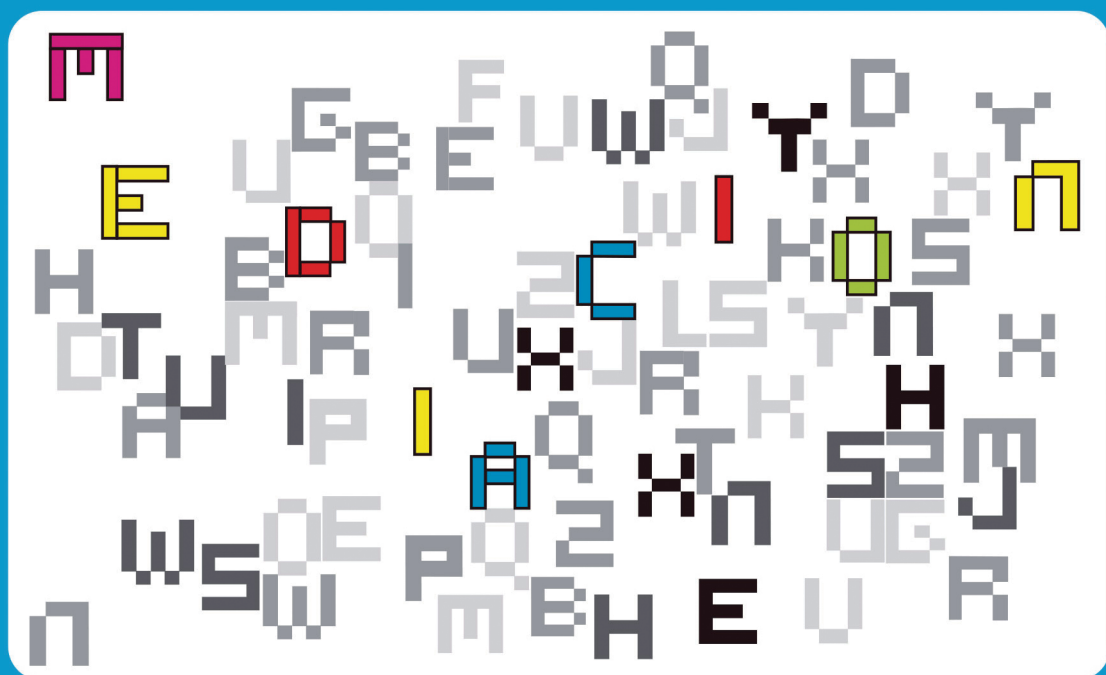


COLECCIÓN DE MEDIACIÓN
Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

MEDIACIÓN EN CONFLICTOS FAMILIARES

UNA CONSTRUCCIÓN DESDE
EL DERECHO DE FAMILIA

Leticia García Villaluenga



REUS
EDITORIAL

COLECCIÓN MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

TÍTULOS PUBLICADOS

Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia, *Leticia García Villaluenga* (2006).

COLECCIÓN MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Directora: LETICIA GARCÍA VILLALUENGA

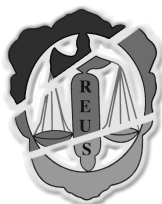
Directora del Experto en mediación
Universidad Complutense de Madrid

MEDIACIÓN EN CONFLICTOS FAMILIARES

**Una construcción desde el
Derecho de familia**

Leticia García Villaluenga

Directora del Experto en mediación
Universidad Complutense de Madrid



Madrid, 2006

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

ISBN: 978-84-290-1457-0
Depósito Legal: Z. 3461-06
Diseño de portada: María R. del Hoyo
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación.

A mis hijas, Alejandra y Leticia.

A José Ramón, mi compañero.

PRÓLOGO

Las tesis doctorales, es sabido, representan el punto final de una investigación, la culminación de un proceso de análisis exhaustivo de una determinada materia. En este caso, además de cumplir de forma brillante este objetivo, y así ha sido reconocido en el ámbito académico, puede afirmarse que el libro “*MEDIACIÓN EN CONFLICTOS FAMILIARES. UNA CONSTRUCCIÓN DESDE EL DERECHO DE FAMILIA*”, de Leticia García Villaluenga, abre la puerta en el ámbito de lo jurídico a una multitud de campos de investigación y de reflexión, que se han de desarrollar en un futuro muy próximo, y que tendrán como marco de referencia el trabajo de esta autora. Además, es un trabajo de enorme utilidad para la práctica forense del derecho de familia, puesto que aporta una base doctrinal de primer orden en el derecho español para la construcción de una teoría general de la mediación como instituto jurídico singular, complejo, inserto ontológicamente en lo multidisciplinario, y destinado a implantarse en el futuro como metodología de resolución de conflictos sociales en aquellos ámbitos en los que el proceso judicial contencioso clásico es ineficaz, porque las partes implicadas en el mismo han de continuar manteniendo una relación viable, como establece en su exposición de motivos el proyecto de Directiva europea sobre la mediación y los métodos ADR.

Se pueden destacar en este texto la recopilación que contiene de las fuentes de la mediación en el derecho comparado, y el grado de implantación de la misma en el mundo, como el análisis pormenorizado de los principios en los que se inspira y la forma en la que han sido recogidos en los textos internacionales y en la reciente legislación española, que se encuentra en la etapa de recepción de la metodología. Pero me ha

parecido especialmente de interés el estudio realizado desde la perspectiva jurídica de la institución y su imbricación en el derecho de familia, contemplado éste desde la atalaya de los principios constitucionales, y con las miras puestas en la función social que desempeña.

El derecho de familia como rama autónoma del derecho civil, con singularidad específica y principios propios, que precisa también de una metodología diferenciada a la del derecho patrimonial, es abordada de forma rigurosa en este trabajo. Coincide su publicación, precisamente, con la presentación por el gobierno en el Congreso de los Diputados, de un proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que, acogiendo las demandas sociales que vienen pronunciándose en este sentido desde hace años, los pronunciamientos de la abogacía, la práctica del derecho comparado y las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial, se crea una jurisdicción especializada en derecho de familia.

Hoy es reconocido que, tanto en el ámbito del derecho material, como en el del derecho procesal, las acciones sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se han ido perfilando desde las reformas del Código Civil de 1981, con una serie de características propias que las distinguen de una forma neta del derecho civil patrimonial. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y con la modificación del divorcio por la Ley de 8 de julio de 2005, se ha consolidado legalmente lo que ha venido en denominarse por la doctrina el “proceso de familia”, que cuenta con una serie de peculiaridades que lo distinguen de los procedimientos ordinarios.

La especial naturaleza de los conflictos de familia precisaba de un instrumento metodológico idóneo para tratar de resolver los intereses en juego presentes en la mayor parte de las controversias de familia. Las reformas producidas incorporan al ámbito jurídico procesal las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales a los textos anteriores, que tuvieron un marcado carácter coyuntural y experimental, y suplen notorias deficiencias que se habían puesto de manifiesto, en especial para reconocer la dimensión extra legal de la crisis familiar y adaptar el enjuiciamiento a los principios de inmediación, concentración, eficacia y tutela efectiva. Estos principios han quedado implantados con mecanismos reforzados en el proceso contencioso, como la exigencia de la presencia de las partes en los actos procesales fundamentales y la racionalización del derecho de audiencia del menor, ha supuesto también la apertura a las nuevas formas de ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, que significa la superación de la incidencia de la culpabilidad

en las medidas sobre el cuidado de los hijos y, especialmente, ha aportado la incorporación de la mediación al sistema procesal de familia, como instrumento de pacificación de los conflictos en este ámbito de las relaciones sociales. El prólogo de la Ley 15/2005, es suficientemente gráfico al respecto cuando dice: “con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía del mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador imparcial y neutral”.

Es evidente que la metodología que precisa el enjuiciamiento de los intereses en juego en este tipo de litigios no puede ser la misma que la prevista para las controversias de naturaleza patrimonial, o para los derechos de obligaciones, o para los contratos, ya que en los conflictos de familia, no se trata de juzgar a las personas por hechos del pasado, que permanecen estáticos, inamovibles, pendientes de ser enjuiciados. Tampoco son relevantes las circunstancias que hayan condicionado los hechos en su génesis histórica para determinar la culpabilidad o la inocencia, sino que, fundamentalmente, el principal objetivo del trabajo que deben realizar los tribunales es el de implantar medidas con una clara perspectiva de futuro, para que se regulen las relaciones jurídicas consecuentes a la crisis de la relación conyugal o de pareja, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de las responsabilidades parentales respecto a los hijos comunes, a las crisis de los derechos de la persona en general, y a la ordenación de los recursos económicos y patrimoniales afectos a tal fin. Tales pronunciamientos, y ésta es la diferencia con la metodología de la controversia judicial clásica, requieren que el enjuiciamiento se dirija a realizar un diagnóstico de la situación de carácter social y psicológico, y un pronóstico de futuro, para implantar las medidas más eficaces que mitiguen el dolor, la humillación y el sufrimiento de las personas. Este pronóstico de futuro se ha de inducir de las circunstancias del presente y del pasado, pero para que el mismo sea útil y cumpla la función social que le corresponde, ha de tener en consideración, primordialmente, las necesidades y la evolución del conjunto de la familia con el devenir del tiempo, para que la resolución judicial no esté condenada a quedar obsoleta y ajena a los problemas relacionales que se tratan de resolver.

Hasta la reforma operada por la Ley 15/2005, el proceso de familia ha estado orientado esencialmente a la cuestión sobre estado civil, sin

el necesario tratamiento peculiar de la materia referente a las medidas reguladoras de los efectos, que ahora adquieren la preponderancia que demandan los intereses a los que se trata de dar respuesta. Con ello se da una cumplida respuesta al hecho de que por imperativo legal, ex artículo 91 CC, en el procedimiento de familia se acumulan pretensiones de muy diversa naturaleza y se ha de procurar resolver los conflictos con una clara vocación de facilitar el mantenimiento de las relaciones viables de futuro entre las partes implicadas en el mismo, como destaca el Proyecto de Directiva sobre la mediación que se debate en la Unión Europea.

Entre las características del derecho de familia, como disciplina autónoma dentro del derecho civil, tal como propugna la doctora GARCÍA VILLALUENGA, se ha de destacar que la familia es una institución básica en la sociedad, producto de una larga evolución histórica, que ha estado en el centro de la configuración de cada modelo de sociedad habido y que, aun hoy, continúa siendo un referente de primordial importancia para definir los caracteres de muchas naciones y de muchos pueblos. Por esta razón la regulación del matrimonio, de las formas de relación básicas que conforman lo que denominamos “familia”, y la problemática de la crisis de las relaciones interpersonales en los casos de ruptura, es considerada por muchos como una materia propia del orden público nacional, pues representa y refunde los valores éticos que caracterizan a determinados grupos sociales. En este sentido y, desde la perspectiva del nuevo humanismo, se contempla la familia, tanto en sus formas tradicionales como en su nueva y moderna dimensión, como objeto de estudio e intervención por la salud mental de los ciudadanos y los grupos sociales en los que se integra.

Desde las ciencias sociales se trabaja con un claro objetivo: procurar sentar las bases para la mejora de las condiciones de vida personales y colectivas de las personas y de las formas sociales básicas en las que habitualmente desarrollan sus vidas y trascienden de la esfera individual. En el campo del derecho, la preocupación de los juristas debe centrarse en el estatuto jurídico de la relación de pareja, como relación social que genera derechos y obligaciones entre los miembros que la integran y, en especial, en tanto que es la sede de la perpetuación de la especie. Los hijos, sus derechos inalienables como individuos dotados de personalidad propia distinta de la de sus progenitores, constituyen la razón del nuevo intervencionismo estatal en este campo, enmarcado en una gran corriente internacional que pretende implantar los principios básicos de la Declaración Universal de los derechos del Niño de la ONU.

En el libro que tenemos en las manos se analiza de forma destacada la presencia del principio de autonomía privada en este campo del derecho que ha pasado, desde la rigidez de lo público, a la perspectiva que resulta de contemplar las instituciones jurídicas del derecho de familia desde el valor máximo del principio del respeto a la dignidad de todas las personas. En cuanto a las instituciones típicas familiares, el prisma de la igualdad de los miembros de la pareja, ha quedado consagrado en los artículos 14 y 32 de la Constitución Española, y la libertad ideológica, junto con el pluralismo político, que es fruto del pluralismo social como valor superior del ordenamiento jurídico, determinan que el Estado deba dar cabida a diversos modelos de familia y a matrimonios de diferente talante. Si puede hablarse hoy de un “orden público familiar”, éste no cubre, tras la Constitución, el mismo terreno que antes abarcaba. El mandato de protección pública, social, económica y jurídica a la familia del artículo 39.1, ha de cumplirse con el respeto al principio de defensa de la intimidad familiar del artículo 18, como elemento básico del sistema.

Las referencias precedentes ponen de manifiesto la necesidad de dar contenido real a estos principios constitucionales, singulares y propios de la jurisdicción de familia, que deben estar presentes en toda actuación de los tribunales en este ámbito. Por ello la mediación se destaca como un valioso instrumento al servicio de la administración de justicia, para conseguir los fines enunciados, puesto que su punto de partida es que los conflictos familiares obedecen a causas muy complejas, cuyo origen y responsabilidad no puede ser precisado, ni tampoco necesita ser clarificado para encontrar una solución razonable que sea aceptada por todas las partes implicadas en la controversia.

Se ha dicho que la mediación “ha nacido para ofrecer una alternativa a la lucha por la victoria”, que en el ámbito de los conflictos de familia implica convencer a los contendientes para que renuncien a desarrollar una batalla psicodramática entre ellos, en busca de victorias judiciales en términos personales, cuidado de los hijos, o patrimoniales, pensiones e indemnizaciones económicas.

Por estas razones, LETICIA GARCÍA VILLALUENGA ha realizado un trabajo que, como destacaba al principio, trasciende lo jurídico. El contenido del libro es expresión de su especial sensibilidad hacia los problemas personales y sociales que afectan a miles de personas que se ven inmersas en crisis familiares, y es el fruto de una opción profesional muy seria y muy responsable, adoptada ya hace muchos años, y que dio sus primeros frutos con la consolidación del Experto en Mediación

Prólogo

Familiar de la Universidad Complutense de Madrid, que de forma tan eficiente dirige. En este quehacer, la autora destaca la función social del derecho y de los instrumentos jurídicos en los conflictos interpersonales y colabora, sin lugar a dudas, a restablecer la buena imagen de la justicia ante los ciudadanos, contribuyendo a que la sientan más próxima, más cercana y más humana.

Pascual ORTUÑO MUÑOZ

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

Profesor de la Escuela Judicial española

NOTA DE LA AUTORA

Hablar de mediación es, sin duda, hablar de generar paz social.

Considero la mediación como una forma de entender las relaciones humanas. Una manera más colaboradora de afrontar los conflictos, que, ciertamente, nos son consustanciales. Un modo más participativo y responsable de responder a los problemas interpersonales que surgen cada día: en la familia, en el trabajo, en la comunidad... Una opción más comprometida y democrática de buscar soluciones con el otro y no sobre el otro. Es, en fin, una filosofía de vida.

La necesidad de que estos valores se implantaran en la sociedad fue la que me hizo sentir la mediación antes de conocerla; así, cuando colaboraba hace años en un despacho de abogados y llevaba asuntos de derecho de familia, veía como las resoluciones judiciales nunca satisfacían del todo a las partes, incluso, en demasiadas ocasiones, los acuerdos a los que éstas llegaban no eran realmente queridos porque habían sido negociados desde posiciones y no desde intereses. Por eso, las disputas de familia eran, en la mayoría de los casos, de obligado retorno, porque el parche puesto a la herida no sólo no la sanaba, sino que además no la dejaba respirar y acababa infectándose aún más, porque el conflicto no se había resuelto desde dentro. Así lo sentía una y otra vez y esa impotencia hizo que el “redondo y seguro azar”, del que nos habla el poeta Pedro Salinas, pusiera la mediación en mi camino.

Como jurista que soy, con una trayectoria particular (oposiciones a judicatura, letrada de servicios sociales, colaboradora sobre temas de familia y mediación en distintos medios de comunicación y, principal y finalmente, docente e investigadora), he tratado de acercarme a la mediación con respeto, pues el carácter interdisciplinar que la trasciende me hizo primero intuir y luego comprobar que requiere un construcción con-

junta desde distintas disciplinas: derecho, psicología, trabajo social, sociología..., pero, al mismo tiempo, me he aproximado sin miedo, porque valoré desde el principio que los beneficios que podía aportar hacían que mereciese la pena trabajar en su configuración desde la ciencia que me ocupa: El derecho.

Así pues, desde esta concepción, he tratado de tejer con los miembros que tenía y me eran más conocidos, y que, a mi parecer, coinciden en ser los más idóneos, que eran los que me ofrecía el derecho civil.

Creo que la mediación no puede encontrar mejor aliado en el Derecho que el que le proporciona esta rama del ordenamiento jurídico, pues el derecho civil y la mediación tienen como principal protagonista y eje a la persona y su voluntad. Ambos se construyen desde la confianza de que la capacidad que se reconoce a los individuos les permite actuar en un amplio marco, solo limitado por la ley, la moral o el orden público. Ambos, también, coinciden en reconocer la igualdad y el respeto al desarrollo de la personalidad como principios esenciales sobre los que giran derechos y obligaciones.

Desde esta convicción, he tratado de elaborar la urdimbre para una institución que estaba ya en la memoria de los pueblos antiguos y que se presenta, sin embargo, con una rabiosa modernidad. Por tanto, no solo no he querido desvirtuar la esencia de la mediación al abordarla desde el derecho, sino que me ha parecido esencial trabajar desde él en pro de esta institución que, además de efectos personales, familiares y sociales, produce efectos jurídicos de tan honda importancia.

En nuestra opinión, referirnos a mediación familiar es hacerlo a un sistema cooperativo de gestión y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, entendida ésta en sentido extenso, el cual, a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario y confidencial, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atiende, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente las de menores y discapacitados. Este proceso es facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión.

Esta definición descriptiva incorpora elementos armónicos que en su sincronía configuran un todo distinto, con su propia esencia e identidad. Se trata, pues, de una institución que crece y se afianza en la medida en que todos los que creemos en ella tratamos de pensarla y actuarla.

Éste es el privilegio que he tenido desde hace más de una década, ya que el trabajo en la Universidad me ha facilitado poder estudiar la

mediación, prueba de ello es este libro, fruto de mi tesis doctoral. En la labor de reflexión sobre esta figura, me ha motivado profundamente el interés por aprender que han manifestado mis alumnos, tanto de postgrado, a través del Título propio de la Universidad Complutense de Madrid: “Experto en mediación”, como a través de los cursos de verano de la Fundación General de la UCM, y de los estudios de grado, desde el Departamento de Derecho civil y en la Escuela Universitaria de Trabajo Social, en la asignatura de libre configuración de “introducción a la mediación”.

El sueño de ver hecho realidad el binomio teoría-práctica en mi propia Comunidad Universitaria, se lo tengo que agradecer al apoyo del Rector Carlos Berzosa, quién entendió que el régimen disciplinario no sólo es compatible, sino también complementario, con la búsqueda de soluciones pactadas entre alumnos, profesores y personal de la administración de servicios, apostando por una Inspección de Servicios de la Universidad que trabajara por un concepto amplio de justicia, más participativo y democrático.

Serían muchos los agradecimientos que tendría que hacer si pudiera reconocer minimamente a las personas que me han ayudado en estos años a acercarme y a tratar de profundizar en esta apasionante institución que es la mediación familiar, pero, sabiendo que me perdonarán porque conozco su generosidad, me referiré sólo a algunas de ellas. Con sus nombres y mis sentimientos de gratitud he escrito el cuarto capítulo del libro, que sólo es virtual, y del que incorporo aquí un extracto.

Empieza ese capítulo con mi gratitud a mi familia: a mis hijas, que aprendieron demasiado pronto que se requiere un gran esfuerzo para tratar de lograr lo que quieres y que han respetado mis ausencias aún sin entenderlas; ellas son mi mayor orgullo y mi aliciente para seguir luchando por tratar de hacer, también para ellas, un mundo mejor. A mi marido, que me acompañó y apoyó incondicionalmente desde que este “nuevo hijo” fue proyecto y que ha ejercido responsabilidades parentales doblemente en los últimos tiempos. A mi madre, que me dio la vida y me la sigue dando siempre que la necesito.

El capítulo continúa con mi obligada gratitud a una persona que me permitió apostar por una idea, aun cuando no se había concretado hace ya muchos años y que supo entender que todo tiene un tiempo y confió en que alguna vez llegaría el mío para escribir este trabajo. A Silvia Díaz Alabart, civilista de mente abierta que entendió que la mediación tenía un lugar “por derecho” en esta rama del ordenamiento jurídico y me permitió apostar en mi tesis por ella.

Mi gratitud también a Joaquín Rams, por su buen hacer, su interés y su apoyo en este tema, así como a María Linacero, cuya inmensa capacidad de trabajo, es un ejemplo a seguir. Ella me ha alentado en todo momento y me ha demostrado, con su generosidad, que la amistad es uno de los mayores tesoros que podemos ambicionar. A Xavier O’Callaghan y a Francisco Rivero que enriquecieron mi trabajo con sus observaciones. A mi amiga y compañera Paloma del Hoyo, que me ayuda a crecer como profesional y como persona. Y, por último y trascendiendo todo, mi agradecimiento a mis grandes maestros en mediación, a los que me une un proyecto vital y una amistad renovada: Ramón Alzate, Ignacio Bolaños y Aleix Ripoll. Este último ha afirmado que “para escribir un libro se ha de ser vanidoso y humilde a la vez. Suficientemente vanidoso como para creer que lo que escribimos puede servir de algo a alguien. Y humilde para ofrecer a los lectores lo que hemos aprendido y reconocer, implícitamente, que no sabemos más”.

Suscribo sin temor estas palabras, con la confianza de que en el camino de acceso a lo mucho que queda por aprender en la mediación contaré con tan extraordinarios compañeros de viaje como los que en éste me han arropado.

Leticia GARCÍA VILLALUENGA
Diciembre de 2006.

PRIMERA PARTE

**EL DERECHO DE FAMILIA. CONDICIONES
DE ADMISIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE
LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

I. ASPECTOS SOCIO-JURÍDICOS DE LA FAMILIA EN EL SIGLO XXI

1. UNA VISIÓN SOCIOLOGICA DE LA FAMILIA

La necesidad de conocer los modelos de familia sobre los que el ordenamiento jurídico opera en los comienzos del siglo XXI, con los que necesariamente se habrá de intervenir en mediación familiar, nos indica la conveniencia de aproximarnos a la institución familiar partiendo de sus fines y de su función social.

La familia es la única institución social que, a decir de antropólogos y sociólogos, ha estado y está presente en todas las civilizaciones, grandes o pequeñas, que han existido o existen, cumpliendo una importante función como agente socializador de sus miembros¹.

La socialización implica un proceso por el que las personas que nacen en una determinada sociedad se convierten en miembros efectivos de la misma al desarrollar en ella sus potencialidades como seres sociales, adaptándose a los contenidos propios de un sistema cultural, pero actuando también en él como agentes de cambio. Se trata, pues, de un proceso ciertamente complejo, en el que se construye al mismo tiempo en dos direcciones; internamente, al formarse la personalidad del individuo que es nuevo miembro social, y externamente, ya que el individuo adquiere reglas y valores inscribiéndose en la sociedad². En

¹ Vid. en este sentido DEL CAMPO, S.: *La "nueva" familia española*, Ed. EUEMA, Madrid, 1991, pág. 15.

² Vid. MARTÍN LÓPEZ, E.: *Familia y Sociedad. Una introducción a la sociología de la familia*, Instituto de Ciencias de la Familia. Universidad de Navarra, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 2000, pág. 168.

efecto, en la familia tienen lugar interacciones en las cuales se crean e interiorizan los hábitos de la propia familia, pero también las normas sociales, por lo que puede afirmarse que esta institución contribuye de un modo importante a la construcción de los fundamentos sociales del comportamiento humano³. En este sentido, señala 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 divorcio⁴ que “*El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad*”.

Cuestión de notoria importancia es el hecho de que en la familia confluyan y se vean reflejados factores económicos, jurídicos y políticos, junto a otros religiosos, culturales y sociales⁵. Ésta es, a nuestro entender, la razón fundamental por la que no puede hablarse, ni actualmente ni históricamente, de un modelo único de familia⁶, ya que ésta se halla en continuo proceso de cambio a través del tiempo, dada su permeabilidad a los referidos factores que la rodean. Ello no obsta para reconocer la común existencia de ciertos principios en los diferentes modelos que han sido aceptados desde siempre, y prácticamente por todos, en nuestra sociedad. No significa esto que la familia esté sustraída al ordenamiento estatal, sino que “tal ordenamiento ha de respetar las líneas maestras del

³ Vid. AGULLÓ TOMÁS, M.S. y SANCHEZ MORENO, E.: *El orden social*, coord. ÁLVARO, J.L., UOC, Barcelona, 2003, págs. 16-17.

⁴ 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. BOE nº 163 de 9 de julio de 2005.

⁵ Señala SÁNCHEZ AGESTA, L.: “La ordenación de la familia en la Constitución de 1978”, *Protección jurídica de la familia. Anales de moral social y Económica*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos (conferencia de julio de 1980), Madrid, 1982, pág. 53, cuatro grandes parámetros que hacen que la familia evolucione: la camaradería, la economía, el derecho y la religión.

⁶ Entendemos con ROUSELL, L.: “Mariages et divorces. Contribution a un analyse systematique des modeles matrimoniaux”, *Population*, 1980, noviembre-diciembre: 1025-1040, que lo que existe actualmente es una pluralidad de modelos familiares y no simplemente de tipos de familia. Así, el tipo se construye a partir de una constelación de rasgos, mientras que el modelo se basa en las diferentes finalidades que dan su verdadera dimensión a estos rasgos, y que hacen coherentes las actitudes y los comportamientos. Un modelo familiar se definiría, por consiguiente, por el proyecto general que una pareja, situada en un ambiente socio-cultural dado, se propone realizar a través de estrategias pertinentes.

modelo comúnmente aceptado y en particular el desarrollo interno de la vida familiar⁷.

Ciertamente, no se puede hablar de un concepto de familia válido para todos los tiempos⁸, y más que de familia hay que hablar de “familias” para referirnos a los modelos con arreglo a los cuáles los grupos humanos se han organizado históricamente, por ello, “sólo a través de las ideas vigentes en cada momento histórico y de las necesidades económicas a las que sirve, puede definirse lo que hay que entender por familia en cada momento de su evolución”⁹.

También el matrimonio, institución por excelencia constitutiva de la familia¹⁰, ha venido siendo objeto de revisión, sometiéndose a importantes transformaciones en los últimos años; prueba de ello fueron algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado,

⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. ET ALTER: *Elementos de Derecho civil*, T. IV, Familia, edición revisada por RAMS ALBESA, J. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 2.

⁸ De notable interés resulta la relación de características y variaciones de la familia que, de conformidad con las enseñanzas originarias del Código Civil, recoge ALONSO PÉREZ, M.: “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *ACTUALIDAD CIVIL*, nº 1, 5 al 11 de enero de 1998, págs.18-19, señalando que “obedece al patrón de familia burguesa, de fuerte estructura agrícola o artesanal. Familia conyugal que coexiste con modelos frecuentes, sobre todo en las sociedades rurales, de familias amplias o consanguíneas, con factura moderadamente patriarcal... b) La mujer, que ostenta la potestad de las llaves (art. 62), estaba subordinada al marido tanto en el aspecto personal (deber de obediencia, según el antiguo art. 57, copia literal del art. 213 Code francés), como en el patrimonial (“el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal”, rezaba el viejo art. 59.1 C.c.). A cambio, el propio art 57 le otorga la protección marital. c) Naturalmente, la subordinación de la mujer al marido —compatible con el dominio de aquélla en la esfera doméstica— es una forma de expresar la plena *potestas* del padre y marido: hijos y esposa le están sometidos... d) La burguesía católica de signo conservador acabará imponiendo el matrimonio canónico obligatorio para cuantos profesen la Religión Católica... tanto el matrimonio canónico cómo el civil eran indisolubles para el Código... e) el modelo burgués de familia penetrado por viejos rasgos patriarcales se refleja por doquier en nuestro Código de 1889”. Concluye el propio autor, “En medio de este paraje familiar, un tanto desolador,... recogido en el C.c. de 1889 y en gran medida vigente casi un siglo, hasta 1978, se abren oasis aquí y allá... que intentan romper el modelo de familia burguesa, y dan paso al modelo propio de la moderna sociedad súper tecnificada, que adquiere pleno desarrollo en la segunda mitad del S. XX”.

⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO. L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil. Vol. IV. Derecho de familia y sucesiones*, octava edición, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 32.

¹⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 17-X-1986, affaire Rees, y en la de 27 de septiembre de 1990, affaire Cossey, ha considerado que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental.

como la de 8 de enero de 2001¹¹, y la de 31 de enero de 2001, que autorizaron el matrimonio entre personas de distinto sexo legal, aunque no biológico y, posteriormente, la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹². Dicha Ley permite que el matrimonio se celebre entre

¹¹ Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001, sobre matrimonio de transexual: *“El transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

VI. No Puede defenderse que el matrimonio entre una mujer y un transexual que ha pasado a ser varón sea, por este motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si el matrimonio pudiera ser declarado nulo por error en las cualidades personales esenciales del otro contrayente (cfr. art. 73.4º C.c.) no ocurre así en este caso en el que la mujer conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera surgido el vicio (cfr. art. 76 C.c.). VII. No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico es la generalizada en Derecho comparado; tienen claro apoyo en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral”.

Sobre el fundamento jurídico de dicho reconocimiento puede consultarse LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Derecho del Registro Civil*, Ed. Cálamo, Barcelona, 2002, págs. 20 a 22, y GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: “El matrimonio y la familia en la sociedad actual”, *Revista de Derecho privado*, marzo-abril, 2003, págs. 147 y ss.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado en contra de la prohibición a las personas transexuales para casarse con otras de su mismo sexo biológico, argumentando que se violaban los arts. 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (v. gr., Sentencia de 11 de julio 2002). Sobre la jurisprudencia del TEDH, vid. GÓMEZ LAPLAZA, C.: “Transexualidad”, *Aranzadi Civil*, nº 1, abril, 2004.

¹² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE nº 157 de 2 de julio de 2005. Vid. Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (BOE 188, 8 de agosto de 2005), que, en presencia de elementos personales de extranjería, señala: *“El matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia a que se refiere el siguiente apartado”.*

personas del mismo o de distinto sexo, con los mismos derechos y obligaciones, disponiendo en su Exposición de Motivos que “... *en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular*”¹³. Por tanto, y sin entrar en otras

¹³ No obstante, vid. a este respecto, el Dictamen del Consejo de Estado sobre matrimonio de homosexuales, de 16 de diciembre de 2004, nº 2628/2004, que señala: “*De acuerdo con los términos del artículo 32.1 de la Constitución, el hombre y la mujer tienen constitucionalmente garantizado el derecho a contraer matrimonio, lo que no se predica de las parejas del mismo sexo. La referencia expresa al “hombre y la mujer” tiene, al menos, un doble alcance: por un parte, al referir la plena igualdad jurídica al hombre y la mujer, evita de forma terminante que el legislador incluya desigualdades entre uno y otra que pudieran superar el juicio de razonabilidad derivado de la aplicación del artículo 14, a la vista de las concepciones sociales dominantes o en alguna medida vigentes hasta la época en que se aprobó la Constitución. Por otra parte, introduce una mención expresa de la diversidad sexual al enunciar un concreto derecho fundamental, lo que supone que la aplicación del artículo 14 de la Constitución en relación con ese concreto derecho habrá de partir, en todo caso, de dicha mención expresa*”. El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite, mediante providencia de 25 de octubre de 2005, el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, (BOE núm. 273, de 15-11-2005, p. 37313).

Vid. el Auto del Registro Civil de Madrid, de 5 de noviembre de 2003 que acordó no autorizar el matrimonio pretendido por dos personas del mismo sexo, en la línea establecida por otras Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (25-2-1993, 25-3-1998 [AS 1998\806] y 26-1-1999 [AS 1999\168] entre otras). También la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 (RJ 1987\5045) de la Sala de lo Civil mantuvo el mismo criterio que el Tribunal Constitucional sobre tratamiento diferenciado en situaciones diferenciadas, y la Resolución de 21 de enero de 1988 (RJ 1988\215) de la Dirección General de Registros y del Notariado que dispone: “*No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial. Y este concepto tradicional es el que recogen, sin duda alguna, las normas vigentes en España, rectamente interpretadas. En efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución proclame que ‘el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica’ no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión ‘entre sí’, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales, es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que “el hombre y la mujer” son los titulares del ius nubendi, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho”, sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona*”.

ÍNDICE

PRÓLOGO	7
NOTA DE LA AUTORA	13

PRIMERA PARTE: EL DERECHO DE FAMILIA. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

I. ASPECTOS SOCIO-JURÍDICOS DE LA FAMILIA EN EL SIGLO XXI	19
1. Una visión sociológica de la familia	19
2. Consideraciones generales en torno al derecho de familia.....	36
<i>A. El Derecho de familia como parte institucional del Derecho civil. Algunas cuestiones relativas a la naturaleza del Derecho de familia</i>	36
<i>B. Una aproximación al concepto y caracteres del Derecho de familia</i>	43
II. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	51
1. La transformación del derecho civil, versus transformación del derecho de familia: la autonomía de la voluntad en el derecho de familia	51
2. La protección constitucional de la familia	79
3. La igualdad de los cónyuges como principio esencial para la implementación de la mediación familiar	109

SEGUNDA PARTE: LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA DE GESTIÓN Y RESOLUCIÓN COOPERATIVA DE CONFLICTOS FAMILIARES. EXPERIENCIA COMPARADA

I. FUNDAMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN: TEORÍA DEL CONFLICTO	137
1. Una aproximación al concepto de conflicto	137
2. Elementos del conflicto	142
<i>A. Las Personas</i>	142
<i>B. El Proceso</i>	143
<i>C. El Problema</i>	144
3. Teorías y Escuelas sobre el origen del conflicto y su tratamiento	149
4. Breve referencia a la clasificación de los conflictos	157
<i>A. Especificidades de los conflictos familiares</i>	160
<i>B. Ciclos evolutivos y conflictos</i>	163
II. LAS ALTERNATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN DERECHO COMPARADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN FAMILIAR	169
1. Consideraciones generales sobre las alternativas a la resolución de disputas	169
2. Implementación y desarrollo de los sistemas no adversariales en el continente americano	198
<i>A. Estados Unidos y Canadá</i>	198
— Estados Unidos	198
— Canadá.....	206
<i>B. Latinoamérica</i>	212
— Argentina	215
— Bolivia	220
— Colombia	222
— Costa Rica	226
— Chile	228
— Ecuador	230
— Méjico	233
— Nicaragua	236
— Panamá	240
— Paraguay	242
— Perú	244
— Puerto Rico	244
— Uruguay	245

— Venezuela	247
— Otros ordenamientos	248
3. Europa, hacia un espacio común no adversarial de resolución de conflictos. La Mediación Familiar	252
A. <i>El desarrollo de las ADR en Europa. Algunas referencias ..</i>	252
B. <i>Panorama de la Mediación Familiar en los países europeos</i>	262
a) La Recomendación (98)1, del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar	262
— Justificación	262
— Concepto y principios de la mediación familiar en la Recomendación (98)1, y en la doctrina	266
b) Mediación Familiar en el Derecho Comparado Europeo....	275
— Alemania	275
— Austria	278
— Bélgica	280
— Francia	286
— Inglaterra y Gales	293
— Italia	300
— Portugal	303
— Otros ordenamientos	306

TERCERA PARTE. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR. ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN LA MATERIA

I. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA	315
II. CONCEPTO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR RECOGIDO EN LAS DISTINTAS LEYES AUTONÓMICAS	331
III. SUJETOS Y ÁMBITOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR ..	345
IV. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	379
1. Voluntariedad	384
2. Imparcialidad	396
3. Neutralidad	402
4. Confidencialidad.....	406
5. Profesionalidad	424
A. <i>La Formación del mediador en los distintos instrumentos Internacionales</i>	<i>424</i>

<i>B. Regulación en España de la profesionalización del mediador familiar</i>	434
V. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR	453
1. La Mediación como proceso no jurisdiccional. Diferencias con figuras afines	453
A. <i>El Contrato de Mediación</i>	461
a) Características del contrato de mediación que le distinguen de otros similares	463
b) Sujetos y contenido del contrato de mediación	472
B. <i>El Negocio jurídico mediado</i>	493
BIBLIOGRAFÍA	511
PÁGINAS WEB DE MEDIACIÓN	552

