

Los Deberes con Relación al Menor de las Partes y de la Persona Mediadora, en España, en el Ejercicio de la Mediación Familiar

Duties related to the Minor of Both Sides and of the Mediator, in Spain, in Family Mediation Exercise

Inmaculada García Presas
Universidad de A Coruña

Resumen. La legislación autonómica hispana sobre mediación familiar, que hoy afecta a diez Comunidades Autónomas, valora tanto los derechos como los deberes de las partes por un lado, como de la persona mediadora por otro. Desde este contexto cabe valorar el marco en que los menores han de ser considerados en un procedimiento de mediación familiar. Entender a la persona mediadora como un auténtico valedor de los derechos del menor supone reconocerle a ésta unos cometidos que van más allá de ser testigo y moderador dado que ha de velar por los menores para que sus intereses sean suficientemente respetados. De la escrupulosa atención a los deberes que la mediación familiar supone se deriva un idóneo tratamiento de los intereses de los menores que deben de ser oídos y, en su caso, atentemente escuchados en la búsqueda de la mejor salida al conflicto familiar.
Palabras clave: menor, persona mediadora, voluntariedad, deber, obligación.

Abstract. The Spanish autonomic legislation about family mediation, which affects today to ten Autonomic Communities, values both the rights and the duties of the parts implied in the process, and the mediating person, too. From this context we must value the environment where the minors must be considered in a process of family mediation. If we think about the mediating person as a keeper of the minor's rights, we will offer him some tasks which imply more than being a witness or a moderator, because he must keep the minors so that their rights will be respected enough. If we pay the right attention to the duties of the family mediation, it will imply a right treatment of the minor's interests, which should be heard, and if it is required, cautiously listened in the chase of the best solution to the family conflict.
Key words: minor, mediating person, wilfulness, right, duty.

Introducción

La legislación autonómica que, en materia de mediación familiar, se ha promulgado en España se relaciona con once de sus Comunidades Autónomas –Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Canarias, Castilla- La Mancha, Castilla y León, Islas

Baleares, Comunidad de Madrid, Principado de Asturias, País Vasco y Andalucía–.

Está prevista, igualmente, una Ley que, en el conjunto del Estado, genere un ámbito en el que, actualmente, existen planteamientos con matices varios, atendiendo a aquellas cuestiones a relacionar con los deberes con relación al menor de las partes y de la persona mediadora, en España, en el ejercicio de la mediación familiar, cuestión que, aquí, se trata (García, 2009, a, 2009, b).

Correspondencia: Inmaculada García Presas. c/ Hórreo, 21- 4º A. 15702- Santiago de Compostela. garcipres@yahoo.es

Los deberes de las partes

Las leyes de mediación familiar suponen la contemplación de las partes como sujetos de derechos y deberes. En relación con el menor existen tanto derechos como deberes a tener en cuenta. Se trata aquí de subrayar una serie de deberes, previstos en diferentes normas autonómicas a valorar, directa o indirectamente, en relación con el menor.

En primer lugar cabe recordar que tanto la Ley de las Islas Baleares –que se refiere a “*los sujetos de la parte familiar en conflicto*” (art. 17)– como la del País Vasco (art. 16) hablan de “*obligaciones*”, en vez de deberes.

Todas las leyes que recogen expresamente los deberes de las partes contemplan, entre ellos, el de satisfacer las compensaciones económicas u honorarios al mediador familiar. Así sucede en Canarias (Ley 2003, art. 9), Castilla y León (art. 7 e), Islas Baleares (art. 17 c) y Madrid (art. 10 d).

La legislación de la Comunidad Valenciana, Canarias, Castilla y León, Comunidad de Madrid y Andalucía coinciden en establecer la obligación de las partes de actuar de buena fe. Por otro lado todas las leyes hasta ahora existentes, salvo la gallega, señalan de un modo u otro, que las partes deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, sin representantes ni intermediarios. El hecho de que la legislación gallega no lo contemple no quiere decir que no lo exija.

El hecho de que las partes en litigio han de tener predisposición a la búsqueda de acuerdos en todo el proceso de mediación familiar únicamente se recoge en la Ley de Canarias en la cual también se contempla –igualmente que en la de Madrid– la necesidad de cumplir los acuerdos adoptados en el procedimiento.

Hay tres leyes autonómicas –las de Castilla y León, Comunidad de Madrid y Andalucía– en las que se establece una cláusula abierta puesto que se hace referencia a cualquier otro deber contemplado en la ley o en sus normas de desarrollo.

La obligación de las partes de abstenerse de solicitar la declaración del mediador como perito o testigo de una de las partes, con el fin de no comprometer su debida neutralidad tan solo es tenida en cuenta en la regulación de Castilla-La Mancha,

Castilla y León, Comunidad de Madrid y País Vasco.

Existen deberes que únicamente se recogen en la ley de una comunidad autónoma, así sucede en las Islas Baleares con la necesidad de valorar las propuestas de la persona mediadora y proponerle contrapropuestas, en su caso, con la finalidad de obtener acuerdos.

La Ley de Mediación Familiar que con más detenimiento trata todo lo relativo a las partes, y en especial sus deberes y derechos, es la de Castilla y León señalando como obligaciones de las mismas no tenidas en cuenta en otras legislaciones la de cumplir las condiciones de la mediación familiar, tener en cuenta los intereses de los menores, de las personas con discapacidad, y de las personas mayores dependientes, firmar el compromiso de sometimiento expreso a la mediación y el acta de la sesión final y tratar con la debida consideración al profesional de la mediación.

Cataluña recoge expresamente el deber de confidencialidad para las partes en relación con la información que se trate (Ley de 2001, art. 13; Proyecto del 2008, art. 7.1), el de asistir personalmente a las reuniones de mediación sin que se puedan valer de representantes o intermediarios (Ley de 2001, art. 15; Proyecto de 2008, art. 8.1); abonar la parte que no tiene derecho a la gratuidad a la persona mediadora siendo la otra parte beneficiaria de este derecho (Ley de 2001, art. 24; Proyecto de 2008, art. 26); firmar el acta final, se llegue o no a acuerdo alguno (Ley de 2001, art. 21; Proyecto de 2008, art. 18.3).

La Ley de Galicia relativa a Mediación Familiar también considera como deber la confidencialidad dado que las partes están obligadas “... *a mantener reserva sobre el desarrollo del procedimiento negociador*”(art 11. 1). La gratuidad de la prestación es un derecho que, al no corresponder a todos, conlleva, al que no lo posee, el deber de retribuir al mediador familiar “...*la mitad del coste de la actividad de mediación*” (art. 9. 2). La colaboración de las partes es objeto de un artículo en el que se exige que “*Durante el desarrollo de la mediación familiar, las partes tendrán que mantener su compromiso de respeto a las actuaciones promovidas por la persona mediadora, manteniendo una posición de colaboración y apoyo permanente a sus funciones*”(art. 10).

Además han de firmar el acta final, con independencia del resultado al que se haya llegado (art. 15).

En el caso de la Comunidad Valenciana, la Ley señala expresamente que “*Los participantes en el procedimiento de mediación familiar actuarán conforme a las exigencias de la buena fe*”, lo que se completa con lo siguiente: “*La acreditación de la ausencia de buena fe de las partes producirá los efectos que le son propios en el ámbito de la libertad de los pactos*” (art 5). También se exige que “*Las partes han de asistir personalmente a las reuniones de mediación...*” (art.15) al tiempo que han de cumplir el principio de confidencialidad (art. 15), asumir los honorarios de la persona mediadora de los que se informa en la reunión inicial (art. 16), dado que “*... La parte, o partes, que no disfruten de la gratuidad abonará la proporción que les corresponda del coste de mediación*” (art. 6.2), firmar el acta final (art. 19).

La Ley de Mediación Familiar de Canarias es la primera que dedica un artículo a los deberes de las partes en litigio, citando al respecto: 1) “*Satisfacer las compensaciones económicas u honorarios y gastos ocasionados al mediador familiar*”; 2) “*Actuar de buena fe y predisposición a la búsqueda de acuerdos en todo el proceso de mediación familiar*”; 3) “*Cumplir con todos los acuerdos aceptados en la mediación familiar*” (Ley 2003, art. 9).

Se contempla, así mismo, en otra parte de esta Ley, la obligación de asistir personalmente a todas las sesiones (Ley 2003, art. 4.3), señalándose además que las partes “*... se obligan a guardar reserva de los datos, hechos o documentos de los que hayan tenido conocimiento en el curso de la mediación*” (Ley 2003, art. 4.6)”.

Igualmente esta Ley reconoce el deber de firmar el acta final que supone la terminación del proceso de mediación (Ley 2003, art. 14).

La Ley de Castilla-La Mancha establece que, en la sesión inicial, se hará constar “*... la necesidad de que las partes asistan personalmente a las sesiones de mediación*”, “*... la obligación que contraen las partes de no proponer a la persona mediadora como testigo o como perito en un eventual proceso judicial que tenga por objeto el mismo conflicto sometido a mediación...*”, “*... el carácter confidencial de las actas levantadas por el mediador en el curso del*

procedimiento de mediación y de todas las actuaciones llevadas a cabo en el curso de la mediación familiar”, “*... el coste de la mediación familiar, en su caso*” (art. 18.1). Además han de firmar el acta inicial en prueba de conformidad desde el convencimiento de que no es vinculante “*... hasta su ratificación en el correspondiente procedimiento ante los juzgados*” (art. 18.3).

La ley de Castilla-La Mancha señala el deber de las partes de “*... asistir personalmente a las sesiones de mediación familiar, sin que sea admisible su sustitución por otras personas o intermediarios*” (art. 19). Así mismo ha de considerarse un deber el hecho de que éstas firmen el acta final del procedimiento (art. 22.5).

La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León dedica un artículo específico a los deberes de las partes en conflicto que se sistematizan del siguiente modo: “*... a) Cumplir las condiciones de la mediación familiar; b) Actuar de buena fe en el procedimiento de mediación, proporcionando al mediador información veraz y completa sobre el conflicto; c) Tener en cuenta los intereses de los menores, de las personas con discapacidad, y de las personas mayores dependientes; d) Asistir personalmente a las sesiones de la mediación; e) Satisfacer los honorarios y gastos de la persona mediadora, excepto para los supuestos de reconocimiento de la mediación gratuita en los que la Administración de la Comunidad de Castilla y León sufragará al profesional interviniente el coste de la mediación, en las condiciones y términos que se establezcan reglamentariamente; f) Firmar el compromiso de sometimiento expreso a la mediación y el acta de la sesión final; g) No solicitar que la persona mediadora sea llamada a declarar como perito ni como testigo en cualquier procedimiento judicial relacionado con el conflicto familiar objeto de la mediación practicada; h) Tratar con la debida consideración al profesional de la mediación; i) Cualquier otro establecido en la presente ley o en sus normas de desarrollo*” (art. 7).

En el caso de Castilla y León el derecho a utilizar posteriormente los acuerdos obtenidos en la mediación es una potestad condicionada a que, tras este procedimiento, las partes así lo estimen oportuno (art. 17.3).

La Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares señala como “...*Obligaciones de los sujetos de la parte familiar en conflicto*”: “a) *Asistir personalmente a las reuniones de mediación sin representantes ni intermediarios; b) Valorar las propuestas de la persona mediadora y proponerle contrapropuestas, en su caso, con la finalidad de obtener acuerdos; c) Satisfacer las compensaciones económicas u honorarias al mediador familiar, a no ser que tengan el beneficio de gratuidad, así como los gastos ocasionados por la mediación*” (art. 17).

También se recoge en la ley balear la obligación de la parte familiar de guardar confidencialidad que conlleva el “... *deber de mantener la reserva sobre los hechos conocidos*” (art. 2 e), asumir con la firma el contrato de mediación familiar en su condición de parte familiar (art. 9.1 e), formalizar un acuerdo parcial a pesar de la existencia de cuestiones pendientes teniendo en cuenta que son divisibles jurídicamente (art. 22) firmar un escrito en el que quede patente la imposibilidad de acuerdo cuando no se haya podido alcanzar (art. 23).

La Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid contempla, así mismo, en un artículo concreto los deberes de las partes. Son éstos: “a) *Cumplir los acuerdos adoptados en el procedimiento de mediación; b) Actuar de buena fe; c) Abstenerse de solicitar en juicio o en actos de instrucción judicial, la declaración del mediador como perito o testigo de una de las partes, con el fin de no comprometer su debida neutralidad, sin perjuicio de lo previsto en la legislación penal y procesal; d) Satisfacer los honorarios del mediador; e) Cualquier otro establecido en la presente ley o en sus normas de desarrollo*” (art. 10).

Entre esos deberes de las partes se encuentra atenderse al principio de confidencialidad “... *y reserva respecto a las entrevistas y a los datos y documentos producidos en el procedimiento de mediación*...” (art.4 b).

Entre los deberes recogidos por la Ley de Mediación Familiar del Principado de Asturias cabe citar la “*confidencialidad*”, lo que supone asumir el compromiso de “... *mantener el secreto... aún frente a actuaciones litigiosas y cualquiera que sea el resultado de la mediación*” (art. 7.1). También se recoge en esta legislación el deber de inmediación,

aún cuando, en el caso asturiano, se permite que “...*puedan utilizarse medios electrónicos en alguna de las reuniones*...” (art. 8.2). Igualmente se requiere, como deber especificado en un precepto particular, la buena fe (art. 9). Por otra parte asumir “*el coste económico que, en su caso, se derive de la misma*” (art. 12.2 b) ha de entenderse como un deber de las partes.

También es un deber a tener en cuenta el firmar tanto el acta relativa a la reunión inicial informativa (art. 12.3), como el acta final (art. 15.3).

La Ley de Mediación Familiar del País Vasco dedica un artículo a las obligaciones de las partes: “... a) *Respetar los principios contemplados en el artículo 8; b) Cumplir los acuerdos adoptados en el procedimiento de mediación; c) Proceder a la retribución de los honorarios profesionales y de los gastos generados a la persona mediadora por el proceso de mediación, excepto cuando acudan a un servicio de mediación público, o a un servicio privado que preste la mediación de forma gratuita; d) Acreditar el vínculo conyugal, familiar, de pareja de hecho o de grupo convivencial requerido en el artículo 5.1, mediante cualquiera de los medios admitidos en derecho, en la reunión inicial mantenida con la persona mediadora; e) abstenerse de solicitar en juicio o en actos de instrucción judicial la declaración del mediador...*” (art. 16).

Resulta, desde nuestro criterio, sumamente oportuna esa cita a los principios de la mediación familiar, explicitados de una forma amplia en esta ley y, entre los que se encuentran: la confidencialidad (art. 8 b); el deber del respeto al Derecho (art. 8 d), la inmediatez (art. 8 i) y la Buena fe (art. 8 j).

En lo que al procedimiento se refiere la Ley recoge la obligación de las partes de respetar “*la periodicidad que se hubiera pactado en la reunión inicial*” (art. 21.2), firmar el acta inicial (art. 22.2), así como el derecho a utilizar “... *el acta de mediación en el caso de hacer valer dicho acuerdo ante los tribunales u otras instituciones y administraciones*” (art. 22.2).

A la hora de estudiar las infracciones muy graves, la Ley del País Vasco recoge entre ellas “*valerse de representantes o intermediarios para asistir a las sesiones de mediación*...” (art. 29 1). Por ello podemos concluir que las partes están obligadas a asistir personalmente a las reuniones.

La Ley reguladora de la mediación familiar de Andalucía explicita los siguientes deberes para las partes en conflicto: “a) *Cumplir el procedimiento de mediación familiar en todos sus términos; b) Actuar de buena fe, de forma respetuosa y con predisposición a la búsqueda de acuerdos en todo el proceso de mediación familiar, velando por el interés superior de las personas menores de edad y de las personas en situación de dependencia; c) Satisfacer, en su caso, los honorarios y gastos ocasionados a la persona mediadora excepto para los supuestos de mediación gratuita; d) Asistir personalmente a las sesiones del proceso de mediación; e) Firmar el compromiso de aceptación de la mediación, los documentos de asistencia de las sesiones y las actas del procedimiento; f) Cumplir con los acuerdos adoptados en el procedimiento de mediación familiar; g) Cualquier otro deber que se establezca en la presente ley, así como sus normas de desarrollo*” (art. 5).

Resulta evidente que, en todo caso, desde el debido cumplimiento de los principios informadores de la mediación familiar, de la asistencia obligada a las sesiones de la mediación, de los compromisos adquiridos a través de los acuerdos suscritos -entre otras cuestiones asumidas- se sientan las bases de una correcta atención a los supuestos intereses de los menores en el ejercicio de la mediación familiar.

Los deberes de la persona mediadora

La existencia de un código deontológico sobre la mediación, propuesto a nivel europeo, supone el marco en el que cabe encuadrar los deberes de la persona mediadora, tal como suele ser reconocido, desde el criterio de UNAF (2007). Se trata, en definitiva, tal como indica Belloso (2007), de una serie de obligaciones que tienen que ver con: la “1) *... autonomía de la voluntad de las partes; 2) principios fundamentales; 3) el mediador frente a su nominación; 4) el mediador frente a las partes; 5) el mediador frente al proceso; 6) el mediador frente a la institución o entidad especializada o centro de mediación*”.

¿Qué es lo que debe de hacer quien media?, ante todo debe actuar, según el parecer de Butts,

Munduate, Barón y Medina (2005), como “... *guía para las partes en el proceso de mediación, y de policía para crear un ambiente seguro para el diálogo*”. En esa labor la persona mediadora ha de tener como principal tarea, en palabras de Bolaños (2005), el “... *impulsar un proceso y en remover los obstáculos que impiden su avance, en ofrecer un camino por el que las partes avancen en la resolución de su conflicto. Pero se trata de un camino compartido. El mediador es alguien que camina junto a la familia durante una parte del proceso*”.

Pero que la persona mediadora tenga la obligación de controlar el proceso no quiere decir que tenga el mismo tipo de deber en lo referente al “... *contenido de la solución. Es responsable de la calidad del acuerdo, pero no de que las partes lleguen a un acuerdo*”, tal como indican Butts, Munduate, Barón y Medina (2005).

Y, sin embargo, la calidad del acuerdo no deja de ser, también, algo en lo que la persona mediadora tiene su cometido. Marlon (1999), en este sentido, concreta “... *cuatro preguntas, para definir el ámbito de la responsabilidad del mediador, tanto para él como para la pareja que ha acudido a solicitar su ayuda: 1. ¿es un acuerdo con el que las partes sientan que pueden vivir? 2. ¿funciona el acuerdo? 3. ¿es un acuerdo que pudiera ser rechazado por un tribunal? 4. finalmente ¿es un acuerdo que exponga al mediador a alguna responsabilidad profesional o personal?*”.

En todo caso las obligaciones de la persona mediadora engloba al conjunto del grupo familiar, habiendo de tener una especial ocupación en la protección de los intereses de los menores - tal como subraya Torrero (1999) -, ocupándose de que las propuestas que se realizan sean convenientes para aquellos miembros del grupo familiar que no actúan como partes, según argumenta Risolía (1996); de este modo, “*El mediador promueve la consideración de los intereses de otras personas afectadas por los acuerdos a los que se llegue (como los hijos o abuelos), más allá de las necesidades de los que efectivamente intervienen (la pareja en proceso de divorcio). Tiene en cuenta a los no representados, que carecerían de legitimación para ejercer una acción judicial*” –Risolía (1996), Wagmaister (1992).

A la hora de aludir a los compromisos que adquiere la persona mediadora, las leyes de mediación familiar de condición autonómica utilizan usualmente el término deber; así sucede en todas las hasta ahora aprobadas excepto en la de Galicia y Baleares, ya que en ambos supuestos se denominan “*obligaciones*” –lo cual le otorga un carácter más imperativo- distinguiéndose en el caso balear, incluso, entre lo que se entiende como “*obligación principal*” y las reconocidas como “*obligaciones complementarias*”.

Se pueden citar cinco ámbitos en los que se testimonian, en las leyes autonómicas, los deberes del mediador. Merecen una consideración prioritaria, en este sentido, aquellos que derivan del ejercicio de los principios propios de la Mediación Familiar y que, con mayor o menor extensión, se perciben en cada una de las normas aquí valoradas.

En segundo término cabe hacer alusión a que, usualmente –salvo en Galicia e Islas Baleares-, se dedica un artículo específico a los Deberes de la persona mediadora. Es evidente que esa consideración, deslindada y explícita, en el contexto de cada Ley, le otorga un valor muy importante sin que lo recogido en dicho precepto tenga, en todo caso, la consideración de que sea, lo en ello expresado, lo único que obliga al mediador.

En tercer lugar –y a la hora de considerar los deberes- han de tenerse en cuenta las incompatibilidades dado que éstas, indirectamente, suponen un deber a cumplir ya que restringen el campo de acción de quien media.

En cuarto término el desarrollo del procedimiento de mediación conlleva el seguimiento de unas pautas que pueden recogerse como deberes explícitos y que, en el supuesto de que no sea así han de ser, en todo caso, consideradas como tales.

Y en quinto término cabe hacer una concreción de los deberes de la persona mediadora teniendo en cuenta aquello que se entiende como infracciones en las que puede incurrir lo que, lógicamente, supone un debido cumplimiento de deberes específicos.

Partiendo de la existencia de estos cinco ámbitos –a la hora de ubicar, en el contenido de las leyes en cuestión, la presencia de los deberes de la persona mediadora-, es evidente que, con el paso del tiempo –y sin olvidar, en la práctica generalidad de los casos- las experiencias anteriores, se van progresi-

vamente concretando, de una forma más precisa, tales deberes. Una Ley como la de Castilla y León ofrece ya, en el artículo específico de los deberes de la persona mediadora, una enumeración ciertamente importante pero será en las de más reciente aparición –Principado de Asturias, País Vasco y Andalucía- en donde se observa, de una manera más nítida, esa importancia básica que conlleva el reconocimiento de los principios de la mediación familiar a la hora de fijar, desde una orientación precisa, la concreción de los demás deberes.

El mediador familiar como valedor de los derechos del menor

En la Cuarta Conferencia Europea sobre el Derecho de Familia se le otorga una importancia fundamental –subrayando lo señalado por la Recomendación R (98) 1–, en el proceso de la mediación familiar a lo que se entiende como el interés superior de los niños, tanto es así que debe de guiar el quehacer del mediador, como indica Riomet (1998).

Ya en la normativa propia de las Comunidades Autónomas la Ley de Mediación Familiar de Cataluña del año 2001 enumera, entre los deberes de la persona mediadora (art. 19 c), “*Dar a entender a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores o discapacitados*”. También en el Proyecto de 2008 se le encomienda a la persona mediadora el mismo cometido (art. 13 c).

La Ley de Galicia reconoce a los mediadores como “... *expertos en actuaciones psico-socio-familiares*...” (art. 2), entendiendo, a la hora de tratar sobre la finalidad de la mediación familiar, que “... *orientarán su actividad a aproximar los criterios de cada parte en conflicto, en orden a obtener acuerdos principalmente sobre las relaciones paterno-materno-filiales, la custodia y los alimentos previa ruptura matrimonial o de pareja*” (art. 3.2).

La Ley de la Comunidad Valenciana matiza, entre los deberes del mediador, los de “*Concienciar a las partes, en su caso, de la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores y de los incapacitados*” (art. 9 b), y “*Tener en cuenta el interés de*

la familia, en especial, el de sus miembros más débiles” (art. 9 c); tales deberes, considerados conjuntamente, sitúan al menor en una adecuada posición al plantearse una mediación y se recogen, así mismo, en la ley de Canarias, aún cuando, en este supuesto, se alude a “... velar por el interés superior de los hijos, particularmente de los hijos menores y de los discapacitados” (Ley 2005. art. 6).

También en Castilla-La Mancha, se cita, entre los deberes de la persona mediadora, el “Velar por la protección de las personas menores o incapaces cuyos intereses se encuentren afectados por la mediación familiar” (art. 10 f). Pero, en este caso, se dedica, además, un artículo específico a la “Protección de los intereses de las personas menores o incapaces” centrando tal responsabilidad, precisamente sobre la figura del mediador:

“1. La persona mediadora velará por la adecuada protección en el procedimiento de mediación familiar de los intereses de las personas menores o incapaces. A este fin, concederá una tramitación preferente a los procedimientos que afecten a dichos intereses.

2. El mediador oír a las personas menores o incapaces si tuvieran suficiente juicio y en todo caso, a los menores con más de doce años.” (art. 14).

El mediador se ve, en Castilla-La Mancha, también obligado, explícitamente, por una “Prohibición de inicio del procedimiento”: “El mediador no podrá iniciar el procedimiento de mediación familiar cuando tenga constancia de la existencia de malos tratos a los hijos menores o al otro miembro de la pareja” (art. 17).

Así pues la ley de Castilla-La Mancha utiliza tres argumentos de naturaleza distinta –el deber (de velar por la protección...), la obligación (de tramitación preferente, de oír al menor) y la prohibición (de inicio del procedimiento existiendo malos tratos)– a la hora de configurar cuál ha de ser el modo de operar del mediador cuando existan, en el conflicto en cuestión, menores.

Resulta particularmente adecuada esa cita que se hace, desde esta Ley de Castilla-La Mancha, al posible maltrato a menores como impedimento para el desarrollo de la mediación familiar.

La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León

se encuentra, también, entre las que considera la protección del menor a la hora de abordar los deberes del mediador familiar: “Promover que las partes tengan en cuenta, en el ámbito de la mediación, la protección de los intereses de los menores...” (art. 10.5). La idea de la promoción supone, más que nada, incentivar, impulsar... Resulta, por ello, escasamente exigente, desde un punto de vista de obligar, de hacer imprescindible que se proteja al menor en toda su extensión. En este sentido, al referirse a los intereses del menor, no resulta totalmente amparado, por ejemplo en lo que es tener en cuenta su criterio, dado que esos supuestos intereses no tienen necesariamente qué vincularse con un parecer que, al menos, debiera ser oído.

Por otra parte, es conveniente señalar, que en el caso de Castilla y León, se sigue el camino marcado por la ley castellano-manchega al señalar explícitamente que no es posible la mediación familiar si hay maltrato, tal como se dispone, al considerar su ámbito de aplicación: “... Quedan expresamente excluidos de mediación familiar los casos en los que exista violencia o maltrato sobre la pareja, los hijos, o cualquier miembro de la unidad familiar” (art. 2.1).

En la ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares se entiende la protección del menor como obligación de la persona mediadora pero, también en este caso, la consideración que se hace desde la letra de la Ley tiende a rebajar la importancia de dicha obligación. Es cierto que se obliga al mediador a “Ejercer sus obligaciones atendiendo a los intereses de la familia y al interés superior de los hijos, en particular de los menores y de los discapacitados” (art.15 b), pero la ley considera tan imprescindible principio como una “obligación complementaria”, sin olvidar que existe, por encima de ésta, una principal, a la que se le dedica un artículo que dice “Al aceptar el contrato, la persona mediadora queda obligada a cumplir su encargo y responde de los daños y perjuicios que ocasione a la parte familiar en la ejecución del contrato” (art. 14). De este modo, lo que debiera de ser primero –preservar el bienestar del menor- se pospone con la obligación de cumplir un encargo contractual y responsabilizarse de posibles daños a ocasionar “a la parte familiar” que, en la mayoría de los casos, serán parejas en trance de disolución, teniendo, en este supuesto,

el menor un papel absolutamente secundario a la hora de exigir cumplimientos de contratos en los que tan solo, de una manera indirecta, es parte.

No obstante, la ley balear habla al tiempo de “*los intereses de la familia y al interés superior de los hijos, en particular de los menores y de los discapacitados*” obligando al mediador a “*atender*” tal cuestión, en el ejercicio de sus obligaciones. Una atención, en un ejercicio, no puede entenderse como un riguroso marco de actuación para el mediador a la hora de defender, ante todo, la figura del menor.

Hay un aspecto más a subrayar, en relación con el posible nexo del mediador y el menor en lo que es el proceso de mediación en las Islas Baleares, en donde, al referirse a las obligaciones de la parte familiar, se señala, entre las mismas, “*Valorar las propuestas de la persona mediadora y proponerle contrapropuestas, en su caso, con la finalidad de obtener acuerdos*” (art. 17 b). Se alude a “*propuestas*”, es decir, estamos ante un mediador que, en su quehacer, tiene la capacidad de proponer, lo que - en el cumplimiento de sus deberes al respecto, y en lo que tiene que ver con el menor -, habilita al mediador, en cierto modo, en una suerte de valedor del menor.

La Ley de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, considera, igualmente, como un deber del mediador “*Velar para que en el procedimiento de mediación se tenga en cuenta el interés superior de los hijos menores o de las personas dependientes*” (art. 14 d). En este mismo orden de cosas en la ley asturiana se considera, también como deber del mediador, “*Informar a las partes de la necesidad de velar por el interés superior de los hijos, particularmente de los menores e incapacitados judicialmente*” (art. 22 b).

En el caso del Principado de Asturias existe, sin embargo, un matiz, en este sentido que debe de ser puesto de relieve. Se aborda, en su ley de mediación familiar, la audiencia a terceros:

“1. *Sobre los preacuerdos que pudieran afectarles se dará audiencia a los hijos, a los incapacitados judicialmente y, cuando las partes consideren conveniente, al resto de los miembros de la familia.*

2. *La comunicación del contenido concreto de los preacuerdos será realizada por las partes en la mediación en presencia de la persona mediadora*

o, si aquéllas lo solicitaran, por ésta última...” (art. 16).

En tanto, en el País Vasco, se recoge, como obligación de la persona mediadora, “*Velar para que los acuerdos respeten siempre el interés superior de los hijos y las hijas menores y de las personas incapacitadas y dependientes*” (art. 13 d).

En las leyes de la Comunidad de Madrid y del País Vasco son las partes en conflicto las que han de tener en cuenta dicho interés en tanto que el papel del mediador no es otro que el de “*velar*” por que así sea. Sin que deje de ser oportuno que recaiga tal obligación de una manera primera y principal en las denominadas partes ello no quiere decir que el papel del mediador deba de ser secundario, en este sentido. Mas bien debiera de ser la defensa de los intereses del menor la principal razón de su labor mediadora, fomentado entre las partes en conflicto que esa ha de considerarse la idea matriz que genere todo el proceso mediador.

Es decir, el menor tiene el derecho a saber sobre el preacuerdo al que se ha llegado pero puede suceder que, al serle comunicado, las partes, que han tomado dicho acuerdo, no estén presentes y sea la persona mediadora quien se encargue de hacérselo saber. Es evidente que, existe, en este caso, una relación menor-mediador, prevista por ley, pero ha de reconocerse, igualmente, que no debe de entenderse como una óptima forma de mediación familiar, desde la que se atiendan suficientemente los intereses del menor.

Por lo que se refiere a la ley de Andalucía alude también a la obligación del mediador de “*velar en todas sus actuaciones por el interés preferente de los hijos e hijas menores y de las personas dependientes*” (art. 16 d). Es objeto de infracción muy grave “*El abandono de la función mediadora sin causa justificada, si además comporta un grave perjuicio para las personas menores implicadas en el proceso y las personas dependientes*” (art.31.c).

Así pues, si contemplamos en líneas generales, las obligaciones del mediador, con respecto al menor en la legislación autonómica hispana, no se pone, como deber, el énfasis debido. Dar a entender (Cataluña), aproximar criterios (Galicia), concienciar (Comunidad Valenciana), velar (Canarias, Castilla-La Mancha, Madrid, Principado de Astu-

rias, País Vasco, Andalucía), promover (Castilla y León), atender (Islas Baleares), no dejan de ser posicionamientos que incentivan al mediador a favor de la causa del menor pero que no tienen la contundencia debida a la hora de exigir responsabilidades, en este sentido, a la persona mediadora. Debe señalarse, únicamente, como adecuado al interés del menor, el posicionamiento de Castilla-La Mancha que genera un marco legal que, por vías complementarias, resulta suficientemente válido.

Leyes de mediación familiar de las comunidades autónomas

Cataluña: Ley 1/2001, de 15 de marzo de Mediación Familiar. DOGC, núm. 3355, 26 de marzo de 2001, pp. 4380 y ss.; Proyecto de ley de mediación en el ámbito de Derecho privado. BOPC, núm. 283, 16 de junio de 2008, pp. 17 y ss.

Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar. DOG, núm. 117, 18 de junio de 2001, pp. 8113 y ss.

Comunidad Valenciana: Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar. DOGV, núm. 4138, 29 de noviembre de 2001, pp. 25105 y ss.

Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar. BOC, 6 núm. 85, de mayo de 2003, pp. 7136 y ss.; Ley 3/2005, de 23 de junio, de Mediación Familiar. BOC, núm. 130, 5 de julio, pp. 12259 y ss.

Castilla-La Mancha: Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Mediación Familiar. DOCLM, núm. 111, 2 de junio de 2005, pp. 115 y ss.

Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar. BOCyL, suplemento al núm. 75, 18 de abril de 2006, pp. 2 y ss.

Islas Baleares: Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar. BOIB, núm. 170, 30 de noviembre de 2006, pp. 32 y ss.

Comunidad de Madrid: Ley 1/2007, de 21 de Febrero, de Mediación Familiar. BOCM, núm. 54, 5 de marzo de 2007, pp. 3 y ss.

Principado de Asturias: Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar. BOPA, núm. 81, 9 de abril de 2007, pp. 6270 y ss.

País Vasco: Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar. BOPV, 18 de febrero de 2008, núm. 2008034, pp. 3206 y ss.

Andalucía: Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar. BOJA, núm. 50, 13 de marzo de 2009, pp. 6 y ss.

Bibliografía

- Belloso, N. (2007). Una propuesta de Código ético de los mediadores. En *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de la Filosofía Jurídica y Política, "Problemas actuales de la Filosofía del Derecho"*, Universidad de Alcalá, 8-10.
- Bolaños, I. (2005). Mediación familiar. Responsabilidad y poder. En Romero, F. (Compilador). *La Mediación. Una visión plural. Diversos campos de aplicación*. Consejería de Presidencia y Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 80.
- Butts, T., Munduate, L., Barón, M., Medina, F. (2005). Intervenciones de mediación. En Butts, T., Munduate, L., Medina, F. *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid: Ediciones Pirámide, 272, 270.
- García, I. (2009 a). *La mediación familiar. Una alternativa al proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid: La Ley.
- García, I (2009 b). *La mediación familiar como opción legal en la solución de conflictos. Brasil, Portugal, España*. Caritiba (Brasil): Juruá Editora.
- UNAF (2007). Entrevista. En García, L. y Bolaños, I. *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 322.
- Marlow, L. (1999). *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*. Barcelona: Ediciones Gránica, 257.
- Riomet, N. (1998), La personne du médiateur. En *La médiation familiale en Europe*. Actes. Strasbourg: 4^a Conférence européenne sur le droit de la famille, 39-54.

Risolía, M. (1996). Mediación familiar: el mediador y los intereses en juego en la medicación. En Gottheil, J., Schiffrin, A. *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 124, 128.

Torrero, M. (1999). Las crisis familiares en la

Jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 33.

Wagmaister, A. M. (1992). Mediación familiar, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 28 nota 8.

Manuscrito recibido: 11/12/2008

Revisión recibida: 01/03/2009

Aceptado: 12/03/2009