

LA MEDIACIÓN FAMILIAR. ACUERDOS DE LOS PROGENITORES EN RELACIÓN A SU RESPONSABILIDAD PARENTAL

Karen Lissette Echeverría Guevara*

A Carlos Gómez, Alexis Pérez y Lila Mena, por su apoyo constante.

RESUMEN: En las situaciones de crisis familiar, adquieren relevancia las decisiones que los progenitores han de tomar en relación a la responsabilidad parental que ejercen respecto de sus hijos; esas decisiones deben materializarse en acuerdos que busquen primordialmente el interés superior de aquellos, siendo necesario que los progenitores tengan una adecuada comunicación y madurez que les permita anteponer a sus intereses, el beneficio de sus hijos. En esta situación, la mediación familiar resulta una alternativa adecuada para promover acuerdos y garantizar la efectividad de estos.

Palabras claves: Mediación, Familia, Hijos, Cuidado Personal.

1 INTRODUCCIÓN

Este trabajo desarrolla los aspectos generales de la mediación como forma de resolución alterna de conflictos, haciendo referencia a sus características y ventajas, así como al rol que ejerce el mediador dentro del procedimiento de mediación. Lo anterior permitirá su abordaje en el ámbito familiar, relacionándola con la responsabilidad parental y los acuerdos que los progenitores deben de tomar respecto de sus hijos en el momento del divorcio.

2 LA MEDIACIÓN

2.1 CONCEPTO

En el uso común, el término “*mediar*” aparece ligado a la “*acción de interceder o rogar por alguien,*” “*interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.*”¹

La palabra mediación se usa para designar un procedimiento no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes, que conduce la negociación entre estas, dirige el procedimiento, se abstiene de asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo, es imparcial y ayuda a las partes a acordar cuestiones no necesariamente jurídicas, a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas,

* Doctora en Derecho (con especialidad en Derecho de Familia) por la Universidad de Granada, España. Abogada. Profesora universitaria e investigadora jurídica. Coordinadora de la Maestría en Derecho Familiar de la Universidad Evangélica de El Salvador. E-mail: <karenlis24@gmail.com>.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001. Además la RAE, explica que mediación es la “Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio.”.

para llegar a un resultado mutuamente aceptable; es decir, les ayuda a que, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto.

Doctrinariamente, la mediación se define como un procedimiento que resuelve un conflicto entre dos, con un acuerdo justo y legal obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria y moderado por un mediador imparcial y neutral, provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva.²

En ese sentido, la mediación se encuadra como un mecanismo alternativo para resolución de disputas³ a través del cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución⁴ con la ayuda de un mediador quien con su formación, ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento para crear un ambiente de colaboración que, por lo general, es impedido en el ámbito contencioso⁵.

2.2 CARACTERÍSTICAS

La mediación se caracteriza por su voluntariedad, flexibilidad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y objetividad⁶.

La voluntariedad es un elemento del procedimiento de mediación, con la decisión de iniciar, participar y continuar o no en él. Constituye un principio fundamental, cuya esencia

² PUY MUÑOZ, F. “La Expresión <<Mediación Jurídica>>. Un Análisis Tópico” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente,” Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 25.

³ Conocido como ADR (Alternative Dispute Resolution) por sus siglas en inglés.

⁴ En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, P. (“Mediación Familiar” en GONZÁLEZ POVEDA, P.: “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales,” Editorial Sepin, Madrid, España, 2005, p. 1109) sostiene que el principio de autonomía de la voluntad de las partes es el eje sobre el que gravita la esencia de la mediación, que se potencia con la intervención profesional del tercero mediador como facilitador de la comunicación, de la racionalización de los problemas, y como garantía de que la formación de voluntad no estará condicionada por ningún tipo de elemento extraño respecto de los verdaderos intereses de las partes.

⁵ GONZÁLEZ CANO, M. I. “Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. “Mediación y Solución de Conflictos.” Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 137. Esta autora sostiene que si el proceso de mediación seguido tiene por efecto que las partes mejoren su comunicación y ello les conduce a la superación de sus diferencias, en la medida que ellas mismas lo han logrado, tanto el grado de compromiso mutuo alcanzado como la satisfacción, les llevará a cumplir los acuerdos a los que hayan llegado y a perfeccionar el modo en el que se relacionarán en el futuro. Con ello, la mediación habrá cumplido su función al procurar el conocimiento de las personas y fomentar su comunicación, lo cual les permitirá entenderse y convivir de un modo tendencialmente menos conflictivo en el futuro.

⁶ Sobre las características de la mediación, Vid. ampliamente MARTÍN-CASALS, M. “Líneas Generales de la Mediación Familiar en España” en GARCÍA GARNICA, M. y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinaria,” Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008, Pp. 34-36; OROZCO PARDO, G.: “Notas Acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en los Estados Unidos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, número 5, 2002, p. 748; ORTUÑO MUÑOZ, P. “Mediación Familiar,” Op. cit. p. 1112; PÉREZ GIMÉNEZ, M. T. “La Mediación en el Marco del Protocolo Familiar”, en Actualidad Civil, número 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2010, Tomo 1, Editorial La Ley [LA LEY 2439/2010], Pp. 997 y ss.; RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “La Mediación Familiar” en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.) Et. Al: “Derecho de Familia,” Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011, Pp. 165, 166.

determina que las partes tienen derecho no solo a decidir someterse a mediación, sino también a retirarse del procedimiento en cualquier momento y nadie puede obligarles a reiniciarlo⁷. En caso de acuerdo, este es alcanzado voluntariamente, no existe una autoridad que lo imponga aunque se trate de un tercero neutral. Precisamente, la eficacia de la mediación se basa en la voluntad de las partes, frente a los procesos adversariales en los que la solución es impuesta por un tercero investido de poder para ello. Igualmente la voluntariedad de la mediación se manifiesta a la hora de elegir el profesional que actuará como mediador.

La flexibilidad del procedimiento está ligada a la informalidad del mismo. Se realizan sesiones conjuntas entre las partes y el mediador, incluso pueden ser privadas entre el mediador y una de las partes. Las sesiones suelen tener una duración de dos horas, aún cuando el tiempo tampoco está reglado y por tanto puede ser flexible.

Respecto de la confidencialidad, debe tenerse en cuenta como premisa fundamental, que la confianza ha de transmitirse por el mediador a las partes, en el sentido de que él será un testigo “*mudo*” respecto a todo lo que allí se manifieste y es también un compromiso que han de aceptar las partes, incluso de forma solemne, mediante la firma de un documento inicial, de que no harán uso de la información que reciban, fuera del ámbito de la mediación⁸. Así, todo lo manifestado durante la mediación es confidencial; sin la autorización expresa de una parte y en el transcurso de una sesión conjunta, el mediador no podrá revelar a la otra ningún contenido expuesto durante una sesión privada. ORTUÑO MUÑOZ, destaca que la protección de la confidencialidad opera a tres niveles⁹:

- El mediador queda vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados, y de este deber ha de responder administrativamente, en el ámbito profesional, civil y penal;
- El mediador no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio contencioso subsiguiente, ni tampoco puede actuar como perito; y
- Las partes no pueden utilizar en el posterior proceso judicial los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

Se debe acotar que esta característica de confidencialidad tiene su límite en materias de orden público, con lo cual ha de ceder ante el riesgo de la integridad física de las personas, del interés superior del niño, niña o adolescente, o ante la investigación judicial de hechos de naturaleza delictiva.

⁷ Así lo expone GARCÍA GARCÍA, L. “Mediación Familiar. Prevención y Alternativa al Litigio en los Conflictos Familiares”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003, p. 136.

⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P. “Mediación Familiar,” Op. cit. p. 1112.

⁹ Ídem.

En cuanto a la imparcialidad, el mediador no debe tomar partido ni inclinarse a favor de alguna de las partes, debe limitarse a controlar la negociación marcando las pautas y facilitar tanto la comunicación como las alternativas existentes para la resolución del conflicto. El agente mediador no se encuentra unido a ninguno de los intervinientes en el conflicto, es un tercero respecto de él, que debe observar de forma objetiva las cuestiones planteadas. La implicación del agente mediador, a favor de uno de los intervinientes, supone la pérdida de la imparcialidad necesaria en el ejercicio de su función. En caso de existir conflicto de intereses, entre las partes y el mediador, o algún vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre ellos, el mediador debe abstenerse de conocer y remitir a las partes a otro mediador¹⁰.

En relación a la neutralidad, el mediador ha de contar con dos cualidades indispensables: Ha de ser una persona reflexiva y debe ser una persona sumamente respetuosa con las ideas de los demás, pues ha de actuar como “*maestro de la tolerancia*”¹¹. Esta característica se refiere a la forma en la cual el mediador se relaciona con las partes, sin favorecer a ninguna, ni aceptar prestaciones o retribuciones hacia su persona bajo ningún concepto. Ello implica alta credibilidad del mediador hacia las partes, bajo o nulo poder sobre estas, enfoque orientado en el procedimiento y no en el resultado y aportar racionalidad e información adecuada¹².

168

En cuanto a la objetividad, el mediador debe mantener a toda costa la objetividad y no mostrar su opinión en ningún caso, por lo que se abstendrá de aconsejar u ofrecer sugerencias, puesto que ello supondría la pérdida de confianza de las partes hacia el mediador, lo que traería como consecuencia la imposibilidad de ayudarles a que, por sí mismas, encuentren y asuman como propio el acuerdo.

2.3 VENTAJAS

Doctrinariamente, se afirma que la mediación reduce el quehacer de los tribunales de justicia, ahorra tiempo y dinero, evita que haya ganadores y perdedores, aumenta la creatividad al momento de buscar un acuerdo, propicia el protagonismo y responsabilidad de las partes, y los acuerdos que se logran tienen efecto por más tiempo¹³. En ese contexto, cabe resaltar que la mediación es: 1. Rápida: Puede terminarse con el problema a las pocas

¹⁰ GARCÍA GARCÍA, L. “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. cit., p. 140.

¹¹ Así lo expone ORTUÑO MUÑOZ, P. “Mediación Familiar” Op. cit. p. 1115.

¹² GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F. “Aspectos Psicosociales” en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). “Mediación Familiar”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2012, pp. 300 y 301.

¹³ GARCÍA PRESAS, I. “La Mediación Familiar Desde el Ámbito Jurídico”, Editorial Juruá, Lisboa, Portugal, 2010, p. 31.

semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de una o dos horas, no obstante las disputas complejas pueden requerir sesiones adicionales; 2. Confidencial: No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en las sesiones. Sin este deber la mediación no funcionaría, porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo; 3. Justa: La solución a toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas las que la encuentran; 4. Exitosa: Al ser un acuerdo voluntario y justo que satisface a las partes, la ejecución de dichos acuerdos genera responsabilidad sobre los compromisos adquiridos, ocasionando pocos inconvenientes.

3 MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL E INTRAJUDICIAL

3.1 MEDIACIÓN EXTRAJUDICIAL

Es un procedimiento iniciado a instancia de las partes en conflicto, sin que exista de fondo un proceso judicial en trámite¹⁴. Tiene su origen tanto en oficinas públicas como privadas, es decir, no se realiza ante ninguna autoridad judicial, radicando la fuerza en la voluntad de las partes, quienes consienten libremente al momento de someterse a la mediación, cumpliendo voluntariamente los acuerdos alcanzados. Esta es la única fuerza que puede tener, por ello es necesario poner previamente en comunicación a las partes.

3.2 MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL

Es aquella que se desenvuelve en cualquiera de las etapas del proceso que está siendo tramitado en el juzgado. Supone la suspensión del proceso mientras las partes acuden al servicio de mediación, sin perjuicio de que el Juez, ya sea de oficio o a petición de parte, adopte las medidas cautelares que estime convenientes para salvaguardar los intereses de las partes. De alguna forma, lo que determina la necesidad de regulación legal de la mediación es la relación de la misma con el proceso judicial. No se trata de una judicialización de la mediación, pues no se ha de olvidar que estamos ante un mecanismo alternativo, pero tampoco se puede ignorar que el sistema judicial es el referente último del Estado de Derecho y que, por lo tanto, también ha de ser la imprescindible garantía de que los acuerdos alcanzados por vía de la mediación serán reconocidos por quien tiene la capacidad de disponer su ejecución forzosa y de garantizar en último extremo el derecho de los ciudadanos

¹⁴ BOTANA CASTRO, A. V. “Conceptos Básicos de Referencia”, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). “Mediación Familiar”, Op. cit., p. 37.

a la tutela judicial efectiva¹⁵. Ortuño Muñoz¹⁶, sostiene que esta relación de la mediación con el proceso judicial reviste una gran problemática:

1. Supuestos de derivación judicial y alcance de las facultades del Juez para propiciar la mediación:

a. La derivación facultativa del Juez, que se vuelve obligatoria para las partes.

Esto implicaría desatender el carácter voluntario para someterse a mediación, pudiéndose dilatar el proceso innecesariamente, pues las partes al no contar con una actitud positiva frente a la decisión del Juez, no alcanzarían acuerdos por no tener la disposición de solucionar el conflicto de manera amigable y, de alcanzarlos, podrían no ser eficaces.

b. La posición pasiva del Juez, dejando toda la iniciativa a la solicitud de ambas partes; o

c. El establecimiento de una vía intermedia, con la derivación a una sesión informativa obligatoria, sin vulnerar el carácter de voluntariedad, ni el derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva¹⁷.

Estas disyuntivas podrían superarse si el juzgado tiene adscrito un equipo especializado que promueva la mediación en los usuarios del sistema judicial a fin de evitar la sustanciación de procesos contenciosos. La información oportuna sobre la mediación y sus ventajas puede generar en los usuarios interés y disposición para someterse a ella, lo que a su vez implicará la solicitud al Juez de la suspensión del proceso, mientras se desarrollan las sesiones de mediación en busca de un acuerdo. De llegar a una solución, las partes deberán presentar al Juez los resultados del acuerdo de mediación a fin de que sean homologados, previo control judicial para garantizar que dichos acuerdos no vulneren derechos o impliquen la renuncia de estos.

2. Garantías de la confidencialidad en los supuestos en los que la mediación no llega a buen término y se pretende que el mediador sea llamado como testigo para suplir deficiencias probatorias.

Por el carácter confidencial de la mediación, no está permitido utilizar al mediador como perito o testigo en el proceso judicial en que intervienen las partes destinatarias del

¹⁵ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, P. "Mediación Familiar," Op. cit. pp. 1122-1124.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ En ese mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, L. "Mediación Familiar. Prevención...", Op. cit., pp. 136 y 137. Esta autora sostiene que la mediación puede establecerse como una fase previa al inicio del proceso contencioso, salvando al mismo tiempo la voluntariedad al admitir que se sometan a este procedimiento únicamente quienes no hagan constar de forma explícita y tajante su negativa. Argumenta que la obligación a las partes reside únicamente en asistir a la sesión informativa previa, a fin de conocer las ventajas de solucionar sus problemas por esa vía y poder decidir si continúan o no con el proceso contencioso.

servicio de mediación. Tampoco podrán utilizarse como prueba, las actas levantadas en las sesiones que registran lo manifestado por ambas partes durante el procedimiento de mediación. Sin embargo, como se dijo anteriormente, esta prohibición queda atenuada en los casos en que el mediador esté en presencia de hechos que constituyan delito.

3. Regulación de la abstención y recusación en relación al mediador.

Como en todo procedimiento, debe establecerse los casos en que el mediador debe abstenerse de brindar los servicios de mediación, así como determinar los supuestos en que las partes pueden solicitar la recusación del mediador.

3.2.1 Justificación de la Mediación Intrajudicial

En el contexto judicial, la mediación puede figurar no solo como un mecanismo alternativo para la solución del conflicto, sino también como un mecanismo complementario o adecuado¹⁸, pues con su aplicación se podrá lograr un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, sustentado en la participación conjunta de las partes en la toma de decisiones. Por ejemplo, en los conflictos matrimoniales el proceso judicial no siempre es una solución adecuada, funcionando mejor otros mecanismos como la mediación por desarrollarse en un ambiente privado, que permite a las partes manifestar información de carácter confidencial, que les ayuda a visualizar claramente las situaciones que provocaron la crisis familiar y a comprender el punto de vista de cada uno en el conflicto, a modo de encontrar un punto común que sirva como base de los acuerdos.

En ese sentido, la mediación en el contexto judicial no solo surge como una alternativa, sino también como un complemento que pretende modificar la paradoja de intentar resolver el conflicto mediante el enfrentamiento, con el consecuente trauma y desgaste psicológico, económico y emocional vivido en los procesos contenciosos.

Recordemos que en la mediación, todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse perdedor al tener que cumplir lo decidido por el Juez¹⁹.

¹⁸ Así lo expone CASTILLEJO MANZANARES, R. ("Mediación en el Ámbito Familiar: Marco Normativo" en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. "Mediación y Solución de Conflictos." Habilidades Para Una Necesidad Emergente," Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 275) quien sostiene que, aun y cuando a los mecanismos de solución de conflictos distintos al proceso judicial se les ha venido denominando resolución *alternativa* de conflictos, actualmente al término *alternativa* se han incorporado los de *adecuada o complementaria*, en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado y, como tal, no sirven tan sólo como métodos alternativos frente a los procesos, sino complementarios o adecuados respecto de los procesos judiciales.

¹⁹ HIGHTON, E.; ÁLVAREZ G. "Mediación para Resolver Conflictos," Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 122.

4 EL ROL DEL MEDIADOR

En cuanto al rol del mediador, este no debe actuar como un Juez, pues no puede imponer una decisión ni le corresponde enjuiciar las pretensiones de las partes, tampoco puede proponer por su cuenta una solución; debe actuar como un catalizador, educador y comunicador, pues su función es conducir y facilitar la comunicación entre las partes para que puedan identificar claramente los puntos de la controversia, descubrir los intereses y explorar las posibles vías de solución²⁰. El mediador plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que las partes adoptan en el litigio –en que la postura es antagónica– por lo que una gana y otra pierde.

Así, el mediador no es un mero oyente amable y pasivo que asiente con la cabeza para mostrar compasión mientras las partes describen sus preocupaciones; por el contrario, es un oyente activo, modelador de ideas, que mostrará el sentido de la realidad necesario para lograr que las partes alcancen los acuerdos convenientes. Esto lo hará a través de una gama de estrategias y técnicas que favorece el cambio de actitudes.²¹

Precisamente, el mediador es un intermediario, no es un Juez que decide, ni un abogado que aconseja o patrocina a las partes, ni un terapeuta que las cura. Su única función es acercar a las partes, pero lo hace en un ambiente adecuado, utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a estos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes, sacándolos de sus rígidas posiciones y abriéndolos a soluciones creativas.

Como señala González Cano²², el mediador no tiene más función que la de asistir o ayudar a las partes en su intento de superar del mejor modo la situación en la que se encuentran, ayuda a bajar los ánimos alterados, actúa como guía imparcial de la discusión y asegura que todas las partes tengan la oportunidad de hablar e intervenir, asimismo ayuda a diferenciar los intereses y las posiciones, trasladando la información de una parte a la otra en un lenguaje positivo, para que aquellas vean el conflicto con realismo y objetividad. Para ello es imprescindible que el mediador cuente con la confianza de los intervinientes. De esta manera, el mediador es un técnico ajeno al conflicto y a las partes, enseñándoles, no solo a

²⁰ GARCÍA GARCÍA, L. “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. cit., p. 151.

²¹ STULBERG, J. B. “County Court Mediation. A Mediator’s Manual”, Florida, EE.UU., 1989. Entre estas técnicas está la de utilizar todos los recursos posibles, valiéndose de las manifestaciones emocionales de las partes, a fin de que surjan diálogos productivos y descubrir los verdaderos intereses, ocultos tras las inflexibles posiciones que mantienen. Por lo cual, el mediador no defiende los derechos de las partes en particular, sino que piensa en sus necesidades y en las del resto del núcleo familiar. Así lo expone GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. cit., p. 153. Esta autora destaca las siguientes estrategias a utilizar por el mediador: uso de la hipótesis, escucha activa, legitimación, normalización, reformulación asertiva, semáforos rojos (palabras o expresiones imprecisas que deben aclararse), formulación de preguntas, reconocer preocupaciones, uso de resúmenes, replanteo y la tormenta de ideas o brainstorming (pp. 211-219).

²² GONZÁLEZ CANO, M. I. “Los Métodos Alternativos...” Op. cit., p. 137, 140.

comunicarse, sino también a recuperar sus habilidades de diálogo para encontrar por sí mismas la solución a su conflicto.

Asimismo, el mediador ha de permitir que se manifiesten los sentimientos y las emociones, que salgan al exterior todo el enfado, el resentimiento y el dolor acumulados para poder contener la crisis, pero todo ello bajo unas premisas establecidas previamente al inicio del procedimiento: no gritos, no insultos, no descalificaciones personales. En estas condiciones radica el secreto de la mediación, a fin de evitar que el conflicto degenera en violencia, evitando la escalada de hostilidad entre las partes²³.

Por otro lado, el mediador debe ser empático, flexible, creativo y tener capacidad de escucha activa, lo que le permitirá reconocer sus propios prejuicios y sus proyecciones en el desarrollo de su función como mediador. El interés que muestre en el conflicto ha de ser verdadero, pero sin llegar a identificarse porque es necesario mantener la distancia. Asimismo, debe tener conocimientos jurídicos, pues las normas de orden público familiar forman parte del plano institucional de la familia, por lo cual debe tenerlas presente a lo largo del procedimiento. Todo ello sin olvidar que debe conocer, entender y respetar los cánones éticos básicos, pues de no se así, corre el riesgo de caer en una actitud irresponsable y hasta culposa, pues como facilitador puede influir para que la solución que adopten las partes sea desventajosa, ilegal, bajo presión o que se amolde a intereses subalternos de los participantes²⁴.

En definitiva, el rol del mediador consiste en facilitar la resolución del conflicto por las partes y no sugerir soluciones²⁵, velando siempre por el respeto de los derechos y por el interés superior del niño, niña o adolescente, toda vez que deban tomarse decisiones que les afecten.

²³ GARCÍA GARCÍA, L. “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. cit., p. 153.

²⁴ Ídem, pp. 157, 158 y 165.

²⁵ LANGELAND, E., “Dispute Resolution Journal of the American Arbitration Association”, Julio-Septiembre de 1995, “The Viability of Conciliation in International Dispute Resolution,” p. 34 y ss.

5 EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN²⁶

Este procedimiento inicia con la solicitud verbal o escrita de las partes, ante una Institución Pública o un Centro de Mediación acreditado; posteriormente se designa al mediador quien deberá realizar inmediatamente la convocatoria a las partes, señalando la fecha para que comparezcan a la primera sesión.

Esa sesión inicial es de carácter informativo, por lo que el mediador debe explicar a las partes la naturaleza, principios, ventajas, duración y efectos de la mediación, así como sus derechos y deberes, el rol de todos los participantes y las normas de conducta. En esta primera sesión las partes deben delimitar y acordar los puntos sobre los que desean realizar un acuerdo, para luego planificar el número de sesiones que pueden ser necesarias para alcanzarlo. El mediador debe levantar acta haciendo constar todo lo actuado en la sesión, así como el objeto y alcance de la mediación y la previsión del número de sesiones que serán necesarias para llegar a un acuerdo. También se deberá hacer constar la participación voluntaria de las partes y la aceptación del deber de confidencialidad. Dicha acta deberá ser firmada por todos los participantes.

Según la naturaleza del conflicto, pueden programarse varias sesiones. En todo caso, la duración del procedimiento de mediación no debe exceder los tres meses a partir de la presentación de la solicitud²⁷. Asimismo, dependiendo de la complejidad del caso, las sesiones pueden ser conjuntas e individuales.

Debe tenerse en cuenta que el desarrollo de las sesiones supone la fase de recogida de la información²⁸, producto de las manifestaciones de las partes, la cual será utilizada por el

²⁶ En este apartado se pretende explicar, brevemente, el procedimiento que generalmente se aplica en la mediación, independientemente del ámbito en que las partes intervienen (laboral, familiar, civil, etc.). Para ello se tomó como referencia los siguientes documentos: Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador y Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de El Salvador. Debido a la regulación superficial que se hace del procedimiento de mediación en El Salvador, se consideró necesario el estudio de la legislación autonómica de España, tomando también de referencia la Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado (de la Comunidad Autónoma de Cataluña). En doctrina, sobre las fases del procedimiento de mediación familiar, vid. ampliamente: GARCÍA GARCÍA, L. "Mediación Familiar. Prevención...", Op. cit., pp. 169-190.

²⁷ Así lo expone GARCÍA GARCÍA, L. ("Mediación Familiar. Prevención...", Op. cit., p. 197), si bien aclara que, por acuerdo de las partes y el mediador, el procedimiento podría prorrogarse por una sola vez, por un periodo de dos o tres meses. En este mismo sentido lo establece el artículo 24 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, España. No así la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado (de la Comunidad Autónoma de Cataluña), que en su artículo 17 establece una duración de sesenta días hábiles, pudiéndose prorrogar hasta por un máximo de treinta días hábiles. En el caso de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador y el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no se establece ningún plazo de duración.

²⁸ Por ejemplo, historia de la pareja, datos personales relacionados con los puntos que precisan de solución (cuidado personal de los hijos, cuotas alimenticias, vivienda familiar, etc.), valorando el grado de

mediador para generar condiciones propicias para el intercambio de información entre aquéllas, lo que hace posible que los intervinientes puedan pasar de sus posiciones iniciales, generalmente intransigentes, al descubrimiento de puntos de encuentro; a partir de ello, el mediador debe ayudar a las partes a generar nuevas percepciones, por medio de preguntas que les impulsen a reflexionar, prestando atención a ciertos aspectos en los que anteriormente no habían reparado; ello provocará la manifestación de intereses y, a su vez, la generación de opciones o alternativas de solución que beneficien a ambas partes por medio de la “*tormenta de ideas*” en la cual articulen todas las posibles soluciones que se les ocurran, sin quedar comprometidos por cuanto digan. A partir de ello, se procederá a descartar las soluciones inadmisibles y a evaluar las restantes individualmente, analizando si las propuestas tienen posibilidad de ser aceptadas legalmente²⁹.

De la sesión final de mediación, deberá levantarse acta haciendo constar el acuerdo total o parcial al que hubieren llegado las partes. Dicha acta deberá ser firmada por las partes y el mediador en prueba de conformidad. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, también debe hacerse constar en acta dicha situación y deberá ser firmada por los participantes, dando por finalizada la mediación.

Es preciso acotar que la mediación también puede finalizar por el desistimiento voluntario de cualquier de las partes o por la renuncia de la persona mediadora. En este último caso por la falta de voluntad de las partes para llegar a un acuerdo³⁰.

Habiendo abordado de forma sucinta algunas cuestiones generales de la mediación, corresponde conocer su utilidad al momento de acordar el cuidado personal de los hijos en caso de divorcio.

6 LA MEDIACIÓN FAMILIAR

En el entorno familiar, la mediación resulta especialmente indicada debido a que las soluciones adoptadas por las partes tienden a preservar el vínculo entre los miembros de la familia, a diferencia de lo que sucede generalmente cuando se entabla un proceso judicial, en el cual existe una falta de adecuación de las medidas provocando así un alto grado de

enfrentamiento existente respecto de dichos puntos. También la recogida de información comprende la indagación acerca de las pretensiones de cada una de las partes sobre los aspectos antes mencionados, lo que posibilita la identificación de problemas concretos y la elaboración de un listado de puntos en los que existe acuerdo y desacuerdo.

²⁹ GARCÍA GARCÍA, L. “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. cit., pp. 180-185.

³⁰ Por ejemplo, así lo establecen los artículos 15 (derechos de la persona mediadora) y 25 (finalización del procedimiento) de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, España.

incumplimientos que dan lugar a nuevos conflictos, derivados de aquellos que no habían sido resueltos anteriormente³¹.

La finalidad de la mediación familiar es promover el acuerdo entre las partes en conflicto³². Es así que el mediador interviene a petición de una o más personas enfrentadas en un problema familiar y trata de promover circunstancias adecuadas para lograr una negociación fructífera que se concrete en un acuerdo en el que las partes desactiven el conflicto y regulan sus relaciones a futuro.

En palabras de Ortuño Muñoz³³, la mediación familiar es *“un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares.”*³⁴

Puede definirse también a la mediación familiar como un *“instrumento para facilitar la recomposición o la autocomposición de los intereses en conflicto, acercando posturas y cooperando a la reducción del colapso judicial.”*³⁵

En ese sentido, a través de la mediación familiar, se devuelve a las personas en conflicto su protagonismo y su responsabilidad para poder decidir, por sí solas, sobre los aspectos que les afecten de una manera personal y directa^{36 37}, partiendo de la premisa de que

³¹ Vid. ORTEGA GUERRERO, I. “El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea,” en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Volumen 2, número 3, 2002, p. 106. Esta autora opina que el proceso de divorcio supone una crisis en los aspectos afectivo, familiar, social y económico, que afecta a los miembros de la pareja negativamente, mermando en muchas ocasiones la capacidad para afrontar la situación de una manera adecuada y teniendo en cuenta, ante todo, a los hijos. (p. 103).

³² OROZCO PARDO, G. “Notas Acerca de la Mediación...” Op. cit., p. 738.

³³ ORTUÑO MUÑOZ, P. “Mediación Familiar,” Op. cit., p. 1104.

³⁴ Así, como sostiene PÉREZ GIMÉNEZ, M. T. (“La Mediación en el Marco del Protocolo...” Op. cit., p. 997 y ss.) a través de la mediación se trata de conseguir una nueva organización familiar fruto del consenso alcanzado por las partes en conflicto, con la ayuda neutral, imparcial y carente de todo poder de decisión de un tercero, el mediador, cuya intervención será solicitada y aceptada por aquéllas en un marco de confidencialidad.

³⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “La Mediación Familiar,” Op. cit., p. 159.

³⁶ Ídem, p. 173.

³⁷ En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R. (“Mediación en el Ámbito Familiar...” Op. cit., p. 276) sostiene que lo que se busca con la mediación es lograr un mecanismo de solución de conflictos apto para supuestos concretos necesitados de diálogo y composición. Se trata de un mecanismo complementario en cuanto resulta adecuado para determinados conflictos que requieren de menos *auctoritas* y más de diálogo, y a los que les resulta insuficiente la intervención, requiriendo un sujeto independiente, neutral, debidamente formado y entrenado para el ejercicio de la función mediadora.

las personas en conflicto tienen la necesidad de seguir relacionadas en el futuro³⁸, pues sin duda el mantenimiento de la relación posterior y el grado de cumplimiento de las decisiones obtenidas puede ser más elevado si ha existido una comunicación y un consenso frente a la imposición de una decisión del Juez tras un proceso contencioso³⁹. En otras palabras, las soluciones amistosas darán lugar a acuerdos más duraderos y estables por cuanto parten de los propios afectados⁴⁰.

Así, la mediación familiar descansa sobre una serie de presupuestos básicos:

- ✓ La separación o el divorcio no han de suponer para los hijos la pérdida de alguno de sus progenitores, debiendo conservarse intactos los vínculos entre aquellos y estos;
- ✓ Las parejas separadas pueden encontrar por sí mismas las bases del acuerdo que ha de regir sus relaciones posteriores;
- ✓ Los procesos judiciales contenciosos enfrentan a los progenitores y provocan una mayor conflictividad que no favorece el entendimiento y la comunicación entre los padres y sus hijos.

En ese sentido, como se mencionó *ut supra*, la mediación familiar es flexible frente al proceso judicial, pues no existen reglas preestablecidas a las que deban someterse las partes, ni en el ámbito formal o procesal, ni tampoco en cuanto al derecho material; es decir, en cuanto a la ley aplicable a la controversia, con la única excepción de los principios constitucionales y libertades públicas⁴¹ que previenen la indefensión y de las materias de orden público⁴².

Es preciso resaltar que la característica de confidencialidad en la mediación familiar, constituye un elemento básico para su eficacia, pues la información que se maneja a lo largo de su tramitación, afecta a la intimidad de las partes, por lo que resulta merecedora de una especial protección, además de que permite ofrecer a las partes un espacio seguro en el cual abordar su conflicto con sinceridad y honestidad, sin presiones de terceros y sin temor a que lo expresado pueda ser utilizado después en un proceso judicial. Todo lo cual redundará en la creación de un marco que propicie el entendimiento y la colaboración de las partes en

³⁸ En igual sentido, CAMUS, M. (“Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad” en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente,” Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 287) quien comenta que los miembros de una pareja, al tener hijos, saben que desde ese momento algo los une para siempre aunque dejen de convivir.

³⁹ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “La Mediación Familiar,” Op. cit., p. 173.

⁴⁰ ORTEGA GUERRERO, I. “El Principio del Interés Superior...” Op. cit., p. 103.

⁴¹ Como la igualdad, la dignidad de la persona, libertad, intimidad personal y familiar, protección de niños, niñas y adolescentes, de la familia etc.

⁴² ORTUÑO MUÑOZ, P. (“Mediación Familiar” Op. cit., p. 1179) sostiene que los acuerdos de mediación que se ajusten a estas exigencias básicas solo podrán ser rechazados si a criterio del Juez no son “convenientes” para la familia o para alguno de sus miembros.

conflicto a fin de que puedan alcanzar acuerdos que resulten satisfactorios para ambos y beneficiosos para el conjunto del sistema familiar⁴³.

Así mismo, dentro del procedimiento de mediación debe respetarse el derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado, toda vez que sus intereses estén en discusión; por ello es necesario que el hijo sea correcta y debidamente informado sobre la evolución del procedimiento de mediación y tenga la oportunidad de expresar su opinión, con exclusión de aquellos contextos y casos en los cuales ello no responda a su beneficio⁴⁴.

La oportunidad de recibir información sobre el proceso psico-legal que los progenitores y los hijos están viviendo, permite que todos ellos contemplen la posibilidad de afrontar sus diferencias de otra forma, seguramente más próxima a su manera habitual de resolver conflictos⁴⁵.

Así, la mediación en contextos judiciales puede ser un apoyo para el Juez, con su aplicación se podrá lograr un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, sustentado en la participación conjunta de la pareja en la toma de decisiones.

7 LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

La mediación familiar puede considerarse un instrumento que permite a los progenitores llegar a un acuerdo sobre los efectos de la separación o divorcio y, al mismo tiempo, facilita una comunicación más fluida que les permite mantener una relación posterior estable y pacífica para ejercer conjuntamente sus responsabilidades parentales.

Así, la mediación familiar es el medio óptimo para transformar el derecho abstracto de la “patria potestad o autoridad parental,” por el trabajo cooperativo para ejercer la “responsabilidad parental”⁴⁶ que supone la capacidad de anteponer los intereses del hijo frente a cualquier otro.

Con la mediación, los progenitores atendiendo a su propia situación, disposición de tiempo, etc. decidirán responsablemente por alguna de las formas de cuidado personal de los hijos, ya sea exclusivo o compartido con sus diversas modalidades⁴⁷. En ese sentido, se

⁴³ CORVO LÓPEZ, F. “El Alcance del Deber de Confidencialidad en el Proceso de Mediación Familiar,” *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 1, Pp. 43-78, Editorial Aranzadi, Navarra 2011, pp. 45, 76.

⁴⁴ Cfr. LATHROP GÓMEZ, F. “Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, España, 2008, p. 547-548.

⁴⁵ POYATOS GARCÍA, A., BOLAÑOS CARTUJO, J. I. y otros: “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos,” Editorial Nau Llibres, Valencia, España, 2003. p. 180.

⁴⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P. “Mediación Familiar” Op. cit., p. 1132.

⁴⁷ Sobre los beneficios y modalidades del cuidado personal compartido, vid. ampliamente, ECHEVERRÍA GUEVARA, K. L. “Guarda y Custodia Compartida de los Hijos. Aspectos Generales y Criterios para su Adopción”, *Revista Ventana Jurídica* (edición monográfica en Derecho de Familia y Derechos de la Niñez y la

analiza detenidamente qué forma de cuidado personal garantiza un mayor bienestar para el niño y cuál se adapta a las posibilidades económicas, laborales y sociales de los progenitores⁴⁸; esto también implicará la toma de decisiones en relación a la cuota alimenticia y el régimen de visitas, comunicación y estancias.

Tales acuerdos pueden plasmarse por medio de un plan de coparentalidad⁴⁹ al que los progenitores deben sujetarse en el desarrollo de las respectivas funciones parentales asignadas. Dicho plan de coparentalidad define las líneas de formación en los más diversos aspectos de la vida del hijo y el grado de intervención de los progenitores en ella. Esto es, se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos, lapsos de convivencia, manutención de los hijos, distribución de gastos ordinarios y extraordinarios, régimen de comunicación, aspectos sanitarios (revisiones médicas, atenciones en caso de enfermedad, etc.) educativos (matrícula, cuotas escolares mensuales, material escolar, actividades extraescolares, educación religiosa, etc.) y sociales de los hijos (vacaciones, celebraciones, deportes y actividades de ocio, etc.), así como la previsión de soluciones ante el incumplimiento de los acuerdos⁵⁰.

En este contexto, la mediación familiar es de vital importancia en el proceso de mutuo reconocimiento de las capacidades parentales de ambos progenitores, requisito mínimo para el acuerdo sobre el ejercicio del cuidado personal de los hijos⁵¹. Así, la información y formación en la cultura del acuerdo y el uso de la mediación familiar, hacen más viable y eficaz la ejecución de aquellos⁵².

Ciertamente, tanto los planes de coparentalidad como el sometimiento a la mediación familiar, precisan de un mínimo acuerdo y voluntariedad en los progenitores. Sin embargo, si se reconoce en el niño un derecho fundamental a convivir, relacionarse y ser atendido por

Adolescencia), número 12, Año VII, Volumen 2, enero-junio 2014, segunda edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2014. Páginas 191-240.

⁴⁸ LÓPEZ SAN LUIS, R. “La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida”, en GARCÍA GARNICA, M. “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 401.

⁴⁹ Según LATHROP GÓMEZ, F. (“Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley, p. 7.), los planes de coparentalidad, se materializan en un documento realizado de común acuerdo por ambos progenitores para el ejercicio de los derechos-deberes que comprende la responsabilidad parental. Ese plan puede ser incorporado en el convenio de divorcio.

⁵⁰ LÓPEZ SAN LUIS, R. “La Mediación Familiar...” Op. cit., p. 401.

⁵¹ LATHROP GÓMEZ, F. “Custodia Compartida de los Hijos,” Op. cit., pp. 548-549.

⁵² ROMERO NAVARRO, F. “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, F. “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 107.

ambos padres, los ordenamientos jurídicos deben darle a este prioridad y fomentar con medidas concretas ese acuerdo mínimo de los progenitores, disuadiendo a estos de la actitud que se niega a dialogar con consecuencias indeseables para el que no negocie⁵³.

En ese sentido, es necesario separar el tema del cuidado personal de los hijos del escenario de intereses contrapuestos de los progenitores y otros adultos relacionados al escenario conflictivo. Por ello, es primordial situar el tema de dicho cuidado en el ámbito de las responsabilidades parentales y en el de los derechos de los hijos⁵⁴, lo que posibilitará el acuerdo entre los progenitores pues tendrán conciencia de que son los intereses de aquellos los que deben de prevalecer sobre los intereses de los adultos.

Aunado a lo anterior, en el proceso de mediación los progenitores quedan situados en un plano de igualdad frente al mediador que les ayuda a negociar e intercambiar sus posiciones. Así, este mecanismo fomenta la igualdad entre los padres y la asunción equitativa de las responsabilidades que deben desempeñar frente a sus hijos.

Es por ello que el acuerdo de mediación familiar⁵⁵ realizado por los progenitores, posibilita que sea asumido plenamente por ellos, sin visualizarlo como la imposición de un tercero ajeno a la crisis que ha favorecido a uno y castigado al otro, lo que generalmente se vive como una situación de injusticia que desencadena problemas en el cumplimiento posterior de los acuerdos establecidos.

Como consecuencia, son los progenitores quienes conjuntamente explican a sus hijos la decisión adoptada (por ejemplo, en relación a su cuidado personal o forma de relacionarse con ambos), garantizando así que estos la entiendan y se sientan protegidos por ambos, sin tener que presentarse ante un Juez para escoger entre uno de sus progenitores, con el consiguiente trauma psicológico que representa para los niños y adolescentes tomar esta decisión.

En definitiva, como acertadamente sostiene Ortuño Muñoz⁵⁶, las ventajas que presenta el acuerdo de mediación en esta materia, es de mejor calidad que el de mutuo acuerdo negociado sin la intervención de un mediador especializado, puesto que este se habrá

⁵³ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B. “Propuesta de Nueva Reforma del Artículo 92 del Código Civil con el Reconocimiento de la Custodia Compartida como Régimen Preferente y Consecuencia Necesaria del Principio de Corresponsabilidad”, en PÉREZ VALLEJO, A. M.: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 163-164.

⁵⁴ ROMERO NAVARRO, F. “La Custodia Compartida...” Op. cit., p. 107.

⁵⁵ Al respecto, ORTUÑO MUÑOZ, P. (“Mediación Familiar,” Op. cit. p. 1168.) define el acuerdo de mediación familiar como un acto de naturaleza multidisciplinar y, jurídicamente, es un negocio complejo y típico del Derecho de Familia.

⁵⁶ Ídem, p. 1135, también del mismo autor: “La Mediación Familiar” en VARELA PORTELA, M. J. “Separación y Divorcio,” cuadernos de Derecho Judicial XXIV-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, Pp. 86-87.

asegurado de que entiendan la relación existente entre el tema de cuidado personal, vivienda familiar, régimen de visitas, comunicación y estancias y pensiones alimenticias y habrán reflexionado respecto al sentido y verdadero significado de los términos legales, aprendiendo a distinguir entre las “visitas” que es un concepto pasivo y la “comunicación con los hijos” que es un concepto activo, que permite la creatividad y la individualización de la forma de cuidado personal según la diversidad de situaciones fácticas. Se habrá podido prever el mejor sistema según la edad de los hijos y, en especial, tratar de forma no traumática la problemática de las nuevas parejas y la convivencia de los hijos con las mismas, asegurando para el interés del niño la relación con los miembros de su familia extensa y la presencia en los acontecimientos familiares⁵⁷.

Asimismo, Romero Navarro⁵⁸, afirma que la mediación familiar se revela como un recurso útil para hacer posible, por ejemplo, el cuidado personal compartido de los hijos en las situaciones en que los progenitores no se ponen de acuerdo, o tienen graves dificultades para lograrlo.

Es fundamental también que el mediador tenga presente el interés superior del niño sobre cualquier otro, pues de otra manera los acuerdos alcanzados por los progenitores no serán aceptados por el Juez por afectar los intereses de los hijos. Esto quiere decir que el mediador debe velar tanto por el respeto de los derechos de los progenitores, como por los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En síntesis, la mediación familiar muestra los siguientes beneficios respecto a los hijos⁵⁹: a) Debido al bajo nivel de conflicto, los hijos no ven a sus progenitores enfrentados por su culpa y se sienten protegidos por ambos; b) Los hijos no tienen que presentarse ante el Juez para elegir por uno de sus padres, evitando con ello el consiguiente trauma psicológico; c) Existe mayor cooperación y comunicación entre los progenitores y sus hijos, lo que permite recibir explicaciones consensuadas sobre las decisiones adoptadas por ambos progenitores; d)

⁵⁷ Cabe mencionar que la mediación familiar se ha constituido como una solución eficaz de los conflictos familiares aplicada en los países más desarrollados en políticas sociales y se ha visto impulsada –como solución alternativa a la vía judicial– por la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998 que ha establecido que la mediación familiar tiende, principalmente, a promover acuerdos, reduciendo el conflicto de intereses entre los miembros de una familia, a proteger el interés de los niños, a disminuir los efectos negativos de la separación o el divorcio, a facilitar la relación entre los progenitores y los hijos, y a reducir los costes económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para el Estado y la familia. Dicha recomendación se encuentra publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 1 de mayo de 2001, número 1892/2001.

⁵⁸ ROMERO NAVARRO, F. “La Custodia Compartida...” Op. cit., p. 108.

⁵⁹ ENRIQUE ARIVI, C. “La Relevancia del Interés del Menor en la Mediación Familiar” en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). “Mediación Familiar”, Op. cit., p. 247.

la corresponsabilidad parental se asegura en relación con el futuro de los hijos, haciendo posible que estos mantengan una relación de cariño con ambos progenitores.

8 ACUERDOS EN SEDE JUDICIAL

Si bien en la legislación familiar no se ha previsto expresamente el uso de la mediación en los procesos judiciales, ello no impide que las partes puedan acudir ante un mediador para procurar la toma de acuerdos en relación a su situación familiar. Estos acuerdos pueden ser tomados tanto en sede de mutuo acuerdo, previo a la presentación de la solicitud de divorcio; como en sede contenciosa, durante el transcurso del proceso.

8.1 DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

Según el Art. 108 del Código de Familia Salvadoreño, los progenitores deberán presentar, junto a la solicitud de divorcio, un convenio que, entre otras cosas, ha de especificar: “1) *La determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedarán los hijos sujetos a autoridad parental y el régimen de visitas, comunicación y estadía que hubieren acordado (...)*” De lo expuesto en este apartado, se infiere que son los progenitores quienes tienen principalmente la facultad de acordar la forma de ejercicio del cuidado personal de los hijos que se adapte favorablemente a su nueva situación familiar, cuya dinámica y circunstancias son conocidas perfectamente por ellos, sin olvidar que el acuerdo alcanzado en este punto debe garantizar la protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

Previo a la presentación del convenio de divorcio en sede judicial, los progenitores pueden acudir a los servicios de mediación en sede administrativa⁶⁰. En este caso, el beneficio que reporta la mediación recae tanto en los progenitores como en los hijos, pues el mediador debe garantizar que los acuerdos tomados por aquéllos tengan como fundamento el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que los progenitores tengan conciencia de la corresponsabilidad parental de ambos, reconociendo sus aptitudes para desenvolverse en el rol materno y paterno.

Los acuerdos contenidos en el convenio de divorcio, aún cuando hubieren sido adoptados previamente ante un mediador, deberán ser calificados por el Juez quien lo aprobará si dichos acuerdos no vulneran los derechos de los hijos y de los cónyuges, conforme al artículo 109 del Código de Familia.

⁶⁰ En sede administrativa se realiza ante profesionales especializados de la Procuraduría General de la República, por medio de sus Centros de Mediación, ofreciendo servicios gratuitos, tanto en el ámbito familiar como en el laboral, comunitario, entre otros. También puede realizarse en Centros privados acreditados por la Procuraduría General de la República para la prestación de servicios de mediación.

8.2 DIVORCIO CONTENCIOSO

El artículo 84 de la Ley Procesal de Familia de El Salvador, establece que las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso, antes del fallo de primera instancia y siempre que no sea en menoscabo de los derechos que por su naturaleza son irrenunciables. Asimismo, establece que el Juez aprobará toda conciliación procesal o extra-procesal siempre que el contenido de los acuerdos no vulnere derechos. Dicho acuerdo puede ser total –en cuyo caso se concluye el proceso– o parcial, en este caso el proceso continuará sobre los puntos en que no hubo arreglo. El acuerdo produce los mismos efectos que la sentencia ejecutoriada haciéndose cumplir en la misma forma que ésta, conforme al artículo 85 de la misma ley.

Por otro lado, en el marco de la audiencia preliminar, el artículo 103 L.Pr.Fm., establece que durante el desarrollo de la fase conciliatoria el Juez informará a las partes sobre la conveniencia de resolver el asunto en forma amigable.

Como se dijo anteriormente, aun cuando la legislación familiar no otorga relevancia a la mediación, ello no impide que el Juez en el desarrollo de la audiencia preliminar y habiendo advertido la disposición de las partes para tomar acuerdos, les informe sobre los beneficios de la mediación, a fin de que las partes puedan someterse a ella voluntariamente⁶¹. En este caso, tal como lo establece el Art. 28 de la Ley Procesal de Familia, “*Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso por un plazo que no exceda de tres meses (...)*.” Con esta disposición se posibilita que los progenitores puedan acudir a mediación para tomar acuerdos respecto de sus responsabilidades parentales.

Es preciso acotar que aún cuando las partes decidan someterse a mediación, los acuerdos tomados no serán *per se* avalados por el mediador. Así, en el caso del cuidado personal, puede suceder que los progenitores estén de acuerdo con el cuidado personal exclusivo y el mediador observe que en este acuerdo no se están protegiendo los intereses del hijo. En este caso, el mediador debe advertir a las partes que los acuerdos deben responder al interés superior del niño, y con fundamento en ello guiarlos para que se respete dicho interés. Si los progenitores persisten en el mismo acuerdo, el mediador podrá renunciar a continuar con el proceso de mediación, procediendo a dar por finalizado el mismo, en atención a la falta

⁶¹ Cabe decir que el Órgano Judicial, atendiendo a la importancia de que los usuarios resuelvan sus conflictos amigablemente, creó la oficina de resolución alterna de conflictos, que ofrece servicios de mediación familiar. Según lo manifestado por el licenciado Roberto Eduardo Marengo Álvarez, Coordinador de la Oficina de Resolución Alterna de Conflictos del Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social, la oficina recibe usuarios por tres vías: Por derivación judicial –en virtud de coordinaciones institucionales–, por invitación a los usuarios del sistema judicial y por apersonamiento voluntario de los interesados. En cuanto a la efectividad de la mediación familiar, manifestó que de cada diez casos que se inician, siete finalizan en acuerdo.

de voluntad de ambos progenitores por alcanzar un acuerdo respetuoso con el interés del niño, debiendo levantar un acta en la que conste las razones de su renuncia y de la finalización del procedimiento de mediación. En este supuesto, los progenitores deben continuar con la tramitación del proceso contencioso, y será el Juez quien decida sobre la atribución del cuidado personal de los hijos.

Si por el contrario, acuerdan el cuidado personal compartido y ello no menoscaba derechos de los progenitores y del niño, el mediador debe dar por terminado el procedimiento de mediación familiar, procediendo a levantar el acta que deberá ser firmada por los progenitores y el mediador en prueba de conformidad. En el acuerdo de mediación se incluirá todo el conflicto y la solución a que hayan llegado los progenitores.

Una vez finalizada la mediación familiar, las partes presentarán al Juez el acuerdo de mediación a fin de que este lo homologue y autorice, toda vez que el contenido de los acuerdos no afecte derechos de los cónyuges y de los hijos.

9 PALABRAS DE CIERRE

No cabe duda que la mediación resulta útil para resolver conflictos, devolviendo a los miembros de la familia el poder para tomar acuerdos, incluso cuando se produce la crisis familiar que afecta, inevitablemente, a los hijos. La promoción de la mediación en sede judicial resulta de gran importancia para evitar el desgaste emocional, psicológico y económico de los miembros de la familia, por ello el legislador debe otorgarle reconocimiento legal, priorizando su uso en el proceso contencioso de familia, determinando tanto los asuntos que puedan someterse a mediación, como el procedimiento y su duración, así como la homologación judicial de los acuerdos alcanzados por las partes. En definitiva, de lo que se trata es de generar en los miembros de la familia, conciencia sobre la responsabilidad que tienen de cooperar y colaborar en la resolución de su conflicto, sin menoscabar el interés superior de sus hijos, dejando como última opción la judicialización de sus problemas. Es importante, además, que los abogados promuevan la mediación y no potencien el enfrentamiento de las partes en el proceso judicial. La formación en ética, cultura de paz y mediación debe ser imprescindible en el profesional que ejerza como abogado especializado en derecho de familia, pues solo de esta manera se creará conciencia de la importancia de resolver los conflictos por una vía amigable, en la que todos ganen.

Family mediation. Fathers agreements about parental responsibility

ABSTRACT: In the situations of familiar crisis, the decisions of the parents over their responsibility with regard to their children get special relevance. Those decisions may be materialized in agreements that may mainly look for the superior interest of the child. In addition to that, it is necessary that the parents have an adequate communication and the maturity, which let them bring the interest and benefit of the child over others. In this situation, the familiar mediation is an adequate alternative to promote agreements and guarantee the effectivity of them.

Keywords: Mediation. Family. Children. Child custody. State-Owned Company. Monopoly.

REFERENCIAS

- BOTANA CASTRO, A. V. Conceptos Básicos de Referencia, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). **Mediación Familiar**. Madrid, España: Dykinson, 2012.
- CAMUS, M. Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. **Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente**. Madrid, España: Tecnos, 2007.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. Mediación en el Ámbito Familiar: Marco Normativo en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. **Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente**. Madrid, España: Tecnos, 2007.
- CORVO LÓPEZ, F. El Alcance del Deber de Confidencialidad en el Proceso de Mediación Familiar, **Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil**, número 1, p. 43-78. Navarra: Aranzadi, 2011.
- EACHEVERRÍA GUEVARA, K. L. Guarda y Custodia Compartida de los Hijos. Aspectos Generales y Criterios para su Adopción, **Revista Ventana Jurídica** (edición monográfica en Derecho de Familia y Derechos de la Niñez y la Adolescencia), número 12, Año VII, Volumen 2, enero-junio 2014, segunda edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2014.
- ENRIQUE ARIVI, C. La Relevancia del Interés del Menor en la Mediación Familiar, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). **Mediación Familiar**. Madrid, España: Dykinson, 2012.
- GARCÍA GARCÍA, L. **Mediación Familiar. Prevención y Alternativa al Litigio en los Conflictos Familiares**. Madrid, España: Dykinson, 2003.
- GARCÍA PRESAS, I. **La Mediación Familiar Desde el Ámbito Jurídico**, Lisboa: Juruá, 2010.
- GONZÁLEZ CANO, M. I. Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en SOLETO MUÑOZ, H., OTERO PARGA, M. **Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente**. Madrid, España: Tecnos, 2007.
- GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F. “Aspectos Psicosociales” en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). **Mediación Familiar**. Madrid, España: Dykinson, 2012.
- HIGHTON, E.; ÁLVAREZ G. **Mediación para Resolver Conflictos**. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 1995.
- LANGELAND, E. **Dispute Resolution Journal of the American Arbitration Association**, Julio-Septiembre de 1995, The Viability of Conciliation in International Dispute Resolution.
- LATHROP GÓMEZ, F. **Custodia Compartida de los Hijos**. Madrid, España: La Ley, 2008.

_____. Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas, **Diario La Ley**, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley.

LÓPEZ SAN LUIS, R. La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida, en GARCÍA GARNICA, M. **La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja**. Primera Edición. Navarra: Aranzadi, 2009.

MARTÍN-CASALS, M. Líneas Generales de la Mediación Familiar en España en GARCÍA GARNICA, M. (Dir.). **Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinaria**. Primera Edición. Navarra: Aranzadi, 2008.

OROZCO PARDO, G. **Notas Acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en los Estados Unidos**, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, número 5, 2002.

ORTEGA GUERRERO, I. **El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea**, en Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Volumen 2, número 3, 2002.

ORTUÑO MUÑOZ, P. Mediación Familiar en GÓNZALEZ POVEDA, P. **Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales**. Madrid, España: Sepin, 2005.

ROMERO NAVARRO, F. “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, F. (Dir.). **La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación**, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005.

PÉREZ GIMÉNEZ, M. T. **La Mediación en el Marco del Protocolo Familiar**, en Actualidad Civil, número 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2010, Tomo 1, Editorial La Ley [LA LEY 2439/2010].

POYATOS GARCÍA, A.; BOLAÑOS CARTUJO, J. I. y otros: **Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos**. Valencia, España: Nau Llibres, 2003.

PUY MUÑOZ, F. “La Expresión <<Mediación Jurídica>>. Un Análisis Tópico” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, M. **Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente**. Madrid, España: Tecnos, 2007.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: La Mediación Familiar en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (Coord.) Et. Al: **Derecho de Familia**. Primera Edición. Barcelona: Bosch, 2011.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M. B. Propuesta de Nueva Reforma del Artículo 92 del Código Civil con el Reconocimiento de la Custodia Compartida como Régimen Preferente y Consecuencia Necesaria del Principio de Corresponsabilidad, en PÉREZ VALLEJO, A. M. **Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva**. Barcelona: Atelier, 2009.

STULBERG, J. B. **County Court Mediation. A Mediator’s Manual**, Florida, EE. UU., 1989.