

Aspectos
procedimentales de la
mediación familiar

M^a del Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

ASPECTOS PROCEDIMENTALES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

AUTOR: M^a Del Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

FECHA DE RECEPCION: enero 2008

DIRECCION: cisj@unab.edu.co

RESUMEN: Describe el desarrollo de los métodos alternativos en la solución de los conflictos que surgen en la familia en el contexto de la Unión Europea y continua con la descripción de los instrumentos que en particular se han dispuesto para tal fin en la comunidad valenciana en España durante la última década.

PALABRAS CLAVE: Mediación familiar, Mediador, métodos alternativos de solución de conflictos, comunidad valenciana.

ABSTRACT: This essay describes the development of alternative methods for the solutions of conflicts that arise within the family in the European Union context to continue with the description of the instruments that have particularly been implemented for this purpose in Spain's Valencian community during the last decade.

KEY WORDS: Familiar mediation, mediator, alternative methods of salving problems, community of Valencia

Aspectos procedimentales de la mediación familiar

M^a Del Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

I.- La mediación familiar

De la convivencia de los miembros de la sociedad puede derivar el nacimiento de controversias. Por ello el Estado debe prever métodos tendentes a garantizar la resolución de los conflictos de manera efectiva y satisfactoria para las partes del mismo en la medida de lo posible.

En principio, el Estado establece, entre otras, una serie de normas, a las que denominamos normas de derecho, para regular las relaciones de los ciudadanos, que cuando son cumplidas producen situaciones de satisfacción o normalidad, pero que en caso contrario, cuando se produce el incumplimiento o desconocimiento generan situaciones de conflicto a las cuales hay que dar solución, tratando de buscar la paz social, a través de una solución justa.

El crecimiento de la sociedad y la evolución de la misma ha generado que el conjunto de normas tendentes a solucionar los posibles conflictos sean inoperantes en tanto en cuanto no resuelven de manera eficaz los mismos. El mecanismo más habitual para solucionar los conflictos en nuestro ordenamiento jurídico es el Proceso. Sin embargo existen otras formas de solucionar los conflictos denominados *métodos autocompositivos* caracterizados normalmente por su carácter voluntario y extrajudicial, es decir, se configuran como una manera alternativa al proceso de solucionar los conflictos.

Entre estos métodos extrajudiciales de solución están la conciliación y la mediación, también conocidas como las ADR (*alternative dispute*

resolution). Con ellos se pretende que la solución del conflicto se haga de manera rápida, eficaz, reportando por supuesto un abaratamiento en los costes. Asimismo, con estos mecanismos la solución será propuesta, y no impuesta, por una persona que actúa «inter partes», al que podemos denominar mediador o conciliador.

Es habitual encontrarse el juego de estas medidas de solución extrajudicial en otros ámbitos, como el derecho del trabajo, en los que es posible la búsqueda de una solución a un conflicto individual o colectivo a través de conciliaciones o mediaciones, bien a través de servicios administrativos, bien de servicios de origen convencional.

No obstante, ahora nos interesan las implicaciones de dichos métodos en el campo privado, donde tradicionalmente se ha hecho uso de los mismos, hasta el punto de regularse expresamente en el Código Civil, el contrato de transacción (art. 1.809), y permitir que un tercero colabore en la solución de los conflictos. Ciertamente es que la mediación familiar puede adquirir cierto tinte de novedad, pero la realidad es que la mediación se viene realizando desde que en 1981 se implantó el divorcio en España por la Ley 30/1981 de 7 de julio¹, por la que se regulaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, previendo un sistema por el que las partes debían de acordar lo más ventajoso para sus intereses, perjudicándose así lo menos posible.

Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en aquellas separaciones que son consensuadas (denominadas «separaciones de mutuo acuerdo»), es requisito necesario que las partes, al interponer la demanda, la acompañen con el convenio regulador, de acuerdo con lo establecido en el art. 777.2 LEC.

El **convenio regulador** que surja como consecuencia del acercamiento de las posturas de las partes, debe hacer mención a la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio..., tal y como establece el artículo 90 del Código Civil. Lo acordado sobre estos términos en el convenio regulador pactado por las partes debe ser revisado por el órgano judicial competente

¹ Art. 81 de la Ley 30/1981, de 7 de julio; “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: *A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación conforme*”.

para, si se ajusta a Derecho, aprobarlo mediante Sentencia que declarará la separación del matrimonio o disolución en su caso.

No obstante, desde que en 1998 el Consejo de Europa (a través de la Recomendación a los Estados miembros sobre la mediación familiar) instaran a los países miembros al establecimiento o mejora de un servicio de mediación familiar para la solución de los conflictos que puedan surgir en el seno de una familia y sobre todo cuando existen intereses de menores por medio del mismo, son muchos los países que han puesto en marcha este concreto sistema de solución a través de los cuales pueden solventar las crisis conyugales y así evitar las consecuencias más conflictivas que reporta el proceso. Además se aprobó por los gobiernos de los diferentes Estados de la UE, un Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia - Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en diciembre de 1998 - en la que se establece que se adoptará la medida conducente a estudiar la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales. En este contexto, debería estudiarse la posibilidad de mediación para resolución de conflictos familiares.

Ahora bien, no en todos los Estados donde se ha implantado el servicio de mediación familiar se ha configurado de la misma manera. Por ello podemos diferenciar un primer grupo, compuesto por Andorra, Finlandia, Suecia, Noruega, Irlanda y Alemania, donde la mediación tiene carácter público y en ocasiones gratuito. Un segundo grupo, formado por Francia e Inglaterra, en los que la mediación suele tener carácter privado y retribuido. Y finalmente un tercer grupo, formado por Estados Unidos de América, Italia, Suiza o Inglaterra (pioneros en el servicio de mediación familiar), que han recogido en sus ordenamientos la necesidad de acudir a la mediación familiar como vía previa al proceso de separación o divorcio.

La concepción de estas nuevas medidas de solución de los conflictos, tienen como fin primordial la protección de los intereses familiares, no sólo de las relaciones entre los miembros del entorno, sino también porque pueden conllevar mayor protección de los menores de edad a los que afecte el conflicto.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversas legislaciones reguladoras de la materia² como son la Ley 1/2001, de 15 de marzo de 2001,

² También podemos citar a la Comunidad autónoma del País Vasco donde desde hace años se tiene en funcionamiento un servicio de mediación familiar, subvencionado por el gobierno autonómico con la participación de los servicios sociales locales.

de mediación familiar de Cataluña [BOE 16 de abril de 2001]; Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia [BOE 2 de julio de 2001]; Ley 7/2001, 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana³ [BOE 19 de diciembre de 2001.]; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, de aplicación en Canarias [BOE 5 de junio de 2003]; Ley 1/2006, de 6 de abril de mediación familiar en Castilla León [BOE 3 de mayo de 2006]. Sin embargo todas ellas tienen un denominador común, entendiendo la mediación familiar como un sistema de solución de conflictos, en el caso concreto, familiares, que debe ser **voluntario** y donde el mediador debe ser una persona imparcial y sometida al deber de confidencialidad con respecto tanto de las partes como del asunto que se trate tal y como se refleja en la Recomendación emitida por el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

A la iniciativa autonómica de regular la mediación como método voluntario, apto a la solución de conflictos familiares, se une la reciente reforma del código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. De este modo, se incorpora la mediación familiar a la generalidad del ordenamiento jurídico. Ésta se prescribe como una solución alternativa a los problemas que se derivan, en muchas ocasiones, de los largos, duros y conflictivos procesos de separación, más si tenemos en cuenta la existencia de menores de edad o incapacitados.

Además, mediante la mencionada Ley 15/2005, el Gobierno se compromete a remitir al Congreso una Ley de Mediación familiar aplicable en todo el territorio nacional, inspirada, en todo caso, en los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

La mediación familiar tiene ámbito de aplicación determinado y común en todas las leyes mencionadas. Así podrán someterse a la mediación familiar

3 Antes de la entrada en vigor de la ley de mediación familiar en la comunidad de Valencia, el Colegio de Abogados de dicha ciudad y el Consejo General del Poder Judicial, llegaron a un acuerdo para que los abogados ejercieran como mediadores familiares en los ámbitos de la separación y el divorcio. Con esta medida adoptada por el Colegio de Abogados, se pretendía mejorar la comunicación de los miembros de la familia, así como reducir los conflictos entre las partes litigantes disminuyendo, obviamente, los costes económicos que reporta un proceso de estas características por los métodos tradicionales. Con este acuerdo se prevé, que en los supuestos de que las personas que quisieran utilizar este servicio, carezcan de ingresos, la mediación familiar será gratuita. Este acuerdo, recuerda que *“la función de mediador no debe confundirse con la del juez ni con la del abogado de cada una de las partes ya que sólo pretende facilitar la vía del diálogo, asistir a los miembros de una familia en conflicto y ayudar a la búsqueda de decisiones pero serán las partes, de mutuo acuerdo, las que tomen una decisión definitiva”*.

aquellos asuntos que surjan en todos los matrimonios, parejas de hecho o parejas en las que exista un hijo común, menor de edad, influido por el conflicto, aún cuando ésta se haya disuelto pero siempre y cuando las controversias surgidas se encuentren en el elenco de supuestos que prevén las diferentes leyes de mediación familiar⁴.

No hay duda del sentido de la mediación familiar cuando se trata de parejas unidas por vínculo matrimonial, en tanto en cuanto para la disolución del mismo es necesario que se declare por sentencia y en la que se incluirá el convenio regulador o las medidas que el órgano judicial estime oportunas para regular la situación. Sin embargo, en el caso de las parejas de hecho y atendiendo a las diferentes legislaciones autonómicas que las regulan⁵, pueden inscribir un documento en el Registro de Uniones de hecho correspondiente, que regule las relaciones patrimoniales y personales derivadas de la convivencia, siempre que no sean contrarios a Derecho ni perjudiquen a terceros. Asimismo en caso de disolución de la pareja de hecho, uno de los miembros puede solicitar del otro una pensión periódica, el establecimiento de un régimen de guarda y visitas de los hijos menores en aquellos supuestos en que existan. Para que todos los acuerdos sobre estas materias tengan fuerza ejecutiva, será necesario que sean ratificados por el órgano judicial, teniendo entonces presente la importancia de la mediación familiar en la adopción del acuerdo para así poder satisfacer, lo mejor que se pueda, los intereses de todos.

La necesidad de que estos acuerdos sean ratificados judicialmente, está en la indisponibilidad de parte del objeto litigioso en cuestión. Así, el artículo 751

4 Art. 5 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo de 2001, de mediación familiar de Cataluña; Art. 13 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana; Art. 4 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia; Art. 3 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, de aplicación en Canarias; Y por último, también el Art. 4 del Anteproyecto de Ley de Mediación Familiar andaluza.

5 Ley 10/1998, de 15 de julio de Uniones Estables de pareja de Cataluña (BOE de 19 de agosto); Ley 6/1999, de 26 de marzo, de las Cortes de Aragón, relativa a Parejas estables no casadas (BOE de 21 de abril); Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (BOE de 6 de septiembre); Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho de Valencia (BOE de 10 de mayo); Ley 18/2001, de 19 de diciembre de parejas Estables de Baleares (BOE de 16 de enero 2002); Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (BOE de 5 de marzo de 2002); Ley del Principado de Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables (BOE de 2 de julio); Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía (BOE de 13 de enero de 2003); Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE de 14 de abril).

LEC⁶, en relación al 748 del mismo texto legal⁷ se establece la indisponibilidad del objeto litigioso, en los que no surtirá efecto ni el allanamiento, ni la renuncia. Por ello, lo aconsejable en estos casos es que sean las propias partes, y sobre todo en el caso de la existencia de un menor en el conflicto, las que propongan y acepten de mutuo acuerdo la solución. La mediación familiar puede versar sobre todos los puntos conflictivos existentes entre las partes o bien sólo sobre alguno de ellos. Por eso podemos diferenciar entre mediaciones totales o parciales.

Otras de las cuestiones llamativas es el carácter retributivo de la mediación familiar. Ésta solo será gratuita para aquellas personas que gocen del derecho a la asistencia jurídica gratuita⁸. El reconocimiento de la asistencia

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

7 Artículo 748 de la LEC: *“Ámbito de aplicación del presente título. Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos: Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad. Los de filiación, paternidad y maternidad. Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio y los de modificación de medidas adoptadas en ellos. Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. Los de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial. Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.”*

8 El derecho a la asistencia jurídica gratuita viene regulado en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica gratuita. Así en su artículo 2, se establece el ámbito personal de aplicación de este derecho; a) *Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.* b) *A Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.* ; c) *Las siguientes personas jurídicas cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar,...;* d) *En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales;* e) *En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español;* f) *En el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo.*

jurídica gratuita se deberá realizar para cada cónyuge, es decir, se le reconocerá a aquel que tenga menos poder adquisitivo. Así el cónyuge al que no se le haya reconocido el beneficio de la gratuidad de la mediación, deberá abonar la mitad correspondiente al ejercicio.

II.- El mediador

El mediador debe actuar una vez que las partes han manifestado su voluntad⁹ inequívoca de someterse a este método de solución de conflictos, debe ser una persona imparcial¹⁰ con respecto al asunto y a las partes del conflicto, debiéndose así al principio de confidencialidad, garantizando el respeto a la vida privada de las partes en cuestión durante y tras la mediación familiar.

El mediador será acordado de común acuerdo entre las partes, que lo elegirán de entre una lista existente en el Registro de Personas Mediadoras Familiares sito en cada Comunidad Autónoma correspondiente.

El mediador en ningún caso impondrá una solución sino que su trabajo se centra en el acercamiento de las posturas de las partes, pudiendo proponer la solución al mismo, pero son las partes las que deberán finalmente llegar a la solución del conflicto teniendo en cuenta los intereses del cónyuge más perjudicado y los de los hijos menores en su caso.

El mediador podrá ser un trabajador social, un psicólogo o un abogado. En este último caso, la tarea del mediador (abogado) no podemos entenderla como la tarea de letrado de una de las partes. De esta forma en caso de que por la mediación no se llegue a ningún acuerdo satisfactorio para las partes, el mediador deberá declinar en el abogado para que redacte el acuerdo a modo de convenio regulador y plantee el caso por la vía contenciosa, no siendo conveniente que sea la persona que ha actuado como mediador, el abogado de alguna de las partes¹¹.

9 La Recomendación del Consejo de Ministros por la que se insta a los Estados miembros del Consejo de Europa a la instauración de este modo de solución de conflictos en el ámbito familiar, establece que la mediación familiar en principio debe ser voluntaria, no pudiéndose obligar a las partes a que se sometan a la misma, estableciéndose así en todas las legislaciones autonómicas que sobre la materia se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

10 Sin embargo, el mediador no podrá ser neutral ni imparcial ante las necesidades objetivas de los hijos que no tengan en cuenta sus padres, ante situaciones de gran desequilibrio económico para uno de los cónyuges, ni ante situaciones de maltrato a los hijos, o hacia uno de los miembros de la pareja [<http://www.mediacionfamiliarmariaje.com>]

11 ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Madrid, 2001, pág. 137.

III.- Otras Cuestiones

Una vez que hemos analizado los fundamentales rasgos de la mediación familiar y de las ventajas que la misma reporta sobre todo en torno a la rapidez y la eficacia con que son resueltos los conflictos, es necesario traer a colación diferentes puntos que nos parecen interesantes para poder llegar a un mayor acople de la mediación familiar en el ordenamiento jurídico español.

Entre estos puntos están:

1. La mediación familiar como método alternativo de solución de conflictos puede ser menos perjudicial para los menores que se vean inmersos en este tipo de controversias, pero si en un proceso judicial la existencia de un menor de edad provoca la intervención del Ministerio Fiscal para la defensa de sus intereses, en la mediación familiar cabe preguntarse si se tendría que establecer su intervención necesaria.
2. Si la mediación familiar se determina como un método al que las partes asisten voluntariamente y así se ha reflejado en las legislaciones reguladoras de la materia, parece confusa la facultad que se le otorga al órgano judicial, en aquellos supuestos en que la mediación se origine en el curso del proceso, de instar a las partes para que acudan a la mediación familiar.
3. En relación al punto anterior, en estos casos el proceso judicial en marcha se suspende. Pero, tal y como se refleja en el apartado 4 del art. 19 LEC la potestad de suspensión la tienen las partes, por lo tanto si el órgano judicial insta a las partes al proceso de mediación familiar, éste de oficio estaría suspendiendo el procedimiento, facultad que no le concede la LEC¹².
4. Por último, en caso de que la mediación familiar finalice de manera satisfactoria, es decir, se llegue a la elaboración de un acuerdo entre las partes que determine la solución sobre los puntos objeto de conflicto, uno de los problemas fundamentales es la homologación judicial. Si la mediación familiar se da en un proceso en marcha no hay problema puesto que se introduce en el proceso como **convenio regulador**. Ahora bien, el problema de la homologación judicial de los acuerdos derivados de la mediación familiar tiene su razón de ser en los supuestos en que la

¹² La competencia en materia de legislación procesal la tiene atribuida en exclusiva el Estado, en virtud del artículo 149.1. 6º de la CE.

mediación se lleve a cabo desde un principio por las partes, puesto que si aún habiendo llegado a un acuerdo alguna de las partes incumpliera lo acordado, ¿cómo se hace valer?.

A.- La intervención del Ministerio Fiscal

Entre las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se encuentra la relativa a la defensa de los menores de edad e incapacitados¹³. En los procesos de separación o divorcio, es frecuente la existencia de menores, por ello será obligatoria la intervención del Ministerio Fiscal, tal y como se desprende del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal¹⁴.

Así, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, en materia de patria potestad, para promover medidas de protección de los hijos de familia, para procurarles alimentos, evitarles perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de la guarda y custodia y en general evitarles perjuicios.

Por ello, cuando las partes deciden acudir a la mediación familiar para solventar controversias, y se da la existencia de un menor o incapacitado, la solución más satisfactoria con el carácter de la mediación será la necesidad de la intervención del Ministerio Público cuando se vaya a ratificar judicialmente el acuerdo resultante de la mediación, para que éste vele por la defensa de sus intereses en el caso en que el acuerdo suponga un menoscabo en los intereses de los menores o incapacitados.

B.- Voluntariedad de la mediación y la suspensión del procedimiento

La mediación familiar puede darse en tres momentos diferentes. En primer lugar cuando surge el conflicto entre las partes y deciden solucionarlos a

13 FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 478.

14 En concreto los apartados 6 y 7 del Art. 3 EOMF; “6. *Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.*

7. *Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.*”

15 En sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 1997 (AC 1915) se establece: *de modo que los propios pactos establecidos en el convenio suscrito por los progenitores no son homologables si resultan perjudiciales para los menores, siendo susceptibles de limitación o suspensión de oficio si concurre grave circunstancia que así lo aconseje, por ser una cuestión de orden público que se integra en el «ius cogens» por lo que no rige en todo su rigor el principio dispositivo y de rogación, y es por ello que la normativa vigente arbitra fórmulas con qué garantizar o servir aquel interés.*

través de este medio alternativo, no obstante el resultado de esta mediación puede ser la reconciliación de los cónyuges. En caso de imposibilidad de reconciliación, y habiendo llegado a un acuerdo en el procedimiento de mediación familiar, los cónyuges acudirán al proceso de separación y divorcio consensuado, regulado en el Art. 777 LEC, para la homologación del acuerdo.

La mediación familiar es incompatible con la incoación de un proceso de separación y divorcio; es por ello, por lo que se prevé que en el caso de que las partes decidan acudir a este medio alternativo, deberán solicitar la suspensión de las actuaciones judiciales tal y como establece el artículo 770 LEC, debiendo reservarse ésta para cuando no exista acuerdo entre las partes o bien el contenido del mismo resulte lesivo a los intereses de los menores, incapacitados o uno de los cónyuges, conforme a la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Esta situación provocaría la suspensión del procedimiento, por un plazo máximo de 60 días¹⁶, admitida en nuestro ordenamiento jurídico siempre que sean las partes las que voluntariamente la soliciten, siempre y cuando dicha suspensión no perjudique el interés general o de terceros y que el objeto del proceso sea de derecho disponible¹⁷, tal y como se refleja en el apartado cuarto del artículo 19 de la LEC, en virtud del principio dispositivo que inspira el proceso civil español.

16 Una vez transcurrido el plazo de sesenta días desembocará en el desistimiento, la continuación del juicio y la existencia de acuerdo, así se dispone en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de septiembre de 2002 (AC 1309). A este mismo respecto, varios autores, entre los que destacan CORDÓN MORENO, F y otros., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I*, Aranzadi, Pamplona, 2001, Pág. 233; GARBERÍ LLOBREGAT, J [et.al]. *Los procesos civiles. Comentarios a la LEC con formularios y jurisprudencia. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2001, Pág. 268; LORCA NAVARRETE, A.M [et.al]. *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I*, Lex Nova, Valladolid, 2002, Pág. 227, establecen que pasados los sesenta días de la suspensión, el efecto será el previsto en el artículo 179.2 de la LEC, el cual dispone que; “*El curso del procedimiento se podrá suspender de conformidad con lo que se establece en el apartado 4 del artículo 19 de la presente Ley, y se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, se archivarán provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia.*” GUZMÁN FLUJA, V, *El proceso civil*, Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Pág. 1432, establece que el proceso puede pasar por la fase de suspensión o por la de archivo; de la suspensión puede salir, a instancia de parte, con lo que se reanuda el proceso; y del archivo también, como en el caso anterior a instancia de parte, con lo que se continúa el proceso.

17 CORDÓN MORENO, F y otros., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*,... op.cit, Pág. 227 y ss. En este mismo sentido GARBERÍ LLOBREGAT, J [et.al]., *Los procesos civiles. Comentarios...*op.cit, Pág. 266.

Por tanto, las partes que hayan comenzado un proceso de separación o divorcio podrán solicitar la suspensión del procedimiento iniciado para acudir a la mediación.

Terminada la mediación si se llega a un acuerdo, las partes podrán pedir la modificación de los trámites del proceso para la homologación del mismo a través del procedimiento consensuado. Así se establece en el artículo 770.5 de la LEC.

Hay que recordar que el carácter voluntario de la mediación hace posible la suspensión del procedimiento que esté en curso para que ésta se lleve a cabo entre las partes, facultad que la LEC les concede solo a ellas¹⁸. Por eso resulta criticable la potestad que las legislaciones autonómicas sobre Mediación familiar han otorgado al órgano judicial, puesto que la posibilidad de modificación de las leyes procesales es de competencia estatal como así queda reflejado en el artículo 149.1.6ª de la CE. Hay que tener presente que si la mediación familiar no ostenta el carácter voluntario y espontáneo entre las partes, ésta sería ineficaz para resolver las controversias familiares. Con lo cual podemos llegar a la conclusión de que la facultad otorgada al órgano judicial para instar a la mediación entre las partes en el curso de un proceso convertiría a ésta en obligatoria, y por tanto, contraria a los principios característicos de la mediación familiar, amén de suscitar enormes dudas respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por último cabe que la mediación familiar se lleve a cabo una vez que haya recaído sentencia firme en el proceso de separación o divorcio.

C.- Homologación del acuerdo

Cuando las partes, una vez terminada la mediación familiar llegan a la elaboración y firma del acuerdo de mediación familiar, podemos decir que la mediación ha concluido satisfactoriamente. Pero en estos supuestos las partes tendrán que acudir al órgano judicial para que homologue el acuerdo. Esta homologación se llevará a cabo a través del proceso de separación o divorcio consensuado¹⁹ regulado en el artículo 777 de la LEC. En los supuestos en que las partes no homologaran judicialmente el acuerdo, su

18 DE LA OLIVA SANTOS, A... [et.al]., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Civitas, Madrid, 2001, Pág. 118, establece que la finalidad de la norma y los requisitos legales de la suspensión indican, sin lugar a dudas, que es necesaria la concurrencia de la voluntad de todos los litigantes.

19 ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación...* op.cit., pág. 147. El autor refleja la carencia de este acuerdo de fuerza ejecutiva, estableciendo que serán las partes las que deberán acudir al órgano judicial correspondiente para su homologación a través del correspondiente proceso consensuado y siempre y cuando el acuerdo sea conforme a Derecho.

exigibilidad vendría determinada por la naturaleza misma del acuerdo, es decir, como si de un contrato privado se tratara, produciéndose así el marco obligatorio en el que se ha de desarrollar la relación entre aquellos²⁰.

Para la homologación de los acuerdos adoptados en aquellas parejas en las que sólo se discuta la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos, se procederá a través de los trámites establecidos para la adopción de medidas (art. 770.6 LEC).

En los casos en que la mediación familiar se llevara a cabo en el momento en que ha recaído sentencia firme sobre la separación o divorcio, la homologación se producirá por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la modificación del convenio regulador, y puesto que se entiende que dicha modificación se realizará de conformidad con los dos cónyuges, se sustanciará por los trámites del proceso de separación y divorcio consensuado (Art. 777 LEC).

En todo caso, para que el proceso de separación o divorcio tenga efectos jurídicos será necesario que sea declarado conforme con la legislación vigente a través del procedimiento legal oportuno²¹.

20 TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la Jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1999, pág. 35. su oponibilidad frente a terceros, se podrá conseguir, según la autora, a través de dos vías; la homologación judicial por el proceso consensuado; o bien a través de la transcripción a documento público para su posterior inscripción en el Registro público correspondiente. En este sentido y para el caso de inscripción en el registro público, será necesario que el acuerdo de mediación familiar trate solo temas patrimoniales y que no sean de naturaleza indisponible, como las relativas al estado civil de las personas o las que afecten a la protección civil de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE ya que en caso contrario el acuerdo sería nulo de pleno derecho tal y como se refleja en el art. 6.3 del Código Civil.

21 Así se pone de manifiesto por Resolución General de los Registros y del Notario núm. 5/2001, de 14 de mayo (RJ 1730). Fundamento de Derecho 5º.