Galicia.

118 Así lo establecía el artículo 13.1 LMF catalana de 2001, derogada por la Ley de mediación en el ámbito del Derecho privado, en cuyo artículo 7.1 define la confidencialidad en un sentido negativo, esto es, como la obligación de no revelar las informaciones que conozcan como consecuencia de la mediación.

119 El Código de Conducta Europeo para mediadores, en su apartado 4., establece que el mediador “observará la confidencialidad sobre cualquier información, relativa o con respecto a la mediación, incluido el hecho que existe o haya tenido lugar [...]”.

sentido negativo, la confidencialidad consiste en no divulgar¹²⁰ o no revelar¹²¹ o utilizar ningún dato, hecho, documento que se conozca relativo al objeto de la mediación ni después de la mediación, haya o no acuerdo¹²². Desde un punto de vista jurídico, este sentido negativo de la confidencialidad se concreta en una obligación de no hacer (no revelar) por parte del sujeto obligado a ella. El mediador tiene la obligación legal de guardar reserva sobre todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional¹²³. Nuestra Ley de MF así lo establece en el artículo 10. e) al considerar como uno de los deberes del mediador *“Mantener la confidencialidad necesaria sobre la información obtenida durante el procedimiento de mediación, excepto si comporta amenaza para la vida o integridad física o psíquica de una persona”* y sancionar su incumplimiento en el artículo 28 d) como infracción muy grave.

Las partes, con carácter general y salvo que la Autoridad Judicial así lo disponga, no podrán solicitar la declaración en juicio del mediador familiar en calidad de perito o testigo¹²⁴. Pero este principio también tiene como destinatarios a todas aquellas personas que pudieran participar en la administración del procedimiento, y a ellas extiende la exención de declarar sobre la información que se derive de un procedimiento de mediación o se relacione con él¹²⁵.

En principio nada de lo que se desarrolla en una sesión de mediación puede ser incorporado al proceso judicial subsiguiente si

120 Artículo 26 LMF Castilla-la Mancha.

121 Artículo 7.1 LMDP Cataluña. O no podrá desvelar (artículo 9 LMF Andalucía).

122 Artículo 4.4 LMF Canarias.

123 Artículo 11. 1 LMF Galicia; artículo 4.4 LMF Canarias; artículo 10 d) y 26. 2 LMF Castilla-La Mancha; artículo 10.13 LMF Castilla-León; artículo 2 e) LMF Islas Baleares; artículo 4. b) LMF Madrid; artículo 7.1 LMF Asturias, artículo 13 b. LMF País Vasco y artículo 9 LMF Andalucía.

124 Artículo 11. 1 LMF Galicia; artículo 2 e) LMF Islas Baleares; artículo 4. b) LMF Madrid y artículo 7.1 LMF Asturias.

125 Artículo 15 LMF Valencia.

es que éste se lleva a cabo. Es necesario garantizar que el tercero que interviene en un proceso de mediación guarde secreto sobre los hechos y circunstancias de los que ha tenido conocimiento en el proceso y que no pueda acudir al juicio en calidad de testigo ni de perito salvo supuestos excepcionales sancionados por la ley. En el mismo sentido, las partes no podrán utilizar en un posterior proceso judicial los hechos reconocidos por la contraparte en las sesiones de mediación. En esta línea se pronuncia la normativa europea: la confidencialidad es un deber del mediador, las partes y terceros.

La Recomendación del Consejo de Europa (98) 1, del Comité de Ministros de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar incluye la confidencialidad en el apartado relativo al proceso de mediación, en el que se tratan, fundamentalmente, de los principios del mismo, estableciendo *que las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el derecho nacional*. Por su parte, el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, puso de relieve que las autoridades públicas constataban algunos principios comunes a todos los procedimientos, entre los que se señala que “el tercero deberá respetar el principio de confidencialidad”. De igual modo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, considera la confidencialidad como principio y como garantía esencial del procedimiento.

La trascendencia de este principio en la configuración de la propia institución mediadora ha sido reconocida ampliamente desde los inicios de la mediación moderna y, recogida de forma muy clara en el Código de Conducta Europeo para Mediadores, en cuyo artículo 3.1 se establece que el mediador se asegurará de que antes del comienzo de la mediación las partes hayan comprendido y hayan acordado expresamente las condiciones del acuerdo de mediación, incluyendo en

particular las disposiciones relativas a la obligación de confidencialidad del mediador y de las partes. En el artículo 4 del citado Código se establece que el mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario. Por tanto, salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización.

Pero las recomendaciones y prohibiciones deben verse reflejadas con una inadmisión automática de todos aquellos documentos o toda aquella información que llegue al proceso judicial o arbitral y que tenga su origen en el procedimiento mediador. En este sentido, el Libro Verde establece que “la obligación de confidencialidad atañe a las partes en primer lugar. La información intercambiada entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior”.

Cuestión fundamental es determinar exactamente cuál es el ámbito objetivo sobre el que recae la confidencialidad, porque dependiendo del mismo, nos encontraremos con que cierto material puede o no estar cubierto por esa garantía.

Las diversas leyes autonómicas han venido entendiendo que la confidencialidad se predica:

- de la información obtenida en el transcurso de la mediación¹²⁶.
- de toda la información obtenida (ya sea esta verbal o documental) en el transcurso del proceso de mediación incluido el acuerdo o de la falta de éste, salvo que las partes pacten que ese acuerdo se va a ratificar u homologar¹²⁷.

126 Artículo 11.1 LMF Galicia, artículo 7.1 LMF Asturias, artículo 9 LMF de Andalucía, Artículo 7.1 LMDP Cataluña .

127 Artículo 8 b) LMF País Vasco.

- de todos los hechos que hayan conocido a las sesiones de mediación familiar¹²⁸.
- del material producido en las entrevistas y los datos y documentos producidos en el procedimiento de mediación¹²⁹.
- de aquella información obtenida a partir de una conversación mantenida por el mediador con cualquiera de las partes sobre las materias que son objeto de mediación, excepto si ha sido expresamente autorizado por la persona que ha proporcionado la información¹³⁰.

En la incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por la Ley 5/2012 de 6 de Julio, en su artículo 9, se ha regulado de forma muy similar el deber de confidencialidad que debe presidir el uso de la mediación. De tal manera que en caso de que el intento de mediación no finalizase con un acuerdo, las partes no pueden hacer uso de todo lo que allí se diga o se aporte documentalmente. En tal sentido se establece que *«El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.»*

La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- a) *Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.*

128 Artículo 8.3 LMF Castilla-la Mancha y Artículo 2 e) LMF Islas Baleares.

129 Artículo 4. b) LMF Madrid.

130 Artículo 7.2 LMF Asturias.

b) *Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.*

3. *La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.*

Esto significa que los mediadores y el resto de las personas que participen en el procedimiento de mediación no están obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, aunque se introducen dos salvedades derivadas de dos circunstancias: en primer lugar cuando las partes de manera expresa y por escrito dispensen de esta obligación y en segundo lugar, cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal¹³¹.

La Ley de MF aragonesa prevé que todas las actuaciones que se deriven del proceso de mediación serán secretas y confidenciales, respetando la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal. Las partes no podrán solicitar la declaración en juicio del mediador familiar en calidad de perito o testigo, salvo que la Autoridad Judicial así lo disponga en función de la aplicación de la legislación específica correspondiente.

Desde luego, es una de las previsiones más claras y tajantes que encontramos dentro de la normativa autonómica, ya que no sólo declara que *todas las actuaciones*, integrando por tanto todos los actos¹³², ya sean orales o escritos que se desarrollen desde el inicio hasta el fin del proceso, sino que además lleva el principio hasta su

131 MAGRO SERVET: "La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles" en *Revista Diario La Ley*, N° 7852, 7 de mayo de 2012.

132 En este sentido la enmienda núm. 37 del grupo parlamentario popular consideró que debía modificarse la letra c) y donde dice: «...todas las actuaciones...», deberá decir: «...todas las actuaciones y declaraciones...».

grado máximo al establecer de que serán secretas *todas las actuaciones y declaraciones*.

Sin embargo este derecho-deber no es absoluto sino que decae cuando estamos ante un interés superior digno de tutela¹³³. De hecho, el legislador tiene en cada caso que señalar aquellos supuestos en que la información que se ha conocido a través del procedimiento mediador ha de ser revelada, y así lo ha establecido la Recomendación (98) 1, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar, concretamente en el punto número 42 del Explanatory Memorandum de dicha Recomendación.

Con carácter general podemos decir que el principio de confidencialidad se quiebra en los siguientes casos¹³⁴:

En primer lugar, cuando hay aceptación expresa de las partes. El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, al establecer que si las partes están de acuerdo en que la información sea revelada, ésta podrá serlo porque la confidencialidad se ha concebido como un privilegio de las partes: si las partes están de acuerdo en que la información pueda ser revelada, el mediador podría ser compelido a testificar en un procedimiento.

En segundo lugar¹³⁵, cuando los datos que se revelan se utili-

133 LUQUIN BERGARECHE: *Teoría y práctica de la mediación familiar...* cit., pág. 110.

134 En esta clasificación seguimos el estupendo trabajo de VIOLA MESTRE, «La confidencialidad en el procedimiento... cit., pág. 6 y ss.

135 En tal sentido se presentó la enmienda núm. 38 del grupo parlamentario chunta aragonesista en la que se solicitaba que en la letra c) del artículo 8, donde se decía «todas las actuaciones que se deriven del proceso de mediación serán secretas y confidenciales, respetando la legislación vigente sobre protección de datos» se dijera «todas las personas que intervengan en el procedimiento de mediación familiar tienen la obligación de no revelar las informaciones que conozcan en el transcurso de la misma, salvo la información que no sea personalizada y se utilice para fines estadísticos, de formación o investigación y la que comporte una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona, que deberá ser puesta en conocimiento de las autoridades competentes».

cen para estudios de carácter estadístico¹³⁶ o para finalidades formativas o de investigación¹³⁷.

En tercer lugar, incluimos aquellos casos en que a lo largo del procedimiento de mediación se revela información sobre hechos que comportan una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona. El legislador aragonés prevé esta excepción en el artículo 7.c) y establece que habrá confidencialidad *«salvo que la Autoridad Judicial así lo disponga en función de la aplicación de la legislación específica correspondiente»*. Esto ocurre en aquellos supuestos en los que, a través de las sesiones, el mediador tenga conocimiento de la existencia de situaciones de maltrato o abuso de menores o discapacitados¹³⁸. Según algunas leyes autonómicas de mediación familiar, el principio de confidencialidad quiebra cuando se es requerido por un juez, el ministerio fiscal o por ambos¹³⁹.

Así mismo el artículo 10 c) y 10 e) establecen que el mediador tiene el deber de denunciar ante las autoridades administrativas o judiciales los casos en que pueda apreciarse que, por alguna de las partes, se esté cometiendo cualquier actuación ilícita, o bien si los hechos de los que tiene conocimiento comportan amenaza para la vida o integridad física o psíquica de una persona¹⁴⁰.

136 Así el artículo 11. 2. c) LMF Galicia; artículo 16. 2. a) LMF Islas Baleares y artículo 26. 3 Castilla-La Mancha.

137 Artículo 7.4. a) LMDP Cataluña; artículo 10, 13 LMF Castilla-León; artículo 16. 2. a) LMF Islas Baleares y artículo 7.3. a) LMF Asturias.

138 En un sentido muy similar Artículo 7.4. b) LMDP Cataluña y artículo 7.3. b) LMF Asturias, artículo 7.5. LMDP Cataluña; artículo 10. 14. LMF Castilla-León; además, por las personas afectadas por la mediación, véase el artículo 11. 3. LMF Galicia; artículo 16. 2. b) LMF Islas Baleares y artículo 7.3 b) LMF Asturias.

139 Artículo 26. 2. b) LMF Castilla-La Mancha.

140 Esta excepción al principio de confidencialidad podría justificarse en el deber de impedir delitos, cuya omisión está penada en el artículo 450 del Código Penal. "El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a

Igualmente, en cuarto lugar, la confidencialidad decaerá en el momento en que el acuerdo alcanzado deba ser homologado y pueda hacerse valer ante tribunales u otras instituciones¹⁴¹ o cuando las partes acuerden convertir en ejecutivo ese acuerdo¹⁴².

Por último, otra posible excepción al principio de confidencialidad se produciría cuando el tercero, sometido por su profesión al deber de secreto profesional, se vea obligado a revelar parte de dichas informaciones en virtud de la legislación aplicable. Nuestra Ley de MF lo expone claramente “*salvo que la Autoridad Judicial así lo disponga en función de la aplicación de la legislación específica correspondiente*” Así lo establece, precisamente, el Libro Verde de 2002, en su apartado, 3.2.2.1, número 82 in fine.

Tenemos que tener en cuenta que no estamos ante el mismo secreto profesional que cubre otras profesiones (un abogado no está obligado a denunciar a su cliente aun cuando éste esté cometiendo una actuación ilícita).

La confidencialidad del proceso de mediación es, como antes decíamos una garantía por cuanto las partes se sienten libres para exponer aquello que deseen con la seguridad de que lo expuesto no llegará a la instancia judicial ni a terceros, pero tiene unos límites, y por eso es absolutamente imprescindible que las partes sean informadas de cuáles son esos límites.

Merece la pena destacar aquí la sentencia TS 109/2011, de 2 marzo RJ 2011\2616, que determina que la aportación a un proceso

dos años si el delito fuera contra vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél. 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tengan noticia”.

141 Artículo 22. 2. LMF País Vasco.

142 Artículo 8 b. LMF País Vasco. En este sentido, artículo 7, 1. b) de la Directiva 2008/52/CE.

judicial de «actas de mediación» firmadas por las partes no supone la vulneración del principio de confidencialidad¹⁴³.

Las actas objeto del recurso recogían acuerdos parciales alcanzados de manera voluntaria por las partes y que ambas firmaron,

143 Se centra el motivo en la inadmisión por el Juzgado, en el acto de la audiencia previa, de los documentos acompañados con la contestación a la demanda bajo los números 1 y 3, cuya aportación se consideró ilícita por tratarse de acuerdos concertados en el transcurso de una mediación familiar. Considera la parte recurrente que se infringe con ello lo dispuesto por los artículos 281.1, 283.3 y 287.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no existir en la obtención ni en la aportación de dichos documentos vulneración de derecho fundamental alguno, único supuesto en que sería posible la declaración de ilicitud. Añade que tampoco cabe afirmar que el artículo 13 de la Ley 1/2001 (LCAT 2001, 173 y LCAT 2002, 24), de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña, contenga una prohibición de aportación al proceso de los acuerdos obtenidos en el transcurso de la mediación.

El motivo se estima ya que los documentos de que se trata guardan directa relación con la tutela judicial que se pretende obtener por la parte demandada (artículo 281.1 LEC), no se refieren a actividad prohibida por la ley (artículo 283.3 LEC) ni se han vulnerado derechos fundamentales al proceder a su obtención (artículo 287.1), al igual que dicha aportación no vulnera lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña. Dispone dicha norma, en su apartado 1, que «en la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renuncian a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también la persona mediadora debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos». De la lectura de dicha norma se desprende que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a «informaciones confidenciales», que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial.

Esta Sala ha declarado en sentencia núm. 839/2009 de 29 diciembre (RJ 2010, 406), que dicho artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, con carácter más general, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada inefectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso.

por lo que estaban prestando su conformidad con lo que allí se recogía. Como la sentencia expresa, el Tribunal podría entender que debe otorgar trascendencia y validez, en concordancia con el artículo 1254 del Código Civil, a los acuerdos alcanzados en el proceso. Tal vez el hecho de que el mediador los recogiera como acuerdos y no como «propuestas» o «borradores de acuerdos» fuera el matiz determinante del asunto pero, en todo caso, la sentencia ha entrado en un terreno un tanto resbaladizo ya que a veces las partes pueden subordinar su validez a un acuerdo global más amplio.

La mediación es un proceso demasiado complejo como para poder entender que cada etapa está cerrada en sí misma. En esa especie de «turbulencias» que tienen lugar en este tipo de conflictos, los acuerdos pueden ser modificados. Es absolutamente indispensable que quien acuda a una sesión de mediación sepa que hasta que el proceso no haya concluido, todo lo expuesto, tratado, propuesto, etc., no va a salir del ámbito privado en que se pronuncia. En caso contrario estaremos ante el camino hacia la inutilidad del proceso mediador.

La conculcación del principio de confidencialidad por parte del mediador se sanciona con infracción muy grave en el artículo 28 de nuestra Ley, con independencia de la tipificación penal que tal conducta pudiera tener. No se prevé sin embargo sanción expresa para la vulneración del principio de confidencialidad por las partes, si bien es cierto que según el tipo de actuación, bien pudiera dar lugar a responsabilidad civil.

d) Transparencia: La comunicación entre las partes y el mediador familiar ha de estar regida por la mutua confianza entre ellos y la claridad y veracidad en el intercambio de información, a través de un procedimiento que facilite el diálogo y la participación

Junto con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar vasca (artículo 8), nuestra Ley es innovadora al aludir a la transparencia como principio rector.

Dentro de este principio se pueden incardinar un buen número de las obligaciones recogidas en nuestra Ley para el mediador. Así, el deber de facilitar la comunicación y la consecución de acuerdos y compromisos entre las partes; de Informar a las partes sobre el coste o gratuidad, en su caso, del servicio de mediación; de redactar, firmar y entregar a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones, etc., son aspectos de la actuación del mediador que se reconducen a ese amplio concepto de transparencia.

En suma, se trata de que a lo largo del proceso de mediación la conducta del mediador propicie, por una parte, una situación de confianza en la su persona, pero también que las partes perciban la profesionalidad y alcancen un conocimiento lo más completo posible de todos y cada uno de los aspectos de la mediación.

De hecho, lo que se persigue es que las partes no puedan nunca verse sorprendidas por algún aspecto del proceso del que no se les hubiese advertido y cuyo conocimiento hubiera cambiado su decisión de sometimiento a la mediación.

e) Imparcialidad: El interés que se pretende proteger es el equilibrio entre las partes y la igualdad de oportunidades entre ellas, fundamentado en una actuación del mediador familiar completamente equitativa

Este principio aparece vinculado a la obligación del mediador de garantizar el equilibrio de las partes y el derecho fundamental de éstas a ser tratadas de forma equivalente a lo largo de todo el proceso.

La importancia de la imparcialidad se constata también en la Ley 15/2005, que modificó el CC. y la LEC en materia de separación y divorcio. Aparece también recogida en las distintas normas dictadas en la materia de mediación familiar en las Comunidades

Autónomas¹⁴⁴, aunque en muchos casos se presente unida a la neutralidad y en ocasiones confundida con ella.

144 En tal sentido y a modo de ejemplo la Ley de mediación familiar de Galicia, contempla la imparcialidad en el artículo 8.2, al enunciar los principios de la mediación, vinculándola al respeto a los puntos de vista de las partes y a que se preserve la igualdad de éstas en la negociación. Por su parte, la imparcialidad se enuncia en el Preámbulo de la *Ley de mediación familiar de Valencia* como una de las características de la mediación, sin embargo, se recoge expresamente en relación a los deberes de las personas mediadoras en su artículo 9, apartado f), sin definirla, considerando su incumplimiento como una de las causas de infracción ex artículo 26. La *Ley Canaria* de mediación familiar también contempla la imparcialidad como principio informador de la mediación, pero en relación con la actuación del mediador, en el sentido de que ha de garantizar el respeto de los puntos de vista de las partes preservando su igualdad en la negociación. El concepto de imparcialidad lo ofrece dicha Ley en el artículo 8º, al señalar los deberes del mediador, aludiendo a que éste “no puede tener designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguna de las partes”. También podríamos ver manifestaciones de dicho principio en el deber de lealtad que se le impone al mediador para con las partes, con ambas, lo que supone no privilegiar a una frente a la otra. En nuestra opinión, si dicha falta de imparcialidad viniera determinada por razones de discriminación de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de las partes, estaríamos ante una infracción tipificada como muy grave.

Por su parte, la Ley de mediación familiar de Castilla-La Mancha reconoce el principio en su artículo 8, y lo vincula a la necesidad de que el mediador respete las posiciones de las partes y preserve su igualdad y equilibrio en la negociación (artículo 8.4), señalándolo como deber expreso del mediador, ex artículo 10.e), imponiéndole la obligación de abstenerse de intervenir cuando valore que dicho principio puede conculcarse. En cuanto a la *Ley de mediación familiar de Castilla y León*, recoge la imparcialidad del mediador entre los principios informadores, sin definirla (ex artículo 4.5º), y entre las obligaciones que aquél ha de asumir. La *Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma Islas Baleares*, sí que propone una breve definición de este principio, vinculándolo a la actuación del mediador que “no puede tener designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguno de los sujetos de la parte familiar en conflicto” (ex artículo 2), y en caso contrario se considera una infracción muy grave (ex artículo 34.f) y 35 de la Ley 18/2006).

La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, recoge los principios de la mediación familiar, en el Artículo 4 c), refiriéndose conjuntamente a ambos, para distinguirlos después en su finalidad: “Imparcialidad y neutralidad del mediador actuante, que no podrá adoptar.

El principio de imparcialidad se recoge en la R (98) 1, donde como la primera característica propia de la mediación se presenta precisamente la necesidad de una actuación imparcial por parte del mediador: “...proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes”. Más tarde, la R(98) al señalar los principios de organización de la mediación, dispone: “I. – el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes”; en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, que hace depender la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos del hecho de que se trate de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos “... aplicados por un tercero imparcial” .

En la 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, la imparcialidad aparece contemplada en relación con el proceso de mediación: “Los mencionados mecanismos deben aspirar... a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente”. También en el artículo 3, al definir al mediador: “b) ... todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente...”. Incluso en el artículo 4 se vincula la calidad de la mediación con la formación inicial y continua del mediador, para “garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”.

El Código Europeo de conducta para los mediadores de 2004 recoge en su apartado segundo que el mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación, es más para garantizar la actuación imparcial del mediador, el citado Código contempla la obligación de aquél de revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses.

En esta misma línea se presenta la imparcialidad respecto a la actuación del mediador a lo largo de todo el proceso, ya que ha de ajustarse a dicho principio en todas las circunstancias, señalando el Código, en el artículo. 2.2, que “El mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento, y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación”. Desde luego, el propio Código destaca una de las características que deben darse en el mediador y es que las partes lo perciban como imparcial. De nada sirve que en realidad lo sea si las partes no lo consideran así.

El artículo 3.2. del Código de conducta europeo recoge la necesidad de que el mediador se asegure de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento. Así mismo, hace recaer en el mediador la responsabilidad de informar a las partes y poner fin a la mediación cuando se haya concluido un acuerdo que el mediador considere inaplicable o ilegal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, o cuando no se considere competente para concluirlo o cuando considere que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a un acuerdo.

Estamos ante un principio que puede confundirse fácilmente con el principio de neutralidad, ya que en ambos se exige la ausencia de predisposición en el mediador. No obstante, existe una gran diferencia. El principio de neutralidad incide en el hecho de que el mediador debe abstenerse de proponer soluciones o acuerdos y debe permitirse que sean las partes las que lo hagan de forma autónoma, en tanto en el de imparcialidad, el mediador debe garantizar entre las partes plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

La Ley de MF aragonesa pone su acento en un actuar «equitativo» por parte del mediador. Lo equitativo es aquello que se caracteriza por su equidad, por su justicia. Cuando se habla de im-

parcialidad del mediador se alude a dos conceptos. Por un lado a la equidistancia, que en el caso de nuestra Ley está englobado en el principio de igualdad y, por otro, a la equidad, esto es, al derecho de las partes a un procedimiento mediador en el cual el mediador se abstenga de todo favoritismo o prejuicio¹⁴⁵.

El mediador, naturalmente, es una persona no carente de convicciones, vivencias, valores, etc., que, como a cualquier ser humano, le influyen a la hora de enfrentarse con las partes del proceso mediador. Entiendo que lo único que se puede pedir al mediador es que, aplicando un estricto código profesional, neutralice y domine esa tendencia que le llevaría a simpatizar más con una de las partes, para así desempeñar su papel de la forma más correcta.

Con todo, hay elementos objetivos que si no rompen la imparcialidad real (puede que el mediador no se deje influir por las circunstancias) sí rompen al menos la apariencia de imparcialidad, que al fin es tan importante como la imparcialidad real misma. Por esto la propia Ley prevé en su artículo 10 una herramienta que impide que se produzcan situaciones cuando menos “sospechosas”, al establecer que el mediador deberá abstenerse de intervenir cuando exista, con cualquiera de las partes, relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o se tenga o se haya tenido algún tipo de relación personal, afectiva o profesional que menoscabe el ejercicio de sus funciones. Así mismo deberá abstenerse cuando tenga intereses económicos, patrimoniales o personales en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudieran influir los resultados de la mediación.

El incumplimiento de su deber de imparcialidad está sancionado como una infracción muy grave por el artículo 28 de la Ley de MF de Aragón, y el artículo 27 regula como infracción grave incum-

145 FERNÁNDEZ-BALLESTEROS GONZÁLEZ: «Principios de la mediación: rol y técnicas de comunicación» en VILLAGRASA en SORIA, VILLAGRASA y ARMADÁN: *Mediación Familiar...* cit., pág. 199.

plir el deber de abstenerse de intervenir cuando concurra causa de abstención.

f) Neutralidad: Las partes deben llegar a un acuerdo de manera independiente y consensuada, sin que el mediador familiar pueda imponer soluciones o medidas concretas, ni influir en las decisiones de las partes en conflicto

Nuestra Ley de mediación recoge la neutralidad como principio fundamental de la mediación. La Recomendación R (98) 1, de 21 de enero, del Comité de Ministros sobre mediación familiar dedica a este principio un buen número de preceptos. Por un lado, afirma que el mediador debe ser neutral respecto al resultado del proceso de mediación; por otro, se dice que el mediador debe respetar los puntos de vista de las partes y preservar su legalidad en la negociación; el mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes; el mediador deberá en los casos apropiados informar a las partes de la posibilidad que tienen de acudir al asesor conyugar o a otras formas de asesoramiento, y se concluye afirmando que el mediador debe abstenerse de aconsejar jurídicamente a las partes, informándoles en este caso de a qué profesional deben acudir.

Lo cierto es que el principio de neutralidad como inspirador de la mediación no es un principio pacífico entre los distintos autores y profesionales de la mediación, ya que para algunos lo que debe respetarse con total firmeza es la imparcialidad, pero se debe matizar la aplicación o no de la neutralidad. El enfrentamiento de posturas parte de una diferente concepción de la labor del mediador. Así, se plantea la cuestión de si el mediador ha de ser una simple vía de comunicación de las partes, facilitándola y facilitando por lo tanto el acuerdo, o si, todo lo contrario, el mediador puede ser evaluativo o directivo, sugiriendo o incluso aconsejando vivamente soluciones a las partes, o dando su opinión sobre el conflicto y su personal visión sobre el posible acuerdo o evaluando las posibilidades de triunfo ante los Tribunales.

Entendemos que cada mediador puede tener su estilo personal, pero consideramos que es conveniente que amplíe su repertorio para poder ser el profesional más apropiado en cada caso al que se enfrente. Desde luego es diferente la forma de abordar la mediación en un caso en el que no existen relaciones personales entre las partes que en un caso en el que sí existen (familia, trabajo, vecindad...), al igual que es distinta la forma de abordar un conflicto puntual (disputa sobre linde de fincas...) que un conflicto amplio (separación, herencia...).

En general, la visión de la mediación en España y en Europa es de una mediación facilitadora, esto es, el mediador ha de permanecer neutral, sin intervención activa más allá de la de facilitar la comunicación. Sin embargo, desde el ámbito anglosajón, en el que se lleva trabajando en mediación desde hace más tiempo, no se excluye una mediación evaluativa, de acuerdo con las circunstancias y la materia del conflicto, en la que el mediador interviene, propone y, de alguna forma, abandona la neutralidad.

En este sentido, en la Directiva de 26 de mayo de 2008, en el considerando 11º, se hace referencia a la exclusión de la definición de mediación de las formas «evaluativas de terceros»: *«La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto».*

La dicción de este Considerando ha de entenderse como de exclusión de figuras distintas a la mediación como el «informe de experto», o figuras análogas, de repercusión en países anglosajones en los que el tercero hace recomendaciones formalmente, admitiéndose por lo tanto la mediación evaluativa siempre que no conlleve recomendaciones formales.

En el articulado de la Directiva no hay referencias a la forma evaluativa o no de la mediación, únicamente, en la definición del artículo 3, se remarca que el acuerdo es de las partes, auxiliadas por el mediador, lo que supone que no se ha querido entrar en la disquisición sobre las limitaciones a la mediación que hubieran impedido el acuerdo de los países europeos, con muy diversas visiones sobre la cuestión.

La Ley de MF aragonesa, cuando regula la neutralidad, se decanta por un mediador facilitador que no imponga soluciones ni medidas concretas ni influya en forma alguna en las decisiones de las partes. Pero hemos de decir que la neutralidad no debe estar sólo en la actitud del mediador, la neutralidad debe estar presente en el desarrollo del proceso de mediación, y la misma sólo se consigue con la confluencia de la imprescindible independencia del mediador y de considerar que la mediación familiar es una tarea cooperativa, cuyo resultado natural será la neutralidad tanto del proceso como del mediador¹⁴⁶.

Las leyes de mediación familiar autonómicas suelen seguir esta misma línea e incluir la neutralidad, si bien no siempre como principio informador del procedimiento. Así, la ley gallega, en su artículo 8, incorpora la neutralidad como un complemento a la imparcialidad y a la igualdad, y en un sentido similar la ley canaria, en su artículo 4.5, lo vincula a la igualdad de trato a las partes y abstención de actuaciones que pudieran romper la imparcialidad; sin embargo otras, como la de Castilla La Mancha (artículo 8), considera la neutralidad principio esencial de la mediación.

- g) **Flexibilidad: La mediación no está sujeta a formas concretas de procedimiento sino que, al contrario, impregna su espíritu la ausencia de formalismos, lo que facilitará la consecución de acuerdos, sin perjuicio del respeto a las normas mínimas exigidas en la presente Ley**

146 GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar...* cit., pág. 178.

Siempre se ha puesto de relieve que una de las diferencias entre los ADR y el proceso judicial es esencialmente el antiformalismo que caracteriza los primeros frente al formalismo del segundo. Precisamente el Libro Verde en su apartado 11 prevé que las ADR se caracterizan por su flexibilidad, en el sentido de que, en principio, las partes son libres de recurrir a una ADR, de decidir qué organización o qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que se vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento y, por último, de decidir el resultado del procedimiento.

La Ley de MF aragonesa incide en este aspecto cuando afirma que la mediación no está sujeta a formas concretas de procedimiento sino que debe estar caracterizada por la ausencia de formalismos a fin de que así se facilite la consecución de acuerdo.

En el ámbito de la mediación, y según los diversos modos de operar, se puede diferenciar entre lo que se llama mediación formal y mediación informal, siendo la primera aquella en la que se utilizan técnicas más consolidadas, procedimientos establecidos, instancias organizadas y mediadores profesionales¹⁴⁷. La mediación informal se refiere a actuaciones puntuales con técnicas más fluidas y propias de la comunicación diaria entre personas, siguiendo un protocolo más flexible, con mediadores a veces no profesionales que actúan de modo intuitivo y espontáneo.

A tenor de esta clasificación, y a pesar de que nuestro legislador establezca la ausencia de formalismos como punto de partida de la mediación familiar, hemos de decir que estamos ante una mediación formal, con un procedimiento mínimamente reglado pero en el que se regulan algunos aspectos y el mediador es un profesional que utiliza una serie de técnicas apropiadas para la consecución de su labor.

¹⁴⁷ BOQUE TORREMORELL: *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona 2002, pág. 39.

Nuestra Ley coincide plenamente con la inmensa mayoría de las otras leyes autonómicas en la afirmación de la flexibilidad y el antiformalismo. Así, la Ley del País Vasco (artículo 8), la de las Islas Baleares (artículo 2) o la gallega (artículo 8), son algunas de las que afirman que la mediación familiar debe desarrollarse sin sujeción a un procedimiento reglado. No obstante, son necesarios, y en todas se recogen, unos mínimos procedimentales a fin de garantizar la validez del procedimiento y sobre todo de lo acordado en el mismo.

h) Carácter personalísimo: Es obligado para las partes acudir personalmente a las sesiones, sin que puedan celebrarse a través de representantes o intermediarios

Estamos ante un principio del procedimiento mediador que en ningún caso debería ser transgredido y desde luego, en el caso de la mediación familiar, creemos que es absolutamente fundamental la inmediatez y el carácter personalísimo como la única fórmula válida para que pueda gestionarse el conflicto de forma eficaz.

El Libro Verde, en su apartado 11, prevé que las partes pueden optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento, sin embargo, nuestra Ley de MF convierte la asistencia personal a las sesiones como obligatoria y sanciona la no asistencia con la posibilidad de que el mediador dé por finalizado el procedimiento al entender que no tiene sentido su continuación (artículo 19 c).

Admitir la mediación a través de un representante es convertir la mediación en una suerte de transacción con la pérdida más absoluta de su carácter de gestión positiva del conflicto familiar.

Prácticamente todas las leyes autonómicas exigen la presencia física de las partes, sin embargo encontramos una excepción en la Ley asturiana en su artículo 8. Dicha ley tras afirmar la necesidad de inmediatez y la prohibición de actuar a través de representantes o intermediarios, abre la posibilidad de que, en casos excepcionales,

algunas de las sesiones (no la de la firma de los acuerdos) puedan celebrarse a través de medios electrónicos.

Desde luego no es lo más deseable, pero entendemos que en algunos supuestos podría ser preferible a que el proceso se dilate. Nuestra Ley habla de acudir personalmente a las sesiones, pero podría tal vez admitirse que los interesados acudieran personalmente a la sesión pero que ésta se realizara a través de medios electrónicos, sin tener que compartir el mismo espacio físico (videoconferencia, por ejemplo) en casos muy concretos y por circunstancias que lo aconsejaran a criterio del mediador.

De hecho, nuestra Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil prevé en su artículo 24 la mediación electrónica, si bien es cierto que la regula como preferente para aquellos supuestos en que el objeto es la reclamación de cantidad de escasa cuantía.

i) Buena fe: El principio de buena fe entre los participantes fundamenta por completo el proceso de mediación

Se trata del mismo principio que impregna el ejercicio de los derechos y que recoge de manera expresa el art. 7.1 del CC.

En el ámbito del proceso mediador, la buena fe significa que las partes cuando acuden a este medio para superar el conflicto lo hacen con la intención de colaborar de forma recta y honrada, y no para dilatar o, de alguna forma, dañar a la otra parte. Tal proceder tiene que exteriorizarse en un comportamiento razonable.

Esa buena fe también tiene su proyección respecto al mediador. Las partes tienen que facilitar su labor no haciendo nada que pueda obstaculizarla ni dificultarla.

La Ley de MF valenciana, recoge en su artículo 5, la exigencia de la buena fe no sólo referida a las partes sino también a quien media y, en un sentido similar, la Ley de MF de Castilla-León en su artículo 4, la balear en su artículo 2, la catalana en su artículo 9 etc.

La Ley de MF aragonesa alude al principio de buena fe “entre los participantes”, con lo cual engloba tanto a las partes como al propio mediador. No obstante, no sanciona de forma expresa la falta de buena fe por parte del mediador y si lo hace cuando sean las partes, ya que a tenor del artículo 19 la falta de colaboración de las partes podría llevar a la finalización del procedimiento si así lo considera oportuno el mediador.

6. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR ARAGONESA

Los diferentes modelos de mediación ofrecen un referente teórico, establecen un proceso metodológico y el uso de unas técnicas propias según los objetivos que se pretende alcanzar. Los distintos estándares están marcados por una forma de entender la mediación y lo que con ella se quiere obtener y por eso se realiza un análisis del conflicto desde una óptica diversa.

Las leyes autonómicas de mediación familiar necesariamente han de regular de forma más o menos extensa, de manera más o menos rigurosa cuál es precisamente el modelo de mediación que en cada caso consideran adecuado. Es cierto que de forma unánime, y la nuestra no es una excepción, las leyes se limitan a regular el momento inicial del procedimiento de mediación y el momento final del proceso, dejando lo que sería el desarrollo auténtico del procedimiento en manos de las partes y del mediador.

A la vista de esta realidad, tal vez deberíamos cuestionarnos la necesidad o no de regular un procedimiento. Naturalmente, todo depende del concepto de mediación del que partamos, y sobre todo de lo que pretendamos obtener como resultado del desarrollo de un procedimiento de mediación.

El artículo 2 de la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón nos dice que *Por mediación familiar se entenderá, a efectos de la presente*

Ley, el servicio social consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, con el fin de promover la toma de decisiones consensuadas.

¿Qué es lo que se busca cuando las partes se someten a mediación? Claramente el artículo lo dice: resolver y prevenir conflictos familiares. En este sentido por tanto, habremos de ponderar cual es el procedimiento mas adecuado a fin de conseguir los efectos pretendidos, porque como antes apuntábamos, los distintos patrones de mediación ofrecen un referente teórico, que se refleja en un desarrollo procedimental, en el que se emplean unas técnicas propias en función de los objetivos pretendidos.

En la actualidad, y aunque no son las únicas, sí es posible reducir a tres las escuelas en mediación a nivel internacional.

Con el modelo tradicional-lineal (Harvard), proveniente del campo empresarial, dado que lo que se pretende es un acuerdo al margen de la relación entre las partes, el procedimiento se centra en el contenido de la comunicación sin intentar modificar la relación existente entre las partes. A diferencia de los otros dos métodos, podemos afirmar que el llamado modelo de Harvard no es directamente un sistema de mediación, sino que más bien se trata de un sistema mediante el cual se intentan resolver los conflictos tras una negociación, con lo cual, al final con lo que nos encontramos es con una negociación asistida por un profesional, que se ha dado en llamar mediador pero que se aparta en cierto modo de la esencia de la mediación. El método surgió desde el paradigma de la simplicidad, con una concepción estructuralista.

Cuando en 1994 Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger publicaron *The Promise of Mediation*, se puso de relieve que había otra manera de entender la mediación, centrándose en procurar la transformación de las relaciones humanas y no tanto en conseguir la satis-

facción de resolver el conflicto a través de un acuerdo. Se trata de un sistema de tipo relacional desde el paradigma de la complejidad. En este modelo el acuerdo no aparece como objetivo inmediato, esencial y último, sino como consecuencia de la mejora de la relación. Se parte de concebir el conflicto como una oportunidad de crecimiento y más concretamente como una oportunidad para el crecimiento moral. No es que se desestime o subvalore los acuerdos, pero lo realmente importante es la mejora de la relación. Este modelo está centrado en las relaciones, no se preocupa por el acuerdo y parece más cercano al campo de la terapia psicológica que al de la resolución de conflictos.

Por último, el modelo circular-narrativo (Sara Cobb) está ubicado en el ámbito de los nuevos paradigmas, orientado tanto a las modificaciones de las relaciones como al acuerdo. Como su nombre lo indica, está emparentado con la terapia sistémica y con las teorías postestructurales de las narrativas.¹⁴⁸

El planteamiento esquemático de las tres escuelas y modelos de mediación clarifica cual es la técnica adecuada si lo que se pretende es la resolución de los conflictos. Cosa bien distinta, sobre la que ya hemos expresado nuestras dudas, es que la misma técnica pueda servir a los fines preventivos, ya que una cosa es la búsqueda de un acuerdo una vez surgido el conflicto y otra diferente la gestión positiva y transformadora del mismo para que desaparezca apenas se haya iniciado. Ambas finalidades requieren una metodología diversa y, es más, requieren un procedimiento que raramente es coincidente.

En la Ley 5/2012, que no olvidemos regula también la mediación familiar, la propia Exposición de Motivos lo señala cuando alude a que *entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está*

148 MUNUERA GÓMEZ: "El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas" en *Portularia vol. VII*, N° 1-2. 2007, págs. 85 a 106.

*construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. y en un sentido similar la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón lo entiende como tal cuando, en la Exposición de Motivos, establece que *La presente Ley regula la mediación familiar como procedimiento de resolución extrajudicial de los conflictos que se plantean en el ámbito familiar.**

Lo establecido por el legislador patrio y por el autonómico no puede ser más claro. El procedimiento diseñado por el legislador arranca de una serie de premisas características del modelo elaborado por Fischer y Ury¹⁴⁹ : lo que se busca es resolver el conflicto a través de un acuerdo. Así se plantea el conflicto como un problema que es necesario resolver. Las partes deben entrar en una especie de negociación colaborativa asistida por un tercero que buscará satisfacer a cada parte. En realidad, en este tipo de mediación que podemos llamar de modelo lineal de negociación, el mediador imparcial y neutral ayuda a negociar a las partes con la creencia de que la colaboración produce una mayor ganancia mutua La finalidad del procedimiento no es otra que la de conseguir pactar desde las posiciones que enfrentan a las partes. La idea de Harvard es descender a los intereses de las partes y pactar desde el descubrimiento de estos intereses. Este modelo afirma que a través del descubrimiento de los intereses y de la comprensión de los mismos, las partes pueden elaborar un acuerdo que lleve a la ganancia mutua y recíproca y además, como efecto colateral, favorezca el mantenimiento de las relaciones futuras entre las partes en conflicto.

El conflicto así visto, no deja de ser negativo y, por lo tanto, todos los pasos que el mediador da sólo tienen una finalidad: intentar que se produzca un acuerdo entre las dos partes, eso sí, obteniendo

149 FISHER, URY y PATTON: *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*. Barcelona, 2004.

el mayor beneficio mutuo. El legislador de la Ley 5/2012 de mediación, claramente apunta que *es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponibles*, a pesar de que en la Exposición de Motivos, además de formular la mediación como una fórmula para reducir la carga de trabajo de los tribunales españoles, se incluyen términos como *“paz jurídica”, “fórmula de autocomposición”* o *“mantenimiento de las relaciones subyacentes”*

El legislador aragonés, afortunadamente, no se ha referido a la mediación como una fórmula cuya finalidad es desatascar el colapso sufrido por los tribunales. Cuando el 18/09/09 el Consejo de Ministros aprobó el Plan Estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, en el mismo se introducía la actuación normativa 4.2.3, que establecía el *“desarrollo e implantación de nuevos mecanismos de resolución alternativa de controversias”*, que incluían una serie de medidas organizativas y legislativas que permitirían el progresivo establecimiento de procedimientos y sistemas para una solución de los conflictos jurídicos alternativa a la vía judicial (mediación, conciliación, arbitraje). El objetivo que se planteaba era claro: contribuir a descongestionar los tribunales que actualmente operan en muchos casos como única vía de solución de los conflictos y, por otro, ofrecer a la sociedad nuevas formas de arreglo de problemas, quedando el recurso a los tribunales como última ratio.

La mediación, desde esta óptica, es un instrumento que sirve para aminorar el atasco de los Juzgados y Tribunales y no un instrumento para que la tutela que se dispensa a los ciudadanos sea la mejor y más adecuada al tipo de conflicto aun cuando su resolución no provenga de los jueces ni se produzca en el seno de un proceso judicial.

La mediación familiar es la fórmula adecuada para resolver los conflictos familiares de forma autónoma, con total independencia de que los tribunales estén o no colapsados, porque afirmar otra cosa es colocar a la mediación en un plano que no sólo no es el correcto sino que llevaría a los ciudadanos a plantearse que si los tribunales son

la fórmula idónea y el problema es el atasco de litigios, la solución posiblemente fuera crear más tribunales y no idear fórmulas peores que la judicial pero que descongestionen.

Sin embargo, nuestro legislador autonómico ha previsto la mediación de otra forma y es más, al lado de la mediación extrajudicial regula la mediación intrajudicial como instrumento de apoyo y colaboración a la labor jurisdiccional desarrollada por Juzgados y Tribunales. La *Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón* prevé, en su artículo 12.b, la posibilidad de acudir a la mediación familiar antes o después de una actuación judicial e incluso suspendiendo ésta. De esta forma, el proceso mediador puede plantearse antes de cualquier actuación judicial (artículo 12 a), durante el proceso, suspendiendo éste o después de haber finalizado el proceso judicial (artículo 12.c).

Desde hace unos años, han proliferado en nuestro Estado proyectos de implantación de la Mediación Familiar Intrajudicial, impulsados por el Consejo General del Poder Judicial. Cuando se promulga la Ley de Mediación Familiar en Aragón, se otorga al departamento competente en materia de Administración de Justicia la organización y funcionamiento de las actuaciones de mediación intrajudiciales en juzgados y tribunales. Al personal técnico especializado de la Dirección General de Administración de Justicia le reserva la celebración de la sesión informativa sobre mediación familiar a las partes, correspondiendo, en caso de aceptación, la mediación propiamente dicha al departamento responsable del servicio de mediación familiar. En este proceso de mediación intervienen diferentes estamentos independientes, como son los juzgados, el departamento competente en materia de Administración de Justicia, el departamento competente en materia de familia, las partes litigantes y sus representantes, por lo que se hace preciso establecer un procedimiento que organice el procedimiento de la mediación intrajudicial en juzgados y tribunales.

En tal sentido debemos citar la resolución de 2 de abril de 2012, de la Directora General de Administración de Justicia, por la que se

establece la organización y el funcionamiento de las competencias que tienen encomendadas en materia de mediación familiar intrajudicial.

No obstante, y a pesar de el esfuerzo elogiabile de nuestros tribunales, la mediación intrajudicial ha sido objeto de numerosas reflexiones y reticencias por partes sobre todo de los letrados. En tal sentido, partiendo de que intentar reconducir un procedimiento contencioso a uno de mutuo acuerdo, es siempre beneficioso, el que la mediación deba proponerse y llevarse a cabo dentro de la propia estructura de la Administración de Justicia puede no ser lo más oportuno por cuanto de alguna forma la voluntariedad de las partes queda parcialmente excluida.

Ciertamente, cuando una pareja acude al proceso judicial para poner fin a una situación de crisis familiar generalmente ya se ha intentado llegar a un acuerdo previo. Los abogados de las partes habrán intentado negociar las medidas personales y patrimoniales que deberían regir tras el conflicto, incluso en muchas ocasiones les han recomendado que acudan a un servicio de mediación, a un terapeuta de parejas, etc., y cuando se llega al juez, es generalmente porque nada de eso ha dado sus frutos o nada de eso ha sido aceptado por las parejas que en ese momento de escalada del conflicto no están dispuestas a asumir otra fórmula de resolución del conflicto que no sea la de ganar-perder.

Es decir, cuando se interpone la correspondiente demanda y ésta no es de mutuo acuerdo o no se presenta junto con medidas pactadas es porque los sujetos en conflicto no son capaces de encontrar otra fórmula idónea para poner fin al mismo que no sea la decisión de un tercero, en este caso el juez que determine las consecuencias de índole patrimonial y personal que habrán de regir de ahora en adelante su relación. En este estado de cosas, las partes no suelen recibir de forma positiva la recomendación de volver a intentar un acuerdo. Todo profesional que se dedique a la mediación sabe que no solamente no es beneficioso, sino que es bastante perjudicial man-

tener a las partes en una sesión de mediación cuando éstas no quieren llegar a un acuerdo. Lo que las partes desean, en ese momento, es conseguir lo antes posible una resolución judicial que les permita continuar adelante y dejar atrás una situación de conflicto.

Debemos partir de la situación en la que se encuentran las partes, sujetos que posiblemente es la primera vez que se enfrentan a un escenario tan duro como es la ruptura, y ante un medio tan ajeno como son los tribunales de justicia. No negamos que pueda ser conveniente que, en las comparecencias de medidas provisionales de los pleitos matrimoniales y en las que atañen a las parejas de hecho, justo antes de la celebración formal del acto del juicio, el Magistrado pregunte a las partes por la posibilidad de alcanzar algún acuerdo respecto de los temas en litigio, pero debemos tener cuidado, ya que si las partes asumen acuerdos sobre los que no están convencidos o se someten a fórmulas conciliatorias de las que desconfían el resultado será totalmente contraproducente al buscado, y no olvidemos que en muchos casos, tal tipo de situaciones sólo suponen alargar aún mas una situación de crisis que afecta tanto a los cónyuges o integrantes de la pareja de hecho como a los hijos o personas allegadas.

En este tipo de mediación intrajudicial se pide al juez una labor más propia de un psicólogo que de un juez. No obstante, si se percibe que las partes han llegado fácilmente al consenso sobre algunos puntos como la guarda y custodia de los menores, el régimen de visitas si no hay custodia compartida, etc., puede que deba instarse a que esa fórmula consensual se extienda al resto del procedimiento.

6.1. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Según el art. 3.a) de la Directiva, la mediación puede ser iniciada por las partes, sugerida u ordenada por un órgano jurisdiccional o prescrita por el Derecho de un Estado miembro. Como claramente puede apreciarse, la expresión utilizada por la Directiva no deja dudas sobre cuál es el contenido que se otorga al principio de auto-

nomía de las partes en lo que atañe al momento inicial del procedimiento de mediación¹⁵⁰.

El procedimiento mediador, regulado por el artículo 13 de la Ley MF aragonesa, se puede principiar por iniciativa de ambas partes, por iniciativa de una de las partes, o a instancia de la Autoridad Judicial.

Por tanto, en primer lugar se contempla la opción de que sean las dos partes, de común acuerdo, quienes decidan solicitar el inicio de un proceso mediador. Tal acuerdo puede provenir de su propia iniciativa o bien puede tener su origen en la recomendación del tribunal.

La segunda posibilidad planteada por el legislador es que unilateralmente, una de las partes solicite el inicio del proceso mediador, si bien en este caso el inicio queda supeditado a que la otra parte manifieste su aceptación dentro del plazo de quince días hábiles desde que se la haya citado.

La tercera opción sería aquélla en que la iniciativa para acudir a mediación partiera de la propia Autoridad judicial. El hecho de que pueda ser el juez el que proponga o remita a las partes a un procedimiento mediador en determinados supuestos, no afecta a la mediación como tal, en todo caso podría tener una cierta repercusión en el principio de voluntariedad que preside la mediación. En este caso, el procedimiento tiene algunas especialidades previstas en la resolución de 2 de abril de 2012, de la Directora General de Administración de Justicia, por la que se establece la organización y el funcionamiento de las competencias que tiene encomendadas en materia de mediación familiar intrajudicial.

En este sentido el expediente se iniciará una vez haya tenido entrada en la Unidad Administrativa de los Juzgados Unipersonales

150 En este sentido se pronuncia también CANO SEÑAL: "Mediación, Signo distintivo de Europa" en *Rev. La Ley*, 31 de octubre de 2008, pág. 8 y ss.

de Zaragoza, la decisión del Juez sobre someter a las partes en litigio a un proceso de mediación familiar. La Unidad Administrativa designará, entre sus técnicos adscritos, un responsable para llevar a cabo el apoyo técnico psicosocial y emitir los correspondientes informes psicológicos y/o sociales que fueran necesarios. Esta designación se comunicará con efectos inmediatos al juzgado para que de común acuerdo con éste, se determine la fecha de la sesión informativa. El técnico responsable, una vez recibido el acuerdo del juez convocando a las partes a la sesión informativa, celebrará la sesión informativa conforme a lo estipulado en el artículo 14 de la Ley de Mediación Familiar de Aragón. Celebrada la sesión informativa, el técnico levantará acta sobre la decisión de las partes en la aceptación o renuncia de la mediación, que deberá ser conformada con la firma de todos los partícipes en la sesión informativa.

Una vez celebrada ésta, de la misma se puede derivar o bien la renuncia a la mediación o bien su aceptación. Si se renuncia, el técnico levantará un acta por el que se comunicará la misma al juzgado correspondiente para conocimiento del Juez y la continuación del proceso judicial, y en segundo lugar a la Unidad Administrativa para su constancia.

Si, por el contrario, las partes aceptan la mediación, dicha aceptación se plasmará en un acta y se dará conocimiento de la misma al juez para que se adopten los efectos previstos sobre la suspensión del proceso judicial en la Ley de Mediación Familiar. Asimismo, el técnico remitirá a la Dirección General de Familia el acta de aceptación y el impreso firmado de petición de servicio de mediación de dicha dirección general. A partir de ese momento, la organización y el procedimiento de los diferentes actos que comprenden la mediación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Mediación Familiar en Aragón, son competencia de la Dirección General de Familia.

Una vez determinado “quién” puede impulsar el inicio del procedimiento mediador, la siguiente pregunta sería “cómo” y, en este

sentido el legislador aragonés ha omitido indicar que requisitos ha de tener la solicitud realizada por las partes cuando no es el juez el que indica la conveniencia de abordar el inicio de la mediación.

En la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles el legislador regula de forma diversa el contenido que debe tener esa solicitud dependiendo de que ésta sea de común acuerdo entre las partes o bien la plantee una sola parte basándose en un compromiso de sometimiento a mediación, pero esta serie de previsiones no pueden ser de aplicación directa en el procedimiento de mediación familiar aragonés, entre otras cosas, porque no olvidemos que la Ley tiene un ámbito de aplicación limitado a aquellas mediaciones familiares que se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón por mediadores familiares designados desde el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, y por tanto, datos como la designación del mediador, la lengua, etc., no serán objeto del contenido de la solicitud de mediación como ocurre con la solicitud a la que hace referencia el RDL 5/2012.

Así pues, habremos de considerar que la solicitud consistirá simplemente en la manifestación de voluntad de una o de ambas partes, realizada por escrito (así lo dice la Ley para el caso de que lo soliciten ambas partes) y dirigida al servicio correspondiente. Con todo, la propuesta de mediación del juez o de las partes no debe considerarse el punto de inicio de la mediación sino que el procedimiento comenzará cuando ambas partes aceptan la mediación como la fórmula idónea para resolver el conflicto familiar.

En cualquier caso, la decisión de iniciar una mediación supone el punto de arranque de una relación entre unos sujetos que tienen un conflicto familiar y un profesional, el mediador, que será designado concretamente para intervenir en este procedimiento.

La práctica totalidad de las leyes de mediación vinculan la designación de la persona mediadora al momento en que arranca el procedimiento. También la Ley MF de Aragón lo hace así, y a este

aspecto dedica el contenido del artículo 15, justo en sede del inicio del procedimiento.

La Ley MF de Aragón hace recaer en la Administración la designación de mediador en todos los casos. Según lo previsto en el artículo 15.1 Ley MF de Aragón, el mediador familiar será designado, en los términos que se determinen reglamentariamente por el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, entre las personas que figuren inscritas en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, y en el artículo 15.2. Ley MF de Aragón se establece que el ejercicio de la intervención regulado en el artículo 5.2.g) será realizado por el órgano competente en protección de menores. El propio artículo 22.d prevé que corresponde al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón adjudicar los casos de mediación a las personas inscritas en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

Lo cierto es que desconocemos las razones que han rodeado esta disposición puesto que no podemos desconocer que si bien el mediador es un figura sobre la que no debe pesar la más mínima sospecha de parcialidad, también es cierto que se caracteriza por una especie de *auctoritas* con relación a las partes que le hará merecedor del respeto y consideración de éstas. Cuando las partes, de forma voluntaria, acuden a un tercero para que éste intervenga en su disputa, facilite la vía para que puedan llegar a un acercamiento sin necesidad de llegar a una sentencia contradictoria, no están acudiendo a alguien que tiene la fuerza coactiva de imponer, si el acuerdo no llega, una resolución coercitiva. Las partes tienden a acudir a aquél que piensan que les puede ayudar a superar su conflicto. Los disputantes concurren para poder referir aquellos elementos del conflicto que, tal vez, hasta ahora permanecían ocultos, en la convicción de que si no consiguen una avenencia, si el conflicto continúa, nada de lo allí dicho será utilizado en un juicio ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.

En inicio, el que las partes puedan elegir al mediador entre los que integran el Registro de Mediadores parece una opción válida,

pero el legislador aragonés creemos que ha intentado favorecer la sensación de total imparcialidad y neutralidad, extrayendo de la esfera de las partes, la obligación de designar mediador. Hemos de decir que de igual forma esta regulado en otras leyes de mediación, como la de la Comunidad Balear en la que el artículo 11.2 establece que, en los casos de mediación sea prestada por un servicio público, corresponde al Servicio de Mediación designar al mediador o a la mediadora que corresponda. Se debe designar a la persona a quien corresponda por turno de reparto, teniendo en cuenta la localidad donde se debe llevar a cabo la mediación.

Una vez que el mediador es designado, la práctica habitual es que éste proceda a convocar a las partes a una primera reunión. Esta primera toma de contacto tiene un carácter fundamentalmente informativo, pero no exclusivamente informativo, porque en la misma se suelen fijar los contenidos que se van a abordar en la mediación y sobre qué extremos va a versar el procedimiento y se planificarán en la medida de lo posible el desarrollo del procedimiento fijando un número aproximado de sesiones y tiempo de duración del procedimiento mediador.

En este sentido, el artículo 16.1 Ley MF de Aragón prevé que el mediador convoque a las partes a una primera reunión en la que les explicará, de manera comprensible, el procedimiento, los principios y los efectos de la mediación familiar, así como el coste o gratuidad del servicio. No obstante, como ya hemos señalado, cuando se trata de una mediación intrajudicial, las partes han sido ya informadas por el técnico especializado al que hace referencia el artículo 14.3 y, por tanto, la reunión inicial se centrará ya en el contenido más específico de la misma que es el previsto en el artículo 16.2, esto es acordar las cuestiones que tienen que examinarse y planificar el desarrollo de las sesiones que puedan ser necesarias. Aunque la Ley no lo señala, las partes deberán también en esta sesión exponer los motivos que les han guiado a solicitar el inicio de la mediación.

Pero la labor del mediador en este momento es crucial y trasciende lo puramente informativo. El mediador, a la vista de lo que

se expone en esta sesión, tendrá que determinar, en primer lugar, si las partes tienen la capacidad necesaria para someterse a mediación, pero además, tendrá que determinar si el conflicto es o no mediable. Puede ser que el mediador, tras esta reunión inicial, considere que el procedimiento se ha de dar por concluido por entender que no es posible gestionar positivamente ese conflicto a través de la mediación.

La Ley de Castilla-León precisamente prevé cómo en este punto el mediador debe dictaminar sobre algunas cuestiones básicas para poder iniciar el procedimiento de mediación o bien declarar su terminación ya en el momento de la reunión inicial. Así, el artículo 16 de la Ley de MF de Castilla-León¹⁵¹ establece que la persona mediadora, cuando convoque a las partes a una primera reunión, lo primero que hará será analizar la pertinencia o no de la mediación familiar, enseñar a las partes el documento de compromiso de sometimiento a la mediación familiar en el que deberán constar los derechos y deberes de las partes y de la persona mediadora, así como aquellas otras cuestiones que se determinen reglamentariamente. Resueltas por la persona profesional de la mediación las dudas que sobre la mediación se les planteen a las partes y comprobada su plena capacidad de obrar, recabará de ellas la firma voluntaria del compromiso y, en caso afirmativo, se iniciará el correspondiente procedimiento de mediación.

Puede suceder que una de las partes no acuda, ¿Qué efectos tendría esta ausencia? Nuestra Ley regula en el artículo 19 que una de las causas de finalización del procedimiento de mediación es precisamente la inasistencia no justificada de alguna de las partes, por tanto, creemos que si en esta fase inicial alguna de las partes no acude, sin poder justificar esa ausencia, es señal de que no está dispuesta a colaborar en el desarrollo del procedimiento y por tanto, debe darse por terminada.

151 Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

Hay que dejar claro, que en esta reunión inicial, pueden apreciarse indicios u obstáculos que determinen que es conveniente dar por concluido el procedimiento.

Si las partes muestran una buena disposición y conformidad con los requisitos propios del proceso mediador, el mediador considera que se da el presupuesto de la capacidad de las partes y que el conflicto es mediable, nuestra Ley establece en su artículo 16.3 la necesidad de levantar un acta en la cual se expresará el lugar y la fecha de inicio, la identificación de las partes y del mediador familiar y los datos más relevantes relacionados con el proceso de mediación.

El precepto parece recoger de forma imperativa la obligatoriedad de redactar esa acta. Si no se realizara, ¿sería nulo el procedimiento? Creemos que no, puesto que el legislador parece configurar el mismo como una forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem* pero, desde luego, el problema sería para demostrar la existencia del inicio de ese procedimiento¹⁵².

Distinta naturaleza parece dar a esa acta la Ley de Castilla y León, en cuyo artículo 16. 1 establece que “ Resueltas por la persona profesional de la mediación las dudas que sobre la mediación se les planteen a las partes y comprobada su plena capacidad de obrar, recabará de ellas la firma voluntaria del compromiso y, en caso afirmativo, se iniciará el correspondiente procedimiento de mediación”, dejando claro que si no se firma no se iniciará el procedimiento de mediación.

Por el contrario, nuestro legislador al regular el acta en el artículo 16.1 de la Ley no parece hacer depender de la misma el inicio o no de la mediación.

En las distintas normativas autonómicas esa acta tiene diversos contenidos y naturaleza, pero el legislador aragonés, con muy buen criterio, ha fijado un contenido mínimo, porque el procedimiento

152 GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar...* cit., pág. 455.

mediador debe regirse en la medida de lo posible por la mayor libertad para las partes.

En este documento, aparte de los datos identificativos, el legislador simplemente dice que se han de mencionar *los datos más relevantes relacionados con el proceso de mediación*. Dentro de esta fórmula pueden integrarse tanto la información que haya recibido el mediador sobre el conflicto, como los límites de la mediación, la planificación inicial del número de sesiones, el rol del mediador y de los abogados, etc.

Debemos ser conscientes de que el mediador familiar tiene un período corto de tiempo en el cual establecer una base para la confianza, entre él y las partes, por eso es necesario que sea directo, conciso, claro y transmita tranquilidad.

En esta sesión inicial es preciso que las partes se sientan cómodas, estableciendo un tono cooperativo, profesional y decoroso. No en vano es el momento de evaluar los estados emocionales de las partes y su disposición y motivación para participar en el proceso.

El acta habrá de ser firmada por las partes y por el mediador, ya que así lo recoge de forma expresa el artículo 16.4. Se entregará una copia a cada parte y quien media archivará y custodiará el documento. Cuando la mediación se haya iniciado por indicación de la Autoridad Judicial, el mediador familiar le hará llegar a ésta una copia del acta inicial de la intervención en el plazo máximo de cinco días hábiles.

Esa acta, reflejará el encuentro de voluntades de las partes en el que acuerdan intentar resolver una serie de conflictos de índole familiar a través de la mediación, solicitando la intervención de un mediador que les facilite la comunicación, el acercamiento, y el diálogo. Cómo le llamemos es lo de menos, si bien conviene formalizarlo de algún modo, dentro de esta estructura flexible, pero estructura al fin, que es el proceso de mediación.

Una cuestión sobre la que cabría reflexionar es si el contenido de esa acta puede de alguna forma ser vinculante para las partes y

para el mediador, esto es, si podría modificarse por ejemplo el objeto de la mediación a lo largo de las diversas sesiones que se vayan desarrollando. Tal y como está redactada la ley y por la naturaleza propia de la mediación, parece que no habría inconveniente ya que es muy difícil concretar en una primera sesión cuál va a ser rumbo que van a tomar las sucesivas sesiones, no obstante, si alguna de las partes mostrase su voluntad de someter exclusivamente un aspecto del conflicto a mediación, así habría que recogerlo.

El contrato de mediación, conforme a la normativa autonómica que regula esta institución en España, vuelve a ser, si no dispar, no homogénea en cuanto a su concepto, elementos formales, momento de plasmación, contenido y denominación; lo cual puede conducir a errores sobre el alcance de algunas de las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso. Así, la mayoría de normas utilizan el término *acta de inicio* para encuadrar o identificar el contrato que dará comienzo al proceso y recogerá el consentimiento de las partes en conflicto y el acuerdo con el mediador sobre las actuaciones a realizar, materias a tratar, contraprestación económica, forma y tiempo de las actuaciones.

En este sentido, debemos entender que existe un contrato, entre las partes en conflicto y el mediador desde el momento en que confluyen los requisitos exigidos para ello. Así, el artículo 1.254 del CC determina que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” y el Artículo 1.258 del mismo cuerpo legal expresa que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Desde luego, el contrato ante el que nos encontramos es un contrato atípico, en el cual los elementos observan peculiaridades importantes. En tal sentido, las partes prestan su consentimiento, pero lo hacen de tal modo que el desistimiento en un momento dado, y

sin que se alegue un motivo fundado para dar por terminado el proceso mediador, no acarrearía la sanción que se derivaría de un incumplimiento contractual sin justa causa. Visto así, el contrato inicial obliga a las partes respecto al mediador, pero no a la una respecto a la otra. De este modo, se puede entender que habría incumplimiento contractual si no abonar sus honorarios al mediador al desistir del procedimiento, pero no por el solo hecho de abandonar la mediación en cualquier momento.

Como expone MERINO NOGALES¹⁵³, *La constitución de la relación jurídica entre las partes y el mediador se formaliza en el momento en que aquéllas acuerdan el comienzo de la mediación y asumen el compromiso, junto con el mediador, de realizar todas las actuaciones necesarias para solucionar la crisis planteada. Su naturaleza jurídica es la de un contrato atípico e innominado, carente de regulación en el actual Ordenamiento jurídico, pero posible en atención al principio de autonomía de la voluntad, recogido en el artículo 1.255 del Código Civil. De este principio se deduce a un tiempo la libertad de contratar o no, así como la libertad de acudir o no a la mediación y la libertad de definir el contenido del contrato que se celebre.*

En este punto, nuestra Ley al igual que la generalidad de las leyes autonómicas, prevé ese acta inicial que en realidad es un contrato atípico e innominado que se formaliza por escrito, regido por el principio de autonomía de la voluntad, buena fe y confidencialidad, y mediante el cual las partes aceptan un determinado desarrollo procedimental y la labor de un mediador, obligándose a retribuir sus servicios, y acuerdan cuál va a ser, en definitiva, el objeto de ese proceso mediador, definiendo cuales van a ser los conflictos objeto de mediación. En tal sentido *se conceptúa, por tanto, como un contrato atípico al no estar regulado como tal; consensual, al perfeccionarse por el mero consentimiento de las partes que en él intervienen; “plurilateral”, al producir obligaciones recíprocas para las partes “entre sí” y respecto al*

153 MERINO NOGALES: *Contrato de mediación y acuerdo mediacional conforme a la legislación española eficacia jurídica de los acuerdos alcanzados*. Universidad Internacional de Andalucía, 2012, pág. 17 y ss.

*mediador; oneroso, en cuanto que el mediador recibe una contraprestación económica por sus servicios (con independencia de que sea abonada por las partes o por la administración en los casos de servicio público gratuito*¹⁵⁴.

6.2. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El legislador aragonés, y creemos que con gran acierto, no regula el desarrollo del procedimiento mediador. Sentados los principios que han de regir el mismo, es, desde luego, una medida muy oportuna dejar que sea el mediador o el equipo de mediación el que diseñe, naturalmente según lo pactado con las partes, el modo en que se ha de desarrollar la mediación.

El principio de flexibilidad debe estar presente en todo proceso de mediación porque para que la mediación sea eficaz, tiene que darse la posibilidad de que las técnicas, herramientas e instrumentos, incluso los plazos que se acuerden, sean los adecuados a cada conflicto y a cada individuo. No puede, por tanto, existir una única estructura con elementos rígidos e inalterables, porque no existe una única solución para todos los conflictos aunque sean de similar naturaleza. Por eso se dice que la mediación se caracteriza por pertenecer a los medios alternativos de resolución de conflictos flexibles y poco formales, con aspectos procesales menos rígidos que los exigidos en un proceso judicial.

El proceso de mediación debe carecer de toda forma estricta para poder responder a las necesidades particulares de los sujetos que se someten a mediación. Desde este principio, el proceso de mediación evitará sujetarse al cumplimiento de formas y solemnidades rígidas. Aunque la mediación posee una estructura a la que se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, esto no debe interpretarse como un proceso estructurado sino flexible; toda vez que, durante el mismo, las partes pueden modificar el desarrollo del proceso si con

154 MERINO NOGALES: *Contrato de mediación...* cit., pág. 27.

ello se facilita el objetivo buscado. El proceso de mediación es tan flexible que podemos decir que se convierte en único y diferente en cada caso.

No obstante, en esa acta inicial se habrá fijado una cierta estructura, una cierta metodología que garantice algunos de los actos que han de desarrollarse en el proceso de mediación.

Así, debemos manifestar que es necesario arbitrar un sistema que avale la eficacia de la convocatoria de las partes a cada sesión y que dicha convocatoria se realice con la antelación necesaria. Naturalmente, y en aras del respeto a los principios que rigen el proceso, la convocatoria deberá realizarse por los medios oportunos que garanticen que las partes han recibido realmente la citación.

Cabe que en el acta inicial de mediación se haya fijado este punto, determinando cuál ha de ser la forma en la que el mediador debe convocar a las partes. Lo más habitual es que en cada sesión se fije cuándo se ha de llevar a cabo la siguiente pero, en cualquier caso, habrá de designarse un domicilio y una forma fehaciente para realizar las notificaciones y citaciones, que garantice que ninguna de las partes pueda alegar el desconocimiento de la convocatoria para incumplir su deber de comparecencia.

Como antes indicamos, el legislador aragonés prevé que la incomparecencia injustificada de las partes puede dar lugar a la terminación del proceso. Es lógico, ya que con tal proceder se estaría vulnerando el principio de buena fe y respeto mutuo puesto que, como antes indicamos, cuando las partes se someten al procedimiento lo deben hacer con la intención de colaborar y no de dilatar o de alguna forma, perjudicar a la otra parte.

Tal vez, una de las cuestiones que más controvertidas han sido y sobre las que le ley no dice nada es sobre quienes deben o pueden estar presentes en las sesiones de mediación.

Naturalmente, las partes, como ya en otro lugar dijimos, tienen que estar físicamente presentes, ya que no cabe una mediación a tra-

vés de representantes, pero lo cierto es que además de la pareja en sí puede haber un buen número de sujetos que se van a ver afectados por los acuerdos a los que se lleguen y sobre los que, en muchos casos, recae una parte fundamental del conflicto. Aunque el proceso de mediación es habitualmente privado, y en las sesiones no se contempla la asistencia de otras personas distintas de aquellas que son las protagonistas del conflicto, hemos de plantearnos la oportunidad de dar audiencia a otros sujetos como los hermanos, padres, hijos, etc.

En algunas leyes de mediación familiar autonómicas se hace referencia a la posibilidad de dar voz a los niños sin entrar en materia, esto es, permitir que los menores sean oídos aunque no estén presentes en la totalidad de las sesiones ni puedan estar presentes en el momento de cerrar los acuerdos, sean estos parciales o totales. Ciertamente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 9.1 dice: *“El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”*. Por su parte, el Código Civil, en su artículo 92.2 prevé que *“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”*.

No obstante, en la práctica, el derecho de los niños a ser oídos en un procedimiento de mediación no es una cuestión pacífica, sobre todo en lo relativo a la edad que debe tener ese niño para ser oído. Aunque ninguna norma establece la edad para escucharlos, la mayoría de los países occidentales lo concretan a los doce o más años, por ser considerada la adecuada para expresarse con suficiente juicio. Si el menor tiene 12 años o más y no sufre alteraciones o perturbaciones en su desarrollo mental y psicológico, se entiende que no hay problema para que pueda estar presente y aportar aquellas opiniones, datos, vivencias, etc., que puedan ser de ayuda para el desarrollo de la

mediación¹⁵⁵. El artículo 12.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, establece que “Los Estados partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño” y en el punto 2 se dice que se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional”. Aunque la mediación no se puede considerar procedimiento judicial ni administrativo, debe ser asimilado en este aspecto.

En el mismo sentido, el artículo 770.4 de la LEC 1/2000, en sede de las medidas a adoptar en un procedimiento matrimonial, prevé que cuando estas afectaren a menores, *si se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.*

Como antes decíamos, desde luego no es unánime la opinión sobre la bondad o no de dejar participar a los niños en los procedimientos de mediación familiar, pero en todo caso, estén o no presentes en las sesiones de mediación donde no podrán desgraciadamente estar presentes es en todas aquellas consecuencias que se deriven de la crisis familiar que ha dado lugar a la mediación¹⁵⁶.

A veces claramente se reputa necesaria la asistencia de aquellos sobre los que va a recaer en definitiva los efectos de lo acordado. Así,

155 VALERO MATAS: “La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés” en *RIPS*. vol. 9, núm. 1, 2010-11, págs. 89 a 100.

156 Vid. reflexiones de HINOJAL LÓPEZ: “Los menores en la mediación” en RUIZ MARÍN, *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*, Madrid, 2005.

cuando se trata de una mediación entre hermanos para acordar el reparto de responsabilidades en la atención a sus padres ancianos. «... En algunos casos, se opta por una sesión conjunta con los ancianos para que puedan manifestar sus necesidades y deseos y una final, cuando ya se han tratado los puntos más conflictivos, con el objetivo de informarles de las alternativas, de manera que puedan implicarse en la redacción definitiva de los acuerdos»¹⁵⁷, o cuando como prevé el art. 7 de nuestra Ley, el objeto de la mediación son las diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

La Ley MF de Aragón no hace ningún tipo de referencia directa a este tema, si bien de su articulado se extrae claramente que lo que vertebra toda la Ley es que el proceso de mediación debe velar sobre todo por el interés superior de los menores de edad, y en el artículo 17.C se establece como función prioritaria del mediador facilitar los mecanismos adecuados que establezcan una función preventiva ante el conflicto en gestación, recortando en lo posible los daños emocionales producidos entre los miembros de la unidad familiar, con especial atención a los menores.

Tampoco se dice nada sobre si los abogados de las partes pueden estar presentes en las sesiones y sobre todo en la constitutiva. La presencia física del abogado en la audiencia de mediación debería ser una decisión exclusiva de las partes. Planteado el procedimiento mediador, deberíamos considerar si la presencia activa de los abogados en las mediaciones podría ser de ayuda para las partes pero, en todo caso, y para impedir que interfieran de forma directa en el desarrollo dialéctico propio de la mediación, tal vez sería conveniente que el abogado desempeñe un rol limitado de mero asesoramiento, dejando que sean las partes las que decidan. Con todo, serán las partes las que decidan el grado de participación de sus letrados en las

157 CALDERER Y PÉREZ: «Mediación familiar intergeneracional», en POYATOS GARCÍA (coord.): *Mediación familiar y social en diferentes contextos*. Valencia, 2003, pág. 126.

sesiones de mediación, ya que en algunos casos las partes pueden dar un papel más protagonista al abogado y en otras, menor.

En esta etapa del procedimiento es donde se lleva a cabo el debate comunicativo. El mediador debe plantear de la manera más neutra y descriptiva posible cuáles son los hechos que podríamos colocar en el núcleo del conflicto. Aunque en este tipo de mediación estamos ante un conflicto de carácter jurídico, resulta irreal pensar que siempre son unos hechos determinados los que han desencadenado la situación, puesto que esos mismos hechos con otras personas y posiblemente en otro contexto temporal, seguramente no habrían producido los mismos resultados.

Es necesario concretar y delimitar perfectamente cuáles son los hechos sobre los que las partes pueden y quieren negociar para intentar llegar a un acuerdo. Se deberá tender a un lenguaje lo más conciso y breve posible, evitando las frases y expresiones largas y enrevesadas. Se ha comprobado que existe una correlación directa entre la extensión y el desorden del discurso, y la aparición de malentendidos y errores en la comunicación.

Es esencial evitar las valoraciones personales de los hechos. En el debate es necesario que se mencionen los hechos sin cargarlos con un lenguaje valorativo, porque esto es un escollo para poder llegar a un consenso. Las partes podrían llegar a estar de acuerdo en los hechos, pero nunca en la valoración que se haga de los mismos por la otra parte. Por ejemplo: en vez permitir que se utilicen expresiones como “su actitud perezosa le impedía encontrar un trabajo con el colaborar en las cargas familiares y yo me mataba a trabajar”, debería invitarse a utilizar una frase del tipo “como no contribuía a las cargas familiares, yo tenía que trabajar más horas en la empresa”.

Es conveniente resaltar la capacidad de ambos para poder llegar a un acuerdo. El mediador tiene que impedir que las partes tengan la sensación de que una es la que planteará las condiciones del acuerdo en tanto la otra habrá de asumirlas o no. El lenguaje que se utilice debe hacer referencia precisamente a este aspecto: ambas par-

tes están interesadas en que se pueda llegar a un acuerdo. Si sólo una lo desea y la otra no, es muy difícil llegar a un acuerdo.

El mediador debe conseguir que en las sesiones de mediación sólo se aporten datos concretos y objetivos. El lenguaje debe mantenerse neutro y, en la medida de lo posible, debe ceñirse a los datos, cifras, etc. Debemos recordar que es importante aislar el problema de la persona, porque sólo así el clima que se consiga será el óptimo para salir del conflicto creado. Si se aportan datos concretos se evitan discusiones sobre algunos aspectos en que las partes no se pongan de acuerdo y que puedan derivar en una escalada conflictual. Ejemplo: en vez de “se empeñó en que compráramos una casa que estaba en ruinas”, debe pedirse una mayor concreción “en el mes de abril compramos la casa y en junio aparecieron dos grietas en la pared del comedor, posteriormente en el mes de septiembre aparecieron mas grietas en la pared de la cocina, del dormitorio...”.

Además, un mayor grado de concreción provoca en la otra parte la posibilidad de aceptar o rebatir cada hecho, con lo cual se facilita el que se acepte como cierto un aspecto de lo afirmado por la contraparte y se rechace otro. Esto permite ir avanzando en la sesión de forma ordenada y las partes tienen la sensación de que efectivamente se está progresando.

Un aspecto que se debe evitar es el tratamiento de temas colaterales o hechos pasados. Es muy común que en el intento de llegar a un acuerdo las partes intenten ampliar el espectro de temas sobre los que negociar haciendo depender además unos de otros. Desde luego, aquí nos enfrentamos con una importante dificultad ya que si bien no es conveniente encorsetar excesivamente el desarrollo de las sesiones de mediación, también es cierto que en el propio contrato de mediación que se firmó se debió concretar el objeto, por eso, en cualquier caso, deben dejarse claros los límites del objeto.

El artículo 17 prevé que se deben facilitar los mecanismos adecuados que establezcan una función preventiva ante el conflicto en gestación, recortando en lo posible los daños emocionales produci-

dos entre los miembros de la unidad familiar, con especial atención a los menores. En este sentido, es conveniente aislar las posiciones y los intereses de las partes. Cuando se hace referencia a intereses estamos aludiendo a esas motivaciones intangibles, esto es, a los temores, las aspiraciones, las preocupaciones que llevan a decantarse por una posición determinada. La posición es la forma concreta en que la parte considera que satisfará sus intereses. La distinción entre una y otra resulta muy práctica, ya que detrás de cada posición suele haber una serie de intereses que definen el problema. Si se consiguen identificar, se puede intentar conciliar esos intereses y no acercar las posiciones, que es lo que habitualmente se tiende a hacer. En líneas generales, se tiende a pensar que cuando las posiciones están enfrentadas también lo están los intereses, y esto no siempre es cierto.

Así, podemos hablar de los siguientes tipos de intereses:

- Intereses divergentes: se trata de intereses distintos, pero no excluyentes necesariamente. Estos intereses pueden ser divergentes compatibles (por ejemplo los cónyuges creen que sus hijos deben seguir asistiendo al mismo colegio privado al que asisten en el momento de la separación, pero no están de acuerdo en las cantidades que debe aportar cada uno para este fin), o pueden ser divergentes incompatibles (uno de los cónyuges quiere que sigan asistiendo al colegio privado, en tanto el otro considera que su educación mejoraría si asistieran a uno público).
- Intereses comunes: a veces los intereses son los mismos, aunque la forma de exteriorizarlo a través de las posiciones sea distinta. Estos intereses pueden ser comunes no competitivos (ambos cónyuges quieren que los niños disfruten del apartamento en la playa que era privativo del esposo. La esposa considera que es obligado para la salud de los menores, para el padre, se trata de un intento de la mujer de veranear de forma gratuita) o bien, intereses comunes competitivos (por ejemplo, tanto el hombre como la mujer tienen un in-

terés común: que los niños sigan residiendo en la vivienda familiar, si bien las posiciones son diversas; la mujer solicita la adjudicación de la vivienda para su uso exclusivo, el marido solicita el uso alternativo coincidiendo con el régimen de visitas y convivencia con los niños)¹⁵⁸.

Para poder llegar a la identificación de estos intereses será necesario formular preguntas que tiendan a hacer aflorar en los litigantes los intereses de índole más abstracta. Sobre cuáles son los intereses de cada parte se habrá podido realizar un diagnóstico aproximado en la fase de preparación, pero puede que hasta este momento no se haya podido concretar. Por otro lado, es necesario mantener la mención de los intereses como línea argumentativa. Cualquier propuesta que se pueda realizar en estos momentos tendrá posibilidades de éxito si se apoya en los intereses que subyacen a las posiciones de las partes.

Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas en el sentido de que el mediador puede convocar primero a una parte, mantener con ella la entrevista que considere adecuada y posteriormente contactar con la otra. En todo caso, el mediador debe comunicar a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado.

6.3. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El artículo 18 de la Ley MF de Aragón prevé que la duración del procedimiento de mediación estará en función de las características propias del proceso y de su evolución sin que, en principio, pueda exceder de sesenta días, a contar desde la reunión inicial. En el supuesto en que el proceso de mediación haya sido iniciado por la Autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de sus-

158 COSTA GARCÍA: *Negociar para con-vencer*, Madrid, 2004, pág. 77.

pensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal.

La Ley de MF aragonesa en este punto coincide con la generalidad de las leyes de mediación familiar de las comunidades autónomas, ya que en todas ellas aparece recogida una previsión sobre la duración máxima del proceso mediador. Aunque la duración de una mediación viene determinada por la naturaleza y el tipo de conflicto que se gestione, fijar su duración evita uno de los más graves inconvenientes del proceso judicial, cual es, que las partes desconocen cuándo se va a resolver el problema.

No obstante, también es una disposición que se encuentra incluida en la totalidad de las leyes autonómicas aquella que prevé la posibilidad de que se acuerde una prórroga para la finalización del procedimiento mediador. Como ya indicamos, no es sencillo hacer una predicción de cuántas van a ser las sesiones que se van a necesitar y, sobre todo, cuál ha de ser el derrotero que ese caso concreto puede tomar. A veces, el mediador o las partes son conscientes de que el objetivo pretendido con este proceso se puede alcanzar si se amplía el proceso. Naturalmente, esta demora no puede ser indefinida. Las leyes regulan de variadas maneras quién puede proponer la prórroga y cuánto tiempo máximo se puede acordar la misma.

Haciendo un recorrido por la regulación autonómica de la mediación familiar, en este aspecto podemos concluir que son cuatro las opciones barajadas por el legislador a la hora de plantear una posible prórroga en el procedimiento de mediación¹⁵⁹.

En primer lugar, cabe que la solicitud de prórroga sea realizada conjuntamente por las partes y el mediador. En este caso, de forma motivada, ambos habrán de levantar un acta en el que conste dicho acuerdo indicando el plazo de prórroga que se acuerda. En este sen-

159 GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar...* cit., pág. 463.

tido se pronuncian las leyes de Cataluña¹⁶⁰, Castilla-La Mancha¹⁶¹ o Baleares¹⁶².

En segundo lugar, se puede otorgar a las partes el papel protagonista en la exhortación de esa prórroga. Las partes, se entiende que de común acuerdo y previa consulta con el mediador, deberán realizar la solicitud cuando consideren que es posible llegar a un acuerdo si el procedimiento se alarga algunas sesiones. Ésta es la opción de la Ley de MF valenciana¹⁶³, de la comunidad de Madrid¹⁶⁴ o de la del País Vasco¹⁶⁵.

En tercer lugar, cabe que la prórroga pueda ser solicitada de forma indistinta por las partes o por el mediador. En tal sentido se pronuncia la Ley MF canaria¹⁶⁶, la asturiana¹⁶⁷ o la andaluza¹⁶⁸.

En cuarto lugar, se plantea la opción elegida por nuestra Ley y también por la de Castilla-León¹⁶⁹, que es hacer recaer en el mediador la responsabilidad de determinar si se debe o no solicitar una prórroga. El artículo 18 de Ley de MF de Aragón establece expresamente que se podrá acordar una prórroga por el tiempo necesario para conseguir los fines de este procedimiento siempre que exista una propuesta razonada del mediador familiar.

A diferencia de otras leyes autonómicas, la aragonesa no limita el tiempo máximo de la prórroga, lo cual entendemos que es muy positivo ya que ese ámbito de libertad que se otorga al mediador es

160 Artículo 17.

161 Artículo 20.2.

162 Artículo 15.

163 Artículo 18.

164 Artículo 18.2.

165 Artículo 23.

166 Artículo 13.

167 Artículo 13.

168 Artículo 24.2.

169 Artículo 16.3.

absolutamente necesario para conseguir los fines del procedimiento iniciado.

En este mismo sentido, el legislador aragonés hace recaer en el profesional la decisión de interrumpir el procedimiento o dar por finalizada la mediación cuando se observen indicios que permitan concluir que el proceso de mediación no está consiguiendo los fines buscados.

En ocasiones, en vez de acordar una prórroga del procedimiento, el mediador utiliza un recurso que es el de interrumpir momentáneamente éste. Tal táctica puede servir para que la parte reflexione, haga consultas, si lo considera oportuno, pueda tomar decisiones para las que necesita un plazo más largo que el que se produce entre sesión y sesión, etc.

Recordemos que la flexibilidad procedimental preside la mediación, y en este sentido, nuestra Ley ni siquiera fija un lapso temporal máximo para esa interrupción (artículo 18.2).

Cuando se trata de mediación intraprocesal, esto es, que la iniciación se produce a instancias del juez, la duración del procedimiento viene determinado por el plazo que el juez haya acordado en el auto de suspensión del procedimiento o el previsto en la legislación procesal. Recordemos también que existe una limitación prevista en el artículo 13.2 que establece que no podrá llevarse a cabo una nueva mediación sobre el mismo objeto hasta que no transcurra el plazo de un año desde que la anterior fue intentada, salvo que hubiera concluido sin acuerdos o que la Autoridad Judicial determine que deba practicarse de nuevo por concurrir especiales circunstancias familiares que así lo aconsejen.

6.4. FASE FINAL DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

En un momento determinado, el mediador o las partes, o ambos conjuntamente, son conscientes de que el proceso mediador debe fi-

nalizar. Si el procedimiento se ha desarrollado de forma satisfactoria, se habrán ido cerrando determinados acuerdos, se habrá ido progresando en la gestión de los distintos aspectos del conflicto, y en este punto lo que se buscará es la plasmación de todos esos logros en un acta final.

Si, por el contrario, la mediación ha resultado infructuosa, perseverar en el procedimiento sólo agravará el conflicto, por eso en todas las leyes de mediación se regulan una serie de causas que darán lugar a que la persona mediadora dé por finalizado el proceso. La Ley de MF aragonesa recoge en su artículo 19,1 que la finalización del procedimiento de mediación se producirá en tres supuestos: cuando las partes alcancen un acuerdo total o parcial, cuando cualquiera de ellas desista de la mediación o cuando así lo decida razonadamente la persona mediadora por concurrir alguno de los siguientes supuestos: a) Falta de colaboración de alguna de las partes, b) Incumplimiento por alguna de las partes de las condiciones establecidas, c) Inasistencia no justificada de alguna de las partes, d) Cuando considere que el procedimiento no conseguirá los objetivos de la mediación. Aun habría que añadir una más, que es cuando haya expirado el plazo que se acordó para el procedimiento y en todo caso sesenta días, salvo que se acordara una prórroga.

a) Cuando las partes alcancen un acuerdo total o parcial

Como ya al inicio indicábamos, aunque la mediación trasciende lo que es simplemente el intento de facilitar un acuerdo consensuado entre las partes en conflicto, el procedimiento mediador que el legislador ha recogido y regulado tiene como principal y en muchos casos único objetivo poner fin a un conflicto mediante el acuerdo, ya sea total o parcial de las partes.

Es conveniente precisar que la mediación no es una terapia, pues aquélla es una intervención centrada en el presente y en el futuro más que en el pasado y no tiene como objetivo el cambio cognitivo, con-

ductual y afectivo ni la introspección de patrones de conducta. No obstante, es cierto que cuando los miembros de una familia son alentados a participar de forma activa en la resolución de sus problemas, a llevar las riendas de la negociación, restableciéndose la comunicación que se había roto y reencontrándose en un ambiente favorable para el dialogo, se produce también una cierta terapia que es un efecto secundario, pero desde luego no desdeñable, de un proceso mediador.

Cuando las cuestiones han sido ya debatidas, las posturas de las partes han sido puestas de manifiesto, se han exteriorizado los intereses y se han podido poner de relieve las opciones más satisfactorias para cada parte, llega el momento en que éstas tienen que decantarse y aceptar o rechazar las propuestas de la otra. En este punto, el mediador analizará si las propuestas son operativas y cada parte las ha aceptado sin remisión; es entonces el momento de formalizar el acuerdo final.

Se trata, con todo, de un momento muy delicado del proceso porque, llegados a esta etapa del proceso, las partes ya habrán exteriorizado todos los sentimientos, temores, aspiraciones, posiciones, intereses, necesidades y objetivos.

Cada parte es consciente de su propia situación y también de la situación del otro, por eso es el momento procesal de manifestar ideas que puedan desembocar en las ansiadas soluciones y acuerdos. Las partes tienen en este momento que encontrar respuestas válidas, no olvidemos que, como desde el inicio ha quedado sentado, el mediador no puede construir los argumentos que sirvan para salir del conflicto. El mediador solo puede facilitar la comunicación para que sean las partes las que se hagan responsables de ese conflicto que ellos han creado, para tomar decisiones que propicien resolver la crisis en la que se encuentran inmersos.

En esta etapa, el mediador ha de ser especialmente cuidadoso, ya que un exceso de liderazgo por parte del mediador, que se puede concretar en una especie de imposición, una sugerencia o una incitación para que las partes lleguen a un acuerdo del que no están ab-

solutamente convencidas, puede desencadenar un fracaso absoluto del procedimiento ya que, por una parte, se entrará en una espiral de desconfianza con relación al propio sistema de mediación y, por otro, puede provocar una intensificación del conflicto y el rechazo frontal de cualquier medio de resolución que no sea el proceso judicial.

Como el propio artículo 17.1 de la Ley MF de Aragón establece, la misión del mediador es restablecer la comunicación entre las partes en conflicto, posibilitando cualquier tipo de intercambio constructivo que conduzca a resoluciones consensuadas, pero su papel en la creación de las soluciones o en la toma de decisiones y acuerdos debe ser inexistente. En definitiva, el rol del mediador debe ser muy activo hacia la facilitación del trabajo de generación de ideas y de relación entre las partes. El mediador ha de ser continuamente un agente que propicia los cambios de actitud de las partes, pero no debe recomendar dichos cambios. Ha de generar los medios y los recursos suficientes como para que aquellos que tienen que realizar los cambios, trabajen activamente para lograrlo.

Las partes, en el desarrollo del procedimiento, habrán podido dialogar y en este punto estarán ya preparadas para tratar la parte más tangible del conflicto que fue llevado a mediación.

Nos enfrentamos entonces ante el momento de la disyuntiva: o las partes son capaces de llegar a un resultado satisfactorio para ambas, en el que sientan satisfechos de forma adecuada sus intereses, o la mediación habrá fracasado, al menos desde el punto de vista de la adopción de un acuerdo.

Ahora es el momento de plasmar esas posturas coincidentes en una propuesta, que se puede considerar como la hipotética disposición de un acuerdo o resultado final.

La propuesta es realmente tan importante como el acuerdo porque en ella el mediador recoge todo el trabajo desarrollado en las distintas sesiones de mediación y recoge el inmenso esfuerzo que las partes han hecho para reconducir ese conflicto.

Esa proposición ha de ser respetuosa con los intereses, valores y preceptos de ambas partes. Una de los motivos que puede poner fin al proceso es que una o ambas partes perciban la falta de respeto a los intereses, necesidades y valores de las partes. La necesidad de este respeto, que en todo momento es crítico, en la forma de desarrollar la propuesta, es fundamental.

La propuesta ha de ser operativa, en el sentido de que se pueda poner en práctica en un plazo corto y además si no solucionando íntegramente el conflicto, si al menos algún aspecto del mismo. Si esa propuesta afecta a terceras personas, debe también ponderarse el nivel de aceptación de los puntos propuestos por parte de los otros implicados (hijos, resto de la familia, trabajadores de la empresa familiar, etc.).

Una buena forma de conseguir el acuerdo es partir de aquellos intereses que en ningún momento fueron antagónicos entre las partes. En esa zona de negociación es donde es más sencillo encontrar el punto de arranque de acuerdos parciales, dejando los puntos y recursos más antagónicos para el final.

Al redactar el acuerdo hay que realizar una recopilación de los puntos tratados y de las soluciones parciales adoptadas en cada momento, los procesos de mediación largos y conflictivos no ponen fácil esta tarea del mediador, que deberá llevar un control sobre los puntos tratados y los acuerdos parciales. Es muy importante que todos los acuerdos sean operativos. En cada punto de acuerdo se debe utilizar la regla del ¿Qué?, ¿Quién?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?

Es deseable planificar al máximo el abanico de respuestas a sucesos que previsiblemente pudieran modularse o cambiar en el momento de su implantación. Si alguno de los puntos pactados necesita un cierto plazo para su cumplimiento, es necesario precisar el ciclo de actividades a realizar, los responsables de su realización y las fechas en las que deben estar realizadas.

En la medida en que estén más desarrollados y previstos todos los puntos del acuerdo, mayores probabilidades habrá de que éste se cumpla y perdure en la relación entre las partes.

El cierre es un momento realmente delicado en cualquier sesión mediadora. Las partes han realizado un esfuerzo para el que no estaban, en la mayoría de los casos, preparados, y puede que incluso no estén del todo convencidos de que para ellos es mejor el acuerdo al que se ha llegado que la resolución a través de un proceso judicial. Por eso existe una cierta tensión que a veces desemboca en la vuelta atrás de alguna de las partes. En este momento, es habitual que se retroceda en el tiempo y se abra de nuevo el debate sobre algún aspecto que parecía resuelto.

Esto se puede producir por varios motivos:¹⁷⁰ Un primer supuesto es aquél en que las partes manifiestan que necesitan más información. En este caso, si no se puede disponer de dicha información (por ejemplo, el valor real de un inmueble), es mejor suspender temporalmente la mediación que provocar que las partes lleguen a un acuerdo provisional del que desconfían y del que posiblemente se echen atrás de manera inmediata. En este caso se fija una nueva fecha de reunión, para permitir recopilar la información deseada y el propio mediador o un integrante del equipo de mediación se interesará por obtener con la mayor brevedad posible la información requerida.

En segundo lugar, puede ocurrir que las partes deseen contrastar algún requisito legal. Como antes expusimos, la intervención de un abogado en alguna de las sesiones de mediación puede contribuir a dar seguridad a las partes y a no cerrar un acuerdo que no pueda en ningún caso ser homologado por vulnerar alguna norma de derecho imperativo.

En tercer lugar, cabe la posibilidad de que alguna de las partes se muestre dubitativa y aduzca que necesita tiempo para pensarlo.

¹⁷⁰ En este sentido vid. FLOYER ACLAND: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona, 1997.

Desde luego, no es la mejor señal, ya que la confianza mutua y la buena fe deben presidir el procedimiento desde su inicio. Es cierto que a veces las partes, aconsejadas por terceros, temen está perdiendo derechos, bienes, etc., en aras de mantener una buena relación con alguien con quien, hasta hace poco, mantenían un serio conflicto. En la mediación familiar, la existencia de hijos, en muchos casos supone una fuente de dudas, ya que los acuerdos afectan al futuro de los mismos. El mediador, sin presionar demasiado a las partes, debe hacerles reflexionar sobre los gastos, el tiempo y las ventajas o desventajas que supondrían las otras alternativas de resolución de conflictos.

No obstante, hemos de reconocer que cuando lo que se manifiesta es la falta de confianza en la otra parte o incluso en el mediador, estamos ante el indicador más directo de que la mediación ha fracasado y no se va a llegar a un acuerdo.

Pero reconozcamos que lo que a las partes les interesa es lo que va a quedar plasmado en el acta y posteriormente homologado por el juez o elevado a escritura pública, por tanto, una vez llegado a un acuerdo, el mediador tendrá que revisar que efectivamente las partes están de acuerdo en todos y cada uno de sus puntos con lo recogido.

Si una de las partes se vuelve atrás, no cabe otro remedio que considerar que el intento de mediación es un intento frustrado. Cabe no obstante, intentar volver a retomar el tema pasado un tiempo. Nos tememos que si se produce una situación en la que una de las partes, después de una intensa negociación, después de haber dejado sentados los puntos principales del acuerdo, decide no completar el acuerdo en el último momento, motivando la renuencia en alguna causa no justificada, a partir de ese momento se creará un ambiente de mayor conflictividad entre los litigantes, con lo cuál se debe acelerar, en la medida de lo posible, el cierre de la sesión mediadora.

Cuando, por el contrario, las partes muestran su conformidad, el mediador debe felicitar a las partes por haber culminado el proceso de mediación con éxito, se deben verificar los acuerdos logrados y el mediador ha de redactar un borrador en términos generales que presen-

tará a las partes para que ellas hagan las sugerencias y modificaciones que consideren oportunas hasta que quede perfilado de tal forma que ambas partes estén dispuestas a firmarlo. De esta forma se evita que las partes caigan de nuevo en un afán negociador y que se sientan manipuladas por la otra parte. La redacción del acuerdo es un momento muy complejo para el mediador porque tiene que recoger en el mismo no sólo los puntos que se han tratado sino también los acuerdos parciales que se han ido adoptando y todas aquellas circunstancias atinentes a su cumplimiento que las partes han puesto de relieve para consentir en ese acuerdo. Así si por ejemplo se necesita un cierto plazo para cumplir lo acordado o delimitar la fecha máxima de realización, etc. Lo fundamental es que se produzca una aceptación absolutamente voluntaria y con el convencimiento de que lo acordado es la mejor solución que se podía alcanzar para zanjar el conflicto.

b) Cuando cualquiera de ellas desista de la mediación

Desde luego, si ambas partes llegan a la conclusión de que no desean seguir adelante con la mediación, el procedimiento debe darse por terminado y así se recogerá en un acta que firmarán ambas partes y el mediador y que tendrá los efectos de un documento que acreditará que la mediación se intentó sin efecto.

Un fenómeno distinto se plantea cuando es una de las partes la que decide abandonar el procedimiento. Lo que es importante en este punto es determinar las consecuencias que la renuncia a continuar con el proceso mediador puede tener para la parte que así lo decide. Si, como antes hemos expuesto, estamos ante un contrato, la ruptura del mismo de forma unilateral tendrá que llevar aparejada una serie de efectos. Con todo, como en otro momento dijimos, la atipicidad del contrato se manifiesta precisamente en este punto, ya que las partes prestan su consentimiento pero lo hacen de tal modo que el desistimiento en un momento dado no acarrearía la sanción que se derivaría de un incumplimiento contractual sin justa causa. Visto así, el contrato inicial obliga a las partes respecto al mediador,

pero no a la una respecto a la otra. De este modo se puede entender que habría incumplimiento contractual si no abonan sus honorarios al mediador al desistir del procedimiento, pero no por el solo hecho de abandonar la mediación en cualquier momento.

Cabe que el rechazo de la parte no sea al procedimiento sino al mediador, en cuyo caso entendemos que, salvo que se produzca por causa justificada la remoción del mismo, la parte que desiste deberá hacerse cargo de los honorarios del mediador saliente. En este caso, y con la conformidad de la otra parte, será posible pedir a la institución que designe otra persona.

c) Cuando así lo decida razonadamente la persona mediadora por concurrir alguno de los supuestos previstos en la ley

El mediador puede llegar a un momento en que perciba que las posiciones de las partes son irreconciliables. El contrato de mediación se mueve en la órbita de los contratos de prestación de servicios profesionales, en el que, aun persiguiéndose resultados, se asumen sólo obligaciones de medio, ya que no se puede garantizar ni que el proceso mediador finalice con acuerdo ni que sean las partes las que detecten la ineficacia de la mediación.

En este caso, el mediador será quien determine la finalización del procedimiento en aras no sólo de impedir una dilación innecesaria sino también porque el mediador es consciente de que puede producirse una desaconsejable escalada del conflicto.

En este supuesto, el mediador debe redactar una acta en la cual, de forma motivada, pondrá de relieve las razones que le han llevado a dar por terminada la sesión. Dicha acta tendrá idéntico valor que el antes apuntado: una mediación intentada aunque sin llegar a un acuerdo.

El legislador aragonés apunta algunas de las causas que pueden determinar que el mediador adopte esta postura, achacando en unos casos el fracaso de la mediación a una de las partes (19,1,a Falta

de colaboración de alguna de las partes, 19,1,b Incumplimiento por alguna de las partes de las condiciones establecidas, 19,1,c Inasistencia no justificada de alguna de las partes) y en otro caso a la falta de entendimiento de ambas partes (19,1,d Cuando considere que el procedimiento no conseguirá los objetivos de la mediación).

A todas estas causas habrá que añadir el supuesto de que haya transcurrido del tiempo previsto para el procedimiento. En este sentido, las partes en el contrato de mediación habrán fijado un plazo máximo de duración del procedimiento. El artículo 18 Ley MF de Aragón establece que aunque la duración de la mediación estará en función de las características del proceso y de su evolución, en principio no puede exceder de sesenta días, a contar desde la reunión inicial. Este plazo podrá ser objeto de una prórroga si, mediante propuesta razonada, el mediador familiar así lo acordará. En el supuesto de iniciación por la Autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de suspensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal.

Si no se produce tal circunstancia, el transcurso del plazo se plasmará en el acta y tendrá el valor de acreditar el intento de mediación.

Aun cabe la posibilidad de que se puedan producir una serie de circunstancias sobrevenidas que determinen también la finalización del procedimiento. En este sentido, podemos englobar causas sobrevenidas de muerte, enfermedad, satisfacción al margen del proceso mediador, o incluso cuando el mediador no perciba sus honorarios y decida no continuar con el proceso, etc.

6.5. ACTA FINAL

El acta final de mediación no es sino el resultado de documentar en síntesis todo el procedimiento mediador que se ha ido desarrollando mediante un proceso de tracto sucesivo a lo largo del cual se

habrán producido una serie de incidentes, acuerdos, desencuentros, que, dependiendo de su trascendencia, habrán de ser o no recogidos en esta acta.

Podríamos decir que el acta final es la formalización por escrito de la conclusión misma de la mediación familiar¹⁷¹.

El artículo 19.2. Ley MF Aragón determina que las actuaciones finalizarán con un acta en la que se harán constar los siguientes extremos:

- a) Lugar, fecha de comienzo y finalización de la mediación y número de sesiones.
- b) Identificación de las partes, del mediador familiar y de aquellas otras que hayan podido intervenir en el procedimiento.
- c) Síntesis del conflicto y acuerdos alcanzados.
- d) Imposibilidad, en su caso, de alcanzar acuerdos.
- e) Otras observaciones y circunstancias que se estimen convenientes.

La redacción de esa acta corre a cargo del mediador pero en la misma se plasmarán las observaciones que las partes consideren oportunas. La actividad mediadora como tal, termina en la última sesión del proceso pero dentro de sus deberes está también la de la redacción de esta acta final. Naturalmente, el mediador actúa en este momento sólo como una especie de fedatario porque, en realidad, lo único que puede hacer es recoger aquello que las partes han acordado o sobre lo que no ha sido posible llegar a acuerdo alguno.

Aquí se plantean algunas cuestiones sobre las que nuestra Ley guarda silencio. Así, por ejemplo, nada se dice sobre si en el acta se han de recoger las causas que han impedido llegar a un acuerdo¹⁷².

171 GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar...* cit., pág. 468.

172 Esto se exige en la ley gallega (artículo 15) la de Castilla-La Mancha (artículo 22.3) o la balear (artículo 23).

Tampoco se dice nada de forma expresa sobre si el principio de confidencialidad ha de extenderse al acta, aunque entendemos que en todo caso debe hacerse¹⁷³.

Otra omisión se produce en lo referente a quién debe firmar el acta, cuestión tratada en otras leyes autonómicas¹⁷⁴ pero no en la nuestra. No obstante, el artículo 10.K prevé que es deber del mediador “Redactar, firmar y entregar a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones”, con lo cual, entenderemos que también es responsabilidad suya firmar esa acta final.

Estamos ante uno de los documentos que mayor importancia tienen en todo el procedimiento, ya que esta acta puede tener un valor trascendental según la naturaleza jurídica que se le atribuya.

Cuando en esa acta se recoge la imposibilidad de un acuerdo, se entiende que con la misma se deja expedito el camino hacia el proceso judicial cuando éste estaba suspendido y, en caso de que todavía no se hubiera iniciado, las partes quedarán en absoluta libertad para iniciarlo cuando deseen.

Si se han llegado a acuerdos parciales, funcionará lo acordado únicamente para aquellos aspectos del conflicto sobre los que se haya llegado a acuerdos, y sobre el resto reiteramos lo dicho supra.

Sobre la naturaleza jurídica de esos acuerdos que se han fijado en el acta final, tenemos que decir que nuestro legislador no es claro y el artículo 20 de la Ley diferencia dos supuestos:

En primer lugar, cuando el acuerdo se refiere a rupturas de la convivencia de los padres, deberán ser aprobados por el Juez, en los términos que prevé el artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón. Esto es, el Juez aprobará el acuerdo salvo en aquellos as-

173 En el mismo sentido GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar...* cit., pág. 469.

174 Así, entre otras en la gallega (artículo 16.1), Castilla-La Mancha (artículo 22.5), la balear (artículo 23) o la de Catilla-León (artículo 17.2).

pectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos e hijas. Entendemos que, al igual que se regulaba para el pacto, si lo acordado en mediación no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo acuerdo, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente. Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para éstos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación.

Una segunda, recogida en el artículo 20.2 alude a acuerdos sobre otro tipo de materias. En estos casos, el legislador deja a las partes la posibilidad de elevarlos a escritura pública o solicitar la homologación judicial de los mismos por el tribunal que conociere del litigio al que se pretende poner fin.

En este supuesto, se deja a las partes libertad para o bien pedir la intervención judicial o bien para protocolizar, elevando a escritura pública lo acordado y convirtiéndolo por tanto en título ejecutivo.

Por tanto en nuestra legislación la eficacia de lo acordado pasa por la homologación judicial o por consignar en escritura pública lo acordado. Obviamente, se trata de crear un instrumento que en caso de incumplimiento por una de las partes pueda pedirse al juez su ejecución de forma directa según lo previsto en el artículo 517.4 LEC.

Así pues, hay que destacar que el solo hecho de que las partes conviertan el acuerdo en “fácilmente ejecutable”, supone que de alguna forma se cubre la posibilidad de que una de las partes no cumpla voluntariamente. Tal proceder, se desprende de la visión más pragmática de la mediación. Si la parte no cumple de forma voluntaria, será porque la mediación está mal hecha. La parte incumplidora no está convencida de que el acuerdo al que se llegue sea equilibrado, beneficioso, respetuoso, etc.

Del acta final se entregará un ejemplar a cada una de las partes. Cuando la mediación se haya iniciado por indicación de la Autoridad Judicial, el mediador familiar le hará llegar a ésta una copia del acta final de la intervención en el plazo máximo de cinco días hábiles.

6.6. TRATAMIENTO DE LA DOCUMENTACIÓN UTILIZADA EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Nuestra Ley de mediación no regula un aspecto tal vez más práctico que teórico pero que sin duda preocupa a aquéllos que se dedican a desempeñar labores de mediación.

El proceso de mediación, como hemos venido indicando, es un proceso largo, heterogéneo, podríamos decir que incluso único e irrepetible porque necesita ser flexible para adaptarse a cada una de las personas que se somete al mismo, precisamente por eso, el mediador puede necesitar y requerir de las partes una cierta documentación. De hecho, el artículo 9 e) prevé que uno de los derechos del mediador es el de recibir de las partes los antecedentes administrativos y judiciales que se consideren necesarios para el buen desarrollo del procedimiento, pero además el procedimiento generará otro tipo de documentación privada, consistente en anotaciones del propio mediador, propuestas de acuerdos parciales o totales que luego no se plasmaron en el acta final, etc.

Así visto, en todo procedimiento mediador se habrán generado dos tipos de documentos: unos que deberán devolverse a las partes y otros que deberán permanecer conservados y custodiados una vez terminado el procedimiento por un plazo, para luego ser destruidos o entregados a las partes, pero que en ningún caso deberán salir del dominio del mediador o de las partes legítimamente interesadas. Entendemos que esta función se encuentra relacionada con el deber de confidencialidad de los mediadores.

Respecto a los primeros documentos que sirvan para acreditar la personalidad, la capacidad, expedientes administrativos, etc., deberán ser devueltos a las partes en la propia sesión constitutiva o cuando ya hayan cumplido la función para la que fueron requeridos.

Pero aun habrá otro tipo de documentos que no han de ser devueltos a las partes de forma inmediata. En tal sentido habrá notas, actas de acuerdos parciales, informes psicológicos, etc., que se han ido generando a lo largo del procedimiento y que han servido para ir avanzando en el proceso. Puesto que el procedimiento mediador es oral, el mediador o mediadores, por lógica, habrán ido documentando adecuadamente las sesiones. No debemos olvidar que en este proceso mediador, junto con las formas clásicas de documentación, conviven o pueden convivir, todo tipo de soportes tecnológicos más avanzados.

Aquí se plantean algunos problemas en torno al deber de conservación y custodia que se impone a los mediadores o a la institución arbitral.

Si se trata de un solo mediador, la labor de custodia y conservación le corresponde exclusivamente a él, y obviamente incurrirá en la correspondiente responsabilidad si la incumple.

Cuando se trata de varios mediadores, puesto que no existe un mediador al que se haya nombrado secretario, y además el legislador no lo dice, parece que la obligación de conservación y custodia corresponde a todos los mediadores salvo que se hubiese pactado otra cosa distinta.

El incumplimiento de este deber de custodia de forma adecuada, entendemos que debería calificarse como infracción muy grave del artículo 28 d) Incumplir el deber de confidencialidad y secreto profesional, y llevaría aparejada la sanción correspondiente del artículo 30.3.

7. LA FIGURA DEL MEDIADOR FAMILIAR Y SU REGULACIÓN EN LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR ARAGONESA

7.1. REQUISITOS PARA ACTUAR COMO MEDIADOR

Una de las piezas fundamentales de la mediación es el mediador. Desde el primer momento, cuando las partes entran en contacto con él, la impresión que reciban las partes de la persona del mediador va a determinar si optan por la vía de la mediación o la rechazan. Pero a partir de esta primera toma de contacto, todo el proceso dependerá fundamentalmente de la aptitud y actitud del mediador, de su profesionalidad, de su preparación, de sus dotes como psicólogo, terapeuta, jurista..., por eso nos enfrentamos a una de las profesiones más complejas y a la vez con un contenido menos perfilado de cuantas existen.

Desde luego, el rol del mediador es sumamente complejo. La responsabilidad que queda en sus manos trasciende lo puramente administrativo o incluso jurídico. Las leyes de mediación en general y las de mediación familiar en particular arbitran toda una serie de derechos, deberes, infracciones y sanciones aplicables a la actuación del mediador, pero además, existe una responsabilidad ética que determina que un buen profesional puede mejorar la vida de dos personas en conflicto en tanto un mal profesional puede destruirla al favorecer que se eleve el nivel de escalada del mismo. No obstante, estamos asistiendo a un fenómeno un tanto preocupante en

que desde todos los sectores profesionales se ve la dedicación a la mediación como una salida profesional con futuro. Sólo la garantía de una formación lo más completa posible puede hacer viable el desarrollo de la mediación. La consolidación de la mediación depende de que las personas que la ejercen estén realmente capacitadas para llevar a cabo la función que se les encomienda. Pero el problema es determinar en qué ha de consistir esa capacitación.

Ciertamente, la normativa europea y la transposición que de la misma se ha ido realizando en los distintos países ha ayudado a clarificar el panorama¹⁷⁵.

La 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 no se pronuncia sobre los requisitos de formación o titulación que ha de cumplir un profesional para poder desempeñar la función mediadora. Su previsión se centra en la exigencia de una formación inicial y continua para que su labor se desarrolle de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes. Exige además a los Estados miembros el establecimiento de mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación (artículo 4). Concibe, por tanto, la mediación como servicio abierto en el que las personas que lo llevan a cabo pueden tener procedencia educativa, formativa o profesional muy diversa, pero a la vez es consciente de que la mediación es fundamentalmente una técnica de acercamiento de dos partes en conflicto y que, como tal, precisa un adiestramiento específico. Esa concepción abierta de la norma europea ha hecho que en este punto la transposición en diversos países se haya materializado de forma muy diversa. Frente a la regulación que se ha venido realizando de esta materia en las legislaciones autonómicas sobre mediación familiar, la Ley 5/2012 de mediación prevé en artículo 5.1 que *las instituciones de me-*

175 HUALDE MANSO: "Del Proyecto de Ley española de mediación (2011) al RD-Ley de mediación (2012)", Dirección de URL: <http://www.mediacionarbitraje.eu/wp-content/uploads/2012/04/Reflexiones-sobre-la-nueva-normativa-de-mediacion-C3%B3n.pdf>.

diación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen, en el art. 11.2 se perfila su formación al considerar que el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con 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 mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Además, en la disposición final octava se prevé que el Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos instrumentos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador.

De nuevo habremos de incidir en cuál es el objeto de la Ley aragonesa de mediación, ya que sólo a partir del mismo podemos ubicar adecuadamente la figura del mediador que el legislador autonómico regula. Desde la óptica de la Ley de MF aragonesa, no hay que olvidar que la mediación se configura como un servicio público que se presta en general mediante determinadas personas con cualificación como mediadores, y en algunos casos por el propio personal de la administración.

En la misma línea se arbitra en el artículo 23.3 de la Ley MF un procedimiento de supervisión de aquellos colaboradores o mediadores externos que descansa en la existencia de un «Registro de Mediadores Familiares de Aragón», de tal forma que «El servicio de mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón se prestará por los profesionales inscritos en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón».

Por tanto, y tal y como aparece regulado, es la Administración la que controla y supervisa las actividades de mediación que se vayan a desarrollar al amparo de esta Ley. El legislador ha dejado al margen de esta norma aquella mediación que se realice por iniciativa propia de los colegios profesionales, corporaciones locales u otras entidades públicas o privadas, que se registrá por la normativa reguladora que corresponda, es más, la Ley no prohíbe que se realicen mediaciones por particulares no inscritos en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, pero, en este caso señala que se regularán por la legislación correspondiente al ejercicio de su actividad profesional.

Según la Ley de MF aragonesa, el mediador es la persona técnica en el proceso de mediación a la que se atribuyen unas funciones muy concretas en la teoría y ciertamente complejas en la práctica. El artículo 17 establece que *durante* el proceso de mediación, el mediador familiar debe:

- a) Restablecer la comunicación entre las partes en conflicto, posibilitando cualquier tipo de intercambio constructivo que conduzca a resoluciones consensuadas.
- b) Procurar un compromiso de acción posterior que permita llevar a la práctica los acuerdos alcanzados, con especial significación de los que se refieran a su responsabilidad coparental.
- c) Facilitar los mecanismos adecuados que establezcan una función preventiva ante el conflicto en gestación, recortando en lo posible los daños emocionales producidos entre los miembros de la unidad familiar, con especial atención a los menores.

En resumen, el mediador desempeña la labor de facilitar la comunicación, ayudar a identificar y analizar el conflicto, mejorar la relación posterior de las partes que, posiblemente, tendrán que mantener relaciones entre sí en función de las necesidades de los hijos.

Desde luego, no existe unanimidad a la hora de delimitar el papel de mediador dentro del proceso de mediación. Algunos son

partidarios de un concepto abierto de la mediación y consideran que, en ocasiones, tiene que asumir un papel más activo que el de mero moderador y facilitador de la negociación. En general, la visión de la mediación en España y en Europa es de una mediación facilitadora, si bien desde el ámbito anglosajón, en el que se lleva trabajando en mediación desde hace más tiempo, tampoco se excluye una mediación evaluativa, de acuerdo con las circunstancias y la materia del conflicto.

En este sentido, en la Directiva de 26 de mayo de 2008, en el considerando 11º, se incluye una referencia a la exclusión de la definición de mediación de las formas «evaluativas» de terceros: *«La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto».*

Ahora bien, este Considerando debe entenderse en el sentido de que se excluyen del concepto de mediación figuras distintas a la mediación como el «informe de experto», o figuras análogas, de repercusión en países anglosajones en los que el tercero hace recomendaciones formalmente, admitiéndose por lo tanto la mediación evaluativa siempre que no conlleve recomendaciones formales.

Repasando el articulado de la Directiva no encontramos ninguna referencia a la aceptación o no de la modalidad evaluativa de mediación, únicamente, en la definición del artículo 3 se remarca que el acuerdo es de las partes, auxiliadas por el mediador, lo que supone que no se ha querido entrar en la disquisición sobre las limitaciones a la mediación, que hubieran impedido el acuerdo de los países europeos con muy diversas visiones sobre la cuestión¹⁷⁶.

176 SOLETO MUÑOZ: “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español” en *Revista eletrônica de Direito Processual*, Volumen III.

Nuestra ley claramente se decanta por una actitud poco intervencionista del mediador, limitando su actuación a la de facilitar el diálogo y, en la medida que sea posible poner de relieve los daños emocionales que el conflicto y su permanencia en el mismo puede acarrear no sólo para los ellos mismos sino también, y sobre todo, para los menores.

El legislador aragonés parte de que la formación de los profesionales para la práctica de la mediación familiar es el eje esencial alrededor del cual se puede crear una efectiva mediación familiar y precisamente a regular la figura del mediador familiar le dedica el Capítulo II.

El artículo 8 de la Ley MF establece los requisitos que la persona física que desee actuar como mediador familiar dentro del ámbito de aplicación de esta Ley debe poseer y son: ostentar una titulación universitaria, acreditar la formación específica en mediación en los términos que se establezcan reglamentariamente, figurar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón y además, estar colegiado en el correspondiente colegio profesional, excepto que se trate de un empleado público al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo.

La titulación universitaria

Para entender la actual regulación en torno a este aspecto, se hace necesario recordar aquí cómo se inicia la andadura sobre la necesaria formación del mediador¹⁷⁷. No podemos olvidar que nos

Dirección de URL:http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/la_mediacion-metodo-de-resolucion-alternativa-de-conflictos-en-el-proceso-civil-espanol/#topo.

¹⁷⁷Seguimos en esta exposición a GARCÍA VILLALUENGA: "Procesos de mediación en la intervención social: "formación y profesionalización del mediador familiar: realidades y expectativas", en *Rev. Área Social*, n° 3. marzo 2003, pág. 3 y ss.

encontramos ante un campo relativamente moderno. De hecho, los primeros cursos en mediación familiar, son cursos de corta duración ofrecidos, en la mayoría de los casos, desde asociaciones familiares. Fue el interés de ampliar sus conocimientos y la necesidad de una sólida formación para enfrentarse con las sesiones de mediación lo que llevó a que poco a poco se fueran incrementando el número de horas de formación, se introdujeran nuevos contenidos y se incluyeran prácticas supervisadas como colofón al proceso formativo.

El primer punto de inflexión aparece cuando en el I Congreso europeo de mediación familiar, en 1991, se toma el acuerdo de crear una comisión integrada por los responsables de los principales centros de formación en mediación en Europa, que realiza un balance de los diferentes modelos de formación que se estaban impartiendo en los países europeos, precisa cuáles han de ser los contenidos necesarios para la formación de un mediador, y planea el proceso a seguir para obtener el reconocimiento de las autoridades competentes de la formación en Mediación Familiar.

Como consecuencia de ese trabajo, se redacta y aprueba la Carta Europea para la Formación de mediadores familiares en las situaciones de divorcio y separación en 1992. En la misma se distinguía entre lo que se denominaba acciones de sensibilización que tenían por objetivo *informar* sobre el contenido de la práctica de la mediación familiar, y las ventajas que suponía su aplicación en los problemas derivados de las situaciones de separación y divorcio. Estos cursos de corta duración, se dirigían a un público amplio, interesado más en informarse sobre la mediación familiar que en adquirir las herramientas necesarias para poder ejercer como mediador.

Las otras acciones, reconocidas en la Carta, iban dirigidas a la formación para la práctica y, al contrario de las anteriores, tenían por objetivo proporcionar las competencias necesarias para desempeñar la mediación, y se centraban en conseguir que los alumnos adquirieran el dominio de las técnicas básicas para la mediación, de algunas nociones jurídicas y psicológicas y la realización de unas

prácticas. Todo ello se realizaba durante un periodo más extenso de tiempo (unos treinta días o 180 horas).

Los avances en formación y la práctica de la mediación, tras la Carta Europea, fueron notables, pero la preocupación de las distintas entidades implicadas en mediación por seguir avanzando en este ámbito determinaron el nacimiento del Foro Europeo de Mediación familiar, en cuyo seno se establecieron los estándares de base para la formación profesional de mediadores familiares que, partiendo también de la distinción entre acciones formativas y otras de formación práctica para la mediación incide en la exigencia de que los formadores sean mediadores familiares profesionales y que solo de forma puntual intervengan especialistas en diferentes materias (derecho, psicología, sociología...) que en todo caso serán supervisadas por el mediador responsable de la formación. Se mantiene la duración y se incide en que se dedique un tiempo adecuado a la formación práctica.

Hasta este momento, nos encontrábamos con un panorama en el que no existía una regulación legal, y tal ausencia viene a ser resuelta por la Recomendación nº R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, que establece que los Estados deberán velar para que existan mecanismos apropiados que aseguren la existencia de la Mediación a través de procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los terceros.

La Recomendación simplemente señala la necesidad de que existan mecanismos que garanticen la capacitación suficiente de los mediadores pero en absoluto persiguió fijar cuáles habían de ser los procedimientos o los criterios que se habían de seguir para formar un mediador o cuál había de ser el contenido del curso de formación.

El 19 de abril del 2002 la Comisión de las Comunidades Europeas, a solicitud del Consejo, presenta el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, en el cual se perfilan algunas directrices de la

política a aplicar en la regulación de la mediación y, en lo que ahora nos ocupa, en la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad”.

A este respecto, señala el Libro Verde que al ser las partes las que eligen a los terceros responsables del proceso de ADR, tal selección resulta más fácil cuando éstos están comprometidos con un código deontológico; para ello se plantea la acreditación de los mismos. El Libro Verde señala que “la formación profesional desempeña pues un papel primordial, y no sólo desde el punto de vista del funcionamiento de las ADR, de su calidad y, por consiguiente, de la protección de los usuarios de las ADR, sino también en la perspectiva de la libre prestación de servicios que garantiza el artículo 49 del Tratado”.

Tales manifestaciones tienen una notable trascendencia pues supone un reconocimiento de la necesidad de una formación de calidad que capacite, en el tema que nos afecta, a mediadores para que la institución de la mediación pueda desarrollarse idóneamente y redunde en beneficio de los usuarios y en garantía del servicio que se preste.

Reconoce el texto la labor que están llevando a cabo las asociaciones de ADR al impartir, en muchos casos, formación para sus miembros, estableciendo un sistema de certificación, acreditación y evaluación periódica de los asociados; impulsando códigos de deontología y de resolución de conflictos. En todo caso, plantea el documento la importancia de “crear una competencia específica en materia de ADR que, cuando los terceros no pertenezcan a una profesión regulada, pueda garantizar el control de las calificaciones y permitir la libre circulación de los terceros”.

En relación con la acreditación de los terceros, señala el Libro Verde que es a las autoridades públicas a las que corresponde cerciorarse de que existen garantías mínimas de competencia de los terceros, y se pregunta si aquéllas deberían continuar el esfuerzo de los profesionales estableciendo sistemas de acreditación sin mer-

mar la flexibilidad y la simplicidad de las ADR. Por otra parte, señala que cuando los terceros pertenecen a una profesión regulada, el sistema general de reconocimiento mutuo de las calificaciones por los Estados miembros o las Directivas destinadas a facilitar la prestación de servicios y el establecimiento de los abogados, podrán aplicarse, observando que, en caso contrario, pueden plantearse problemas.

Como ya indicamos, nuestra Ley hace el número trece de las Comunidades Autónomas que han aprobado y promulgado sus respectivas leyes de Mediación Familiar. En todas ellas se advierte como punto común la existencia de un precepto sobre la necesidad de la formación, que han de tener los mediadores familiares para poder actuar como profesionales de la mediación familiar. Sin embargo, discrepan en cuanto a la formación o carrera de origen, de la que han de proceder los mediadores familiares y en la formación específica que han de tener o adquirir para su ejercicio profesional.

Respecto al primer punto, esto es, respecto a la formación previa exigible, todas la Leyes Autonómicas exigen a los futuros mediadores familiares que posean una titulación universitaria. El artículo 8.1 prevé que el mediador familiar deberá poseer una titulación universitaria y acreditar la formación específica en mediación, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Cuestión distinta es concretar cuáles han de ser esas carreras de origen. Unas leyes señalan números clausus en las carreras de origen, en tanto otras simplemente lo indican a título ejemplificativo dejando abierta la posibilidad de que sean otras distintas de las indicadas. Nuestra Ley pertenece a este segundo grupo de las Leyes Autonómicas¹⁷⁸.

178 En el mismo sentido los ordenamientos de la Comunidad de Madrid, Valencia, Canarias, Andalucía, Cantabria y Galicia.

Formación específica en mediación en los términos que se establezcan reglamentariamente

La Ley de MF aragonesa omite cualquier referencia a cuál ha de ser el contenido de esa formación específica, seguramente porque se anuncia un desarrollo reglamentario que, a día de hoy, no se ha producido. Al legislador le ha parecido oportuno simplemente incluir que la homologación de entidades susceptibles de impartir la formación en mediación familiar a que se refiere el artículo 8, así como la aprobación de los correspondientes programas docentes, corresponderán al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón.

Con todo, tal vez no hubiera estado de más incluir alguna previsión similar a las de otras leyes autonómicas, como la de Castilla y León, Ley 1/ 2006 de 6 de abril, en cuyo artículo 8 se establece que "Acreditar la formación en mediación familiar en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, por un mínimo de trescientas horas impartidas, organizadas o tuteladas por Instituciones Universitarias o Colegios Profesionales" o la del País Vasco, 1/2008, de 8 de febrero, en cuyo artículo 9 punto 2: "...será imprescindible demostrar una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar... La preparación citada, que también habrá de ser desarrollada reglamentariamente por el Gobierno Vasco, deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico en mediación de una duración mínima de 200 horas. Este curso comprenderá entre sus materias aspectos relativos al Derecho de familia y a la psicología de la familia y de sus componentes como personas individuales, y contenidos sobre aspectos psicosociales de la familia, mediación en general y conflictos".

Existe consenso en la necesidad de que exista una formación o capacitación específica para aquéllos que actúen como mediadores. Algunas corrientes consideran que debe ser una nueva profesión que exigiría unos estudios propios, esto es, un grado propio con sus propios prerrequisitos académicos para el ingreso. Para otros,

se trata de dotar de una serie de competencias y habilidades que se pueden adquirir y desarrollar a partir de una profesión preexistente. En cualquiera de los dos casos, en lo que todos están de acuerdo es en la necesidad de una formación especializada.

Nos encontramos ante una nueva profesión que puede ser desarrollada por profesionales de muy variado origen pero que necesariamente tienen que poseer conocimientos psico-socio-familiares y estar en estrecha relación con el mundo jurídico y social.

Colegiación en el correspondiente colegio profesional

Nuestra Ley exige el requisito de la colegiación excepto que se trate de un empleado público al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo.

Ciertamente, es una Ley en la que a los Colegios profesionales se los relega a un papel de simples colaboradores y en condiciones que posiblemente se determinen en el desarrollo reglamentario correspondiente.

Hasta el momento presente, no existe un colegio profesional de mediadores, ya que sería de muy difícil mantenimiento debido a que todavía el profesional no tiene los ingresos necesarios para poder sostener este tipo de instituciones. Por eso nuestra Ley remite a la colegiación en el «correspondiente colegio profesional» (artículo 8.3) que en cada caso será el propio del profesional (abogados, psicólogos, trabajadores sociales, etc.). Se exceptúa de la necesidad de colegiación a los empleados públicos al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo.

El gran problema ante el que nos encontramos es la dificultad de diseñar cuales han de ser los conocimientos necesarios para poder desarrollar con eficacia la labor mediadora.

Nuestra Ley apuesta por un desarrollo reglamentario posterior del estatus de mediador. Tal vez, solo un grado propio aseguraría la formación necesaria, pero también es cierto, que esto no es en principio lo que nuestra sociedad, tal vez ya excesivamente especializada, parece buscar.

Refiriéndonos concretamente al aspecto técnico-jurídico de la materia, al mediador no se le exige tener una titulación que avale determinado nivel de conocimientos jurídicos, lo cual probablemente resultaría necesario a la vista de que el artículo 20 establece. Obviamente si los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar, cuando se refieran a rupturas de la convivencia de los padres, deben ser aprobados por el Juez, en los términos que, para el pacto de relaciones familiares, establece el artículo 3 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, se está dando por supuesto que ese acuerdo tiene un contenido determinado que ha tenido que ser supervisado por el mediador.

Lo mismo ocurre cuando son acuerdos sobre materias distintas. Las partes podrán elevarlos a escritura pública o solicitar la homologación judicial de los mismos por el tribunal que conociere del litigio al que se pretende poner fin.

Es decir, si el mediador carece de la formación jurídica adecuada, puede conducir a las partes hacia la aprobación de un acuerdo que no sea luego susceptible de homologación o ejecución judicial. Pero esto no puede significar que el único título académico admisible para ejercer como mediador deba ser el de licenciado o graduado en Derecho. A un licenciado en derecho pueden faltarle el resto de habilidades propias del resto de los profesionales de otras ramas de la ciencia. Sin embargo, sí parece exigible que en los cursos específicos de formación de futuros mediadores, hayan de incluirse una formación jurídica básica pero consistente.

Inscripción en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón

En todo caso, y en todas las leyes autonómicas, se requiere la inclusión en un Registro. La Ley de MF de Aragón así lo prevé en el artículo 8.3 al establecer que *el mediador familiar deberá figurar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón*.

El Registro aparece como un instrumento que sirve para regular, reconocer y de alguna manera controlar quienes son los profesionales que van a actuar como mediadores, garantizando una formación adecuada.

La función básica del Registro debe ser reconocer la profesionalidad de aquellos que ejercen como mediadores familiares pero, obviamente, desde el momento en que nos encontramos ante un órgano administrativo, también servirá para ejercer un cierto control y promover la formación y actualización conveniente de todos aquellos que pretendan operar como mediadores en la Comunidad.

7.2. DERECHOS Y DEBERES DEL MEDIADOR

Tal vez de nuevo sea bueno recordar que estamos ante un procedimiento que se basa en un contrato atípico, en el cual las partes prestan su consentimiento pero lo hacen de tal modo que el contrato inicial obliga a las partes respecto al mediador, pero no a la una respecto a la otra. Partiendo de tal aseveración, puesto que existe un contrato entre las partes y el mediador, del mismo se derivarán una serie de derechos y, cómo no, una serie de deberes para las dos partes.

Muchas de las leyes de mediación familiar autonómicas indican cuáles son los deberes y derechos de las partes, sin embargo la nuestra sólo indica los que son propios del mediador, sin hacer una referencia expresa a los de las partes, que se infieren en algunos casos del propio articulado de la Ley al hilo de los derechos propios del mediador.

Esos derechos y deberes del mediador no son derechos y deberes que aparezcan de forma autónoma sino que se derivan directamente de los principios que vertebran el proceso mediador. Como ya en su momento expusimos, los principios recogidos por la ley de MF aragonesa, en muchos casos, son los principios que regulan la propia actuación del mediador y no el desenvolvimiento procesal de la mediación.

Cuando la Recomendación N° R (98) 1 dedica el punto III a los procesos de mediación, y desarrolla a través de nueve puntos cuáles son los principios que deben regir la mediación, en estos puntos se entremezclan principios propios del proceso, principios de la actuación de las partes y principios propios de la labor del mediador. Así, la libertad de las partes en conflicto y del mediador para participar en los procedimientos de mediación, la igualdad de las partes, la imparcialidad, la neutralidad, el principio de legalidad, el deber de no imponer una postura a las partes, el deber de confidencialidad, el deber de otorgar prioridad a protección del bienestar e interés del menor y personas con discapacidad, la profesionalidad y ética del mediador, la buena fe de las partes en conflicto y del mediador, la sencillez y la rapidez del procedimiento y otros que, junto con los deberes del mediador familiar en el ejercicio de su profesión, perfilan una actuación reglada de la mediación.

En idéntico sentido, cuando el apartado III-I de la citada Recomendación establece que “el mediador debe ser *imparcial* en su relaciones con las partes”, en el apartado III-II de la Recomendación se exige que el mediador sea *neutral*, en el apartado III-III de la Recomendación obliga al mediador a respetar los puntos de vista de las partes y garantizar que los acuerdos a que las partes lleguen sean ajustados a Derecho, siendo un hecho constitutivo de infracción la adopción de acuerdos contrarios a Derecho, o en el apartado III-IV de la Recomendación que impone al mediador el deber de abstenerse influir para que las partes adopten un determinado acuerdo en contra de su autonomía de la voluntad, el deber de confidencialidad que

viene establecido en el punto III-VI de la Recomendación, el *deber de informar* a las partes de la posibilidad que tienen de acudir al consejo conyugal u otras formas de consejo como modo de regular los problemas en el apartado III-VII de la Recomendación, etc., lo que encontramos recogidos no son sino un catálogo de derechos y obligaciones.

La Ley de MF aragonesa, siguiendo el ejemplo de otras muchas de las leyes autonómicas, dedica de forma expresa dos preceptos, el artículo 9 y el 10 a regular los derechos y deberes del mediador.

7.2.1. DERECHOS DEL MEDIADOR

El artículo 9 está destinado a regular cuáles son los derechos del mediador. Se trata de un catálogo que puede sistematizarse de la siguiente forma en atención a cuatro ámbitos de su labor:

Voluntariedad

En primer lugar, la Ley reconoce el derecho del mediador a no hacerse cargo de un proceso cuando entienda que por alguna razón no es posible alcanzar el objetivo previsto y, en cualquier caso, se le reconoce el derecho a dar por finalizada la mediación cuando considere que continuar con la misma no es eficaz para los fines perseguidos (artículos 9,a) y 9,b)). Se trata de una manifestación más del principio de voluntariedad que también debe regir la labor del mediador. En el desarrollo del proceso, está claro que la voluntariedad del mediador ha de valorarse como esencial para su buena marcha, permitiéndosele dar por terminada la mediación cuando así lo considere adecuado, por ejemplo, en el momento en que aprecie la falta de la colaboración necesaria de alguna de las partes para continuarla 61, o cuando valore que no se dan las circunstancias idóneas para proseguir atendiendo a la finalidad y principios de la mediación.¹⁷⁹

179 GARCÍA VILLALUENGA: La mediación a través de sus principios... cit., pág. 726.

El mediador no puede ser obligado o compelido a participar en un proceso de mediación si por circunstancias determinadas considera que no debe hacerlo. En este caso, el artículo 9.a) otorga al mediador la posibilidad de rechazar las solicitudes de mediación cuando, por causas razonadas, se presume que no van a alcanzarse los fines perseguidos por ésta y también en el artículo 9.b) dar por finalizada la mediación cuando existan motivos que demuestren la ineficacia del procedimiento.

Cuestión que no se contempla, pero que pensamos que también estaría aquí incluida, es la posibilidad de que aun cuando el mediador considere que el proceso mediador puede ser eficaz y por tanto debe continuar, entienda que él no es la persona idónea para continuar con el mismo, aun no estando incurso en alguno de los supuestos que le obligarían a abstenerse del artículo 10 f) y 10 g). Creemos que la complejidad de un asunto o la especialidad propia del conflicto, pueden aconsejar al mediador abstenerse a favor de otro profesional.

Esa voluntariedad tiene, unos límites muy definidos y son los previstos en el artículo 27, donde se sanciona como falta grave rechazar la iniciación de un procedimiento o abandonar la función mediadora iniciada cuando no concorra causa justificada. En el mismo sentido la Ley establece como infracción muy grave abandonar la función mediadora sin causa justificada si además comporta un grave perjuicio para las personas menores implicadas en el proceso y las personas dependientes.

Independencia

En segundo lugar, la Ley reconoce un derecho, que a la vez es un deber, y es el de actuar con independencia y libertad en el ejercicio de sus funciones (art. 9,c).

El artículo 2.1 del Código de conducta europeo para mediadores, bajo el epígrafe destinado a regular la independencia del media-

dor, prevé que un mediador antes de iniciar o de continuar su tarea, deberá revelar cualquier circunstancia que afecte o pueda afectar a su independencia o bien crear un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes, cualquier interés financiero u otro de otro tipo, directo o indirecto, en el resultado final de la mediación o que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación a condición de que esté seguro de poder mediar con total independencia, con el objeto de garantizar su completa imparcialidad y siempre que las partes lo consientan explícitamente.

Así planteado, cuando se habla de independencia como un derecho del mediador estamos sentando las bases con un doble contenido. Por una parte, el mediador no tiene que someterse en el empeño de su función a presiones que provengan ni de las partes ni de la institución mediadora en donde desempeñe su labor, de tal forma que una vez que el mediador ha puesto de manifiesto su total ajenidad personal y de intereses con respecto a las partes o, estando incurso en alguna de las causas que darían lugar a su abstención, esta ha sido puesta de manifiesto y las partes han aceptado su mediación, el mediador será libre para desempeñar su función sin que las partes o la institución le puedan remover de su puesto si no es por causa justificada.

Información y asesoramiento

En tercer lugar, el mediador tiene derecho a contar con la suficiente información y, en su caso, asesoramiento para el desempeño de su labor (9.d) y 9.e)).

La labor del mediador exige una preparación importante, de tal forma que anteriormente a la primera sesión de mediación se lleva a cabo toda una labor de preparación de la misma, lo que se ha

dado en llamar la pre-mediación. Partiendo del principio de confidencialidad, las partes están obligadas a facilitar al mediador todos los antecedentes administrativos y judiciales que se consideren necesarios para el buen desarrollo del procedimiento (9.e). Si las partes o alguna de ellas se negará, tal conducta implicaría una ruptura del principio de buena fe, y es una de las causas que podrían dar lugar a que el mediador diera por finalizado el proceso (artículo 19.a))

Cuestión sobre la que merece la pena reflexionar es sobre la posibilidad de que el mediador solicite la asistencia de técnicos y colaboradores cuando su presencia sea indispensable para garantizar los objetivos de la mediación (9.d). El problema proviene de que, como antes decíamos, la mediación es un proceso en el que se mezclan una pluralidad de materias cuyo manejo y conocimiento excede en muchos casos de lo que el propio mediador puede conocer. Creemos que una mediación precisaría de un equipo pluridisciplinar para poder desarrollar de forma eficaz su trabajo, pero en la realidad estamos ante una mediación en la que un solo mediador desempeña un trabajo para el que a veces no está completamente preparado. En este estado de cosas, se le concede la posibilidad de un auxilio, pero con una particularidad un tanto curiosa, y es que los gastos que se deriven de este tipo de auxilio externo no correrán en ninguna caso por cuenta de las partes.

Percepción de honorarios

En cuarto y último lugar está el derecho de todo mediador a percibir una remuneración por su trabajo (9.f)).

La Ley reconoce el derecho que todo trabajador tiene y es el de percibir los honorarios que reglamentariamente se establezcan (9.f). En esta Ley no aparecen los deberes de las partes, y por eso no se contempla que uno de los deberes de las partes de la mediación es el de proceder a la retribución de los honorarios profesionales y de los gastos generados a la persona mediadora por el proceso de mediación, excepto que se trate de un servicio de mediación prestado

de forma gratuita o sean beneficiarios del derecho a la mediación gratuita, si bien es cierto que se reconoce esta obligación cuando se establece en el artículo 24.2 que, salvo que las partes tengan derecho al servicio de mediación gratuita, en cualquier otro supuesto el servicio será abonado por los interesados según las tarifas que se establezcan reglamentariamente.

Nuestra Ley prevé en el artículo 4 que existirá un servicio de mediación familiar, adscrito al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón, que tendrá como finalidad la prestación de este servicio social de mediación en las condiciones y con los requisitos que se establecen en esta Ley, así como proporcionar asesoramiento, ayuda y formación a las personas y entidades relacionadas con la materia. Esto no significa que necesariamente la persona mediadora empleada pública no tenga derecho a percibir una compensación económica. Solo en los supuestos de beneficio gratuito, la parte o partes no tendrán que pagar al mediador y quedará a cargo del organismo público en el que preste sus servicios dicho mediador.

El artículo 24 de la Ley MF establece que el servicio de mediación será gratuito en los casos en que así lo determine el departamento competente en mediación familiar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón atendiendo a las especiales circunstancias económicas o sociales de los interesados, Igualmente lo será cuando la iniciación de la mediación sea por la Autoridad Judicial y los solicitantes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Además, y aparte de los honorarios puramente dichos, el mediador debe poder integrar otras partidas (alquiler de espacios, esos informes de expertos a los que antes hacíamos referencia, etc.). Todo aquello en definitiva que tenga una relación directa con la mediación realizada. Esto suponemos que se desarrollará por vía reglamentaria, pero en cualquier caso, dificulta la posibilidad de que las partes puedan conocer desde el inicio el coste de la mediación.

7.2.2. DEBERES DEL MEDIADOR

El mediador, a partir del momento de su designación y aceptación, queda obligado a proporcionar a las partes una serie de servicios cuyo objetivo es facilitar el diálogo y la comunicación entre las partes para intentar evitar, aminorar o resolver un conflicto. Esa intervención del mediador, que se inspira en una serie de principios que ha de garantizar con su conducta, no siempre va a desembocar en la obtención de un acuerdo entre las partes, entre otras cosas porque su misión no es ésa exactamente, sino que su encargo se limita a poner a las partes en el camino adecuado para que sean ellas quienes propongan un acuerdo que ponga fin a su disputa. La obligación del mediador es por tanto una mera obligación de actividad, y esa actividad consiste en desarrollar el proceso mediador acorde a los principios regulados.

Así pues, exista o no acuerdo, una vez que el mediador desarrolla su actividad, se habrán generado una serie de obligaciones y derechos para las partes y para el mediador.

Alguna doctrina¹⁸⁰ encuadra esta función del mediador dentro de lo que sería un arrendamiento de servicios de los regulados en el artículo 1.542 y 1.544 del CC. Naturalmente, el trabajo del mediador no es de carácter puntual y uniforme, sino que consistirá en la labor que en las sucesivas sesiones de mediación vaya realizando.

El artículo 10 de la Ley de MF aragonesa recoge de forma explícita cuales son los deberes propios del mediador. De nuevo, al igual que antes decíamos, tales deberes surgen directamente de los principios que han de regir el proceso y la actuación del mediador.

El mediador familiar tiene los siguientes deberes:

180 GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar...* cit., pág. 560.

- a) **Intervenir en los procedimientos de mediación que le sean derivados desde el departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón en los términos que señale la Ley**

Esta previsión ha de ser puesta en relación con el principio de voluntariedad. Para empezar, y salvo que medie alguno de los supuestos que determinan la incompatibilidad del mediador para intervenir en un caso concreto, el mediador designado deberá intervenir en el procedimiento de mediación que le haya sido adjudicado por el Departamento correspondiente, sin abandonarla salvo que exista causa justificada.

- b) **Facilitar la comunicación y la consecución de acuerdos y compromisos entre las partes**

Se trata de uno de los deberes que se pueden denominar intrínsecos a la propia figura del mediador, ya que si alguna labor es la propia del mediador es la de facilitar la comunicación entre las partes. A pesar de la dicción de la Ley, el mediador difícilmente puede facilitar la consecución de acuerdos ya que, como ya vimos al hablar del principio de neutralidad, debe mantener una postura aséptica que en nada debe influir para que las partes lleguen a acuerdos y compromisos.

- c) **Cumplir con las normas deontológicas que se establezcan por su colegio o asociación profesional**

El mediador debe tener una cierta autoridad moral que exige no sólo la competencia profesional sin también una integridad personal. El eje de la mediación es la voluntariedad y por tanto el mediador tiene que ofrecer los servicios propios de un profesional, pero sobre todo los propios de un ser humano íntegro, consciente de que su labor no es la de un abogado o la de un psicólogo sino que trasciende tales profesiones. Como antes indicamos, ante la ausencia de un colegio profesional propio, la Ley de MF aragonesa se

remite al colegio profesional propio de la titulación del mediador en cada caso.

d) Garantizar una imparcialidad y neutralidad absolutas

Se hace depender este deber de los dos principios rectores del proceso a los que antes nos hemos referido. El mediador en su actuación debe mostrar una absoluta falta de interés tanto con respecto a las partes como al objeto del proceso y, en este sentido, cualquier lazo que le una con alguno de los sujetos o con la materia propia de esa mediación deberá determinar su abstención.

En el mismo sentido se recogen los deberes a los que hace referencia las letras g) y j) de este artículo 10 de la Ley¹⁸¹.

Asimismo, y en esta línea, el mediador no puede influir en las partes para que éstas lleguen o dejen de llegar a un acuerdo. En la mediación, el papel del mediador es el de simple facilitador de la comunicación y no la de consejero o asesor.

e) Mantener la confidencialidad necesaria sobre la información obtenida durante el procedimiento de mediación, excepto si comporta amenaza para la vida o integridad física o psíquica de una persona

De nuevo el legislador recoge como deber lo que antes había regulado como principio propio del procedimiento: la confidencialidad. Como antes indicamos, la confidencialidad no es un valor ab-

181 g) Abstenerse de intervenir cuando exista, con cualquiera de las partes, relación de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o se tenga o se haya tenido algún tipo de relación personal, afectiva o profesional que menoscabe el ejercicio de sus funciones.

j) Abstenerse de intervenir cuando tenga intereses económicos, patrimoniales o personales en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudieran influir los resultados de la mediación.

soluta sino que debe ceder ante valores superiores como son la vida o la integridad física o psíquica de la persona.

f) Salvaguardar sobre todo el interés superior de los menores de edad y atender a las especiales circunstancias de las personas con discapacidad o aquellas en situación de dependencia

Aunque no prosperó su inclusión como principio del proceso¹⁸², sí se incluyó dentro de los deberes propios del mediador. La propia esencia del procedimiento de mediación, como fórmula de gestión positiva de un conflicto, engloba la necesidad de preservar los intereses de aquellos sujetos que, ya sea por la minoría de edad o por sus circunstancias personales, aparecen como los más débiles en una situación de conflicto. El mediador se convierte en paladín de los mismos y, en este sentido, puede incluso quebrarse su absoluta imparcialidad o neutralidad, ya que ante todo habrá de salvaguardar estos intereses concretos.

h) Informar a las partes sobre el coste o gratuidad, en su caso, del servicio de mediación

Si el cobro de los honorarios se recoge como un derecho del mediador, también se recoge el anverso del mismo al establecer como uno de los deberes del mediador dar la suficiente información a las partes sobre el costo de la mediación.

Tal y como se regula en el artículo 22 de la Ley, corresponde al departamento competente en mediación familiar del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de las que correspondan al departamento que tenga a su cargo la Administración de Justicia, establecer las retribuciones de las personas mediadoras que presten sus servicios a través del Registro de Mediadores Familiares de Aragón.

¹⁸²Se quiso introducir sin éxito un nuevo principio que fue el propuesto en la enmienda núm. 35 por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista.

Asimismo, el artículo 24 indica en qué casos será gratuito. De todas formas, en cualquier otro supuesto, el servicio será abonado por los interesados según las tarifas que se establezcan reglamentariamente. Siendo así, es absolutamente necesario que el mediador informe a las partes del coste de la mediación. Si incumpliera este deber, la propia Ley considera que se está incurriendo en una infracción de carácter leve.

i) Denunciar ante las autoridades administrativas o judiciales los casos en que pueda apreciarse que, por alguna de las partes, se esté cometiendo cualquier actuación ilícita

Como en su momento ya expusimos, se trata de uno de los límites de la confidencialidad. La confidencialidad no es un principio absoluto y por tanto, en el supuesto de que a través del ejercicio de su labor el mediador tuviera conocimiento de la existencia de alguna actuación ilícita, tendrá la obligación de ponerla de relieve, sin que el deber de guardar secreto quede conculcado.

k) Redactar, firmar y entregar a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones

Desde el inicio, y a pesar de la informalidad del procedimiento mediador, éste exige una cierta documentación que ha de ser llevada a cabo por el mediador. Tanto la redacción del contrato de mediación como de las actas, como del acuerdo, si es que la mediación termina en acuerdo, han de ser elaboradas o al menos supervisadas por el mediador. Todos estos documentos han de ser leídos y firmada por los participantes. El mediador debe entregar una copia a cada parte y, en su caso, remitirla al tribunal para su aprobación.

Si no hay acuerdo, el mediador debe elaborar un acta de término. El acta debe, en lo posible, ser firmada por los participantes. También en este caso, si se trata de una mediación intrajudicial, el

mediador debe entregar copia de ella y enviarla al Tribunal. El mediador se convierte así en el fedatario del proceso de mediación.

Naturalmente, unido a este catálogo de obligaciones está la posibilidad de aparición de responsabilidad y sus correspondientes sanciones, y así en el artículo 11 se establece que el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente Ley, siempre que comporte una actuación u omisión constitutiva de alguna de las infracciones administrativas previstas en su Capítulo V, dará lugar a la imposición de las sanciones correspondientes, previa tramitación del oportuno procedimiento.

7.4. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Las leyes autonómicas en esta materia no son unánimes a la hora de designar a una instancia pública como el órgano competente para imponer sanciones en función de la gravedad de las infracciones cometidas por los mediadores. Frente a alguna¹⁸³ en que se encarga a los Colegios Profesionales dicha tarea. La Ley MF de Aragón, en su artículo 32 establece que la competencia para la imposición de las sanciones previstas en la presente Ley corresponderá, en caso de faltas leves, al director general competente en mediación familiar y, en caso de faltas graves y muy graves, al consejero competente en dicha materia.

La tutela administrativa ampara a la institución de la mediación en todo momento. Desde el primer momento en que se regulan las condiciones subjetivas de los mediadores hasta el diseño de los principios que han de regir el proceso, el desarrollo del mismo y ya por fin el control sancionador.

Según la Ley de MF aragonesa tanto las infracciones como las sanciones se establecen acorde a criterios diferentes lo cual da lugar a una cierta sensación de inseguridad jurídica¹⁸⁴.

183 En concreto la Ley de MF de la Comunidad de Madrid y la Catalana.

184 En tal sentido GARCÍA PRESAS: *La mediación familiar...* cit., pág. 485.

Las infracciones recogidas en esta Ley son de naturaleza administrativa, quedando expedita la vía judicial para exigir la responsabilidad en la que el mediador haya podido incurrir en el ejercicio de sus funciones (Cfr. Artículo 26).

La tramitación de los expedientes sancionadores derivados de la comisión de infracciones previstas en la presente Ley se ajustará al procedimiento general establecido para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma de Aragón (cfr. Artículo 34).

El artículo 26. califica como infracciones leves, las siguientes conductas.

- a) No comunicar al Registro de Mediadores Familiares de Aragón la información correspondiente en la forma que se determine reglamentariamente.
- b) No informar a las partes, con carácter previo al inicio del proceso, sobre el coste de la mediación en los supuestos de no gratuidad.
- c) No entregar a las partes una copia de las actas inicial y final.
- d) Incumplir cualquier deber de los señalados en el artículo 10 de la presente Ley, cuando dicho incumplimiento no esté calificado como infracción grave o muy grave.

Este tipo de infracciones es sancionada, según prevé el artículo 30 con:

- a) Apercibimiento o amonestación por escrito.
- b) Multa de hasta 300 euros.

En el artículo 27 se recogen las acciones u omisiones que se califican como infracciones graves:

- a) Rechazar la iniciación o abandonar la función mediadora iniciada, cuando no concurra causa justificada.
- b) Incumplir el deber de abstenerse de intervenir cuando concurra causa de abstención.

- c) Incurrir en grave falta de respeto hacia las partes sometidas a mediación.
- d) Excederse, sin causa justificada, del plazo fijado en el artículo 18 de la presente Ley para el desarrollo del proceso de mediación.
- e) Cometer la tercera falta leve en el término de un año.
- f) No dar respuesta a las quejas o reclamaciones debidamente presentadas.

Este tipo de infracciones es sancionada, según prevé el artículo 30 con:

- a) Suspensión temporal para ejercer como persona mediadora por un período de entre tres meses y un año.
- b) Multa desde 301 hasta 6.000 euros.

Por último el artículo 28 califica como infracciones muy graves las siguientes conductas:

- a) Cobrar compensaciones económicas u honorarios o gastos por la actividad mediadora en aquellos supuestos en que las partes tengan reconocida la gratuidad de la misma.
- b) Ejecutar actos que supongan una discriminación por razón de sexo, raza, religión, lengua, lugar de nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de las partes sometidas a mediación.
- c) Abandonar la función mediadora sin causa justificada, si además comporta un grave perjuicio para las personas menores implicadas en el proceso y las personas dependientes.
- d) Incumplir el deber de confidencialidad y secreto profesional.
- e) Incumplir los deberes de neutralidad e imparcialidad regulados en esta Ley.
- f) Adoptar acuerdos manifiestamente contrarios a Derecho que causen perjuicio grave a las partes sometidas a la mediación.

- g) Cometer una infracción, cualquiera que sea, cuando el autor haya sido sancionado por resolución firme por la comisión de dos faltas graves en el término de un año.
- h) Participar en procedimientos de mediación estando suspendido para ello o ejercer la mediación familiar prevista en la presente Ley sin estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón.
- i) Comenzar o proseguir la mediación en aquellos supuestos expresamente excluidos en el artículo 13.3 de la presente Ley.

Este tipo de infracciones es sancionada, según prevé el artículo 30, con:

- a) Suspensión temporal para ejercer como persona mediadora por un período de entre un año y un día y tres años.
- b) Multa desde 6.001 hasta 15.000 euros.

Como puede observarse el legislador prevé una graduación de las sanciones que se vayan a imponer. Para dicha graduación, el art. 31 prevé que habrá de tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- a) La gravedad del perjuicio psíquico, moral o económico ocasionado a las partes del procedimiento de mediación, cuando no se haya tenido en cuenta para tipificar la infracción.
- b) El grado de intencionalidad o negligencia en la acción u omisión.
- c) El beneficio económico obtenido por la persona infractora, de forma que la sanción que se le imponga no sea inferior al beneficio obtenido con la comisión de la infracción.
- d) La trascendencia social de la infracción.
- e) La reincidencia o reiteración cuando no se haya tenido en cuenta para tipificar la infracción. Se entenderá que existe reincidencia cuando se haya cometido, en el término de un

año, más de una infracción de la misma naturaleza, declarado así por resolución firme en vía administrativa.

- f) El incumplimiento de advertencias o requerimientos previos por la Administración.
- g) La gravedad del riesgo o peligro creado para las partes o personas implicadas en el procedimiento.

Las infracciones contempladas en la presente Ley prescribirán a los seis meses si son leves, al año si son graves y a los dos años si son muy graves (cfr. Artículo 29).

Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año, a contar desde el día siguiente a aquél en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impuso la sanción (cfr. Artículo 33).