



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2013/2014  
Convocatoria: Julio

# **MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL Y SU IMPLANTACIÓN EN CANARIAS**

FAMILY COURT-CONNECTED MEDIATION AND  
ITS IMPLEMENTATION IN CANARY ISLANDS

Realizado por el alumno D. Elena Martínez Padilla

Tutorizado por el Profesor D. Elvira Afonso Rodríguez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil



## ABSTRACT

Family mediation is an Alternative Dispute Resolution (ADR) to solve family conflicts which is being promoted from different stages – we can see it on the Recommendation R 98 (1) of the Council of Europe, on Family Mediation; the Spanish law on mediation in civil and commercial cases (5/2012 law); and, in Canary Islands, the 15/2003 law on Family Mediation. That procedure is another way –beside the judicial one- to access to justice, where the parts are the protagonists of the solutions of their conflicts, and where the protection of the best interests and welfare of the child is ensured. Although it can be used as an extrajudicial instrument, we will mainly deal with the “Court-Connected mediation”, which refers to the possibility that has the family court judge of inviting the parts to mediation, after calling off the ongoing judicial proceeding if it is necessary, to submit them to the Mediation Service. The cases that are sent from the judicial authority to that service are still infrequent, so, to get over this, we need lawyers that prescribe mediation, judges that promote this instrument, an increasing citizen’s sensitivity and several awareness campaigns from the public services. Finally, some guidelines are provided to launch the effective implementation of the Court-Connected Family Mediation in our legal system, identifying some aspects that should be regulated in a Protocol of Court-Connected Mediation: the rules that a judge should take into account when he decide to recommend a mediation process to the parts, the possibility of the judicial Secretary of taking that decision and the participation of children in mediation.

## RESUMEN

La mediación familiar es una técnica alternativa de resolución de conflictos familiares por la que se ha apostado decididamente en los últimos años a nivel europeo (Recomendación R(98), del Consejo de Europa, de Mediación Familiar), estatal (Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles), y autonómico (en Canarias, Ley 15/2003, de Mediación Familiar), configurándose –junto a la vía judicial- como una eficaz forma de acceso a la tutela judicial efectiva donde las partes son las protagonistas en la toma de decisiones y donde el principio del interés del menor es velado en todo momento. Aunque puede desarrollarse de forma extrajudicial, abordaremos principalmente la mediación intrajudicial, esto es, la posibilidad de que el propio órgano judicial que conoce de un proceso de familia invite a las partes a acudir a mediación, previa suspensión del proceso si es necesario y remitiendo la causa al Servicio de Mediación. Las derivaciones a este servicio en la Comunidad Autónoma de Canarias son aún poco frecuentes, lo que debe superarse con la sensibilización de los letrados con la mediación, la promoción de esta figura por parte de los jueces, la concienciación de la ciudadanía y la difusión de este mecanismo por parte de los servicios públicos. Finalmente, para la efectiva implantación de la mediación familiar intrajudicial, se ofrecen algunas pautas sobre aspectos que, creemos, deberían abordarse desde la redacción de un Protocolo de Mediación Intrajudicial: los criterios a tener en cuenta por parte del Juez a la hora de derivar, la competencia del Secretario Judicial para derivar y la posible intervención de los menores en el procedimiento de mediación.

# ÍNDICE

## **I. INTRODUCCIÓN.**

## **II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR
2. MEDIACIÓN FAMILIAR Y FIGURAS AFINES.
3. FINALIDAD DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y VENTAJAS
4. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR
  - 4.1. Voluntariedad
  - 4.2. Flexibilidad y antiformalismo
  - 4.3. Inmediatez y carácter personalísimo.
  - 4.4. Confidencialidad y secreto profesional. Reserva de las partes.
  - 4.5. Imparcialidad y neutralidad
  - 4.6. Profesionalidad.
  - 4.7. Gratuidad
  - 4.8. Buena fe

## **III. MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL**

1. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA
2. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL.
3. HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN.
4. IMPLANTACIÓN DE LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN CANARIAS.
  - 4.1. Situación de la mediación familiar intrajudicial en Canarias
  - 4.2. Propuestas de mejora de la mediación intrajudicial en Canarias

## **IV. PROPUESTA DE PROTOCOLO PARA LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL**

1. JUSTIFICACIÓN DEL PROTOCOLO
2. CRITERIOS PARA VALORAR LA CONVENIENCIA DE LA DERIVACIÓN.

3. DERIVACIÓN AL SERVICIO DE MEDIACIÓN POR PARTE DEL SECRETARIO  
JUDICIAL

4. INTERVENCIÓN DE MENORES EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

## **V. CONCLUSIONES**

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 24 de la Constitución Española reconoce el derecho de todas las personas “*a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*”. Tutela de los derechos que puede asegurarse, no sólo por la vía judicial, que es la tradicional, sino también a través de otros medios alternativos de resolución de conflictos.

Entre estas vías alternativas para garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos encontramos la mediación familiar, de gran tradición en los países anglosajones pero de escasa implantación en nuestro país. Por esta técnica de gestión del conflicto familiar e instrumento de resolución de los mismos, se viene apostando decididamente en las últimas décadas desde distintas instancias: legislativas, jurisprudenciales y doctrinales<sup>1</sup>. Pasar del enfrentamiento propio del proceso judicial al clima de diálogo y consenso que impera en los procesos de mediación parece así una solución beneficiosa tanto para las partes, que ven reducidos los costes económicos y, especialmente, emocionales de sus contiendas, como también para los tribunales, cuya carga de trabajo disminuye, favoreciendo la descongestión de la Administración de Justicia. Además, la mediación familiar se configura como un mecanismo idóneo para

---

<sup>1</sup> Entre las declaraciones de apoyo a la mediación como mecanismo para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial, es reseñable el discurso ofrecido en 2013 por el entonces presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, MOLINER, G., en la Apertura del Año Judicial, donde hizo un llamamiento a legisladores y operadores señalando que “*se impone potenciar la mediación, el arbitraje y la conciliación como medidas alternativas a la resolución judicial de los conflictos, que tienen su fundamento en los principios más elementales de convivencia, en la fraternidad, en la solidaridad, en la concordia y en el respeto a los demás.*”.

Muestra de esta apuesta por la mediación es también la intervención del presidente del Consejo General del Notariado, GARCÍA COLLANTES, J.M., que en la inauguración del III Simposio Tribunales y Mediación en España, impulsado por la delegación española de la Asociación Europea de Jueces para la Mediación (GEMME, según sus siglas en inglés), defendió la mediación no sólo como un mecanismo para desatascar los órganos judiciales, sino también como “*una figura alternativa de resolución de conflictos que genera paz social, un mecanismo que, partiendo de ópticas diferentes, y haciendo uso de la empatía -es decir, apelando a la participación afectiva o emotiva de las partes, contribuye especialmente a favorecer la convivencia*”.

De tales consideraciones se confirma que la modernización de la justicia y de la obtención de la tutela judicial efectiva pasa, necesariamente, por el impulso de nuevos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, en la medida expuesta por COBAS COBIELLA, M.E., VALERO LLORCA, J., y BARAT TREJO, J. (“Modernización de la Justicia y Mediación. Una perspectiva desde la Ley Valenciana. Accesible a través del siguiente enlace: <http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/95-modernizacion-de-la-justicia-y-mediacion-una-vision-desde-la-ley-valenciana>. Consultado por última vez: 9 de julio de 2014).

preservar el **interés del menor**<sup>2</sup>, por el que debe velar el Juez en todos los litigios en que se ventilen asuntos que les afecten, de acuerdo con los convenios internacionales como la legislación nacional.

El estudio de la figura de la mediación familiar nos permitirá conocer más a fondo una institución de escaso arraigo en la práctica judicial, partiendo del concepto y principios que configuran la misma para, posteriormente, centrarnos en una modalidad de mediación, la mediación intrajudicial, que tiene lugar ante un mediador una vez judicializado el conflicto, a propuesta de la propia autoridad judicial (aunque se abordará igualmente la posibilidad de derivación al Servicio de Mediación por parte del secretario judicial). Profundizando en la figura de la mediación intrajudicial, se señalarán las peculiaridades de su procedimiento (derivadas, especialmente, de la necesidad de que el Juzgado que conoce del proceso y el Servicio de Mediación Familiar se coordinen adecuadamente) y se analizará el recurso a esta vía en los Tribunales de Canarias. Finalmente, se propondrá un protocolo de actuación para que la derivación judicial a la mediación familiar resulte más efectiva en nuestro sistema.

## **II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

### **1. CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR**

La mediación familiar es una institución de reciente implantación en nuestro sistema jurídico<sup>3</sup> y que aún tiene poco arraigo tanto en la praxis jurídica como en la sociedad, lo que justifica la necesidad de ofrecer un concepto de la misma tal y como se configura en nuestro país<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> De hecho, la necesidad de garantizar el mismo es uno de los motivos que justifican la Recomendación R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre Mediación Familiar (así, “considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor..teniendo en cuenta notablemente, los problemas que entraña, en materia de guarda y custodia, una separación o un divorcio”).

<sup>3</sup> De hecho, la mediación familiar se introduce en nuestro sistema jurídico en el año 2001, a través de la **Ley 1/2001**, de 15 de marzo, de **Mediación Familiar de Cataluña**, siendo ésta la primera norma en España sobre mediación familiar. A raíz de ésta, muchas CCAA han dictado sus propias normas sobre mediación, adelantándose a la legislación estatal al respecto, que llegaría en el año 2012 (*Ley 5/2012*, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). En Canarias, de la regulación de esta institución se encarga la *Ley 15/2003*, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, modificada por la *Ley 3/2005*, de 23 de junio, y que ha sido desarrollada por el Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar y la Orden de 10 de marzo de 2008.

<sup>4</sup> Respecto a los orígenes de la mediación familiar en España vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, pp. 315 y ss.

Conceptualización que, desde la **doctrina científica**, nos la ofrece entre otros, GARCÍA VILLALUENGA, L.<sup>5</sup>, que alude a la descripción realizada por HAYNES, J.M., fundador de la Academia de Mediadores Familiares de los Estados Unidos, según el cual la mediación es “*un procedimiento en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los partícipes en una situación conflictiva a su solución, que se expresa en un acuerdo consistente, mutuamente aceptado por las partes, y documentado de tal manera que permita, si fuese necesario la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en dicho conflicto*”.

Por su parte, DUPLÁ MARÍN, T.<sup>6</sup>, define la mediación familiar como un método autocompositivo<sup>7</sup> de gestión y resolución de conflictos familiares, voluntariamente elegido por las partes, flexible, y en el que interviene un mediador, neutral e imparcial, que tiende a propiciar la comunicación y acuerdo de las partes, en un entorno de confidencialidad y de igualdad.

De lo expuesto destaca, por tanto, la consideración de la mediación como una técnica alternativa de resolución de conflictos en la que las partes, voluntariamente, son conducidas por un profesional imparcial a la consecución de acuerdo, por un lado, pero también al restablecimiento de unas vías de diálogo entre los mediados. Esta doble perspectiva de la mediación –sobre la que volveremos más adelante– deriva directamente de la legislación, que insiste en que la finalidad de aquélla es tanto la de facilitar las vías de diálogo como la búsqueda de acuerdos justos, duraderos y estables<sup>8</sup>.

Por su parte, del estudio de la **legislación** sobre la materia podemos concluir que la mediación familiar es un mecanismo de resolución de conflictos familiares de carácter voluntario, que opera con la intervención de una tercera persona que trata de reconducir a las partes en conflicto en orden a la consecución de un acuerdo. En este sentido se pronuncia la Ley 15/2003, de la mediación familiar de la Comunidad

---

<sup>5</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, p. 23.

<sup>6</sup> DUPLÁ MARÍN, M.T. y MARÍ PUGET, E., *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y sociales* (coord. ÁLVAREZ TORRES, M.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 13.

<sup>7</sup> Entre los mecanismos alternativos de solución conflictos debemos distinguir los métodos heterocompositivos de los **autocompositivos**. Mientras los primeros tienen como distintivo la participación o intervención de un tercero en la decisión que se adopte, en las fórmulas autocompositivas son las propias partes las que, con la intervención o no de un tercero, que en ningún caso tiene poder decisorio y sí funciones de aproximar intereses, toman las decisiones convenientes sobre sus conflictos.

<sup>8</sup> Art. 2 de la Ley 15/2003, de mediación familiar en Canarias:

Autónoma de Canarias, que en su art. 2 define a la mediación como “*un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero ... informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos*”.

Búsqueda de acuerdos que también resalta la definición ofrecida por el art. 1 de la Ley estatal sobre mediación<sup>9</sup>, para la que mediación es el medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Esta conceptualización –doctrinal y legal- de la mediación está inspirada en gran medida en la Recomendación nº R (98) 1, sobre mediación familiar, aprobada por el Consejo de Europa el 21 de enero de 1998<sup>10</sup>. De hecho, el marco legal estatal y autonómico expuesto trae causa de la citada Recomendación, que ofrece un concepto amplio de mediación al entenderla como “*un proceso en el que un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones que son objeto de litigio, con vistas a la obtención de acuerdos comunes*”. Tal disposición, que es considerada por muchos autores<sup>11</sup> como el **documento fundacional** de la mediación en Europa, ha marcado un punto de inflexión en la institucionalización de la Mediación sentando los fundamentos y principios de la misma y recomendando a los Estados miembros “*Instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente*”. De ahí que haya sido reconocida expresamente como antecedente en las leyes de mediación familiar dictadas por las Comunidades Autónomas, tal y como señala la Exposición de Motivos de todas ellas<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>10</sup> La mediación familiar viene siendo una técnica de gran interés en Europa desde hace varios años. Así, desde la Conferencia Europea sobre Derecho de Familia celebrada en 1995, el interés de las instituciones europeas por fomentar la mediación familiar en los Estados Miembros ha sido latente, siendo la primera gran manifestación de ello la Recomendación Nº R (98), aprobada por el Comité de Ministros.

<sup>11</sup> Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2003, p.11.

<sup>12</sup> Sirva como ejemplo la Ley canaria, que en su Exposición de Motivos dispone que “*por lo que a nuestro entorno europeo se refiere, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación de 21 de enero de 1998 (R98).. recomendó la implantación de dicho instrumento, implantación que se ha venido llevando a cabo de forma sucesiva y sistemática*”.

Recogiendo los principios de la mediación dispuestos en la Recomendación del Consejo de Europa, es de notoria trascendencia la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva 2008/52/CE). Este instrumento pretende ofrecer unos mínimos comunes a todos los Estados miembros, señalando que la mediación es un procedimiento estructurado en el que las partes de un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para resolver un litigio con ayuda de un mediador.

A partir de las definiciones expuestas, podemos extraer algunos de los componentes más importantes y característicos de la mediación, tales como la voluntariedad, la autocomposición (en relación con la falta de poder de decisión del tercero), la flexibilidad del procedimiento y la neutralidad e imparcialidad del mediador<sup>13</sup>.

La conceptualización de la Mediación realizada nos permite encuadrar a la misma entre los sistemas alternativos de resolución de conflictos o ADR (siglas empleadas por el resto de países de la UE para hacer referencia a las “Alternative Dispute Resolution”), de creciente importancia en las últimas décadas como respuesta a la crisis de la Administración de Justicia, que ha visto reducida su cuya posibilidad de ofrecer respuestas rápidas y adaptadas a las situaciones.

## **2. MEDIACIÓN FAMILIAR Y FIGURAS AFINES**

La catalogación de la mediación familiar como un mecanismo alternativo de solución de conflictos nos obliga a distinguirla de otras figuras que, como la mediación, intervienen en la búsqueda y solución de conflictos como vías en unos casos alternativas y en otros casos complementarias a la judicial. La importancia de estos mecanismos ha sido destacada por la Comisión de las Comunidades Europeas en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, aprobada en el 2002, entendiéndose que la creación de procedimientos extrajudiciales es una de las vías para satisfacer el derecho de todos al acceso a la justicia. La mediación, el arbitraje y la conciliación -figuras que procederemos a diferenciar a continuación-, presentan, como elementos comunes, la voluntariedad en su

---

<sup>13</sup> Principios que han sido recogidos tanto en la legislación estatal (artículo 6-9 de la Ley 5/2012) como en la legislación autonómica (art. 4 Ley 15/2003, de la Comunidad Autónoma de Canarias), y que derivan en gran medida de la legislación europea al respecto (así, Recomendación nº R (98) 1 del Consejo de Europa).

iniciación, la existencia de una negociación entre las partes en disputa y la intervención de un tercero que induce a las partes a la colaboración y no a la confrontación.

El **arbitraje** y la mediación se diferencian, además de por el carácter heterocompositivo del primero y autocompositivo de la segunda, por tener el laudo arbitral fuerza ejecutiva, de la que carece el acuerdo de mediación. Tales métodos difieren también en el desarrollo de sus procedimientos, al ser el arbitraje un procedimiento más formal y predeterminado que la mediación, caracterizada por la flexibilidad de las sesiones, así como que en el arbitraje cabe la parcialidad del árbitro, mientras que el mediador no puede pronunciarse a favor de ninguna parte ni imponer su decisión. Además, en el arbitraje los protagonistas del conflicto no tienen el control del proceso una vez ha comenzado, mientras que en la mediación éstos deciden en todo momento si quieren continuar o abandonar el proceso<sup>14</sup>.

La mediación tampoco es una **conciliación**, pues en ésta se realiza una negociación en presencia del conciliador, que se encarga de reunir a las partes y proponerles un acuerdo, no buscándose por éste el restablecimiento de la comunicación entre los afectados en el conflicto. Además, el conciliador desempeña un papel pasivo en la negociación, frente al carácter activo de la intervención mediadora, que diseña el proceso y ayuda a que quienes están en conflicto generen alternativas individuales. A ello se suma el hecho de que al conciliador no se le exige ser neutral ni ser experto, pudiendo sugerir e imponer acuerdos a las partes (lo que resulta impensable en un procedimiento de mediación)<sup>15</sup>.

### **3. FINALIDAD Y VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

Conceptuada la mediación familiar dentro de los sistemas alternativos de resolución de conflictos, ¿cuáles son las circunstancias que confluyen en los conflictos familiares que hacen de la mediación el sistema idóneo para resolverlos? A nuestro parecer, el principal motivo es la adecuación de este mecanismo al importante **componente emocional y personal** que preside los asuntos familiares y que no es atendido en los Juzgados, donde se atiende principalmente a la cuestión jurídica. Pero además, la mediación familiar permite a los miembros de la pareja llegar a acuerdos que

---

<sup>14</sup> Esto es una muestra de la voluntariedad que caracteriza al proceso de mediación, como analizaremos a continuación.

<sup>15</sup> BERNAL SAMPER, T., *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 5ª ed., Colex, Madrid, 2013, p. 90.

faciliten las relaciones que, por la existencia de hijos en común, van a tener que mantener las partes en el futuro<sup>16</sup>, asegurándose así en todo momento la protección del interés del menor<sup>17</sup>.

En este sentido, el Consejo de Europa, en su Recomendación N° R (98) 1 resalta tres características específicas de los conflictos familiares que parecen clave para entender la idoneidad de la mediación para su resolución:

- Los conflictos familiares implican a personas que tiene relaciones interdependientes que continuarán en el tiempo.
- Los conflictos familiares surgen en un contexto emocional difícil que los agrava.
- La separación y el divorcio tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, especialmente los niños.

Los conflictos familiares parten de un pasado común entre sus protagonistas y normalmente conllevan que, quienes hoy están enfrentados, tengan que seguir manteniendo el contacto en el futuro. Por ello, el logro de un entendimiento entre las partes para solucionar sus conflictos resulta trascendental, lo que no siempre se alcanza en un proceso judicial. En este sentido, como recalca LASHERAS HERRERO, P.<sup>18</sup>, la conclusión de un proceso judicial contradictorio no conlleva necesariamente la resolución del conflicto, siendo muestra de ello los problemas patentes en las ejecuciones de las sentencias dictadas en los procesos familiares.

Precisamente por la complejidad de los conflictos familiares, la mediación atiende tanto a la consecución de acuerdos estables y duraderos entre las partes, como al restablecimiento de las vías de diálogo entre las mismas. Bondad esta de la Mediación Familiar que destaca la llamada Jurisprudencia de las Audiencias, como razona la SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 311/2011 de 1 julio (JUR 2011\412753), recomendando acudir al servicio de mediación familiar no sólo para el logro de acuerdos, sino también

---

<sup>16</sup> Así, a diferencia de otros conflictos donde la relación entre las partes termina con la resolución del mismo (con la Sentencia en un procedimiento judicial, por ejemplo), entre los protagonistas de un conflicto familiar debe mantenerse el contacto por la presencia de hijos en común, sin perjuicio de que desaparezca cualquier tipo de vínculo jurídico entre ellos.

<sup>17</sup> Como señala el CGPJ en el Protocolo de Mediación Familiar de 2012, los hijos menores son “*los grandes beneficiados por el cambio de actitud de los progenitores que pasan de la confrontación a la colaboración*”.

<sup>18</sup> LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: Respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *Redur*, nº 5, 2007, p. 44.

“a fin de intentar en la medida de lo posible fomentar los lazos afectivos y la relación paternofilial” (SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 311/2011 de 1 julio, FJ 3º). Esta doble perspectiva de la mediación, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad y que deriva directamente de la legislación, ha sido destacada por varios autores.

Así, para GARCÍA VILLALUENGA, L.<sup>19</sup>, “el mediador, más que comprometido con el resultado del proceso lo está con el proceso mismo. Es decir, lo que ha de garantizar no es que las partes concluyan la mediación con un pacto, si no que de llegar él, éste sea realmente querido y adoptado desde el equilibrio del poder de los sujetos y con plena voluntariedad”. Posición que le lleva incluso a subrayar que lo importante de la mediación no es la obtención de resultados o acuerdos, sino el efecto pedagógico que tiene sobre las partes en conflicto<sup>20</sup>, el conseguir que las partes en conflicto vuelvan a tratarse, rebajando así la tensión y animadversión que existe entre ellos.

En cualquier caso, tales consideraciones no deben llevarnos a considerar la mediación como un sistema de carácter terapéutico<sup>21</sup>, pues su finalidad no es la reconciliación o el restablecimiento del orden familiar roto<sup>22</sup>. La ruptura de la pareja es, pues, el presupuesto del que parte la mediación familiar para buscar el modo más adecuado en que los componentes de aquella deben desarrollar sus relaciones y, especialmente, con sus hijos.

Por lo expuesto, podemos concluir que la finalidad de la mediación familiar es identificar los intereses reales de los participantes de la mediación y buscar acuerdos

---

<sup>19</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., “Mediación civil. Mediación intrafamiliar”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)

<sup>20</sup> Así, muchas mediaciones que han sido intentadas y que han terminado sin acuerdo, luego se transforman voluntariamente por las partes en un proceso de mutuo acuerdo precisamente por el efecto vivido a lo largo de la mediación. (FÁBREGA RUIZ, C.F. y HEREDIA PUENTE, M., “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)

<sup>21</sup> A este respecto, GARCÍA TOMÉ, M. (“La mediación familiar en los conflictos de pareja”, *Documentación social*, nº 148, 2008, p. 52), señala que “aunque la mediación familiar no es terapia, es necesario que el mediador ayude a elaborar la pérdida de la pareja”, dirigiéndose la actividad del mediador a que “las partes elaboren emocionalmente las pérdidas, tomen conciencia de ellas, las asuman y puedan manejarlas con eficacia”.

<sup>22</sup> Como señalaba la Exposición de Motivos de la anterior Ley catalana de mediación familiar (Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña, vigente hasta la entrada en vigor de la actual Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado), “si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura”.

que respondan a aquéllos, intentando restablecer la comunicación entre las partes para poder así, en su caso, ofrecer a los hijos un núcleo familiar favorable. A través de la mediación se minimiza el conflicto y sus consecuencias negativas, habiendo demostrado la práctica de esta vía que las familias que se han sometido a mediación cuentan con un mayor índice de cumplimiento de las medidas que los resueltos en el proceso judicial.

Ello hace que se puedan predicar de la mediación múltiples **ventajas** frente a la vía contenciosa convencional. Frente a la idea de confrontación que rige el proceso judicial, que concluye siempre con un “vencedor” y un “vencido”, la mediación se basa en la cultura del acuerdo, en el que “todos ganan”, lo que supone no sólo un coste emocional menor tras el proceso, sino que garantiza también una satisfactoria ejecución del acuerdo de mediación al haber sido las mismas partes las que lo han configurado (frente a la imposición de la decisión que opera en el proceso judicial). Sin ánimo de extendernos sobre de las bondades de la mediación, es necesario destacar que éstas están siendo ampliamente reconocidas también por el Tribunal Supremo. En este aspecto, es de mención obligatoria la **Sentencia del Tribunal Supremo del 20 de mayo de 2010** (RJ/2010/3707), que reitera la recomendación al recurso de la mediación en cuestiones relativas al ámbito familiar realizada por el mismo Tribunal en las sentencias de 2 de julio de 2007, 3 de julio de 2007 y de 5 de marzo de 2010. En la referida sentencia, el Tribunal Supremo se refiere a la mediación familiar como un método de solución de conflictos que permite *“llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”*.

Por último, a las ventajas de la mediación en contraposición con las del proceso judicial también se ha referido el Consejo General del Poder Judicial en el Protocolo de mediación familiar incluido en la “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial” del año 2012, realizando en su Anexo 1 un cuadro comparativo de ambas vías (consensual y contenciosa). Así, mientras la vía contenciosa aumenta el distanciamiento y la competitividad de las partes, en la mediación se construyen relaciones, se alienta la cooperación y desaparece el sentimiento ganador/perdedor que impera en los procesos judiciales. Además, el CGPJ hace referencia a que la vía consensual disminuye el coste afectivo, económico y temporal, asumiendo las propias partes la responsabilidad de sus decisiones, en lugar de delegar la toma de decisión en el Juez.

## **4. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR**

El estudio conjunto de la legislación canaria, estatal y europea nos lleva a la conclusión de la existencia de unos principios básicos y fundamentales que configuran a la mediación como la técnica autocompositiva de resolución de conflictos que conocemos. Tales principios son, siguiendo el orden establecido en la Ley Canaria de Mediación Familiar (Ley 15/2003): voluntariedad, flexibilidad, inmediatez, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad, profesionalidad, gratuidad y buena fe.

### **4.1. Voluntariedad**

La consideración de la mediación como un procedimiento voluntario supone, por un lado, que es decisión de las partes en conflicto someterse a ella, pero también conlleva la entera libertad de éstas para abandonar en cualquier momento el proceso de mediación iniciado. En este sentido se pronuncia el art. 4.1 de la Ley Canaria sobre mediación familiar, disponiendo a tal efecto que *“el procedimiento sólo podrá iniciarse a instancia de todas las partes en conflicto, pudiendo éstas apartarse o desistir en cualquier fase del procedimiento ya iniciado.”*. En términos similares se expresa el art. 6 de la Ley 5/2012, estableciendo taxativamente que *“la mediación es voluntaria”* y que *“nadie estará obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”*.

Frente a este modelo de mediación basado en la voluntariedad, existen modelos donde ésta se configura como preceptiva<sup>23</sup>, ya sea como una fase del proceso judicial o como un requisito para iniciar éste<sup>24</sup>. Entiende ORTIZ PRADILLO, C.<sup>25</sup>, partidario de esta última opción, que ello no contradice la voluntariedad de la mediación, pues la única obligatoriedad consiste en acreditar que se ha concurrido a la primera sesión informativa.

---

<sup>23</sup> Así, encontramos sistemas como el de Inglaterra, donde es imprescindible que los abogados remitan a sus clientes a un mediador a fin de tener una reunión preliminar informativa antes de que puedan obtener la asistencia jurídica gratuita; o Noruega, donde la admisión a trámite de la demanda de separación o divorcio para los cónyuges con hijos menores de 16 años requiere la presentación de un certificado emitido por el mediador familiar.

<sup>24</sup> De hecho, el Proyecto de Ley anterior al que dio lugar a la presente ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles, había optado por instaurar una mediación previa obligatoria como requisito de procedibilidad antes de poder acudir a la vía judicial, para la reclamación de cantidades que deban tramitarse conforme las reglas de juicios verbales y no superen los 6.000 euros.

<sup>25</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C., “Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, nº 2135, 2011, p. 10.

El modelo de mediación preceptiva ha sido fuertemente criticado por otro sector de la doctrina. El gran fundamento de la mediación es, para muchos<sup>26</sup>, la voluntariedad, pues solo si todo el procedimiento de mediación está impregnado del carácter voluntario se consigue que las partes estén dispuestas a restablecer las vías de diálogo y alcanzar un acuerdo que, posteriormente, vayan a cumplir. De otro modo, la mediación se convertiría simplemente en un trámite procesal de escasa eficacia, una técnica que terminaría reduciendo la mediación a la pregunta a las partes sobre la posibilidad o no de acuerdo entre éstas<sup>27</sup>.

En este complejo debate, nos posicionamos entre los defensores de la voluntariedad de la mediación como fundamento básico de la misma. Entendemos que, en la actualidad, imponer una mediación preceptiva tan sólo nos llevaría a desvirtuar la misma y convertirla en una fase más del proceso. Quizás dentro de unas décadas, cuando la sociedad y los operadores jurídicos estén mentalizados de las bondades de la mediación (tal y como sucedería en el sistema anglosajón), tenga más sentido la implantación de esta medida. Ahora bien, aun siendo partidarios de la voluntariedad de la mediación, consideramos que es beneficioso que sea el propio órgano judicial que conoce del conflicto, el que informe a las partes sobre la existencia de esta institución y vaya abriendo paso a su implantación, pero nunca imponerles el sometimiento a la misma, que debe ser exclusivamente voluntario. A nuestro parecer, ello es lo que justifica la existencia misma de la mediación y lo que otorga a ésta las ventajas que se le vinculan tales como la existencia de soluciones consensuadas o el cumplimiento efectivo de los acuerdos.

En cualquier caso, la voluntariedad de la mediación no es incompatible con la mediación intrajudicial, esto es, con la posibilidad de que el órgano que esté conociendo de un proceso de familia recomiende el recurso a mediación familiar. En este sentido, la

---

<sup>26</sup> Entre otros, para GARCÍA VILLALUENGA, L., (“La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2010, p. 723) entiende a la voluntariedad como un **principio rector** de la mediación que actúa como garantía fundamental de este sistema, entrañando “*la más íntima esencia de la institución mediadora, definiendo claramente su perfil*”.

En el mismo sentido se pronuncia el CGPJ en el Informe que realizó al Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, al establecer que “...*el recurso a este tipo de métodos alternativos de solución de disputas debe apoyarse en la plena voluntariedad de las parte interesadas, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva plasmado en el artículo 24.1 De la Constitución española (CE) y la reserva en exclusiva de la función jurisdiccional a Juzgados y Tribunales (Artículo 117.3 CE)*...”

<sup>27</sup> Algo que, por otro lado, ya se viene realizando en multitud de procesos de acuerdo al art. 415 LEC.

derivación se produce únicamente a una sesión informativa presencial, invitando el juez a las partes a que conozcan la existencia de la mediación y sus ventajas, pero siendo decisión exclusiva de éstas someterse a mediación (suspendiéndose mientras tanto el proceso judicial ex art. 770.7 LEC en relación con el art. 19.4<sup>28</sup> de la misma ley) o no, en cuyo caso continuaría el proceso judicial su cauce habitual (esto es, el procedimiento del art. 770 LEC).

#### **4.2. Flexibilidad y antiformalismo**

El proceso de mediación, lejos de la formalidad y rigidez que impera en el proceso judicial, se caracteriza por la inexistencia de una regulación exhaustiva sobre sus fases o etapas. Ejemplo de este antiformalismo son las previsiones contenidas en la legislación canaria, que obliga únicamente a una reunión inicial y una última sesión en la que se levante el acta final (arts. 12 y 14 Ley Canaria). No existen, sin embargo, disposiciones legales que obliguen a un número determinado de sesiones, ni a un contenido específico de cada sesión, sino que cada procedimiento de mediación debe adaptarse las especificidades del conflicto.

#### **4.3. Inmediatez y carácter personalísimo.**

Conforme a estos principios, las sesiones de mediación se realizarán con la presencia de las partes en conflicto y el mediador (inmediatez), no pudiendo asistir ninguno de ellos por medio de representantes (carácter personalísimo). La intervención en las sesiones debe llevarse a cabo, por tanto, personalmente, pronunciándose en tal sentido se pronuncia el art. 4. 3 de la Ley Canaria: “..*todos los participantes, incluido el mediador familiar, han de asistir personalmente a todas las sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios*”.

Respecto a la inmediatez del procedimiento de mediación, entendemos (y así se viene realizando en la práctica) que el mediador, basándose en su experiencia, puede determinar la conveniencia de realizar sesiones individuales con cada uno de los sujetos del conflicto, no siendo necesario por tanto que concurren todas las partes a la vez en cada sesión. En cualquier caso, ello deberá hacerse en todo momento en condiciones de

---

<sup>28</sup> **Art. 19.4 LEC:** “*Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días*”.

igualdad y garantizando la neutralidad e imparcialidad que debe presidir la actuación del mediador.

#### **4.4. Confidencialidad y secreto profesional. Reserva de las partes.**

La confidencialidad implica que el mediador no puede desvelar aquellos datos que haya conocido como consecuencia de la mediación, incluso una vez haya terminado ésta y siendo indiferente que haya habido acuerdo o no<sup>29</sup>. A este respecto, la Recomendación R (98) 1 del Consejo de Europa señala que *“las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el derecho nacional”*.

Se establece así la confidencialidad de las sesiones de mediación tanto frente a terceros como respecto al órgano judicial, al que sólo se le comunicará el inicio y la finalización del proceso de mediación y, en su caso, del acuerdo al que las partes llegaron. Como señala Alfonso Fabregat Rosas<sup>30</sup>, *“una causa que lleva al fracaso de la mediación y que bloquea cualquier acercamiento de las partes es que...surjan dudas serias de que la información que se aporte va a ser utilizada en su contra”*. En este sentido, la confianza en el proceso mismo de mediación se basa en la confidencialidad que el mediador y las partes se han comprometido a seguir durante todo el proceso.

Este principio esencial de la institución mediadora se recoge en todas las leyes autonómicas de mediación. En la legislación canaria se consagra en los arts. 4.4 y 4.6 (Ley 15/2003) y, siendo su fin preservar la privacidad de la información, alcanza también a las partes intervinientes en el procedimiento de mediación (reserva de las partes), que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener durante aquél ni traer al proceso al mediador como testigo para defender su posición.

---

<sup>29</sup> Aunque la legislación lo configura mayoritariamente como un deber, el principio de confidencialidad debe entenderse como un **derecho-deber** tanto para el mediador como para las partes. Doble vertiente de este principio que ha sido recalcada por CORVO LÓPEZ, F.M. (“El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar”, *Aranzadi Civil-Mercantil Revista Doctrinal*, nº 1, 2011, pp. 9 y ss.), para quien *“el mediador tiene el deber de no revelar la información obtenida en el proceso de mediación; pero, a la vez, tiene derecho a que no se le llame como testigo o perito en un eventual juicio posterior.”* Por otra parte, recalca que *“Las partes... tienen derecho a que se mantenga en secreto lo tratado en mediación pero deben renunciar, al mismo tiempo, a proponer al mediador como testigo o perito en un eventual proceso judicial posterior que tenga relación con lo tratado en mediación.”*

<sup>30</sup> FABREGAT ROSAS, A., “Mediación de conflictos: Del éxtasis al vértigo”, accesible a través del siguiente enlace: <http://www.diariojuridico.com/mediacion-de-conflictos-del-extasis-al-vertigo/> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)

La obligación de confidencialidad impide que los intervinientes en un proceso de mediación puedan declarar o aportar documentos en un procedimiento judicial o un arbitraje sobre la información derivada del procedimiento de mediación en que intervinieron. Sobre la confidencialidad así entendida se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de dos de marzo de 2011 (RJ 2011\2616), al razonar que “*el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a “informaciones confidenciales”, que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de las partes y de mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial*”.

Pero este principio de confidencialidad tiene **excepciones** como ya preveía la Recomendación R (98) 1 del Consejo de Europa (“*salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el derecho nacional*”) y recoge la legislación vigente. De acuerdo con éstas, el mediador puede declarar en un procedimiento judicial si las partes le dispensan de su deber de confidencialidad, pero también decae la obligación de confidencialidad (tanto para las partes como para el mediador) cuando, mediante resolución judicial motivada, lo soliciten los jueces del orden jurisdiccional penal<sup>31</sup>. Junto a lo dispuesto por el legislador estatal, encontramos el art. 7 de la Directiva 2008/52/CE, que establece que los mediadores sí estarán obligados a declarar en un proceso judicial cuando ello sea necesario por razones imperiosas de orden público y, en particular, cuando lo requiera el interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, así como cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para ejecutar dicho acuerdo. Son quiebras del principio de confidencialidad, pero quiebras suficientemente lógicas, razonables y necesarias.

---

<sup>31</sup> A esta excepción se refiere el **art. 9.2 Ley 5/2012**, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “*La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad; b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal*”

Por tanto, aunque la legislación canaria no se refiera expresamente a las excepciones al principio de confidencialidad, eleva el incumplimiento del mismo, en el art. 17.c), a una infracción muy grave.

#### **4.5. Imparcialidad y neutralidad<sup>32</sup>**

En virtud de estos principios, el mediador familiar no puede tener intereses respecto de las partes ni del objeto del conflicto, sino que debe fomentar la participación equilibrada de las partes, respetando sus puntos de vista sin emitir juicios al respecto y permitiendo que sean éstas las que, con ayuda del mismo, lleguen a sus propios acuerdos<sup>33</sup>.

La **imparcialidad**, por un lado, supone la ausencia de intereses del mediador en sus relaciones con las partes, estando íntimamente vinculado por tanto con el derecho de éstas a la igualdad a lo largo de todo el proceso. En virtud de la obligación de imparcialidad, el mediador no puede actuar en perjuicio o interés de una de las partes (art. 7 de la Ley 5/2012) ni intervenir cuando ya lo haya hecho como profesional a favor o en contra de alguna de los sujetos del proceso de mediación (art. 8 de la Ley Canaria 15/2003). Conforme al art. 13 de la Ley 5/2012, se impone además al mediador la obligación de revelar las circunstancias que puedan afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses<sup>34</sup>. En estos casos el mediador no debe iniciar la mediación o, si sobrevienen las circunstancias una vez iniciada, debe abandonarla, salvo que asegure poder mediar con total imparcialidad y los sujetos de la mediación lo consientan expresamente. El incumplimiento del deber de imparcialidad dispuesto en el art. 8 de la Ley Canaria puede ser constitutivo, ex art. 18.b) de una falta grave.

La **neutralidad**, por su parte, exige que el mediador no tenga interés alguno en el objeto de la mediación y, con ello, en el resultado de ésta, lo que obliga a que sean las partes las que deban alcanzar por sí mismas el acuerdo de mediación, limitándose la actuación del mediador al acercamiento de las posiciones y a facilitar la comunicación entre aquéllas. De este modo, el acuerdo debe ser resultado de las ideas de los

---

<sup>32</sup> Aunque la normativa europea y la estatal distinga en apartados diferentes estos dos principios, la legislación canaria, en la que nos inspiramos para abordar su análisis, los regula conjuntamente en el art. 4.5, siendo ello lo que justifica la explicación conjunta de ambos.

<sup>33</sup> Se dice por ello que el mediador no se sitúa por encima de las partes, sino entre las partes.

<sup>34</sup> Tales circunstancias son, en todo caso, tener una relación personal, contractual o empresarial con alguna de las partes, tener interés directo o indirecto en el resultado de la mediación o haber actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

protagonistas del conflicto, y no un reflejo de los valores del mediador. Al regular los deberes del mediador, el art. 8 de la Ley Canaria establece que deberá ser neutral, “ayudando a conseguir acuerdos sin imponer ni tomar parte por una solución o medida concreta”. El incumplimiento de este deber conlleva, ex art. 17.d) de la misma norma, una infracción muy grave.

Por tanto, mientras que la exigencia de imparcialidad se refiere a las relaciones del mediador con las partes, de modo que éste no se identifique con sus intereses, la neutralidad está relacionada con el resultado del proceso de mediación, que no debe estar impregnado por las convicciones del mediador.

#### **4.6. Profesionalidad.**

El tercero ante el que se desenvuelve la mediación debe ser un profesional con una formación especializada en conocimientos jurídicos y psicológicos. En este sentido, el conflicto familiar requiere que el mediador sea capaz de gestionar las emociones de las partes y abordar los sentimientos que ante situaciones complejas pueden tener, así como conocer el marco legal en el que se desarrolla la mediación para poder actuar conforme a derecho.

El éxito de la mediación pasa por la existencia de auténticos profesionales, pues difícilmente podrán los mediadores proporcionar un servicio de calidad si no se pone el énfasis en su correcta preparación profesional. Entendemos, en este sentido, que la formación de los mediadores es un aspecto clave para satisfacer las expectativas de las personas que se someten a mediación familiar, lo que se plasma más aún cuando ésta tiene lugar por derivación judicial<sup>35</sup>, mecanismo en el que nos centraremos en las siguientes páginas.

Es por ello que se exige que el mediador esté específicamente instruido en la tarea de intermediar, siendo diversa la capacitación profesional exigida por cada legislación autonómica. Lo habitual es la exigencia de formación universitaria<sup>36</sup> acompañada de

---

<sup>35</sup> Así, parece que sólo si el mediador conoce los extremos jurídicos a los que se ajustan los procesos de familia, podrán ver las partes realizadas sus expectativas, pues de poco sirve que en el procedimiento de mediación se acuerden aspectos que excedan del marco del proceso judicial (por ejemplo, que se regulen aspectos que, en el proceso, no van a poder incorporarse a un convenio regulador por no ser parte de las materias del art. 90 del Código Civil).

<sup>36</sup> Aunque todas las leyes autonómicas exigen formación universitaria (sirva, a modo de ejemplo, el art. 13.1 de la Ley 1/2009, de Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; el art. 3.1 de la Ley 15/2009 de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña; o el art. 12 de la Ley

una instrucción específica en mediación. Formación universitaria que, mientras en algunas Comunidades Autónomas puede ser de cualquier rama, en Canarias debe ser en materia psicosocial. En este sentido, el art. 5 Ley 15/2003 exige, para ser mediador, poseer una titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social u otras Ciencias Sociales, además de estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, en su caso. En lo que respecta a la formación específica, el art. 4 del Reglamento de Mediación Familiar en Canarias (Decreto 144/2007) señala que deberá tener una duración mínima de 200 horas lectivas e incluir un programa de prácticas. Tal formación específica constará de contenidos de sociología, psicología, pedagogía, métodos y técnicas de resolución de conflictos, así como los principios y la metodología de mediación familiar.

#### 4.7. Gratuidad

La gratuidad de la mediación está expresamente prevista en el art. 21 de la Ley canaria sobre mediación (Ley 15/2003)<sup>37</sup>, configurándose como un servicio gratuito para quienes que sean beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita de conformidad con la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita<sup>38</sup>. Como dispone el **art. 13 de la Orden de 10 de marzo de 2008**, de desarrollo del Reglamento de la Ley de Mediación Familiar, *“la gratuidad de la mediación familiar...solamente da derecho al pago de un máximo de seis sesiones de mediación, incluida la sesión inicial”*. En el caso de que tal derecho solo se reconociera a una de las partes en conflicto, la otra parte tendrá que hacer frente a la mitad del coste de la mediación y de los honorarios a los que tiene derecho el mediador de acuerdo con el art. 7 de la Ley 15/2003.

Junto al supuesto de gratuidad que se hace depender del derecho a la justicia gratuita, conviene destacar que la promoción e impulso de la mediación ha llevado al

---

1/2007, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid), la ley estatal sobre mediación ha rebajado esta exigencia, permitiendo que la formación de los mediadores se base en un título de Formación Profesional. Así, el art.11.2 dispone que *“El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior”*, lo que nos parece un importante retroceso en la apuesta por la mediación (en la medida en que su éxito pasa por la profesionalidad de los mediadores).

<sup>37</sup> Llama la atención en este punto el tratamiento separado de este principio dentro de la ley, pues no se encuadra dentro del art. 4 de la Ley canaria (“Principios informadores de la mediación familiar”) ni del título II de la Ley estatal (“Principios informadores de la mediación”).

<sup>38</sup> Sin embargo, **tal gratuidad debe ser matizada**, pues solo tiene lugar cuando el servicio de mediación se articula como una actividad de interés público o un servicio público de la Administración. En otro caso, las partes deberán abonar al mediador sus honorarios cuando deciden acudir a la mediación como opción alternativa al proceso judicial.

Gobierno de Canarias<sup>39</sup> a crear un servicio gratuito de mediación familiar intrajudicial<sup>40</sup>, a través de los profesionales que se encuentran inscritos en el Registro de Mediadores Familiares. Ello se ha dispuesto en la Resolución por la que se aprobó, el 28 de Octubre de 2009, el proyecto piloto de mediación familiar intrajudicial en Canarias, en el que se dispuso que *“las actuaciones mediadoras que se desarrollen en el contexto de dicho proyecto no supondrán costes para los solicitantes, al tratarse de un procedimiento iniciado por derivación judicial”*.

#### **4.8. Buena fe**

En el proceso de mediación, las partes deben actuar con respecto a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo. Así, el principio general que reconoce el art. 7.1 del Código Civil se recoge también como un deber de actuación de las partes en el art. 9 de la Ley 15/2003, de Mediación Familiar en Canarias. En este sentido, las partes están obligadas a actuar de buena fe, lo que supone la exigencia de una predisposición a actuar conforme a las reglas comúnmente recibidas de la honestidad y rectitud, mostrando una actitud cooperativa. Sin olvidar que la buena fe se presume siempre, el incumplimiento de este deber supone, según la citada ley autonómica, una infracción más o menos grave según la actuación en la que se manifieste.

Con todo ello, el principio de la buena fe se predica también de la actuación del mediador, si bien ello no aparece mencionado expresamente en el articulado de la ley canaria, pudiendo entenderse que los deberes que menciona el art. 8 son todos ellos manifestación de esta exigencia (así, mantener la lealtad en el desempeño de sus funciones, por ejemplo).

### **III. MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL**

#### **1. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA**

##### **1.1 Concepto y justificación legal**

Tras realizar una caracterización general sobre la mediación familiar en España, su regulación y los principios que la informan, nos centraremos a continuación en la modalidad que es objeto de este trabajo: la mediación familiar intrajudicial (o, en

---

<sup>39</sup> A través de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, dependiente de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad.

<sup>40</sup> Sobre el que se volverá a tratar más adelante.

términos preferidos por algunos, “*mediación por derivación judicial*”<sup>41</sup>), cuyo objeto recae sobre cuestiones ya planteadas en un procedimiento judicial contencioso<sup>42</sup>.

Frente a la mediación extrajudicial, que tiene lugar cuando no se ha abierto la vía contenciosa, la intrajudicial se produce en el seno de un proceso judicial ya iniciado como consecuencia de que el propio juez (o el secretario judicial –posibilidad sobre la volveremos más adelante, en la propuesta de protocolo-) invite a las partes a acudir a una sesión informativa sobre mediación. Por tanto, a través de la mediación por derivación judicial, la mediación se inserta en un proceso judicial abierto, por entender la autoridad judicial que el litigio es mediable y recomendar a las partes el recurso a la mediación, de modo que, si éstas aceptan, queda el proceso en suspenso para la resolución de la disputa a través de la vía consensual.

La mediación se erige en este punto como un apoyo a la función del juez, aumentando la eficacia de las medidas adoptadas al sustentarse éstas en la participación conjunta de la pareja en la toma de decisiones. Así lo ha dispuesto el CGPJ<sup>43</sup>, configurando la mediación intrajudicial “*no tanto como una alternativa al proceso como una nueva forma de actuación de los Tribunales de Justicia*”. No pretende la mediación sustituir al órgano judicial, sino complementarlo favoreciendo la eficacia y justicia de sus decisiones<sup>44</sup>.

La posibilidad de que el juez derive al Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial, que se reconoce en la ley estatal sobre mediación, se recoge en la nueva redacción de los arts. 414 y 415 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil –en adelante, **LEC**- en el ámbito de la audiencia previa, así como en el 443.3 del mismo cuerpo

---

<sup>41</sup> Coincidimos en este punto con lo que, en diversas manifestaciones públicas, ha expresado el Viceconsejero de Justicia del Gobierno de Canarias, Pedro Herrera Puentes, quien rechaza el término “*mediación intrajudicial*” por inducir a la idea de que el procedimiento de mediación se realiza dentro del mismo proceso judicial y por parte del juez. Por ello, nos parece preferible el término “*mediación por derivación judicial*”, que muestra de una manera más gráfica el proceso de traslación del conflicto que se produce.

<sup>42</sup> Protocolo de Mediación Intrajudicial en Juzgados de Familia en la Comunidad Autónoma de Canarias, disponible en el siguiente enlace: <https://www.gobiernodecanarias.org/justicia/temas/mediacion/mediacionIntrajudicial.jsp>

<sup>43</sup> Protocolo de Mediación Familiar, del Consejo General del Poder Judicial (año 2012), disponible en el siguiente enlace: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que es la mediacion/Protocolos/Guia para la practica de la mediacion intrajudicial](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Protocolos/Guia_para_la_practica_de_la_mediacion_intrajudicial)

<sup>44</sup> Si en cualquier caso la mediación supone una lógica positiva en la resolución de los conflictos familiares, que evita su agravamiento y propicia que las partes puedan llegar a asumir el compromiso, la posibilidad de que aquella se inicie en el marco de un proceso judicial no sólo lleva consigo la disminución de costes económicos, temporales y emocionales, sino que puede ayudar eficazmente a la consecución de la verdad material de cada supuesto conflictivo.

legal<sup>45</sup> en el contexto de la celebración de la vista, en virtud de los cuales se disciplina un proceso donde la decisión de derivación es una opción directa del juez, no cabiendo en este punto alegaciones de las partes. Del mismo modo, esta opción viene contemplada, en el marco de los procedimientos matrimoniales y de menores, en el art. 770.7 LEC, en la redacción dada por la Ley 15/2005. En lo que respecta a la legislación canaria, la mediación intrajudicial es a la que se refiere el art. 2 de la Ley 15/2003, de la mediación familiar, al señalar como uno de los objetos de la mediación el “*poner fin a los (procedimientos judiciales contenciosos) ya iniciados, o bien reducir el alcance de los mismos*” (pues con el recurso a mediación se pretende la solución del contencioso, pudiendo alcanzarse acuerdos sobre la totalidad de los objetos del conflicto -mediación total- o sobre algunos de ellos -mediación parcial-<sup>46</sup>.

## 1.2 ¿Quién puede realizar la derivación?

La competencia para derivar al Servicio de Mediación Intrajudicial corresponde a la autoridad judicial que conoce de procesos de familia –o al secretario judicial, como se abordará en la propuesta de protocolo desarrollada en las páginas siguientes-, quien deberá valorar las circunstancias del caso (según los criterios que se expondrán más adelante) y, sólo si entiende que estamos ante un **conflicto mediable**, deberá dictar la pertinente resolución judicial de derivación al servicio de mediación.

En tal resolución se recordará que la información de qué parte no asiste no es confidencial (art. 17.1 Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), siendo conveniente informar también de que, en caso de no asistir, las partes deberán explicar los motivos de su decisión ex art. 440.1 LEC<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> **Art. 443.3 LEC:** “*En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4, para someterse a mediación o arbitraje*”.

<sup>46</sup> En este sentido, el art. 14 del Reglamento de la Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Canarias (Decreto 144/2007), diferencia, al regular la retribución de los mediadores, entre **mediación parcial** (aquella que se limita a tratar una de las materias sobre la que exista conflicto familiar) y **total** (aquella en la que se trata varias materias sobre las que exista conflicto familiar).

<sup>47</sup> **Segundo párrafo del art. 414.1 LEC:** “*En esta convocatoria (convocatoria a audiencia tras la contestación a la demanda)..se informará a las partes de la posibilidad de recurrir..a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma*”

### 1.3 ¿En qué procedimientos cabe la derivación a Mediación?

La Ley Canaria 15/2003, de Mediación Familiar, establece un amplio ámbito objetivo al que aplicar la mediación familiar<sup>48</sup>, siendo posible acudir a esta vía en prácticamente cualquier conflicto familiar, si bien se hace hincapié en los conflictos relativos “*al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, pensiones, uso del domicilio familiar, disolución de bienes gananciales o en copropiedad, cargas y ajuar familiar*”. El carácter preferente que se otorga a estos asuntos deriva, como señala el Protocolo para la implantación de la Mediación Familiar Intrajudicial del Gobierno de Canarias, de la importancia que la resolución satisfactoria de los mencionados temas supone para el interés superior de los menores implicados. En cualquier caso, no cabrá nunca la mediación en aquellos conflictos familiares en los que se haya constatado violencia de género<sup>49</sup>, aún cuando se engloben en el ámbito objetivo del art. 3 de la Ley 15/2003. Tampoco serán mediables los casos de problemas mentales o abuso de sustancias cuando sean graves<sup>50</sup> y exista constancia documental de los mismos, por suponer ello un desequilibrio de poder entre las partes que impide el desarrollo de un procedimiento de mediación en condiciones de igualdad.

### 1.4 ¿En qué momento del proceso debe derivarse?

La legislación aplicable no dispone en qué fase del proceso judicial debe el juez invitar a las partes a someterse a mediación familiar, teniendo éste entera libertad para valorar cuál es el momento procesal adecuado. Frente a la ausencia de desarrollo legal, sí encontramos un pronunciamiento al respecto tanto en los Protocolos del CGPJ de 2008 y 2012 como en el de la Comunidad Autónoma de Canarias, realizado por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia (Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias). Ambos textos, aunque establecen la derivación en fase declarativa como opción preferente, resaltan la

---

<sup>48</sup> El **art. 3 Ley 15/2003** dispone que la posibilidad del recurso a mediación se extiende “*a cualquier conflicto entre cónyuges, parejas de hecho, entre padres e hijos o entre hijos, y, en general, entre familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o aquellos que surjan entre personas adoptadas y sus familiares biológicos o adoptivos*”.

<sup>49</sup> Así lo dispone el **art.44.5 de la Ley Orgánica 1/2004**, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

<sup>50</sup> Como recalca el Protocolo de mediación familiar del CGPJ (2012), si estas situaciones tienen carácter leve, el sujeto puede conservar su capacidad de compromiso, por lo que sería factible la mediación. En caso de duda, se debe optar por remitir a mediación, de modo que sea el mediador el que decida finalmente si en caso es o no mediable.

posibilidad de realizar la mediación “*en cualquier momento procesal por resolución judicial, si bien es necesario que ambas partes se encuentren personadas*”.

Por su parte, el CGPJ –con carácter general- señala que la derivación al Servicio de Mediación Familiar Intrajudicial, puede darse en cualquiera de los siguientes momentos procesales:

- En el momento de admisión a trámite de la demanda, si bien ello no es aconsejable al desconocerse la posición procesal del demandado (pues puede estar conforme con la misma, caso en el que sería innecesaria la derivación a mediación).
- En fase de medidas provisionales, podrá hacerse la derivación el día de la comparecencia, una vez se conozca la posición de la parte demandada, si bien ello dependerá de la urgencia en adoptar las medidas.
- Cabe también la derivación en fase de ejecución de sentencia<sup>51</sup>, ya sea en el momento del despacho de ejecución, en la vista de oposición a la ejecución si se considera necesario o en el auto que resuelve la oposición. Si se tratare de una ejecución de medidas económicas se recomienda derivar a mediación cuando hay oposición a la ejecución.
- En las controversias sobre el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC), si se solicitaren medidas urgentes del art. 158 del mismo texto legal, el momento idóneo para remitir a mediación es en la vista.

En cualquier caso, como señalan MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCUHUELO, C.<sup>52</sup>, se ha “*comprobado que existe mayor probabilidad de éxito cuanto más al inicio se derive, siendo lo ideal que se produjera en el momento más cercano a la demanda y su contestación*”.

---

<sup>51</sup> Ejemplo de ello es el **Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lugo, de 5 de enero de 2007**, que, tras declarar que existe una resolución firme que debe ejecutarse, dispone que “...*debe procurarse que tal ejecución se lleve a efecto por cauces de consenso atendiendo el interés concurrente para las partes que es el adecuado desarrollo de los menores, por lo que en la ejecución se deberá introducir el apoyo de los servicios oficiales de mediación familiar, en el interior durante el que resuelva el expediente en curso de modificación de medidas*”. Se evidencia así la doble finalidad de la mediación a la que tantas veces se ha hecho referencia, no pretendiéndose únicamente la consecución del acuerdo sino también que las partes vuelvan a poder comunicarse y cumplir las decisiones judiciales con un mayor consenso.

<sup>52</sup> MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCUHUELO, C., “Mediación familiar intrajudicial: Reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de Mediación*, nº 3, 2009, p. 8.

Coincidiendo con el parecer de la mayoría de la doctrina, entendemos que **el mejor momento para realizar la derivación es tras la contestación a la demanda**. Por una parte, porque se evita la dilatación del proceso judicial al aprovecharse el tiempo existente entre la contestación a la demanda y la citación a vista, evitándose suspensiones del proceso innecesarias. Por otra parte, porque las partes no están aún contaminadas por el proceso judicial y por las leyes, sino que se guían exclusivamente por sus deseos. Tal es el criterio expresado<sup>53</sup> por Nieves María Rodríguez Fernández, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Santa Cruz de Tenerife, responsable del mayor número de derivaciones al Servicio de Mediación realizadas en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, en cuya práctica habitual realiza la derivación antes de la vista, una vez constan la demanda y la contestación a la misma<sup>54</sup>.

Por último, conviene destacar que la derivación a mediación también es posible en segunda instancia, lo que presenta ciertas ventajas, derivadas principalmente del tiempo transcurrido desde la judicialización del conflicto. Así, la situación personal de las partes es distinta de cuando se presentó la demanda, pudiendo haberse asimilado ya la ruptura y siendo menores las cuestiones que enfrentan a las partes. Cabe por tanto que se recomiende, por las Audiencias Provinciales, el recurso al servicio de mediación, tal como aconteció en el supuesto resuelto por la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona**, de 17 de octubre de 2003 (JUR 2004\3755), al disponer que “...*debemos confirmar la resolución recurrida, recomendando a las partes que acerquen en lo posible sus respectivas posiciones pensando siempre en el supremo interés de sus hijos, acudiendo a mediación familiar para paliar los problemas que tengan los mismos, máxime atendida su edad*”.

## **2. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL**

Desde que el órgano judicial determina que el litigio es susceptible de mediación, hasta que ésta finaliza, se desarrolla un procedimiento de mediación en el que el litigio se traslada del Juzgado al Servicio de Mediación para volver, una vez finalizado, al

---

<sup>53</sup> En la entrevista personal llevada a cabo el día 10 de junio de 2014.

<sup>54</sup> Así, aunque lo general es que los Jueces no vean estos documentos hasta la propia vista (pues de los trámites anteriores se ocupan los Secretarios Judiciales), la encargada del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Santa Cruz de Tenerife solicita expresamente que le sean remitidos aquéllos cuando llegan al Juzgado para poder estudiarlos y, si lo entiende conveniente, dictar una diligencia para la derivación del caso a mediación, sin perjuicio del señalamiento de fecha para la vista.

primero a los efectos de alcanzar la homologación judicial de los acuerdos adoptados. Tal procedimiento es el que se describe a continuación:

i. *Derivación a la sesión informativa de mediación.* El órgano judicial, si por las características del proceso entiende aconsejable la resolución del conflicto mediante la mediación, puede instar a las partes a la búsqueda de un acuerdo mediante un procedimiento de mediación, proponiéndoles acudir a una **sesión informativa** sobre Mediación Familiar.<sup>55</sup>

ii. *Sesión Informativa Presencial (SIM).* Tras la propuesta judicial, la sección de mediación de la Dirección General de relaciones con la Administración de Justicia se pone en contacto con las partes para citarlas a la SIM.

En esta sesión, que no forma propiamente parte del proceso de mediación, se informa a los litigantes y sus letrados de las ventajas que conlleva la mediación, tanto para las propias partes como para sus hijos y demás afectados por el conflicto. Las partes pueden negarse a acudir a la sesión (las dos o una de ellas)<sup>56</sup>, en cuyo caso se levantará acta de incomparecencia y finalizará el intento de mediación, o pueden asistir y rechazar someterse a la mediación, continuando en estos casos el proceso judicial su cauce habitual. Si asisten a la sesión informativa, tras lo que se levantará acta de comparecencia, se abordarán, al menos, los puntos que señala el CGPJ en la Guía Práctica para la implantación de la mediación intrajudicial, en el documento 2 del anexo número IV, que deriva del art. 17 de la Ley 5/2012<sup>57</sup>.

iii. *Intervención del servicio de mediación intrajudicial*<sup>58</sup>. *Suspensión del proceso.* Una vez las partes aceptan someterse a la mediación propuesta por la autoridad judicial o el secretario judicial, sus representaciones procesales deben presentar un escrito ante

---

<sup>55</sup> Respecto al momento procesal oportuno para ello, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe anterior

<sup>56</sup> Recordemos, en este sentido, que la **voluntariedad** se configura como un principio estructural de la mediación, de modo que las partes únicamente se someterán a tal procedimiento si así lo desean, pudiendo abandonarlo en cualquier momento.

<sup>57</sup> **Art. 17, segundo párrafo, de la Ley 5/2012**, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “*En esa sesión el mediador informará a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia; así como de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva*”.

<sup>58</sup> Es en este momento cuando comienza en sí el procedimiento de mediación, que según la ley canaria debe desarrollarse durante un **máximo de tres meses** (prorrogables por otros tres meses, ex art. 13), aunque el reconocimiento de la gratuidad sólo da derecho al pago de un **máximo de seis sesiones** (Art. 13 de la Orden de 10 de marzo de 2008). Sobre el procedimiento de mediación stricto sensu, Vid. DUPLÁ MARÍN, M.T. y MARÍ PUGET, E., *op cit.*, pp. 28 y ss.

el órgano judicial donde conste tal voluntad, en el sentido expresado por el art. 770.7 LEC, según el cual *las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación*<sup>59</sup>. Procederá entonces el Juzgado a acordar la suspensión del proceso por el plazo previsto, aunque podrá no hacerlo si existiera tiempo suficiente para practicar las sesiones de mediación. En este sentido, no siempre debe exigirse la suspensión del proceso judicial<sup>60</sup>. Como señala MARRODÁN PASCUAL, M.<sup>61</sup>, mediadora y directora del Servicio de Mediación Familiar AMEDENA (Navarra), con cuyo criterio coincidimos, en primer lugar se debe aprovechar el intervalo de tiempo existente entre la sesión informativa y la celebración de la vista (“tiempos muertos”), de modo que, si existe plazo suficiente para celebrar las sesiones de mediación durante el mismo, se prescindirá de la paralización del proceso judicial. Si, por el contrario, el proceso de mediación se alarga, se podrá solicitar entonces por los representantes de los mediados un aplazamiento de la vista.

Cuando haya finalizado la intervención mediadora<sup>62</sup>, el mediador lo comunicará al Juzgado con el resultado de la misma (acuerdo total, parcial o sin acuerdo), respetando en cualquier caso el principio de confidencialidad, que impide que pueda remitirle al Juzgado los acuerdos alcanzados ni tampoco información sobre la causa de finalización de la mediación.

---

<sup>59</sup> Tal artículo ha sido introducido en la LEC como consecuencia de la reforma operada por la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*. Esta ley faculta a las partes para pedir al Juez, en cualquier momento del proceso, la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

<sup>60</sup> El **art. 16.3 de la Ley 5/2012** no establece la obligatoriedad de la solicitud de la suspensión del procedimiento, disponiendo que “*cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal*”, siendo posible por tanto celebrar las sesiones de mediación sin interferir en el proceso judicial.

<sup>61</sup> SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 158.

<sup>62</sup> Sin ánimo de extendernos sobre esta cuestión, parece procedente hacer referencia a los diferentes **modelos de mediación** distinguidos por la doctrina:

- *Modelo tradicional lineal de Harvard*, cuyo objetivo principal es la resolución del conflicto y, por tanto, el acuerdo de las partes, por lo que es un modelo muy práctico y de orientación utilitarista.

- *Modelo transformativo de Bush y Folge*, que pone su acento en el cambio o transformación de la relación de las partes, suponiendo el acuerdo una simple consecuencia del mismo.

- *Modelo circular narrativo de Sara Cobb*, que combina los objetivos de las anteriores buscando tanto cambiar la relación de las partes como llegar a un acuerdo a través de la comunicación circular de las partes.

iv. Reanudación del proceso. Una vez concluido el procedimiento de mediación, pueden darse diversas situaciones respecto al proceso judicial que se encontraba suspenso:

- Si no hay acuerdo, se levantará la suspensión del proceso judicial (si se hubiera decretado) a petición de cualquiera de las partes, reanudándose éste en el momento procesal en el que se encontraba. Se aconseja otorgar prioridad a los señalamientos, para compensar la demora que el intento de mediación ha supuesto.

- Acuerdo parcial. Se reanuda el juicio respecto de los aspectos sobre los cuales no ha habido consenso. La resolución final que se dicte (auto o sentencia) recogerá el acuerdo alcanzado sobre las medidas que hayan sido consensuadas con el mediador (siempre que no se considere perjudicial para los hijos, tras la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal ex art. 749 LEC) y resolverá sobre las que exista discrepancias.

- Acuerdo total. Las partes deben presentar un escrito solicitando el cambio de procedimiento a consensual, esto es, según las reglas del art. 777 LEC (art. 770.5 LEC), acompañado de la propuesta de convenio regulador (previsto en los arts. 90 del Código Civil y 777.2 LEC), continuando la tramitación del proceso. El acuerdo de mediación deberá, por tanto, incorporarse a las actuaciones por medio de los abogados y procuradores de las partes, que siguen siendo sus interlocutores procesales.

### **3. HOMOLOGACIÓN DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN**

El carácter privado de los acuerdos de mediación nos lleva a considerar las dificultades que podría presentar su cumplimiento si no se garantiza su ejecutividad. Aunque los acuerdos obtenidos en mediación tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, la importancia de que se les dote de **fuerza ejecutiva** ha sido reiterada en múltiples ocasiones en instrumentos internacionales<sup>63</sup>, pues ello favorece la paridad de

---

<sup>63</sup> En este sentido, la **Directiva 2008/52/CE**, de acuerdo con lo dispuesto en su considerando 19 (“la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial...Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resulte de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva”), ha previsto en su artículo 6 un mecanismo de protocolización basado en la emisión por un órgano jurisdiccional y otra autoridad competente de una sentencia, resolución o acto auténtico.

condiciones de la mediación con el proceso judicial, en lo relativo a la ejecutividad de las decisiones.

De este modo, encontramos en la legislación española dos títulos ejecutivos por los que se asegura la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación:

- Por una parte, la **escritura pública** que recoge el acuerdo de mediación (art. 25.1 y 23.3 Ley 5/2012).
- Por otra, el **auto judicial** que la homologa (art. 25.4 Ley 5/2012).

El primero de los casos se prevé para los supuestos en que el acuerdo se alcanza en un procedimiento de mediación sin existir un proceso judicial abierto, lo que no es objeto específico de este trabajo. Además, no debemos olvidar que estamos tratando la mediación en el ámbito familiar, por lo que la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación no será siempre una opción posible. Ejemplo de ello son los procesos de mediación que partan de una situación matrimonial y culminen con la voluntad de los cónyuges de divorciarse o separarse legalmente, pues ello requerirá necesariamente intervención judicial<sup>64</sup>. Tampoco cabrá el otorgamiento de escritura pública en aquellos acuerdos que afecten a menores, puesto que la intervención del Ministerio Fiscal es, en estos casos, preceptiva (ex art. 749 LEC) al estar en juego el interés del menor, requiriéndose un proceso judicial por el que se garantice su tutela. A salvo de estas especialidades, sí que cabrá dotar al acuerdo de ejecutividad a través de una escritura pública (así, por ejemplo, si el acuerdo se circunscribe únicamente a aspectos patrimoniales).

Señaladas las anteriores puntualizaciones, nos centraremos en la homologación judicial del acuerdo de mediación familiar en aquellos casos en que existe un proceso pendiente ante los tribunales (mediación intrajudicial). En este sentido, el art. 25.4 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que *“cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación..”*<sup>65</sup>. El acuerdo deberá presentarse ante el juez para que proceda a su homologación, lo que

---

<sup>64</sup> Pues tanto el divorcio como la separación legal de la pareja sólo pueden decretarse tras el correspondiente proceso judicial, no cabiendo su declaración mediante un acuerdo de mediación.

<sup>65</sup> En estos casos se aplica al acuerdo de mediación el mismo régimen de homologación judicial que la LEC prevé con carácter general para toda transacción judicial (art. 415.2).

conlleva además la ventaja del control de legalidad que deberá realizar el juez para validar el acuerdo.

En este sentido, el juez, previo traslado al Ministerio Fiscal si hay menores afectados, examinará si alguno de los extremos es contrario al interés de aquéllos o puede resultar perjudicial o dañoso para alguno de los miembros de la pareja. Se tendrá en cuenta a este respecto el art. 6.2 CC, que admite la renuncia de derechos únicamente cuando ni sea contrario al interés o el orden público y no perjudique a terceros.

En el ámbito de la mediación familiar, cuando la homologación judicial tiene por objeto la regulación de las consecuencias de los procesos consensuales de nulidad, separación y divorcio, deberá hacerse a través del convenio regulador<sup>66</sup>. Así, una vez logrado el acuerdo de mediación, se hace constar en el Acta final y se incorpora con la redacción pertinente a la propuesta de convenio regulador, que será ratificado por las partes en presencia judicial y se incorporará a la sentencia. Por tanto, los efectos de la nulidad, separación y divorcio que dispone la ley (ex arts. 90 a 101 CC) sólo van a darse si, tras la preceptiva intervención del poder público, la decisión se ajusta a los principios constitucionales de igualdad y protección de los hijos establecidos en los arts. 32.1 y 39 de la Constitución Española.

En este punto conviene señalar la posición de algunos autores, como PÉREZ PUERTO, A., de que el propio acuerdo de mediación tuviera, desde un principio, la condición de convenio regulador<sup>67</sup>. De este modo, no sería necesaria su traslación a otro documento, sino que se podría aportar directamente al proceso para que el juez declarara su ejecutividad. Aunque ello parece más acorde con el principio de economía procesal que inspira nuestro sistema, la llamada jurisprudencia de Audiencias insiste en la diferencia entre el acuerdo de mediación y el convenio regulador. Así lo ha entendido

---

<sup>66</sup> A esta posibilidad hace referencia el **art. 19.3 de la Ley 15/2009 de Mediación en Derecho Privado de Cataluña** al disponer que “*los abogados de las partes pueden trasladar el acuerdo alcanzado mediante la mediación al convenio regulador o al documento o protocolo correspondiente, para que se incorpore al proceso judicial en curso o para que se inicie, para su ratificación y, si procede, aprobación*”.

<sup>67</sup> Al respecto, entiende el citado autor que “*nada obstaría a que el acuerdo mediado tuviera ya de entrada y sin más aditamentos la condición de "convenio regulador". Por mucho que las diversas leyes sobre mediación familiar se empeñen en establecer una perfecta separación entre ambos, de suerte que el acuerdo mediado está sujeto a una "traslación" o "transposición" al convenio regulador, ello es innecesario desde el punto de vista del derecho contractual, del derecho procesal y del derecho sustantivo de familia*” (PÉREZ PUERTO, A., “Mediación Civil y familiar en Cataluña”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201006-99902893712.html> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)

la Audiencia Provincial de Barcelona, al razonar que “*el acuerdo de mediación, a diferencia del Convenio Regulador, no es un instituto procesal y tampoco está vinculado a los procedimientos del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede ser anterior a la judicialización del litigio, posterior al mismo, puede referirse únicamente a aspectos parciales del litigio o insertarse en un proceso contencioso, sin que sea obstáculo para que, respecto al resto de las cuestiones a resolver en una crisis matrimonial, se mantenga la controversia judicial contenciosa*”<sup>68</sup>.

A nuestro parecer, debe partirse en todo caso de que el convenio regulador y el acuerdo de mediación son dos figuras jurídicas diversas y, por tanto, deben diferenciarse. Aún advirtiendo que la necesidad de presentar dos documentos separados con el mismo contenido (acuerdo de mediación y convenio regulador) parece contraria al principio de economía procesal, no creemos que por ello deba identificarse el acuerdo de mediación como el convenio regulador previsto en el art. 90 CC. Antes bien, entendemos que lo conveniente sería fundir el contenido de ambos documentos en aquel cuya presentación es preceptiva ex lege: el convenio regulador. Así, para superar la posible redundancia que supondría la presentación, en la demanda de divorcio o separación, de dos documentos (convenio regulador, de entrega obligada ex art. 81 CC, y acuerdo de mediación), parece una opción recomendable la traslación de lo dispuesto en el acuerdo de mediación a la propuesta del convenio regulador.

#### **4. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN CANARIAS.**

##### **4.1. Situación de la mediación familiar intrajudicial en Canarias**

Los conflictos familiares requieren una respuesta ágil, eficaz y adecuada a cada circunstancia. Partiendo de esta premisa, cabe cuestionarse si los órganos judiciales pueden cumplir satisfactoriamente esta tarea. Así, los Tribunales deben hacer frente a la resolución de una cantidad de casos tal que dificulta enormemente el conocimiento profundo de cada uno de ellos y la posibilidad de ofrecer un pronunciamiento rápido, que dé una solución definitiva al conflicto.

---

<sup>68</sup> **SAP de Barcelona**, número 132/2007, de 21 de febrero (JUR/2007/204550).

Aunque el nivel de litigiosidad en Canarias se ha reducido<sup>69</sup>, la saturación de la Administración de Justicia sigue siendo una realidad innegable<sup>70</sup>. Ante ello, la mediación se presenta como una buena opción no sólo para que las partes resuelvan sus conflictos a través de una decisión consensuada, en la que son ellos los verdaderos protagonistas de la solución de sus controversias, sino también como una vía por la que los tribunales pueden ver reducida su gran carga de trabajo.

Sin embargo, a pesar de las grandes ventajas que trae consigo el recurso a mediación, la implantación que tiene la mediación intrajudicial en Canarias es escasa, destacando las pocas derivaciones al servicio de mediación familiar intrajudicial que tienen lugar en nuestros Juzgados de Familia. A continuación, se aportarán los datos sobre la situación de la experiencia piloto de mediación intrajudicial en Canarias para, posteriormente, señalar qué factores podrían favorecer la mejora de este servicio.

En nuestra Comunidad Autónoma se implantó un Proyecto piloto de mediación familiar intrajudicial el año 2009, que se inició únicamente en los partidos judiciales de Las Palmas de Gran Canaria (Juzgados de 1ª Instancia números 3, 5 y 15) y Santa Cruz de Tenerife (Juzgados de 1ª Instancia números 7 y 8), si bien actualmente pueden ser órganos derivantes cualquier juzgado o tribunal de las islas que conozca de procesos de familia. Este proyecto de mediación familiar intrajudicial, como señala la Resolución el 28 de octubre de 2009 que lo aprueba, pretende evitar la judicialización de los conflictos, fomentando actitudes de colaboración entre las partes que permitan restablecer la comunicación entre éstas y reducir las consecuencias negativas que la ruptura de los progenitores pueda suponer a los hijos. Se recalca además, en tal Resolución, la eficacia de la mediación cuando ésta se ofrece vinculada “*al servicio público de la justicia, y se promueve su utilización desde la propia sede judicial*”.

Desde la aprobación de la citada Resolución, se llevan a cabo informes periódicos para analizar el desarrollo del proyecto piloto de mediación en la Comunidad Autónoma de Canarias. En este caso, para valorar la implantación de este servicio en nuestras islas, hemos utilizado el Informe realizado sobre los casos desarrollados por mediación

---

<sup>69</sup> Así, los indicadores de la Jurisdicción Civil en Canarias del tercer trimestre de 2013 evidencian una reducción de los asuntos ingresados por cada 100 habitantes, pasando de una tasa de litigiosidad de 9,18 en el mismo periodo de 2012 a una de 8,27 en 2013 (reducción, por tanto, del 9,9%).

<sup>70</sup> Como sabemos, se ha producido una **judicialización excesiva** de las relaciones sociales que no ha venido acompañado de un incremento proporcional de los órganos judiciales o de mejoras organizativas en el funcionamiento de aquéllos, lo que ha generado la sobrecarga de Juzgados y Tribunales

intrajudicial hasta el 21 de marzo de 2014. De la lectura de tal Informe -que se adjunta como **documento número uno (1)**- resulta que, desde 2009 hasta la actualidad, el recurso a la mediación se ha incrementado de una manera considerable:

a. *Número de derivaciones al servicio de mediación.* Comparando los datos de las derivaciones que se realizaron en el período desde octubre de 2009 (fecha de comienzo del proyecto piloto) hasta diciembre de 2010, con los del año 2013, observamos que se ha producido un **incremento del 295,29%** en el número de derivaciones a mediación familiar. En relación con la cantidad total de procesos judiciales de familia existentes en las islas, la proporción de casos en que se deriva a mediación familiar es muy baja<sup>71</sup>. Sin embargo, el dato esperanzador y que muestra que los tribunales comienzan a mentalizarse de las ventajas de la mediación es el incremento de casos que se derivan

b. *Número de casos que, tras la sesión informativa, deciden iniciar mediación familiar y número de mediaciones que finalizan con acuerdos.* De todas las derivaciones realizadas, muy pocas deciden someterse a un procedimiento de mediación familiar y de éstas, el número de las que finalizan con acuerdo resulta aún más bajo<sup>72</sup>, lo que evidencia el desconocimiento y/o desconfianza de la ciudadanía hacia la mediación.

c. *Percepción de los usuarios.* Una vez finalizado el procedimiento, los usuarios del servicio de mediación deben completar una encuesta sobre el mismo. Llama la atención que, frente al desconocimiento y/o desconfianza al que hacíamos referencia, los porcentajes de satisfacción de los ciudadanos, una vez conocen este sistema, son considerablemente altos<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Llama la atención, centrándonos en los Juzgados de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, que sólo uno de ellos (el Juzgado de 1ª Instancia número 8 de Santa Cruz de Tenerife) participa activamente en el impulso de la mediación, habiendo realizado más de 190 derivaciones desde el inicio del proyecto hasta el 21 de marzo de 2014. Por el contrario, los otros dos juzgados que participan en el programa (los Juzgados de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife y número 1 de La Laguna) han realizado tan sólo dos y una derivaciones, respectivamente.

<sup>72</sup> Así, teniendo como referencia el año 2013, de las 251 derivaciones que se realizaron, tan sólo 141 decidieron iniciar mediación familiar, de los que únicamente 62 finalizaron con acuerdo (sin tener en cuenta 6 casos que continúan abiertos).

<sup>73</sup> Como señala el Informe, un 92% de los participantes en mediación familiar recomendarían esta técnica, así como un 96% consideran positiva la actuación del profesional mediador.

## 4.2. Propuestas de mejora de la Mediación en Canarias

La implantación de la mediación en Europa es un proceso imparables que contrasta, sin embargo, con el escaso conocimiento e implantación entre los operadores jurídicos de nuestro entorno. Los datos expuestos sobre la implantación de la mediación en Canarias ponen en evidencia el recelo que existe por parte de los órganos judiciales a derivar los casos a los servicios de mediación, siendo también reseñable el rechazo, por parte de otros operadores jurídicos, a que las técnicas alternativas de resolución de conflictos ocupen un lugar efectivo en nuestro sistema jurídico. Ante tal situación, conviene analizar qué aspectos deberían cambiar para que la mediación se erigiera como un auténtico y efectivo método de resolución de conflictos, lo que, entendemos, pasa en todo caso por una mayor sensibilización de los letrados con esta técnica alternativa, la promoción de esta figura desde los órganos judiciales, la concienciación de la ciudadanía y la difusión por parte de los servicios públicos.

i. En primer lugar, se debe primar la **sensibilización de los letrados**<sup>74</sup> con el procedimiento de mediación, considerando su papel clave en la implantación de esta figura al ser a ellos a quienes acuden las partes para asesorarse. Como señala SÁEZ RODRÍGUEZ, C., la intervención de los letrados es fundamental como prescriptores y promotores de la mediación, debiendo “ser capaces de ofrecer al cliente un camino que le posibilita reajustar y redefinir sus emociones”.<sup>75</sup>

ii. Además de la mayor sensibilización de los letrados, la **promoción de la mediación por parte de los jueces** resulta vital para el éxito de la mediación intrajudicial en nuestro país. La existencia de jueces formados y sensibilizados con la mediación, que supondría el conocimiento de las ventajas de la misma, conllevaría el incremento del número de derivaciones y la consiguiente descarga de los Tribunales, que entrarían a conocer únicamente de los asuntos que, por su complejidad u otras circunstancias, no fueran mediables<sup>76</sup>. Como señala

---

<sup>74</sup> Siguiendo a CARDENAS, E. J., (*La mediación en conflictos familiares*, Lumen Hvmanitas, Buenos Aires, 1999, p. 25), “*el mediador tiene que trabajar con los abogados, cuando los hay. Hacerlo sin ellos o, peor aún, contra ellos, es perder el tiempo*”, pues “*de lo que el abogado pregunte, sugiera y haga, dependerá mucho el rumbo futuro de la familia*”.

<sup>75</sup> SÁEZ RODRÍGUEZ, C., op. cit, p.32.

<sup>76</sup> Ante los juristas, es primordial la idea de que la mediación en contextos judiciales es un apoyo a la función judicial, no buscando su sustitución, sino que sus medidas tengan mayor eficacia al sustentarse en la participación de los involucrados en el conflicto.

ALASTRUEY GRACIA, R.<sup>77</sup>, el Juez debe “*transmitir a las partes las bondades del proceso conciliatorio, pero no debe presionar ni coaccionar para que se llegue a una solución extrajudicial*”, pues los ciudadanos en litigio “*perciben lo de negociar como algo bueno porque se lo ha dicho el Juez*”.

Por su parte, el **Ministerio Fiscal**, en aquellos procesos en que intervenga conforme al art. 749.2 LEC cuando alguno de los interesados en el proceso sea menor o incapacitado, deberá oponerse a la derivación al Servicio de Mediación Familiar cuando ello proceda para la defensa de los menores o incapaces.

iii. Todo ello requiere, para que tenga efectividad, el **conocimiento y confianza de la ciudadanía en la mediación**. Es necesario que los operadores jurídicos crean en los beneficios de la mediación, pero también que la sociedad conozca la existencia de otro modo de resolver los conflictos más allá del proceso judicial. Debe haber, por tanto, un indudable cambio de mentalidad por parte de la ciudadanía, que contemple la mediación como un mecanismo para obtener la tutela judicial efectiva, de valor y eficacia equivalente a la vía judicial. Por ello es necesario que la pareja en conflicto busque acuerdos que quieran realmente cumplir, siendo la predisposición de las partes y la adopción de una actitud cooperativa fundamental. Sin lugar a dudas, ello pasa por concienciar a los litigantes de que pueden y deben hacerse responsables de la resolución de los conflictos, con la ayuda de un profesional que les ayude, oriente y asista en la gestión de sus emociones y en la búsqueda de acuerdos que pongan fin al conflicto familiar.

iv. Nada de ello podrá alcanzarse sin las necesarias **campañas de difusión de la mediación por parte de los servicios públicos**<sup>78</sup>. Es un requisito esencial la

---

<sup>77</sup> ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”, 2010. Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)

<sup>78</sup> Tiene gran importancia en esta tarea de difusión de la mediación el **GEMME** (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación, asociación que tiene por finalidad promover y difundir, desde el ámbito de los propios tribunales de Justicia, y mediante la participación democrática de los ciudadanos, los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) y especialmente, la mediación), cuya “*encomiable labor...para la promoción de la resolución alternativa de conflictos en el contexto de la “cultura de la Paz”...*” ha sido reconocida recientemente por los Secretarios de Gobierno en el Encuentro celebrado en Ceuta entre los días 13 y 15 de noviembre de 2013.

En este contexto, y muestra de la importante labor que realiza el GEMME, se ha apostado recientemente por la creación de un **Punto Neutro para la Promoción de la Mediación Intrajudicial en**

tarea publicitaria que, desde diversas instancias, debe desarrollarse para que la mediación llegue a ser conocida por todos. Entendemos que ello es labor de los servicios públicos, pero no debe circunscribirse únicamente a círculos jurídicos y gubernativos, sino que también ha de desplegarse en otros niveles como los sanitarios (así, médicos de familia o psicólogos, por ejemplo) o escolares (pues la protección del interés del menor, al que sirve expresamente la mediación familiar, ha de ser un objetivo primordial para ellos).

Somos conscientes de que son tiempos de crisis, y que los recursos de los que disponemos son escasos, pero considero que la información y la publicidad de la mediación familiar compensarían tales gastos al conllevar la reducción de procesos judiciales (y, con ello, los enormes costes que acarrear).

#### **IV. PROPUESTA DE PROTOCOLO PARA LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL**

##### **1. JUSTIFICACIÓN DEL PROTOCOLO**

La mayoría de las instituciones novedosas en un país requieren, además de su regulación legal, los elementos necesarios para su implementación. Así, para que los jueces puedan derivar dentro de un proceso judicial al Servicio de Mediación Intrajudicial, es preciso no solo un marco normativo que ampare la derivación, sino también que cuenten con los instrumentos para impulsarla. En este contexto, parece clave la elaboración de un protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial<sup>79</sup>, en la que se fijen unas instrucciones que puedan servir de guía a los Juzgados derivantes y a los servicios de mediación adscritos a ellos. Por ello, basándonos en las propuestas realizadas por el Consejo General del Poder Judicial en los Protocolos sobre Mediación Familiar Intrajudicial de los 2008 y 2012, trataremos algunos de los aspectos que creemos deberían regularse para que la mediación tenga una mayor efectividad.

---

**Canarias**, que tiene por objeto promover la creación de grupos de trabajo que fomenten este sistema de resolución de conflictos en el ámbito intrajudicial.

<sup>79</sup> Tal necesidad ha sido recalada por MAGRO SERVET, V., (“Hacia la articulación de un protocolo de mediación intrajudicial”, *Diario La Ley Sección Doctrina*, nº 7892, 2012, p. 5) al disponer que “*será preciso articular una metodología de derivación que habilite esta opción (la mediación) y que las partes y sus abogados conozcan la metodología a seguir para que, una vez se suspenda la audiencia previa, las partes sepan dónde acudir y para qué va a servir esta derivación, así como el sistema a seguir en la mediación y cuáles son las consecuencias de la mediación*”.

Entre estos aspectos, entendemos especialmente interesante abordar temas controvertidos como los criterios a valorar por los órganos judiciales para decidir si derivar, la competencia del Secretario Judicial para tomar tal decisión y, especialmente, la conveniencia o no de la intervención en el proceso de mediación de los menores implicados.

En cualquier caso, el protocolo deberá tener siempre en cuenta el marco jurídico de la mediación familiar, el cual se compone de la siguiente normativa:

- Recomendación 1/1998 del Consejo de Europa sobre mediación familiar.
- Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de la Comisión de las Comunidades Europeas.
- Directiva Europea sobre mediación civil y mercantil (Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008)
- Reglamento (CE) 2201/2003 sobre responsabilidad parental y su guía de buenas prácticas.
- Ley de Enjuiciamiento Civil: arts. 770.7ª, 777.2 y Disposición Final 3ª.
- Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar, modificada por la Ley 3/2005 de 23 de junio.
- Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar.
- Orden de 10 de marzo de 2008, por la que se establecen disposiciones de desarrollo de las actuaciones de Mediación Familiar y se fijan las tarifas de la Mediación Familiar en supuestos de gratuidad.

## **2. CRITERIOS PARA VALORAR LA CONVENIENCIA DE LA DERIVACIÓN**

Como se ha señalado con anterioridad, la tarea de analizar cada caso y decidir si es conveniente derivarlo al Servicio de Mediación Familiar corresponde al órgano judicial (o, en la medida en que se expondrá en el siguiente apartado, al secretario judicial). Sin embargo, la regulación estatal y autonómica sobre mediación familiar no dispone qué es lo que debe valorarse para realizar tal decisión. Por ello, procede señalar qué aspectos deben considerarse a la hora de derivar, a fin de evitar que la mediación se convierta en un trámite dilatorio de la solución al conflicto familiar.

Procede citar, en este ámbito, a John M. Haynes, de cuya tesis se han hecho eco autores como SARIO MORILLO<sup>80</sup>, LASHERAS HERRERO<sup>81</sup>. y otros<sup>82</sup>. De acuerdo con aquella, deberá el juzgador, considerar varios aspectos:

- a) que los niveles de conflicto sean realmente moderados; de tal modo que, cuanto peores sean las relaciones entre las partes, más difícil será conseguir con éxito la mediación.
- b) que exista una motivación real de las partes para llegar a un acuerdo; pues la baja motivación para resolver el problema está asociada con la baja probabilidad del acuerdo.
- c) que el procedimiento de mediación ofrezca un grado de confianza a las partes, ya que las tasas de acuerdo son más bajas cuando las partes no se encuentran animadas para la mediación o no confían en la mediación.

En este sentido, podría ser un buen criterio de partida el grado de confrontación de las partes: esto es, la **naturaleza y estado del conflicto**. Por un lado, se valorará si el conflicto excede de la controversia planteada en el proceso judicial, pues parece que en este caso procederá la derivación para que todos los aspectos que enfrentan a las partes puedan ser abordados, y no sólo aquéllos vinculados al proceso. Por otro lado, tal criterio deberá ser atendido desde la perspectiva de la profundidad del conflicto: así, no creemos conveniente la derivación a mediación cuando el enfrentamiento se encuentre inmensamente arraigado en las partes, de modo que se pueda prever con una probabilidad cercana a la certeza que la mediación será un fracaso<sup>83</sup>.

En lo que respecta a la intensidad/profundidad del conflicto, así como a la predisposición de los sujetos enfrentados para llegar a un acuerdo, también podrá tenerse en cuenta la **habitualidad de demandas y/o denuncias** entre las partes en

---

<sup>80</sup> Cfr. SARIO MORILLO, J.L., “Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial”, *Apuntes de Psicología*, vol. 18, nº 2-3, 2000, p. 368.

<sup>81</sup> LASHERAS HERRERO, P., *op cit.*, p. 56.

<sup>82</sup> Así, MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCHUELO, C. (“Mediación familiar intrajudicial: Reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de Mediación*, nº 3, 2009, p. 8).

<sup>83</sup> Sería este requisito algo similar al criterio del *‘fumus boni iuris’* (o apariencia de buen derecho) aplicable en la adopción de medidas cautelares. Así, al igual que sólo corresponde tal decisión judicial cuando la pretensión del solicitante de las medidas tenga perspectivas de éxito, tan sólo podrá derivarse a mediación familiar cuando no se presente, en el primer examen, como manifiestamente imposible la consecución de un acercamiento y/o un acuerdo por las partes.

conflicto, en la medida en que demuestran lo anclado que está el problema entre aquéllas o cuánto tiempo vienen arrastrando sentimientos de rencor, venganza o dolor.

Será igualmente otro aspecto a valorar la **existencia de hijos**<sup>84</sup>, siendo ello un criterio favorable a la derivación a la mediación familiar, pues, en la medida en que las partes enfrentadas van a tener que seguir manteniendo relaciones personales para el cuidado y atención de aquéllos, será preferible la consecución de una solución acordada (como la perseguida en la mediación) y el fomento de la comunicación entre los progenitores, en lugar de una solución impuesta por el órgano judicial en mera aplicación de la normativa aplicable.

También deberá ser apreciada la **complejidad jurídica**<sup>85</sup> del caso para valorar si conviene la derivación a Mediación o no. Así, si el caso es de gran dificultad jurídica, en el sentido de que deben tenerse en cuenta muchas normativas, o coordinar diferentes posturas jurisprudenciales, entendemos conveniente que su estudio y decisión corresponda exclusivamente al Juez. Aunque seguimos predicando las ventajas de la mediación, entendemos que hay casos en los que se hacen necesarios los conocimientos profesionales y jurídicos de un juez, puesto que lo contrario implicaría el riesgo de que el mediador contraviniera la legalidad o no se ajustara a ésta.

Siguiendo a JOSÉ CARDENAS, E.<sup>86</sup>, la mediación sólo está desaconsejada cuando haya un gran desequilibrio de poder entre las partes, de modo que el acuerdo de mediación "*sólo sea una oficialización de la estructura deficitaria de la familia*". Nos referimos con esto a situaciones de dependencia económica o psíquica de uno respecto al otro, o que una de las partes tenga una enfermedad mental o grave depresión, que les impide en todo caso hacer valer su posición y su interés. Éste es precisamente el criterio que justifica la prohibición de recurrir a mediación en casos de violencia de género (art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

La mediación familiar se trata así de un procedimiento eficaz que debe fomentarse, pero tan sólo respecto a determinados conflictos y en relación a

---

<sup>84</sup> Recordemos la existencia de autores partidarios de la preceptividad de la derivación a mediación familiar cuando la pareja en crisis tiene hijos y éstos son menores de edad (tratado en el punto 4.1 del segundo apartado de este trabajo, al abordar la voluntariedad de la mediación).

<sup>85</sup> Así lo recalca Nieves María Rodríguez Fernández, Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción número 8 de Santa Cruz de Tenerife, en una entrevista personal realizada el 10 de junio de 2014.

<sup>86</sup> CARDENAS, E.J., op cit., p. 123.

determinadas personas, pues no parecen mediables aquellos casos en los que las posiciones están absolutamente enconadas. Por tanto, el juez, antes de recomendar el recurso a la mediación, deberá estudiar el conflicto en aras de determinar si la mediación sería la vía adecuada para su resolución.

## **2. DERIVACIÓN AL SERVICIO DE MEDIACIÓN POR PARTE DEL SECRETARIO JUDICIAL**

Como hemos anunciado a lo largo de este trabajo, procede ahora analizar la conveniencia de que el Secretario Judicial pueda encargarse de realizar las derivaciones al Servicio de Mediación Intrajudicial. En este sentido, muchas de las actuaciones, antes de trasladarse al juez, son llevadas a cabo y analizadas por parte de los secretarios judiciales, por lo que éstos pueden conocer con antelación si un conflicto puede ser mediable o no.

Al igual que lo requerimos para los jueces, parece en este punto indiscutible que, para defender la posibilidad de derivación por los secretarios judiciales, éstos deben tener cierta formación en mediación y conocer su metodología, pues sólo así pueden conocer qué características ha de tener un conflicto para ser susceptible de derivación y tener claras las ventajas de la misma.

El CGPJ, en la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, ha señalado (aunque en el ámbito del Protocolo de mediación civil, y no concretamente en el de mediación familiar), que *“la selección de los casos que se van a derivar a mediación la realizará el órgano judicial..pudiendo realizarse tanto por Jueces como por Secretarios Judiciales”*. Además, ya en el marco del Protocolo de mediación familiar que se recoge en el mismo texto, el CGPJ dispone que *“Al inicio del proceso es conveniente hablar con el Secretario Judicial, del que también puede surgir la iniciativa..”*.

Por tanto, por parte del CGPJ se reconoce y admite la posibilidad de que la invitación a las partes a recurrir al Servicio de Mediación la realicen los secretarios judiciales. Ello tendrá especial trascendencia y utilidad en las comparecencias de inventario o liquidación de bienes. Así, siendo estas fases el inicio del procedimiento, si el Secretario Judicial (ante quien se desarrollan las mismas) entiende que es aconsejable tratar el conflicto a través de la mediación, podrá realizar tal derivación, evitando así que lleguen al juez casos innecesarios.

Aunque tal posibilidad no está vedada por la ley, entendemos que sería conveniente que se recogiera expresamente en la legislación la competencia del Secretario Judicial para derivar al Servicio de Mediación. Así se ha hecho en otros ámbitos<sup>87</sup>, y así debería hacerse en el ámbito de la mediación familiar.

### **3. INTERVENCIÓN DE MENORES EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN**

El interés del menor se configura en el Derecho de familia y, concretamente, en la mediación familiar como el principio que debe presidir cualquier medida adoptada en relación con el mismo. Tal criterio deriva de la protección integral de los hijos que ordena el art. 39.2 de la Constitución Española, así como de diversos preceptos del Código Civil (arts. 154, 156, 159, 161, 170...), la Ley Orgánica 1/96, de protección jurídica del menor y diversos textos internacionales<sup>88</sup>.

En virtud del principio del interés superior del menor, las soluciones a los conflictos familiares deben atender a lo más beneficioso para los hijos. La Recomendación nº 98 aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a la que tantas veces hemos hecho referencia, señala que *“el mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y a la necesidad que tienen de informales y consultarles”*. En el mismo sentido se pronuncian la totalidad de leyes autonómicas sobre mediación familiar, partiendo del interés superior de los menores para disponer que las soluciones deben ser tomadas teniendo en cuenta el desarrollo de la personalidad de los hijos y que los acuerdos tendrán como prioridad el interés y el bienestar de los menores o incapaces.

En cualquier caso, como sabemos, los acuerdos que se adopten tras un proceso de mediación familiar tendrán efecto únicamente cuando se ajusten al interés de los menores tras la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal ex art. 749 LEC.

---

<sup>87</sup> Así, la Ley de Procedimiento Laboral, en su art. 84, atribuye al Secretario Judicial funciones mediadoras, de conformidad con lo dispuesto en el art. 456.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*“Los secretarios judiciales cuando así lo prevean las leyes procesales tendrán competencias en las siguientes materias: c) Conciliaciones, llevando a cabo la labor mediadora que les sea propia”*)

<sup>88</sup> Entre éstos, cabe destacar, por parte de las Naciones Unidas, la **Convención de Derechos del Niño**, de 20 de noviembre de 1989, y por parte del Parlamento Europeo, la **Carta Europea de los Derechos del Niño** (aprobada a través de la Resolución A 3-0172/92).

Con todo esto, cabe plantearse si de la proclamación de este principio deriva (o debe derivar) la exigencia de prestar audiencia al menor implicado en un proceso de mediación familiar. De este tema se ha ocupado con cierta profundidad PARKINSON, L.<sup>89</sup>, célebre mediadora familiar inglesa, analizando específicamente las razones para no involucrar a los niños en la mediación así como los beneficios potenciales de su participación. Como argumentos en contra de la intervención de los menores en los procedimientos de mediación, podemos destacar el efecto estresante de la misma para los niños, que pueden verse forzados a elegir o sentirse presionados en la expresión de sus opiniones y sentimientos. Por el contrario, entre las razones que fundamentan la participación de los menores en la mediación encontramos la mayor comprensión por parte de los niños de las decisiones paternas, facilitando su adaptación a la nueva situación y permitiendo que puedan mostrar sus preocupaciones o intereses.

Como ha recalcado la citada autora, para que sea beneficiosa la intervención de los hijos en la mediación “*son necesarios el consenso parental, la claridad sobre el papel del mediador familiar, la confidencialidad respecto a lo que diga el hijo, y el consentimiento informado de éste*”. Es importante, en este sentido, que los hijos tengan la certeza de que pueden hablar libremente, sin temer que lo que digan pueda traerles problemas.

Entre los fundamentos legales en los que se puede apoyar la inclusión de los menores en los procedimientos de mediación encontramos, por una parte, el **art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño**<sup>90</sup>, que señala que en cualquier asunto o procedimiento que afecte al niño se dará el debido peso a sus opiniones, de acuerdo a su edad y madurez. Por otra parte, el párrafo segundo del **art. 156 del Código Civil** dispone, al regular el ejercicio de la patria potestad, que “*en caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años*”, estableciendo así el derecho del menor con suficiente juicio o mayor de doce años a ser oído. Del mismo modo, la legislación procesal establece por lo general la

---

<sup>89</sup> PARKINSON L., *Mediación familiar: Teoría y práctica: Principios y estrategias operativas*, ed. Española a cargo de Ana María Sánchez Durán, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 171-208.

<sup>90</sup> **Art. 12** de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: “*El niño, siempre que esté en condiciones, tiene del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos o procedimientos que lo afecten*”.

necesidad de la intervención del menor en los procedimientos que puedan afectarle (así, art. 777.5° LEC).

Tales previsiones legales nos hacen llegar a la conclusión de que la voluntad del legislador es que los menores (con suficiente juicio o mayores de doce años) participen en aquellos procedimientos en los que se van a tomar decisiones que les afecten. Y, siguiendo con este planteamiento, si la normativa vigente dispone que los menores sean oídos en los procesos judiciales que les incumban, ¿por qué no iba a ser así en los procedimientos de mediación familiar? Por tanto, realizando una interpretación sistemática y abstrayendo de la ley la voluntad que parece guiar al legislador, nos parece lógico afirmar que debe prestarse audiencia a los menores (con suficiente juicio de razón y, en todo caso, los mayores de 12 años) durante las sesiones de mediación, cuando de ellas vayan a derivar medidas que afecten a tales menores.

En cualquier caso, no quedarían las partes vinculadas en ningún caso por lo que señale el menor (si el menor dice que prefiere vivir con uno de los progenitores “porque puede ver más la tele”, no necesariamente deberá acordarse el ejercicio de la patria potestad a favor de éste), sino que lo que disponga servirá de guía para poder determinar qué es lo más beneficioso para el mismo. La opinión del menor será, por tanto, tenida en cuenta, pero igual que no vincula al juez o al Fiscal en los procesos judiciales, tampoco lo hará a los acuerdos adoptados dentro de la mediación.

No faltan, sin embargo, **posiciones contrarias** a la mostrada, entre las que cabe mencionar la de GARCÍA PRESAS, I.<sup>91</sup>, que defiende la imposibilidad de que un menor sea parte en un proceso de mediación familiar por carecer de plena capacidad de obrar y por no caber la representación (que complete dicha falta de capacidad) en el proceso de mediación (principio de inmediatez o carácter personalísimo)<sup>92</sup>. Una posición intermedia sería aquella que, no siendo partidaria de la intervención de los menores, entiende su admisión en casos excepcionales cuando sean “hijos mayores” y se vayan a tratar temas que afecten a sus derechos.

---

<sup>91</sup> GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La ley, Madrid, 2009.

<sup>92</sup> Además, GARCÍA PRESAS, I., propone, con criterio poco acertado según nuestra opinión, el requerimiento a una autoridad pública (Jueces o Notarios) de la emisión de un juicio de capacidad legal para que pueda intervenir un menor emancipado en el proceso de mediación.

Al margen de los detractores, es necesario destacar que existe un consenso generalizado sobre aquellos **supuestos en los que no debe incluirse a los menores**, entre los que destacan los siguientes:

- Cuando hay acuerdo entre los progenitores sobre las necesidades del niño/a.
- Cuando el niño/a tiene menos de 3 años (falta de madurez suficiente).
- Cuando los padres se niegan a incluir al menor en el procedimiento, no pudiendo forzarse tal intervención (algo que sí podría hacerse en el proceso judicial por decisión del Juez).
- Cuando el niño/a está muy ansioso/a (protestas, dolores, insomnio, etc).
- Cuando existe manipulación por parte de los progenitores.

Por nuestra parte, debemos señalar que no creemos que la participación del menor en las sesiones de mediación pueda resultar, con carácter general, perjudicial o traumática para aquél, sino que deberá valorarse caso por caso, discutiéndose en el proceso las ventajas y desventajas de su participación. Por tanto, si la pregunta que nos hacemos es ¿deben los hijos participar en el procedimiento de mediación familiar relacionado con la ruptura de sus progenitores?, no parece adecuada una contestación genérica, sino que la decisión última debe hacerse individualmente, basándose en cada niño en concreto en su caso específico.

Entendemos así que no hay que negarse de entrada a la intervención de los menores afectados, por un lado, porque si los progenitores han decidido someterse a mediación es porque la relación entre ellos no es tan conflictiva o dañina como aquéllas que tan siquiera han sido susceptibles de derivación. Pero además, por otro lado, porque el mediador, que es un profesional, tiene los conocimientos psicológicos necesarios para valorar cuándo conviene que el menor intervenga y cuándo no, así como conoce los modos de tratar a los hijos para que la experiencia no resulte incómoda para éstos.

La conveniencia de la participación de los menores dependerá de cada caso y de la madurez del menor, dejando siempre claro desde un principio que el objeto de la participación es conocer las preferencias y deseos del menor, y no darle el poder y/o responsabilidad de tomar él las decisiones.

## VI. CONCLUSIONES

a) El presente trabajo supone una clara apuesta por la mediación familiar intrajudicial, no como alternativa sino como **una nueva forma de actuación en los procesos judiciales** basada en el diálogo y en la cultura de la paz. Entendemos, en este sentido, que la modernización de la justicia y la garantía de la tutela judicial efectiva pasan por el impulso de nuevos mecanismos de resolución alternativa de los conflictos, como el de la mediación.

b) El éxito de la mediación familiar como método para solucionar conflictos familiares dependerá, en gran medida, de los siguientes aspectos:

i. **Carácter profesional del mediador**, debiendo exigirse una formación adecuada, específica e interdisciplinar. Así, se requieren expertos que puedan dedicar a estos asuntos todo el tiempo necesario, no bastando la participación de meros voluntarios que carecen de la formación adecuada y que convierten a la mediación en una utopía idealista.

ii. Que tal profesionalidad conlleve la **neutralidad e imparcialidad** de los mediadores, pues los principales beneficios de la mediación derivan del hecho de que son las propias partes las que, sin influencia de personas ajenas al conflicto, alcanzan el acuerdo por el que se regirán sus relaciones.

iii. **Voluntariedad** de la mediación, que consideramos fundamento mismo de ésta y que debe garantizarse a lo largo de todo el proceso. No entendemos que haya cabida, en la actualidad, a la preceptividad de la mediación, pues tal imposición en una sociedad poco acostumbrada a los mecanismos alternativos de solución de conflictos devaluaría enormemente la institución.

c) La **mediación intrajudicial** se presenta, en un contexto de saturación de la Administración de Justicia y de la insatisfacción general de la sociedad con el funcionamiento de aquélla, como una perfecta vía de solución de conflictos. Supone la posibilidad de que el órgano judicial que conoce de un proceso de familia recomiende a los protagonistas del mismo el recurso a la mediación, instándoles a participar en una sesión informativa tras la que decidan someterse a aquélla o no. Si las partes aceptan y, finalizado el procedimiento de mediación, alcanzan un acuerdo, éste podrá presentarse

ante el órgano judicial para que proceda a dotarle de fuerza ejecutiva mediante su homologación.

d) La derivación al servicio de mediación puede realizarse, según la ley, en cualquier momento procesal. Sin embargo, creemos que **el resultado de la mediación es mejor cuanto más al inicio del proceso judicial se derive a la misma**. Ello se justifica en dos razones principales: se evita el aplazamiento innecesario de la vista (pues se aprovecha el lapso de tiempo entre la presentación de la demanda y la celebración de la vista), y se consigue que las partes no se vean contaminadas por la dinámica del proceso judicial.

e) Las derivaciones al Servicio de Mediación Familiar en Canarias son aún poco frecuentes, debido principalmente al desconocimiento y desconfianza que existe alrededor de esta figura. Por ello, **requerimos activamente la promoción de esta figura** entre la ciudadanía, pero también entre los juristas, en la medida en que el buen fin de la mediación intrajudicial depende del órgano judicial que conoce del proceso (encargado de recomendar el recurso a mediación) y de los letrados (al ser en éstos en quienes confían las partes del conflicto).

f) La adecuación de la mediación familiar a los conflictos familiares es innegable, basándose aquélla en la relación emocional que ha existido entre las partes y en la alta probabilidad de que éstas continúen manteniendo el contacto en el futuro (especialmente si existen hijos comunes). La tarea de valorar si un conflicto concreto es idóneo para ser resuelto por la vía de la mediación corresponde al órgano judicial, que deberá atender a los diversos criterios expuestos (así: naturaleza del conflicto, habitualidad de demandas, existencia de hijos, complejidad jurídica del caso, etc.). **No todo conflicto familiar, por tanto, será mediable**, sino que el órgano judicial deberá estudiar cada caso concreto para determinar la conveniencia de la derivación a mediación.

g) La competencia para realizar la derivación judicial no debe limitarse al órgano judicial, sino que debe fomentarse y disponerse en la legislación la posibilidad de que sea el propio **secretario judicial** quien derive a las partes al Servicio de Mediación Intrajudicial, actuando éste como una criba de los casos que llegan al juez.

**h) Entendemos conveniente la intervención de menores** (con suficiente juicio y, en todo caso, mayores de doce años) en los procedimientos de mediación relativos a la ruptura de sus progenitores como garantía del principio del interés superior del menor y en consonancia con lo establecido en nuestra legislación en lo relativo a los procesos judiciales. En cualquier caso, ello sólo cabrá si así lo aceptan los progenitores y el menor, y si el mediador, con conocimientos psicológicos, entiende que es necesario y que no supondrá ninguna experiencia traumática para el menor.

Sin lugar a dudas, queda mucho camino por recorrer en el campo de la mediación familiar, camino que, como se ha recalado, debe comenzar por la concienciación social acerca de las ventajas que presenta la resolución de conflictos por esta vía. Contamos con una llamativa cantidad de legislación sobre mediación familiar (así, las leyes autonómicas: Ley 15/2003, modificada por la Ley 3/2005, en el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias) que deben aplicarse en conjunción con la ley estatal (Ley 5/2012, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles) y que responden a la iniciativa de las instancias europeas de apostar por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo, como hemos señalado reiteradamente, la implantación que tiene el servicio de mediación intrajudicial en España y, más concretamente, en las Islas Canarias, es realmente escasa.

Por ello, con propuestas como las realizadas a lo largo de este documento, buscamos convencer a los diferentes actores jurídicos de la conveniencia de dar una oportunidad a la mediación familiar para resolver los conflictos de esta índole, así como ofrecer pautas que hagan que ésta sea más efectiva cuando, por parte de los órganos judiciales, se deriven los casos al Servicio de Mediación Familiar.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

1. AFONSO RODRÍGUEZ, M.E., “La mediación familiar en España: Concepto, caracteres y principios informadores”, *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 25, 2008, pp. 55-76.

2. ALASTRUEY GRACIA, R., “Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil”, 2010. Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)

3. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. Y MERINO ORTIZ, C., “Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 33, 2010, pp. 659-670.
4. BERNAL SAMPER, T., *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 5ª ed., Colex, Madrid, 2013.
5. CARDENAS, E. J., *La mediación en conflictos familiares*, Lumen Hvmanitas, Buenos Aires, 1999.
6. COBAS COBIELLA, M.E., VALERO LLORCA, J., y BARAT TREJO, “Modernización de la Justicia y Mediación. Una perspectiva desde la Ley Valenciana”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://derechocivilvalenciano.com/revista/numeros/10-segundo-semester-2011/item/95-modernizacion-de-la-justicia-y-mediacion-una-vision-desde-la-ley-valenciana> (consultado por última vez: 9 de julio de 2014)
7. CORVO LÓPEZ, F.M., “El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar”, *Aranzadi Civil-Mercantil Revista Doctrinal*, nº 1, 2011, pp. 43-78.
8. DUPLÁ MARÍN, M.T. y MARÍ PUGET, E., *Mediación familiar. Aspectos teóricos, jurídicos y sociales* (coord. ÁLVAREZ TORRES, M.), Dykinson, Madrid, 2013.
9. FÁBREGA RUIZ, C.F. y HEREDIA PUENTE, M., “La mediación intrajudicial. Una forma de participación del ciudadano en la justicia”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)
10. FABREGAT ROSAS, A., “Mediación de conflictos: Del éxtasis al vértigo”, Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.diariojuridico.com/mediacion-de-conflictos-del-extasis-al-vertigo> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)
11. GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar: Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003.
12. GARCÍA PRESAS, I., *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La ley, Madrid, 2009.
13. GARCÍA TOMÉ, M., “La mediación familiar en los conflictos de pareja”, *Documentación social*, nº 148, 2008, pp. 43-59.

14. GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2010, pp. 717-756.
15. GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006.
16. GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
17. GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J.L., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y FERNÁNDEZ CANALES, C., *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.
18. GARCÍA VILLALUENGA, L., “Mediación civil. Mediación intrafamiliar”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)
19. GARCÍA VILLALUENGA, L. Y VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo”, *Política y sociedad*, vol. 50, nº 1, 2013, pp. 71-98.
20. LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: Respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *Redur*, nº 5, 2007, pp. 43-65.
21. LÓPEZ GONZÁLEZ, R. y MARÍN LÓPEZ, J.J., *Legislación sobre mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2003.
22. LUQUIN BERGARECHE, R., “Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: Algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares”, *Estudios de derecho judicial*, nº 136, 2007, pp. 15-65.
23. MAGRO SERVET, V., “Hacia la articulación de un protocolo de mediación intrajudicial”, *Diario La Ley Sección Doctrina*, nº 7892, 2012, p. 5.
24. MAGRO SERVET, V., “La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley Sección Doctrina*, nº 7852, 2012, pp. 10-48.
25. MARTÍN GONZÁLEZ, E., DEL ÁLAMO GUTIÉRREZ, C. y GONZÁLEZ CORCHUELO, C., “Mediación familiar intrajudicial: Reflexiones y propuestas desde la práctica”, *Revista de Mediación*, nº 3, 2009, pp. 6-15.

26. ORTEGA GUERRERO, I., “El principio del interés superior del menor en las situaciones de crisis familiar. Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 2, nº 3, 2002, pp. 87-108.
27. ORTIZ PRADILLO, J.C., “Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil”, *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, nº 2135, 2011, pp. 2-34.
28. PARKINSON L., *Mediación familiar: Teoría y práctica: Principios y estrategias operativas*, ed. Española a cargo de Ana María Sánchez Durán, Gedisa, Barcelona, 2005.
29. PÉREZ PUERTO, A., “Mediación Civil y familiar en Cataluña”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201006-99902893712.html> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)
30. SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación*, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.
31. SARIEGO MORILLO, J.L., “Mediación intrajudicial o mediación extrajudicial”, *Apuntes de Psicología*, vol. 18, nº 2-3, 2000, pp. 361- 373.
32. SERRANO CASTRO, F., “Mediación familiar intrajudicial”. Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Publicaciones> (consultado por última vez el día 9 de julio de 2014)
33. Tribunal Supremo. Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia. “Documento de conclusiones generales de los secretarios de gobierno”. *Encuentro de Secretarios de Gobierno*. Lugar: Ceuta. 13 al 15 de Noviembre de 2013.

## DOCUMENTO NÚMERO UNO



Consejería de Presidencia,  
Justicia e Igualdad  
Dirección General de Relaciones  
con la Administración de Justicia



# **INFORME PROYECTO MEDIACIÓN FAMILIAR INTRAJUDICIAL**

La Mediación Familiar es un procedimiento voluntario en el que un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos.

La mediación está especialmente indicada en aquellos casos en los que las partes que mantienen el conflicto han de seguir relacionándose en el futuro, por cuanto tienen intereses comunes, como son por tanto los asuntos familiares.

Teniendo en cuenta la Ley canaria 15/2003, de 8 de abril, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Canarias y modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio, puede ser objeto de mediación cualquier conflicto familiar siempre que verse sobre materias respecto de las cuales el ordenamiento jurídico vigente reconozca a los interesados la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologado judicialmente, como por ejemplo, ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, distribución del tiempo de los menores con cada progenitor, pensiones alimenticias, procedimientos sucesorios, etc.

En el marco de nuestra normativa se aprobó el 28 de octubre de 2009, por Resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia el Proyecto de Mediación Familiar Intrajudicial, con el fin de divulgar y hacer más accesible la mediación familiar a la ciudadanía en general y en particular a las personas inmersas en un proceso judicial de familia.

### **1.- ÓRGANOS DERIVANTES**

El proyecto comenzó de manera piloto en los partidos judiciales de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife. Actualmente pueden ser órganos derivantes cualquier juzgado o tribunal, de las islas capitalinas, que conozca de familia, tanto en primera como en segunda instancia.

Por el número de derivaciones al servicio de mediación desde el inicio del proyecto hasta el 21 de marzo de 2014, se relacionan los Juzgados participantes:

**En la provincia de Santa Cruz de Tenerife:**

Juzgado 1ª Instancia número 8 de Santa Cruz de Tenerife	Juzgado 1ª Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife	Juzgado 1ª Instancia número 2 de La Laguna
195	2	1

**En la provincia de Las Palmas:**

1ª Instancia 15 LPGC	1ª Instancia 3 LPGC	1ª Instancia 5 LPGC	1ª Instancia 4 Telde	Registro Civil Único LPGC	1ª Instancia e Instrucción 3 Guía	1ª Instancia 1 Telde	1ª Instancia 2 Telde
170	145	93	18	5	7	9	3

1ª Instancia 5 Telde	Sección 3 Audiencia	1ª Instancia 2 San Bartolome de Tirajana	1ª Instancia 4 LPGC	1ª Instancia e Instrucción nº 2 Arucas	1ª Instancia e Instrucción nº 4 Puerto del Rosario
2	1	1	1	1	1

\* En lo que va de año se han incorporado al programa de mediación familiar intrajudicial dos juzgados nuevos: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de Arucas y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Puerto del Rosario.

**2.- DERIVACIONES AL SERVICIO DE MEDIACIÓN**

Desde el inicio del proyecto hasta la fecha actual ha habido por parte de los Juzgados participantes arriba indicados, un total de 655 derivaciones, distribuyéndose por año, según cómo sigue:

<b>AÑO</b>	<b>Octubre 2009 a diciembre 2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>Hasta el 21 de marzo de 2014</b>
<b>Nº DERIVACIONES</b>	<b>85</b>	<b>78</b>	<b>151</b>	<b>251</b>	<b>90</b>

**El incremento** año a año, salvo de 2010 a 2011 que fue negativo, pues contabilizamos desde octubre de 2009, ha sido datos muy positivos:

- De octubre de 2009 a diciembre de 2010, la variación porcentual fue de -8.23%
- De 2011 a 2012, hubo un incremento de derivaciones en un 93.6%
- De 2012 a 2013, hubo un incremento de derivaciones en un 66.2%

### **3.- NÚMERO DE CASOS QUE TRAS SESIÓN INFORMATIVA DECIDEN INICIAR MEDIACIÓN FAMILIAR**

<b>AÑO</b>	<b>Octubre 2009 a diciembre 2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>Hasta el 21 de marzo de 2014</b>
<b>Nº DE CASOS QUE INICIAN MEDIACIÓN FAMILIAR</b>	<b>39</b>	<b>36</b>	<b>84</b>	<b>141</b>	<b>48</b>

**El incremento fue de:**

- De octubre de 2009 a diciembre 2010, la variación porcentual fue de -7.7%
- De 2011 a 2012, hubo un incremento porcentual de 133%
- De 2012 a 2013, el incremento fue de 67.8%

### **4.- NÚMERO DE MEDIACIONES QUE FINALIZAN CON ACUERDOS**

<b>AÑO</b>	<b>Octubre 2009 a diciembre 2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>Hasta el 21 de marzo de 2014</b>
<b>Nº DE CASOS QUE FINALIZAN CON ACUERDO</b>	<b>19</b>	<b>16</b>	<b>37</b>	<b>62 (6 casos abiertos)</b>	<b>5 (38 casos abiertos)</b>

### **El incremento fue de:**

- De octubre de 2009 a diciembre 2010, la variación porcentual fue de -15.8%
- De 2011 a 2012, hubo un incremento porcentual de 131.25%
- De 2012 a 2013, el incremento fue de 67.6 %, teniendo en cuenta que aún queda **6 expedientes abiertos**, es decir, no han finalizado la mediación familiar.

**\* Desde el inicio del proyecto tenemos que de los 348 casos que han iniciado mediación familiar:**

- **El 5.7 % de los casos no inician MF antes de la primera sesión.**
- **El 40 % de los casos alcanzan acuerdos totales o parciales.**
- **El 42 % de los casos no han alcanzado acuerdos.**
- **El 12.3 % de los casos continúan abiertos, la mediación está en trámite.**

## **5.-TEMÁTICA DE CONFLICTOS**

Aproximadamente en un 83 % de las mediaciones los temas de conflictos son relativos a los hijos, versando mayoritariamente sobre: ejercicio de la responsabilidad parental y custodia, distribución del tiempo de cada progenitor con los menores, asuntos económicos y criterios educativos.

## **6.- COSTE DE LAS MEDIACIONES CONCLUIDAS**

- Las 285 Mediaciones Familiares realizadas y finalizadas han requerido una media de 4.4 sesiones (60 por sesión), teniendo un coste total aproximado de 75900 euros.

- Si de las 285 Mediaciones finalizadas, han alcanzado acuerdos 139 casos, cada uno de estos casos con acuerdo, ha tenido un **coste aproximado de 546 euros**.

## **5.- PERCEPCIÓN DE LOS USUARIOS**

- Un 76.81 % de las personas que han participado en mediación familiar considera que ésta les ha resultado de utilidad, independientemente de los resultados obtenidos.
- Un 92 % recomendarían la mediación familiar.
- Un 96 % considera positiva la actuación del profesional mediador

La Jefa de Sección de Mediación y Asuntos Generales

Elisa Santiago Hernández