

# REVISTA INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN

(RIM)

*Número 1*

*ISSN: 2341-0051*

*Dykinson, S.L.*





**REVISTA INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN**

**(RIM)**

**Número 1 - 2014**

ISSN: 2341-0051

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

### **ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES**

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF).

Compra directa a través de nuestra web:

© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-0051

## **DIRECCIÓN**

ESTHER SOUTO GALVÁN

**Catedrática de Derecho**

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

## **SECRETARÍA TÉCNICA**

MANUEL ÁLVAREZ TORRES

**Abogado y acreditado como mediador Internacional (AMM-ONLUS)**

# CONSEJO DE REDACCIÓN

## *Miembros Del Comité:*

### **PRESIDENTE**

José Antonio Souto Paz  
Catedrático de Derecho  
Universidad Complutense

### **VOCALES**

Livian Fernández  
Rectora de la Universidad de Asunción

Marco Odello  
Catedrático de de Derecho. Universidad de Aberysthwyth

Franck Laffaille  
Catedrático de Derecho. Universidad de Lorraine

Maximiliano Piras  
Catedrático de Derecho. Universidad de Cagliari

Juan Ferreiro Galguera  
Catedrático de Derecho. Universidad de A Coruña

José Ramón Polo Sabau  
Catedrático de Derecho. Universidad de Málaga

Ana Carrascosa de Miguel  
Magistrada y Letrada de Consejo General del Poder Judicial

José Luis Utrera Gutiérrez  
Magistrado del Juzgado de Familia de Málaga

Carlo Pilia  
Profesor Titular de Derecho. Universidad de Cagliari

Almudena Rodríguez Moya  
Profesora Titular de Derecho

Inés Iglesias Canle  
Profesora Titular de Derecho (Acreditada catedrática 2012)

Universidad Vigo  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

M<sup>a</sup> Carmen Pereira Pardo  
Abogada y mediadora

M<sup>a</sup> Ángeles Peña Yañez  
Psicóloga del Juzgado de Familia de Málaga y mediadora

## ARTÍCULOS

- LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. *Amalia Fustero Bernad*
- LA INTERVENCIÓN DE LOS MENORES EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN SUPUESTOS DE RUPTURA DE LA PAREJA PROGENITORA. *M<sup>a</sup> Blanca Calleja Sanz*
- UN MOMENTO DE PODER: ¿PODEMOS REALMENTE SER CAPACES DE PERSUADIR EN LA MEDIACIÓN? *José-Pedro Martínez*
- LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN POLICIAL: ¿INCOMPATIBILIDAD O COINCIDENCIA? *Carmen Lázaro Guillamón*
- ORATORIA Y MEDIACIÓN: “ANTES QUE LOS MEDIADORES, LOS ÁRBITROS.” *Pablo Igor de Pablos Polo*
- MEDIACION POLICIAL: “UN PUENTE ENTRE LO POLICIAL Y LO SOCIAL” *Ricardo de Sosa Llera*
- EL CONTEXTO NECESARIO PARA EL AVANCE DE LA MEDIACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. *Soledad Ruiz de la Cuesta Fernández*
- COMO IMPLANTAR UN SERVICIO DE MEDIACIÓN EN LA PRÁCTICA. *Susana García Calle*
- LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL CONTEXTO DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD O EXCLUSIÓN SOCIAL. PROPUESTA DE MODELO INCLUSIVO-INTEGRADOR. *Teresa M<sup>a</sup> García Gómez y Rocío López López*

# LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

AMALIA FUSTERO BERNAD

*Juez sustituto*

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La mediación en España. III. La mediación penal en España. IV. La mediación en los delitos de violencia de género. V. Ventajas e inconvenientes de la mediación en los delitos de violencia de género. VI. Experiencias de la mediación en violencia de género. VI Conclusiones.

**RESUMEN:** La mediación penal como solución a los casos de violencia de género, donde las partes implicadas (agresor y víctima) tienen la capacidad de resolver su situación a partir de la aceptación del perdón que ofrece el agresor a su víctima.

**ABSTRACT:** Criminal mediation as a solution to cases of domestic violence, where the parties concerned (perpetrator and victim) are able to resolve their situation from accepting forgiveness offered by the aggressor to his victim.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género, mediación, justicia restaurativa.

**KEYWORDS:** Gender violence, mediation, restorative justice.

## I. INTRODUCCIÓN.

A la hora de desarrollar el tema de la mediación en los delitos de violencia de género me he decantado por confeccionar un índice en el que se pueda dar una respuesta lo más clara posible tanto a la situación actual de la mediación penal y a mayor abundamiento su aplicación en el ámbito de la violencia de género.

Comenzare diciendo que en mi opinión, TODOS LOS DELITOS SON MEDIABLES, sin ninguna excepción, cada persona debe tener la libertad en decidir si admite el perdón en el delito cometido hacia su persona y si es suficiente con aceptar el arrepentimiento y reconocimiento por parte del delincuente o infractor para que en opinión de la víctima quede zanjado el hecho delictivo a nivel personal.

Otra cosa es si el Estado, en aras de garantizar la seguridad jurídica y el estado de derecho considerase que además del perdón del ofendido deben sancionarse determinadas conductas consideradas como graves, o si por el contrario es suficiente el acuerdo acordado por las partes para dar por terminado el conflicto derivado de la comisión de un delito.

En los supuestos en los que el delito a mediar es el de violencia de

género vengo a decir lo mismo que en el apartado anterior. Las partes poseen libertad absoluta en la gestión de su conflicto a través de la mediación, por tanto el agresor puede solicitar el perdón de la maltratada y esta aceptarlo, comenzando a gestarse el proceso de la mediación, que dependiendo de la actitud de las partes, el grado del delito cometido (si existe intervención estatal según el grado delictivo) y las negociaciones llevadas a cabo, se puede llegar a la conclusión de la mediación de un modo satisfactorio y el archivo de las actuaciones judiciales.

Todo esto voy a intentar plasmarlo de una manera clara, a partir de un índice confeccionado, espero que, para ese fin. Así, comenzaremos con una aproximación a la mediación en España, para ver como se encuentra nuestro país en temas de mediación para hondar a partir de ahí en el ámbito penal, en qué casos se aplica y de qué modo. A continuación, observaremos la gestión de conflictos de violencia de género a través de la mediación en nuestro país, como y de qué manera se están llevando a cabo, ventajas e inconvenientes que nos encontramos en la mediación en delitos como la violencia de género. También veremos algún caso en

concreto de mediación, a partir de resoluciones judiciales a nivel estatal y superestatal. También intentaremos relatar algunas experiencias de la mediación en violencia machista desde ambos lados del conflicto, esto es, desde el lado del agresor y desde el lado de la mujer maltratada.

Finalmente terminaremos con una conclusión final, que nos servirá de cierre de todo lo anteriormente expuesto.

## II. LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA.

Teniendo en cuenta los años de carencia que hemos tenido en nuestro país con la no aplicación de la Directiva Europea en lo referente en mediación y que a día de hoy únicamente poseemos la Ley nacional de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles) y las diferentes leyes autonómicas sobre mediación familiar, podemos decir que el panorama es alegal, que no ilegal, pues en lo referente a la mediación penal todavía no existe una normativa que regule su aplicación, y que determinados Juzgados la están aplicando bordeando el sistema tradicional, evitando su vulneración.

Toda mediación tiene como denominador común la existencia de un problema previo, para que de ese modo se pueda iniciar el proceso de mediación, el cual de modo general

contara con los siguientes principios informadores:

- 1.- Neutralidad del mediador
- 2.- Imparcialidad del mediador
- 3.- Confidencialidad, tanto del mediador como de cada una de las partes
- 4.- Voluntariedad de las partes, en acudir a este proceso, no debiendo ser nunca obligados a formar parte de la misma.

El mediador, es una persona intermediaria entre las partes en conflicto, que facilita con su actuación la comunicación entre las partes, proponiendo alternativas y gestionando los posibles obstáculos que aparezcan.

Para desempeñar la función de mediador se deben reunir requisitos legales y personales, con los primeros se exige una formación académica específica (titulaciones universitarias de

grado superior o medio: psicólogos, abogados, trabajadores sociales, entre otras) e inscripción en el Registro de Mediadores. Como requisito personal engloba determinadas cualidades y habilidades en gestionar la complejidad, la incertidumbre, con rol de liderazgo y capacidad de mantener el equilibrio personal, en la negociación y persuasión.

No existe un único proceso de mediación, pero como esquema general mencionaremos las etapas de todo proceso de mediación, siempre las mismas susceptibles de modificaciones.

1.- Introducción y contrato de mediación, las partes se informan sobre el proceso y se comprometen a él.

2.- Recogida de información: cada parte relata cómo está viviendo la situación motivo de mediación.

3.- Identificación de temas y creación de esquemas a seguir a la hora de abordar los distintos temas a tratar.

4.- Generación de ideas y opciones sin compromiso, para ello es importantísimo el dialogo entre las partes.

5.- Negociación para crear una solución optima.

6.- Repaso, acuerdo final de ambas partes y clausura.

Aparición en los últimos tiempos de la figura de la co-mediación, se trata de la actuación conjunta de dos mediadores, normalmente psicólogo y abogado. Así cada mediador se especializa en su ámbito concreto dentro de la mediación, apoyándose en el otro si fuera necesario.

### III. LA MEDIACIÓN PENAL EN ESPAÑA<sup>1</sup>.

A pesar de no existir de modo formal la figura de la mediación penal en nuestro país y por ende en nuestro

ordenamiento, la misma se está aplicando en determinados Juzgados y Tribunales desde el año 2003, tratando de explicar que la mediación es posible en todos los supuestos donde exista una víctima y un delincuente concreto, abarcando incluso los casos de terrorismo, llevándose a cabo en este supuesto a través de una entrevista muy preparada y años después de haberse cometido el asesinato.

Miembros de la carrera judicial se decantan por la mediación para así

---

<sup>1</sup> VV.AA. *Justicia restaurativa y mediación penal. análisis de una experiencia (2005-2008)*. Madrid. CGPJ. 2009. Disponible en: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Investigaci%C3%B3n%20del%20CGPJ%202008%202b%20\(2\)\\_1.0.0.pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Investigaci%C3%B3n%20del%20CGPJ%202008%202b%20(2)_1.0.0.pdf)

hacerles hueco a la víctima, hueco que en el sistema tradicional no existe porque únicamente las partes la forman el Estado, con el Ministerio Fiscal y el delincuente, dejando a la víctima como mero testigo, como medio de prueba, al que cae el peso del procedimiento y al que el abogado de la defensa intentara desvirtuar, e incluso insinuando la invención por parte de la misma del relato narrado en su testimonio.

El procedimiento tradicional no sirve para rehabilitar al delincuente, pues para condenarlo necesitamos desvirtuar la presunción de inocencia (demostrar que ha hecho algo para condenarlo) de tal modo que el delincuente aprende a mentir de tal manera que al final llega a culpar a la policía e incluso a la víctima de los hechos.

Por tanto nos encontramos con los inconvenientes del sistema tradicional:

- No se rehabilita al delincuente, pues negando los hechos, mintiendo sobre los mismos y no asumiendo la responsabilidad de lo sucedido, nos encontramos en un mal punto de partida para su rehabilitación, que es uno de los fines de la pena, junto con el castigo.

- No existe una reparación a la víctima sino que además es víctima doblemente, por el proceso de instrucción y además se siente solo, pierde la seguridad, no pudiéndose recuperar ni en el plano moral ni en el económico, pues normalmente los delincuentes son insolventes.
- Disgusto social, pues se comprueba que el procedimiento no funciona.
- Desencanto de los Jueces y profesionales del derecho al observar que el procedimiento no funciona.

Con la mediación, es posible paliar las carencias del sistema tradicional. Además la víctima encuentra un hueco en el procedimiento, con la consiguiente reparación del daño, aunque se realice con una obligación de hacer, recuperando su seguridad y no apareciendo la victimización secundaria al formar parte la víctima de un proceso donde antes no tenía cabida.

Por su parte el agresor encuentra la ventaja de decir la verdad, de pedir perdón, reconociendo el daño causado, contribuyendo a su rehabilitación, evitando en algunos casos la aplicación de las penas de prisión, sustituyéndolas

por trabajos en beneficio a la comunidad.

Por tanto, la mediación es el camino más beneficioso para víctima y

delincuente, pues con su aplicación, a diferencia con el sistema tradicional, ambas partes son favorecidas.

#### IV. LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Indudable es que el conflicto va unido al ser y la convivencia del hombre, y su tipología abarca múltiple casuística y tipología, ya que puede abarcar desde una simple riña en un patio de colegio hasta un conflicto bélico.

Por tanto, cuanto mayor es el tipo de conflictos, mayor es la forma de resolución de los mismos: de un abrazo y un beso, a la ejecución forzosa judicial.

Para el Derecho actual la única respuesta es solucionar las controversias a través del proceso judicial, sin embargo, la actual consideración del litigio como de —uno gana en perjuicio de otro, que pierde—, desemboca en que las partes en lucha abandonen el diálogo de fondo y se enfrasquen en discursos cuanto menos dialécticos —en el peor de los casos, retóricos, erísticos o sofisticos—, que discurren por los vericuetos del procedimiento mismo usado a la sazón como otra arma válida en la lucha sin cuartel que termina en sentencia. La verdad que resulta, en la

mayoría de los casos, es meramente formal, procesal, teatral. En muy contadas ocasiones se apuesta y se consigue que aflore la verdad material de las cosas: la verdad ontológica.<sup>2</sup>

El proceso penal únicamente está encaminado a la declaración de las partes implicadas y el castigo del culpable, el Derecho penal queda conformado mediante un conjunto de interrogatorios y monólogos que se alejan del valor de la palabra, del diálogo, como fuente de apaciguamiento y resolución de litigios. Y, lo más grave, se aleja

---

<sup>2</sup> SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Diálogo justicia restaurativa y mediación*, Publicación Cáritas. 2014. Documentación Social núm. 148. p. 77-97. Disponible en: <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/927/06%20DI%20LOGO.%20JUSTICIA%20RESTAURATIVA%20Y%20MEDIACION%203N.pdf>

también de la preocupación por la víctima.<sup>3</sup>

Sobre esta perspectiva la sociedad intenta buscar otras alternativas para solucionar los conflictos, antes de la aplicación explícita de la norma escrita. Todo ello en aras de buscar formulas más sencillas, más baratas, y sobre todo, soluciones que como objetivo fundamental se encaminen a conseguir en la medida de lo posible la Paz social. Porque no hay mayor exteriorización de la libertad en una sociedad civilizada que la resolución de un conflicto mediante la escucha activa, el dialogo y la empatía. Y es así como surgen figuras como la mediación.

En cuanto a la mediación en casos de violencia de género dentro de la justicia restaurativa todas las partes llegan a resolver de forma colectiva un conflicto común en aras de un futuro mejor haciendo justicia mediante la reparación del daño causado por el crimen, es lo que se conoce como justicia restaurativa, una antítesis a la justicia retributiva, centra su punto de vista en víctima e infractor poniéndolos como verdaderos protagonistas del conflicto, los cuales con una implicación mutua consigan restaurar el conflicto generado por el delito, desterrando el dolor y el

resentimiento, al mismo tiempo que reparando el daño producido, comenzando con la petición del perdón por parte del maltratado y su aceptación por la maltratada.

En nuestro país, más allá de la legislación penal de los menores<sup>4</sup>, el punto de partida positivo de cualquier análisis sobre la mediación en el ámbito criminal ha de situarse en la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativo al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, más concretamente en su art. 10, que establece lo siguiente: «*Mediación penal en el marco del proceso penal* 1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.»

En este momento se encuentra aprobado el Estatuto de la víctima por Ley 4/2015, de 27 de abril, que entrara en vigor el 28 de octubre de 2015, por

---

<sup>3</sup> De CANCIO MELIÁ, M. *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?*, en *Derecho penal del enemigo*. 2.<sup>a</sup> ed. Cuadernos Civitas. Madrid 2006

---

<sup>4</sup> LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, donde se acoge la conciliación, suerte de mediación en la que el menor infractor, reconoce su ilícito y queda comprometido al cumplimiento de reparar el daño causado a la víctima

tanto aun no en vigor, habrá que esperar a final de este año para ver cómo va sucediendo la aplicación de este nuevo Estatuto.

Pues bien, volviendo con el mandato europeo, este chocaba frontalmente con lo prevenido en el art. 44 LO 1/2004 (de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), que incorpora el art. 87 ter a la LOPJ, el cual expresamente veda o prohíbe la mediación en supuestos de violencia de género, prohibición que aún aparentemente circunscrita al ámbito del derecho (civil) de familia, no parece susceptible de disociarse artificialmente del ámbito penal de la violencia de género.

Situación que en mi opinión espero se modifique a raíz de la entrada en vigor del Estatuto de la víctima, pues a mi entender, según el Preámbulo de la citada Ley parece que el legislador en este momento ve la necesidad de abrir más la posibilidad de la mediación, o por lo menos, a lo que dispongan las partes en cada caso en concreto, siempre en aras de la seguridad de la víctima, así el Preámbulo a este respecto dice: *“Finalmente, se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la*

*reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.”* Y continúa el mismo texto en su artículo 15 con los servicios de justicia restaurativa: *1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

*a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;*

*b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;*

*c) el infractor haya prestado su consentimiento;*

*d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y*

*e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.*

Pero no debemos ilusionarnos en demasía con este Estatuto, pues finalmente en su artículo 15 veta la libertad de las partes en su decisión de llevar su conflicto a mediación cuando en el apartado e dice que se podrá mediar siempre que no esté prohibido por la ley, así que volvemos a nombrar el art. 44.5 LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cuando dice: *En todos estos casos está vedada la mediación*. Por tanto, en aquellos casos en los que la Ley Orgánica no permita la mediación, los sujetos no tendrán libertad de decisión, abocándolos a un proceso largo y costoso a nivel económico y mental, no dándoles mayor solución que la judicial.

Pero no todo va a ser negativo, pues no dejan de verse en nuestro ordenamiento pequeños atisbos o declaraciones de intenciones del legislador de querer encauzarse hacia la mediación, y todo ello lo podemos ver en el propio Código Penal a través de la confesión del culpable (circunstancia atenuante recogida en el art. 21.4 CP) o la reparación del daño ocasionado a la víctima (atenuante sancionada en el art. 21.5 CP), instituciones ambas que responderían a parámetros relacionados con la justicia restaurativa.<sup>5</sup>

También, puede encontrarse algún atisbo de mediación a través del Consejo General del Poder Judicial, donde se apoya la Decisión Marco 2001/220/JAI y que tiene como objeto que juzgados y tribunales de nuestra geografía se sumen a la terminación del procedimiento penal alcanzando objetivos como asegurar a la víctima una efectiva protección mediante la reparación o disminución del daño producido por el delito, responsabilizar al infractor de las consecuencias de su actuación, atenuar la pena, el restablecimiento de la convivencia y el diálogo comunitario o la devolución a la sociedad civil de su protagonismo mediante métodos autocompositivos de resolución de crisis.

Ahora la pregunta que debemos hacernos es ¿es aconsejable dar entrada a la mediación penal en supuestos de violencia de género?

Si partimos de la mediación como la igualdad entre las partes, a partir de la cual se pueden sentar a dialogar y negociar partiendo del mismo nivel, los pros y contras los analizaremos en los apartados siguientes de nuestra exposición.

---

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. «Mediación penal y violencia de género», en Diario LA LEY, núm. 7.557, de 28 de enero de 2011.

## V. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA GÉNERO.

Partiendo de la pregunta ad supra, ¿es aconsejable dar entrada a la mediación penal en supuestos de violencia de género?, pues como es de esperar, nos encontramos con voces en contra y a favor de la mediación en la violencia machista.

Los más críticos a este respecto consideran que no hay una posición de igualdad, ya desde el inicio, entre las partes, motivo en mi opinión que no es suficiente para obstaculizar la mediación, pues en cualquier situación, ya sea en el delito de violencia de género, como en otro delio, siempre existirá una desigualdad inicial entre agresor y perjudicado, debiéndose, cuanto menos, el preguntar a las partes si desean una solución pacífica a su problema. No siendo justo, que el Estado, legislativamente prohíba, lo que en expresión clara de su libertad, debería corresponderles por Derecho.

Una vez dicho lo anterior, la mayor parte de la doctrina considera que en lo referente a la violencia de género, deben de descartarse de la mediación determinados delitos del Código Penal, y ello porque es obvio que existen determinados casos en los que no es susceptible de ningún modo la redención, y esos son los casos en los que opera per se el rigor del Derecho

penal del Estado, situaciones en las que el Estado actúa de forma refleja, porque así lo han determinado las instituciones y lo han transmitido a la legislación, el profesor Martín Diz se pregunta a raíz de lo expuesto si sería posible sentar a dialogar a quien ha intentado quemar viva a su esposa con ésta para intentar una solución negociada a su conflicto, y yo me pregunto, ¿porque no?, que sean los sujetos implicados los que decidan si quieren sentarse o no, pero desde luego que no decida por ellos en única instancia el Estado desbordado por una acción paternalista no solicitada.

Dicho esto, debemos comentar que no todas las situaciones en que se comete un ilícito fruto de la violencia de género, ya sea delito o falta, se hace en un entorno en el que prime la desigualdad fruto de la dominación del varón sobre la mujer. Y más aun, tampoco esa acción es siempre irreparable, pues existe mucha casuística que nos demuestra que el origen del ilícito criminal parte de un conflicto previo de naturaleza civil o familiar, una discusión sin importancia que mal gestionada acaba en un delito del que conoce el Juzgado de Violencia de Género correspondiente acción, partiendo de un ilícito penal de menor entidad, en el que los sujetos actuantes

serian beneficiarios, especialmente para la víctima, pues en la mediación, sería la verdadera protagonista, recupera su posición de igualdad frente a su agresor, el cual reconoce que reconoce su falta, solicitando su perdón, llegando a la verdad ontológica, que para muchas víctimas ya es reparación suficiente.

Con la mediación, se consigue a su vez erradicar la victimización secundaria, por una parte cuando la perjudicada no se culpabiliza por el mal causado a su agresor con la denuncia y ulterior condena. Y de otra, cuando la víctima se observa así mismo como un perdedor por partida doble, en primer lugar frente al infractor y después frente al Estado, pues está excluida de cualquier participación en su propio conflicto.

El Estado aparece en una situación en la que no ha sido llamado, decidiendo en qué casos actuara o no como acusación pública y decidiendo que procedimiento aplicar, invitando a participar a la mediación, sin ni siquiera la simple formulación de la pregunta a las partes acerca de si desean participar en una resolución alternativa del conflicto, sin la aparición de personas externas a la relación, sin costes elevados y con un tiempo definido para la resolución.

El pasado año se celebraron diez años de la Ley de violencia de género, tiempo suficiente para valorar la aplicación de la misma, si el fin con el

que fue creada, que fundamentalmente podemos reducir en dos, uno acabar con la muerte de en manos de sus parejas, y dos conseguir que las mujeres víctimas de violencia de género, denunciasen su situación, garantizándoles una cobertura y una asistencia tras la toma de la decisión de abandonar a su maltratador

Esta LOVG, es de las pocas, en mi opinión diría la única, que mediáticamente menos se ha permitido su crítica, pareciendo que aquellos que sosteníamos que era una Ley sexista, poco igualitaria y con algún que otro fallo, se nos atacase de tal manera que pareciésemos gente que estábamos a favor del maltrato y que no deseásemos proteger a aquellas que lo sufrían. Nada más cerca de la realidad, yo personalmente condeno el maltrato, pero no solo entre personas, también realizado a animales, al ecosistema e incluso el dirigido al ignorante.

Por eso critico esta ley, desde el prisma al que está dirigido, protegiendo solo a las mujeres, ¿por qué?, es que acaso el hombre no puede ser maltratado por su pareja (mujer). ¿No estaremos sobre protegiendo a la mujer a nivel institucional de tal forma que no le permitimos un crecimiento personal en el que sea capaz de quererse y apreciarse por sí misma? ¿No sería mejor solución la dotación de equipos multidisciplinares que traten a ambos sujetos del conflicto?, por un lado a la persona maltratada

(sea hombre o mujer) dotándole de herramientas que potencien su autoestima y superación personal, y a la persona maltratadora (sea hombre o mujer) enseñándole el respeto al prójimo, la empatía y la gestión del estrés.

Según datos del Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en torno a la violencia de género durante año 2013 hubo 54 mujeres asesinadas, 124.894 denuncias presentadas, 38.536 órdenes de protección solicitadas, 15.835 Mujeres con protección policial, 47.144 sentencias dictadas (59,98% condenatorias y 40,02% absolutorias) En todas los datos, alrededor de un 30% son personas extranjeras. 5.524 hombres que en el 31 de octubre de 2013 estaban cumpliendo condena en prisión por esta causa.

Dicho lo anterior no hay que negar logros de la LOVG, marco normativo y con un enfoque integral (educación, prevención, medidas psicosociales, jurídicas...) de afrontamiento de este problema. Una norma que regula derechos y recursos. Pero sería mucho más completa si recogiese el maltrato en general entre personas, independientemente del sexo y de quien realizase el maltrato. Partiendo de esta premisa, y teniendo este enfoque quizás el tema de la mediación sería mas extensivo, pues parece el nivel coercitivo de los sujetos

a los que se pueden aplicar esta ley se amplía al tipo delictivo a los casos en los que se puede realizar la mediación, sin contar con el parecer de los involucrados, convirtiéndose en una imposición.

Según datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el 63,2% de los delitos instruidos en 2013 lo fueron por el artículo 153 del CP (violencia ocasional) y el 11,1% por el artículo 173, que se refiere a la violencia reiterada.

Así que nos basaremos en estos datos para rebatir a esos defensores acérrimos de la LOVG, a todos aquellos que encuentran lógica su regulación y observan la lógica punitiva como freno a los asesinatos a mujeres y *poner antes la barrera penal*, todo ello a pesar de que ellos admiten que su aplicación debe realizarse aunque la conducta sea de escasa entidad, como forma simbólica de señalar el límite de lo intolerable y de ese modo evitar que las conductas se repitan. Es curioso que estos defensores continúen en esa posición a pesar de que se les proporcionen datos estadísticos de los últimos años en relación al número de mujeres asesinadas y demás cifras de violencia de género donde se observa un estancamiento de los mismos, lo que nos hace pensar que se ponen en cuestión la efectividad de estas

políticas, debiendo hacer un estudio crítico de la realidad actual, con la oportuna revisión por parte de las instituciones para que estudien si los fines logrados justifican el daño que dicho abuso punitivo viene causando a un elevado volumen de personas, incluidas las propias víctimas.

Una de las instancias en las que se debería trabajar antes de judicializar el asunto es la educación y prevención. Un trabajo individual de los sujetos implicados, destinándoles muchos más recursos de los que ahora mismo existen. En mi opinión debe haber más medios para prevención, y más aun cuando se ve a la vuelta de 10 años de la aplicación de la LOVG que los delitos no disminuyen, que existe un número mínimo enquistado de casos por año.

El trabajo individual debe destinarse a todos los sujetos implicados en la LOVG, hombre, mujer, niños, padres y madres de maltratados y maltratadores..., pues solo con una visión global del problema, con el destino de recursos psicosociales para todos los intervinientes en el proceso se puede paliar una situación tan complicada como el maltrato.

Pero aparte de lo que distintos expertos opinen sobre la mediación en la violencia de género y los distintos datos que se barajen en torno a la misma no debe caer en el error de no escuchar la opinión de los sujetos

protagonistas de este suceso, para de ese modo poder evaluar a nivel social lo que ha supuesto la LOVG.

Interesante nombrar aquí la iniciativa de Otras Voces Feministas tuvo una iniciativa que hoy resulta pertinente reiterar: «Una propuesta concreta que abunda en la implicación ciudadana (no limitada a la denuncia) es hacer una auditoría independiente con el aval del Gobierno que evalúe al conjunto de instituciones que intervienen en este problema: juzgados, policía, ayuntamientos, centros penitenciarios, centros de información, casas de acogida y pisos tutelados... Y puede hacerse también valiéndose de instituciones como por ejemplo, el Defensor del Pueblo o asociaciones ciudadanas». Y sugirió, además, que dicha evaluación tomase en consideración tres vectores imprescindibles.

1. ¿La LOVG y los mecanismos establecidos están contribuyendo a fortalecer la autonomía material y subjetiva de las mujeres?

2. ¿Se está interviniendo desde una perspectiva que prime los aspectos psicosociales y aplique, en última instancia, las sanciones penales?

3. ¿Se le concede realmente un lugar preferente a la prevención e implicación ciudadana en la lucha contra la violencia de género?

Los tres vectores citados están interrelacionados. Para el logro de una sociedad más humana y más justa hay

que avanzar en mayores cotas de igualdad entre mujeres y hombres, y con ese horizonte, erradicar la violencia sexista constituye un objetivo de primer orden para toda la ciudadanía.

Sin hacer más las palabras de María Antoni Caro<sup>6</sup>, diré que estoy totalmente de acuerdo cuando dice que: *La intervención institucional y/o social que se haga contra esta violencia debe contribuir a eliminar unos condicionantes que socialmente sitúan a la mujer en posición de inferioridad respecto al varón. Pero ese fin no se logra victimizando a la mujer que sufre algún tipo de maltrato, asignándole (como hace la LOVG) la consideración de sujeto vulnerable siempre en una relación de pareja heterosexual (o ex pareja, noviazgo, etc.). Un precepto que justifica una tutela judicial y policial automática para todos los casos, en contra incluso de la voluntad de la mujer. Medidas como la obligatoriedad de interponer denuncia penal para acceder a algunos recursos, la imposición preceptiva del alejamiento (al que obliga el desafortunado artículo 57.2) en todos los casos sentenciados por maltrato, la prohibición absoluta de la mediación (artículo 44.5 de la LOVG), o la propuesta de suprimir para estas mujeres la dispensa de no declarar contra un familiar (que permite el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

*[LEC]), forman parte de este inaceptable e ineficaz modelo sobreprotector. La estrategia de intervención puesta en cuestión anteriormente parte de judicializar todos los conflictos interpersonales en la pareja, ignorando los recursos que tienen las mujeres para hacerles frente incluso ante una agresión o un episodio violento. Pero, además, en nombre de una sobreprotección general para todas las mujeres (que no acaba de hacerse tangible), se ignora a la mujer concreta y la diversidad de necesidades de cada una de ellas. Son estrategias que contribuyen a perpetuar el papel de las mujeres a un estado de inferioridad, vulnerabilidad e incapacidad de decidir lo que les conviene. Por otra parte, anteponer la denuncia penal, como se viene haciendo, focaliza en la víctima la responsabilidad de la violencia que sufre y refuerza una concepción sexista que la culpabiliza, interiorizada en mayor o menor medida por unas y otros. Hasta el 36,5% de personas consideran que la mujer es responsable de la violencia que sufre por no separarse, lo que, entre otras cosas, merma las posibilidades de ofrecerle apoyo. Al mismo tiempo se diluye la obligación institucional de atención y protección a las víctimas (particularmente a las víctimas mortales, escudándose en el bajo nivel de denuncias presentadas) y potencia un modelo de corresponsabilidad ciudadana reducido a presentar denuncia de los casos conocidos. Otra consecuencia de este enfoque es su contribución al bulo de las denuncias falsas. Ningún dato avala esta acusación*

---

<sup>6</sup> CARO, María Antonia. *Diez años de la ley integral contra la violencia de género: Su evaluación una tarea imprescindible*. Página abierta, 2015, no 236, p. 10-15.

*contra las mujeres y los estudios concretos la desmienten, pero ahí está en el imaginario social contribuyendo a restar credibilidad a las víctimas. Es hora de modificar la hoja de ruta. Hora de no insistir en más de lo mismo, sino anteponer el acceso a las mujeres que sufren o están en riesgo de sufrir malos tratos, dejando constancia de que será atendida su solicitud de amparo sin*

*condición previa alguna. Poner el acento en garantizarle el acompañamiento en su recorrido particular sin que la denuncia penal sea el objetivo obligado, ni para todos los casos. El fin perseguido debe ser poner los medios necesarios para que sea ella quien pueda tomar sus propias decisiones.*

## VI. EXPERIENCIAS DE LA MEDIACIÓN EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Para este apartado me veo obligada a nombrar el modelo circular narrativo de Sara Cobb, como ayuda a resolver los conflictos y a la vez, disfrutar con las soluciones elegidas, las cuales son determinadas por las partes en conflicto. Este proceso genera un pensamiento diferente en la medida que nuevos parámetros determinan la conducta de las personas implicadas.

La persona se centra sobre sus propias responsabilidades, y deja de “cargar” las mismas en otras personas. Proceso de comunicación que lleva a la persona a un adecuado desarrollo, evitando mayores conflictos. En definitiva es un aprendizaje que permite una mejor comunicación con los distintos sistemas donde el individuo está inserto.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> MUNUERA GÓMEZ, Pilar, *El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas*. Sara Cobb's circular narrative model and its techniques. 2007. Disponible en: [http://eprints.ucm.es/5678/1/Modelo\\_circular\\_narra\\_P\\_Munuera.pdf](http://eprints.ucm.es/5678/1/Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf)

## VII. CONCLUSIONES.

La mediación penal supone una apuesta por el cambio a una justicia restaurativa, donde el pilar fundamental se asiente sobre el respeto y el dialogo, la empatía y la predisposición, cuyo fin sea encontrar una la verdad consensuada de las partes. Donde se respete la verdad vista desde los ojos de la otra parte tanto como la nuestra propia.

Pudiendo, porque no, existir varias verdades, si así lo convienen las partes, todas ellas validadas y gestionadas por los sujetos en conflicto y finalmente resueltas satisfactoriamente por ellos.

Incidir nuevamente en este apartado en el tratamiento que la LOVG hace de las mujeres maltratadas, dejando al maltratador como único culpable, no ahondando en las razones que le condujeron a cometer el ilícito, observando solo el resultado y no los motivos que causaron su realización.

Y digo que el varón también es víctima al considerarla como una víctima oculta de un pasado en una unidad familiar de origen cuanto menos escasa de valores, respeto y gestión de los problemas personales y grupales, abandonado a su suerte en futuro como cabeza de familia en el

que se limitara a imitar patrones de conducta aprendidos durante la infancia, no teniendo ninguna oportunidad de mejorar, de ver que otro tipo de entorno familiar es posible, donde el respeto a la libertad de las personas que te rodean es el camino de la felicidad y la libertad personal.

De ser así, todos nosotros, como miembros de la sociedad debemos implicarnos en todos los asuntos de violencia, dejemos de ser juzgadores sin escrúpulos y consideremos nuestro grado de permisibilidad de ciertas conductas de nuestros menores, conductas que de no darle el tratamiento correcto se convertirán en caldo de cultivo de futuras víctimas del maltrato (maltratadores y maltratados)

Estoy totalmente de acuerdo con Caro, pues si las Administraciones cambiasen su hoja de ruta y antepusieran la solidad y la empatía con toda victima de la violencia de género, también el varón, sería una mejor manera de observar las carencias del sistema y las dificultades que todos ellos sufren y paliarlos de una manera radical.

# LA INTERVENCIÓN DE LOS MENORES EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN SUPUESTOS DE RUPTURA DE LA PAREJA PROGENITORA

M<sup>a</sup> BLANCA CALLEJA SANZ

*Abogada*

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

**SUMARIO:** 1.- Introducción. 2.- Argumentos a favor y en contra de la participación de los menores. 3.- Premisas a respetar para la intervención: 3.1- Encuadre sociológico; 3.2- Encuadre jurídico. 4.- Formas de participación, metodología y estrategias. 5.- La figura del mediador: su rol específico como garante del interés superior del menor. 6.- Consideraciones finales.

**RESUMEN:** La mediación familiar en supuestos de separación y divorcio adquiere un cariz particular al aparecer los hijos como terceros inmediatamente involucrados en el conflicto de base. El presente artículo propone una revisión, al amparo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de las posturas existentes en la doctrina científica acerca de la necesidad y oportunidad de incorporar a los menores en este tipo de procedimientos, siendo conscientes de que la mediación familiar no se sustrae de la visión holística y comprensiva del interés superior del niño, concebido como la realización de sus derechos.

**ABSTRACT:** Family mediation in cases of separation and divorce takes on a particular context by children involvement as individuals affected in the primary dispute. This article proposes a revision, under the International Convention on the Rights of the Child, of existing positions in the scientific doctrine on the need and opportunity to incorporate minors in this type of procedures, being aware that family mediation is not subtracted from the holistic and comprehensive view of the child's best interests, conceived as the full respect of their rights.

**PALABRAS CLAVE:** separación y divorcio, hijos menores de edad, protección de derechos, participación, mediación familiar.

**KEYWORDS:** separation and divorce, minor children, protection of rights, participation, family mediation.

## 1. INTRODUCCIÓN.

Plantear la intervención con menores en el ámbito de la mediación, en general, comporta necesariamente un previo análisis de la relación que los niños y adolescentes mantienen con el conflicto -cualquiera que sea su naturaleza-, esto es, discernir si actúan como partes directas en el mismo o si, pese a no ser los sujetos en discordia, el conflicto les afecta en algún modo, pudiendo menoscabar sus derechos o intereses. En el primer caso, como agentes activos, tienen participación en el origen del conflicto, toman decisiones y, asimismo, les afectan las resoluciones que se adopten respecto de la disputa. En el segundo caso, es preciso diferenciar, a su vez, dos posibles situaciones: que los menores aparezcan como terceros alcanzados por el conflicto, o como terceros involucrados en el conflicto. En la primera situación, los niños y/o adolescentes tienen participación en la dinámica conflictiva por alianza o coalición, influyen en las determinaciones pero no deciden, y les afecta indirectamente lo que se disponga respecto del conflicto. En la segunda situación, los menores no tienen participación en el origen del problema y no toman decisiones respecto del mismo, pero éstas les

afectan inexorablemente<sup>1</sup>.

Habida cuenta de esta diversa vinculación de los menores con el conflicto, hemos de centrar la exposición en aquellos campos específicos de actuación de la mediación en que aquélla se verifica con particular nitidez. Ello supone referirnos, por un lado, al ámbito propio de las mediaciones penal y escolar, en que los niños y/o adolescentes se configuran como partes indiscutibles, asumiendo el protagonismo en el procedimiento mediador, ostentando sus posiciones en condiciones de igualdad y debiendo responsabilizarse del conflicto en un grado acorde a su madurez. Y por otro lado, hay que aludir tanto a la mediación comunitaria como -y fundamentalmente- a la familiar, en las que se advierte el efecto expansivo del conflicto, perfilándose los menores como terceros involucrados o alcanzados por el conflicto -según su particular relación con el mismo, como

---

<sup>1</sup> Basamos esta distinción en la ponencia que, bajo el título “Niños y adolescentes en los procesos de mediación. Un aporte al desarrollo de la ciudadanía de la infancia”, fue presentada por Marcela Fernández Saldías en el Tercer Encuentro de Justicia, Red Comunal de Infancia de Viña del Mar, celebrado en marzo de 2010 en Viña del Mar (Chile).

anteriormente se ha descrito-, y en las que la intervención desde los parámetros de la mediación ha de preservar a aquéllos de fenómenos tan perniciosos como su posible cosificación o triangulación en el conflicto, debiendo conjugarse adecuadamente la presencia de su voz en el procedimiento con la limitación de su involucración en la disputa, y articulado todo ello en el marco del debido respeto por la autonomía familiar y de la irrefutable responsabilización de los adultos (lo que podría no ser óbice, a nuestro parecer, de la consideración por ellos de las opiniones de los menores).

Circunscribiéndonos al área de la mediación familiar y acotando el objeto de nuestro estudio a los conflictos suscitados en los supuestos de separación y divorcio, en que los

hijos aparecen sin duda como terceros inmediatamente involucrados, proponemos una revisión, al amparo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de las posturas existentes en la literatura especializada en la materia -que paulatinamente van tomando cuerpo en la práctica profesional de los mediadores familiares- acerca de la necesidad y oportunidad de incorporar a los niños y adolescentes en este tipo de procedimientos y las eventuales modalidades a adoptar para ello, siendo conscientes de que la mediación familiar no se sustrae de la visión holística y comprensiva del interés superior del niño, concebido como la realización de sus derechos -vinculados, en este caso, a la familia, con sus trascendentales implicaciones-

## 2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA PARTICIPACIÓN DE MENORES.

En torno al controvertido tema que nos ocupa, hemos de preguntarnos *a priori* acerca de cuál es la finalidad que sustentaría la inclusión de los niños y/o adolescentes en el procedimiento de mediación familiar. Esta crucial cuestión puede responderse siguiendo la línea de razonamiento que instala Cárdenas

(2000)<sup>2</sup>, al plantear que la incorporación de los hijos debe reforzar el objetivo prioritario de la mediación familiar, que es asistir a los padres en la creación de las mejores alternativas para conducir adecuadamente la separación de la

---

<sup>2</sup> Cárdenas, E.J. (2000) La mediación en conflictos familiares. Ed. Humanitas, Buenos Aires.

pareja y el reajuste familiar, a lo que agregaríamos el propósito nada desdeñable de coadyuvar en la contención emocional de los menores, como terceros involucrados en el conflicto, y la ulterior aspiración de que, mediante su intervención, se haga efectiva una concepción armónica del menor, integradora en su justa medida de sus dos facetas: objeto de protección y sujeto con capacidad jurídica (esto es, titular de una serie de derechos y garantías en el proceso).

Y a los efectos de dilucidar la triple finalidad enunciada conviene compendiar, de forma sistematizada, los argumentos que en la discusión académica y profesional se esgrimen en pro de la participación activa de los menores en este tipo de procedimientos. Así, podemos resaltar los siguientes: a) la participación de este grupo etario debe ayudar a potenciar los recursos de los progenitores para la toma de decisiones<sup>3</sup>; b) supone una coyuntura para que los padres decidan teniendo en cuenta el parecer de los hijos, permitiendo a aquéllos visualizar las auténticas necesidades de éstos<sup>4</sup>, fomentando, por ende, la

coparentalidad -o parentalidad positiva- y pudiendo promover, incluso, que se acuerde la custodia compartida; c) la participación presencial de los niños y/o adolescentes puede ser irremplazable como forma de evaluación de los circuitos conflictivos y de las debilidades, fortalezas y recursos de la familia<sup>5</sup>; d) el aporte de su intervención enriquecería y abreviaría el proceso<sup>6</sup>; e) los menores contribuyen a dotar de creatividad al procedimiento<sup>7</sup>, simplificándolo y favoreciendo su desarrollo. En términos de Sara Cobb, “colonizan las narrativas”, colaborando en la creación de la “historia alternativa” o “tercera historia”<sup>8</sup>; f) su participación se supeditaría a la premisa de proporcionarles un espacio óptimo para dar respuesta efectiva a su necesidad de ser y sentirse escuchados<sup>9</sup> -garantizándoles que, en todo caso,

---

<sup>5</sup> Contreras Saronic, O. (2002) Los niños en mediación familiar ¿objetos de protección o sujetos de derecho? Revista De familias y Terapias, Chile.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Cárdenas, E.J., *op. cit.*

<sup>8</sup> Suares, M. (1996) Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Ed. Paidós, Buenos Aires.

<sup>9</sup> Garay Parra, R. La participación de los niños en la mediación familiar: una práctica con sentido para ellos y para todos. Ponencia presentada en el VI Seminario Familia y Justicia: los niños, niñas y adolescentes ante la justicia de familia. Septiembre, 2011.

---

<sup>3</sup> Gianella, C. y Curi, S. (2001) Participación de los hijos en la mediación en divorcio. Documento inédito. Mendoza, Argentina.

<sup>4</sup> Cárdenas, E.J. (*op. cit.*), que sostiene que ello revela, además, a los padres la imagen que los hijos tienen de ellos, y viceversa.

sobre ellos no recae la responsabilidad de tomar las decisiones-, permitiéndoles expresar sus pensamientos y sentimientos en forma libre, y ayudándoles a gestionar sus emociones; g) Valdebenito (2013)<sup>10</sup> defiende que la intervención de los niños y niñas en la mediación propiciaría su mejor comprensión de las circunstancias y, por ende, su mejor adaptación a la nueva realidad familiar; h) Cárdenas (2000)<sup>11</sup> aduce que la participación de los menores en el procedimiento, al posibilitar que los progenitores conozcan las percepciones de sus hijos acerca de la situación en la que todos están involucrados, constituye un beneficio congruente con los postulados del enfoque sistémico de la familia, en el sentido de que “permite completar el circuito del sistema familiar”, favoreciendo la oportunidad de que padres e hijos se escuchen mutuamente, auxiliando de este modo a los primeros en su labor de búsqueda de las mejores soluciones para el núcleo familiar. Asimismo, la intervención de los menores propiciaría el mantenimiento de las relaciones de vinculación paterno-filial y la perpetuación del sentimiento de

pertenencia al grupo familiar<sup>12</sup>; i) de la concepción esencial de la mediación como forma pacífica, colaborativa y no adversarial de enfrentar un conflicto se infiere la gran utilidad de la participación de los hijos en el procedimiento, en tanto que éste se erige en una instancia formativa en el desarrollo de los mismos<sup>13</sup>; j) si, como asevera García Tomé (2008)<sup>14</sup>, la mediación familiar acelera la elaboración del duelo -porque el mediador coadyuva no sólo en la ruptura legal, sino también en la emocional- y permite una mejor aclimatación a la nueva estructura familiar, tal vez sería factible extrapolar esta conclusión al supuesto particular de un procedimiento de mediación en el que se contemple la participación de los hijos, y colegir que ello minimizaría en éstos últimos los problemas derivados de la separación/divorcio (evitándoles culpabilidades, protagonismos indebidos y manipulaciones); k) la participación de

<sup>10</sup> Valdebenito, C. (2013) Presencia de los niños y niñas en la Mediación Familiar en Chile. RUMBOS TS, año VII, N° 7.

<sup>11</sup> Cárdenas, E.J., *op. cit.*

<sup>12</sup> Romero Navarro, F. (2007) La construcción social de la parentalidad y los procesos de vinculación y desvinculación padre – hijo. El papel del mediador familiar. Revista de Ciencias y Orientación Familiar, nº35.

<sup>13</sup> Soares, M., *op.cit.*

<sup>14</sup> García Tomé, M. (2008) La mediación familiar en los conflictos de pareja. Revista Documentación Social, nº 148. Monográfico: La mediación: caja de herramientas ante el conflicto social.

los niños y adolescentes en la mediación podría suponer la oportunidad de poner en acto la potencialidad de una destreza del ser humano que debiera ser promovida desde la niñez: la resiliencia, definida por Grotberg (1998) como “la capacidad humana universal para hacer frente a las adversidades de la vida, superarlas o incluso ser transformado por ellas”<sup>15</sup>, auspiciando de esta forma la construcción de una personalidad resiliente; l) la intervención de los hijos menores de edad en la mediación familiar los personaliza<sup>16</sup> y activa su conciencia de ser sujetos de derecho permitiendo, por ende, deconstruir el imaginario social imperante acerca de la infancia; m) Cárdenas (2000)<sup>17</sup> preconiza también su incorporación porque ello implica dar cumplimiento a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>18</sup>, que consagra, entre otros, el derecho del niño/a de ser informado y dar su opinión en todos los procesos en que

se dirima algún asunto que le concierna (se trata, esencialmente, de los llamados “derechos de participación”, previstos en los artículos 9.2, 12 y 14)<sup>19</sup>.

Pese a las ventajas mencionadas en este apartado, no podemos obviar el hacer alusión a los peligros que puede entrañar la integración de los hijos en la mediación familiar. Al respecto, nos serviremos de nuevo de las reflexiones de Cárdenas (2000), para quien los riesgos asociados a la participación de los menores se hallarían en directa relación con el establecimiento de alianzas entre algunos integrantes del sistema familiar en contra del resto, pudiendo ser utilizados los hijos a estos efectos, interfiriendo de esta forma en el delicado equilibrio de lealtades y afectos que juegan en este entorno, en

---

<sup>19</sup> Conviene precisar que todos los argumentos referidos y, en particular, estos derechos -como vamos a exponer a continuación- debieran articularse y aplicarse bajo el prisma de dos principios sustanciales: “*el interés superior del niño*” (establecido en los arts.3, 9.1 y 3, y 18.1 de la Convención, y que resulta ser, además, un principio rector de la propia institución de la mediación -contenido en la Recomendación n° R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar-, así como un principio informador de nuestra legislación) y “*la autonomía progresiva*” (principio que propone Cillero (1999), infringiéndolo del art.5 *in fine* de la Convención).

---

<sup>15</sup> Henderson Grotberg, E. (2006) La resiliencia en el mundo de hoy. Ed. Gedisa

<sup>16</sup> Cárdenas, E.J., *op. cit.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> Esta normativa internacional ha sido ratificada por España por Instrumento de 30 de Noviembre de 1990, entrando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno -conforme al art.1.5 del Código Civil- desde su publicación en el BOE el 31 de diciembre de 1990.

el que los niños/as deben ser especialmente cuidados y protegidos<sup>20</sup>.

Pues bien, según nuestro parecer, estas consideraciones no hacen sino poner de relieve la necesidad de que la incorporación de los menores en el procedimiento de mediación familiar se verifique en un marco predeterminado, adaptándose a las peculiaridades de cada caso en particular, siguiendo unas directrices bien asentadas y extremando las cautelas para eludir estos escollos y poder dar efectividad a los beneficios que de esta forma reportaría su participación<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Según este autor, su inclusión podría resultar aventurada porque puede involucrarlos en el conflicto más de lo que lo están, oficializar que tomen partido, permitir que hablen por otro, provocar la retirada de la mediación de un progenitor o motivar que alguno de los padres se sienta no querido o descalificado por el hijo. *Vid* Cárdenas, E.J., *op. cit.*

<sup>21</sup> Para un análisis exhaustivo de los efectos de la inclusión de los hijos en el procedimiento de mediación en casos de separación conyugal puede consultarse: McIntosh, J. (2000) Child Inclusive Divorce Mediation: Report on a Qualitative Research Study. *Mediation Quarterly*, Vol. 18, number 1. Las conclusiones de este estudio parecen ratificar que la participación de los hijos en este tipo de mediaciones podría resultar conveniente y provechosa para todos los miembros de la familia involucrados en el conflicto.

### 3. PREMISAS A RESPETAR PARA LA INTERVENCIÓN.

La mediación familiar en supuestos de separación o divorcio, en la medida en que tenga como receptores principales del resultado de la misma -y, por tanto, como “beneficiarios” de la solución coyuntural- a los hijos menores de edad, remite, ineludiblemente y de forma inmediata, a su conexión con el carácter tuitivo y garantista de la legislación de referencia -integrada por un particular núcleo normativo de “ius cogens”, en el que se ubica el principio del interés superior del menor-, con el interés público de la materia y con las limitaciones a la posibilidad de disposición sobre los sujetos intervinientes y materias en conflicto (como consecuencia de la naturaleza imperativa de las normas aplicables - como hemos dicho-) , todo lo cual repercute, necesariamente, en la configuración y desarrollo de la mediación en sí misma.

Ello hace indispensable la determinación de un previo enfoque sociológico y jurídico de la cuestión que abordamos, que haga viable el enmarcar la intervención atendiendo a una serie de parámetros indefectibles, a los que habrá que atenerse para fijar, ulteriormente, las pautas metodológicas y estratégicas a seguir en el procedimiento de mediación, para poder acometer nuestra empresa con los resultados pretendidos.

Se advertirá, de esta forma, la dialéctica intrínseca en la figura del menor, inmerso como está en la complejidad de su naturaleza dual, en tanto entidad provista de dos facetas coexistentes: objeto de protección - sujeto de derechos. Y en la dificultad de conciliar en debida forma ambas dimensiones, estriba precisamente lo arduo de la labor encaminada a lograr un amplio consenso al respecto.

Dicho esto, tras un exhaustivo análisis de la literatura especializada, creemos intuir que el quid de la cuestión planteada podría hallarse en el principio del “interés superior del niño” -concepto jurídico indeterminado en cuya exégesis nos proponemos ahondar-, propugnado desde la propia Convención de los Derechos del Niño, que supuso un punto de inflexión en la forma de concebir a la infancia y su relación con el Estado, con la familia y con la comunidad, y que ha desembocado en el paradigma de la “protección integral del niño” -cuya base entronca con la doctrina del pleno respeto de los Derechos Humanos-, consagrado, en nuestro caso, ya en el art. 39.2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 -como principio general informador de nuestro sistema jurídico, singularmente en los ámbitos del Derecho de la Persona y del

Derecho de Familia-, y en cuya significación vamos a profundizar.

### **3.1.- Encuadre sociológico.**

Desde mediados del siglo XX y con mayor ímpetu a finales del mismo comienza a emerger “la nueva sociología de la infancia”, que al ser un enfoque centrado en la vivencia de los niños/as y adolescentes -entendida como una forma racional y sistematizada de concebir las cuestiones existenciales, con sus particulares comportamientos y modos de inserción en la vida comunitaria-, permite comprender a este grupo etario como un componente permanente de la estructura social -junto con los jóvenes y los adultos-, que se relaciona e interactúa constantemente con el resto de integrantes del mismo entramado<sup>22</sup>.

Esta teoría estructural de la sociología de la infancia promueve, por lo antedicho, la identificación de la infancia como con un constructo socio-cultural, esto es, una categoría social que entraña un bagaje cultural unívoco -pese a la existencia de peculiaridades-, compuesto de significados y relaciones sostenidos por niños/as y adolescentes de las más diversas latitudes, que permite apreciar

en ellos mayores similitudes que divergencias, y que faculta para su reconocimiento como “sujeto social”, que interactúa en la vida comunitaria y que debe ser respetado e incorporado activamente en el plano personal y colectivo, desde la familia hasta la sociedad global. Y desde este planteamiento se rebasa igualmente la valoración de la infancia como condición incompleta -lo que remite a la calificación de este grupo por la sociología tradicional como “tiempo intermedio”, no precisado de consideración (pues dicha disciplina no integra el tiempo presente de los niños/as y adolescentes, sino que trabaja, más bien, en relación al pasado o al futuro de este colectivo) -, instaurándose la noción de “infancia re-presentada”, que se establece en directa relación a la edad evolutiva de los niños/as y adolescentes, consintiéndoles así construir su propia representación de la realidad en que viven, aunque la misma resulte mediatizada por la interacción con su entorno social y afectivo, pues los conceptos culturales, valores e ideas que aprenden son “interpretados y validados” desde el encuentro con los adultos significativos y sus particulares maneras de entender el mundo<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Gaitán, L. (2006) *La nueva sociología de la infancia*. Madrid. Editorial Síntesis.

---

<sup>23</sup> Smith, A. y Taylor, N. (2010) *Escuchando a los niños*. México. Ediciones Fondo de Cultura Económica.

De esta forma, se propicia el necesario reconocimiento de las especificidades de que está provista cada etapa en la vida del ser humano, impulsándose la creación de instrumentos y modalidades que den cuenta de las mismas, sin afectar al ejercicio de los derechos connaturales a la especie humana. Se generan así, por lo que respecta a la infancia, criterios como el de “autonomía progresiva”, desde cuyo paradigma cobra fuerza la participación de los niños/as y adolescentes en la vida social de su propia cultura, potenciándose la adquisición por los mismos de nuevas competencias personales y sociales, que han de favorecer su inserción activa en la cultura a la que pertenecen, con el innegable impacto que ello tiene en el desarrollo, por parte de aquéllos, de aptitudes cívicas y de la capacidad de responsabilización, siempre acorde a su edad y condiciones de madurez.

Por otra parte, conviene reseñar el aporte que ha supuesto la teoría general de sistemas en el cambio de concepción -por lo que aquí nos interesa- de la unidad familiar, que pasa a ser concebida, desde la epistemología sistémica, como un todo en el que no sólo son importantes los elementos del sistema -personas: hombres, mujeres / niños, adultos-, sino también las relaciones y formas de vinculación que se establecen entre todos ellos. A su vez, la familia está compuesta por varios subsistemas - conyugal, parental y fraterno- que

coexisten interconectándose, formando una red de relaciones de causalidad circular, de tal modo que lo que un elemento del sistema realice produce efectos en los otros y genera una determinada reacción como respuesta, la que a su vez genera otras, en un proceso de retroalimentación continuo no lineal. Estos subsistemas interactúan en distintos niveles y en forma simultánea -a la vez que se es padre, se es esposo; a la vez que se es hijo, se es hermano- con las singularidades propias de cada familia, y todo ello en un contexto estructural en movimiento, pues la familia atraviesa por distintas etapas en el transcurso del tiempo que implican cambios para todos sus integrantes, y que requieren de un permanente reajuste para poder seguir funcionando como unidad integrada.

Pues bien, la familia está llamada a responder a las nuevas demandas que se planteen, proveyendo de mecanismos flexibles de adaptación capaces de registrar y cubrir las necesidades e intereses de todos los miembros del grupo familiar. Y ante una eventual separación de la pareja que dio origen a la familia, pese a implicar un proceso no exento de dificultades y conflictos, si los padres son capaces de asumir aquélla como una posible etapa dentro del ciclo evolutivo familiar, que comporta la disolución del subsistema conyugal pero no del parental, será posible una re-definición del escenario familiar, en

términos acordes con un enfoque proteccionista de los derechos de la infancia -incluyendo el de participación-, que garantice el pleno respeto del libre desarrollo de la personalidad de los menores, apostando por la funcionalidad del propio sistema familiar, en el que los progenitores continuarían desempeñando sus funciones parentales con la mayor normalidad posible.

A estas aportaciones de la teoría estructural de la sociología de la infancia y de la teoría familiar sistémica se muestra afín el procedimiento de mediación, desde el cual, al darse cabida a la intervención de los menores bajo unos parámetros preestablecidos, se estaría potenciando la salvaguarda del interés superior del niño, contribuyendo, además, a la “valorización del espacio democrático al interior de la familia”<sup>24</sup>.

### 3.2.- Encuadre jurídico.

Para fundamentar y enmarcar la participación de los menores en el procedimiento de mediación familiar desde el punto de vista jurídico, procede partir de los postulados preconizados por la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>25</sup>, cuya

promulgación vino a concretar la aspiración de la comunidad internacional de congregar, en un solo cuerpo legal, el conjunto de principios y derechos del niño universalmente reconocidos.

La Convención se propone como objetivos “*reafirmar que los niños, como seres humanos, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de los niños; establecer derechos propios de los niños;...; regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia, y limitar las actuaciones de las autoridades*”<sup>26</sup>, y su regulación comprende no sólo las principales normas sobre derechos humanos ya previstas en otros instrumentos internacionales - como el derecho a la vida o la libertad de expresión- sino que propugna también derechos que vienen a cubrir las necesidades propias de los niños como personas, en las distintas etapas de su estadio evolutivo, derechos que la doctrina científica ha sistematizado en las siguientes categorías: (a) *derechos de provisión*, (b)

---

<sup>24</sup> Valdebenito, C., *op. cit.*

<sup>25</sup> en adelante, la Convención.

---

<sup>26</sup> Cillero, M. (1999) *Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios*. En: *Derecho a Tener Derechos*, Tomo IV, Montevideo, UNICEF-IIN.

*derechos de participación y (c) derechos de protección*<sup>27</sup>.

De esta forma, resulta obligado inferir que toda decisión que haya de afectar a un niño debiera ser necesariamente respetuosa con dicha proclamación de derechos, comprensiva de todas las dimensiones del niño en cuanto ser humano, por lo que habría de ser una realidad omnipresente en toda sociedad, materializándose en la práctica cotidiana de las más diversas instituciones. Y conforme a una interpretación exegética del texto de la propia Convención, podría entenderse, inclusive, que tal aspiración se explicita en la misma, al haberse acuñado la expresión “interés superior del niño”<sup>28</sup>,

---

<sup>27</sup> Salazar Villarroel, D. (2009) Mediación, Ruptura de Pareja y Derechos del Niño. Revista Crea, N°6, Año 6.

<sup>28</sup> Este principio tiene su trasunto en el derecho interno español, apareciendo arraigado como criterio rector del Derecho de Familia vigente. Se desprende con meridiana claridad del artículo 39.4 de la Constitución (aunque también merece ser destacado, por su especial significación en orden a la determinación del interés superior del menor, el principio constitucional del “libre desarrollo de la personalidad” -artículo 10.1 de la Constitución-, puesto que tal principio, que encabeza el título destinado a tratar de los derechos y libertades fundamentales, debe considerarse, dentro del sistema constitucional, “como punto de arranque, como un prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás

que se erige en principio informador de todo su articulado, previéndose expresamente, con carácter general, en el artículo 3.1, y con carácter particular, en el ámbito del principio de la convivencia familiar, que también ampara la Convención<sup>29</sup> (artículos 9.1, 9.3 y 18.1).

La dificultad radica, entonces, en determinar lo que deba entenderse por “interés superior del niño”<sup>30</sup>,

---

*derechos*”, según declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985), y de diversos preceptos del Código Civil (*cf.* arts. 92, párr. 2º, 156, párr. 5º, 159, 161, 170, párr. 2º y 216, entre otros), así como de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que como novedad esencial incorpora en su artículo 2 la consideración del “*interés superior de los menores*” como norma de solución de conflictos “*sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*”, reiterando el principio general del “favor minoris” en buena parte de su articulado.

<sup>29</sup> Este principio, enunciado en forma general, señala a la familia como el núcleo básico sobre el que se sustenta el desarrollo del ser humano y comprende el derecho del niño a tener una familia, a ser cuidado por sus padres y a vivir preferentemente con ellos, a mantener relaciones con sus padres si éstos se separan y a crecer y desarrollarse en el seno de una familia.

<sup>30</sup> Conviene precisar que, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, se refieren a este principio con terminología diversa (principio del “interés superior del menor”, del “favor minoris”, “favor filii”, “bonum filii”).

enunciado impreciso al que hemos de aproximarnos desde las consideraciones efectuadas por diversos autores, que sin duda coadyuvan en su mejor intelección. En tal sentido, citaremos las siguientes: 1) Cillero defiende que el interés superior del niño no es otra cosa que “*la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos: interés y derechos, en este caso, se identifican*”<sup>31</sup>; 2) en similares términos se pronuncia Rivero, quien, tomando como referencia nuestro derecho interno en materia de familia, afirma que la noción de “interés del niño” constituye un criterio rector a tener en cuenta ante cualquier situación que involucre los derechos del niño. En términos jurídicos, este interés consistiría en “*salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad*”<sup>32</sup>; 3) Por su

---

<sup>31</sup> Cillero, M. (1999) El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niños. En: Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, Chile.

<sup>32</sup> Rivero Hernández, F. (1997) El derecho de visita, J.M. Bosch Editor, Barcelona. En esta obra se exponen, además, algunas de las claves que el derecho anglosajón -de larga tradición en esta materia-, y en concreto la guía The Children Act (1989), ofrece para ilustrar el sentido y alcance del principio del bienestar del niño (“child welfare”), que podríamos equiparar al

parte, José Luis Utrera Gutiérrez, juez de familia de Málaga, propone como criterios objetivos que servirían de guía de aplicación práctica del concepto “interés del menor” los siguientes: a) *la perspectiva del menor*; b) *la perspectiva familiar*; c) *la perspectiva social*; d) *la perspectiva institucional*.

Expuesto lo anterior, es fácil colegir que el “interés superior del niño” es un concepto jurídico relativamente<sup>33</sup> indeterminado y abstracto que requiere de concreción en cada caso en particular, a efectos de garantizar el desarrollo óptimo de la personalidad del menor en todas sus dimensiones -afectiva, intelectual, corporal, social, espiritual-, y que le

---

concepto que nos ocupa, dada su innegable similitud.

<sup>33</sup> Hablamos de indeterminación relativa -y no absoluta- de dicho concepto porque entendemos que el legislador interno se ha preocupado de declarar determinados derechos del menor que, implicando como todos los de su especie -derechos subjetivos- la consagración de determinados bienes como jurídicamente protegidos, se presentan, en definitiva, como elementos definidores del interés del menor genéricamente considerado (artículos 172.4, 234 y 304 del Código Civil español, y sobre todo los artículos 3 a 11 de la LO 1/1996, ya citada). Y también porque la doctrina (y en menor grado, la jurisprudencia) ha realizado sugerentes aportaciones en la búsqueda del interés del menor en abstracto.

confiere el status de “sujeto autónomo de especial protección”, con derecho a ser titular de su formación, a formular sus opiniones y a hacerlas valer en la generación de decisiones relativas a su existencia, primando su interés por encima de todos los demás que pudieren concurrir.

En síntesis, bajo el auspicio de este principio rector de la Convención, se ha devenido en el paradigma de la “protección integral del niño”, al que se concibe como sujeto de derechos exigibles y de potencialidades cuyo desarrollo debe propiciarse y ampararse, una entidad con plena titularidad de todos los derechos inherentes al ser humano, provista además de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico, que hace prevalecer su interés sobre cualquier otro, y que sitúa el pilar fundamental sobre el que sustentar el desarrollo evolutivo del menor en la familia.

Vemos, pues, que en la identidad del niño convergen dos aspectos que es preciso conciliar en forma armónica y respetuosa con la normativa vigente: su índole de sujeto autónomo de derechos y su condición de objeto de especial protección. De esta forma, la cuestión a dilucidar aquí es cómo este sujeto de derechos puede llegar a ejercerlos autónomamente en una coyuntura en que, por su singular situación vital, podría no hallarse en condiciones de hacerlo, habida cuenta además de que

*“el propio ordenamiento jurídico no le adjudica autonomía plena, debido a consideraciones de hecho -que tienen que ver con su madurez- y de derecho, referidas a la construcción jurídica tradicional de los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres”<sup>34</sup>.*

Este dilema entre la titularidad de los derechos y la forma de ejercerlos en forma autónoma y plena ha sido abordado de manera sugestiva por Miguel Cillero<sup>35</sup>, quien, en un intento de soslayar dicho escollo, sostiene que el artículo quinto de la Convención ofrece una salida, al disponer que los padres deben orientar y guiar al niño *“en consonancia con la evolución de sus facultades”*.

Así pues, conforme a la tesis de este autor, el inciso final de dicho precepto estaría facultando al niño para un ejercicio directo, paulatino y progresivo de los derechos de que es titular, con la dirección y orientación de sus padres -o de la persona o institución que los tenga a su cargo-, conforme a la evolución de sus capacidades, es decir, en la medida en que su edad y su madurez cognitiva se lo permitan. De ahí la máxima *“autonomía progresiva”* que propone Cillero, considerándola como un criterio hermenéutico al que acudir en

---

<sup>34</sup> Cillero, M. El interés superior, *op. cit.*

<sup>35</sup> Cillero, M. Infancia, Autonomía y Derechos, *op. cit.*

la aplicación de todas las normas contenidas en la Convención.

En función, entonces, del principio de autonomía progresiva, se obliga a los padres, a los miembros de la familia ampliada o a quienes legalmente corresponda el cuidado del niño a calibrar, caso o caso, si el menor en particular está en condiciones de ejercer autónomamente el o los derechos en cuestión -de entre los consagrados en la Convención-, en atención a su edad, madurez, estado emocional, compromiso afectivo con los padres, entorno familiar, relaciones con la familia extensa, etc.<sup>36</sup>

Y en consonancia con lo expuesto pueden apuntarse, respecto del principio de autonomía progresiva, dos

---

<sup>36</sup> La autonomía progresiva no ha de interpretarse, por tanto, como un proceso gradual de aumento de la intensidad de los derechos según la edad del menor -pues “no hay edad del niño y no hay ámbito institucional o informal de las relaciones niños-adultos en el cual la vigencia del principio normativo sea menos intensa”, sino que dependerá de las especificidades de su persona y de la etapa de desarrollo que atraviesa la manera como habrá de garantizarse a cada niño sus derechos a ser escuchado, a participar, etc. *Vid* Baratta, A. (1999) Infancia y democracia, en Bisig, E. (coord.) Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina y el Caribe: propuesta didáctica, Tomo IV, Montevideo, UNICEF-IIN.

consideraciones ulteriores: 1) que el mismo no sólo ha incidido en el sistema tradicional de regulación de la capacidad de las personas, sino que también, y correlativamente, ha repercutido en la comprensión de la patria potestad y de las instituciones tutelares, que desde esta normativa son concebidas como un instrumento específicamente configurado en interés y beneficio del niño, para asegurar que el mismo ejerza sus derechos, y no como un sistema de sujeción de las personas menores de edad<sup>37</sup>; 2) que, parafraseando a Ferrajoli<sup>38</sup>, este principio constituiría una garantía para el menor, en cuanto vínculo normativo idóneo en aras de la efectividad de los derechos subjetivos del niño.

Recapitulando todo lo formulado en este apartado, podemos decir que la Convención de los Derechos del Niño se funda en ciertos principios -entre los que hemos destacado como esenciales *el interés superior del niño, la autonomía progresiva, la convivencia familiar y la protección integral del niño-*, de los cuales participa plenamente la mediación familiar, imbuida como está del objetivo prioritario que comparte

---

<sup>37</sup> González Perret, D. (2002) La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia. En: Revista Justicia y Derechos del Niño, 3er Tomo, UNICEF – Argentina.

<sup>38</sup> Ferrajoli, L. (1995) Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid.

con la Convención: el resguardo y la protección efectiva de los derechos del menor. Y del mismo modo, la Convención reconoce una serie de derechos que son respaldados y preservados en el contexto de la mediación como estrategia de resolución de conflictos desencadenados por la ruptura de pareja, derechos que hemos agrupado *ut supra* en tres categorías: *derechos de provisión, derechos de participación y derechos de protección*.

En este sentido, y centrándonos en el tema objeto de nuestra disquisición, estimamos que los denominados *derechos de participación* -esto es, el derecho del niño/a de ser informado y dar su opinión en todos los procesos en que se dirima algún asunto que le afecte<sup>39</sup>- debieran entenderse y aplicarse, también en el ámbito de la mediación familiar, desde la óptica del principio del interés superior del niño, habiendo de ser modulados en la praxis conforme a las determinaciones de la autonomía progresiva, y todo ello en el marco imperativo del debido respeto al paradigma de la protección integral del menor.

Atendiendo a este planteamiento, hemos de refutar, respecto de la participación de los menores en el procedimiento de mediación en supuestos de separación/divorcio, la

alternativa propuesta -frente a las ya tradicionales opciones contempladas en la literatura especializada, esto es: no hacerlos participar en modo alguno, puesto que el conflicto es de los padres, o bien hacerlos participar expresando su opinión, siendo informados de los objetivos del proceso en el que están inmersos sus padres- por Mary Ann Mason<sup>40</sup>, según la cual ha de hacerse participar a los niños en igualdad de condiciones con sus padres en el procedimiento de mediación, como partes directas del mismo. Rehusamos esta propuesta no sólo porque los menores no sean -como ya dijimos- partes directas o protagonistas del conflicto (aunque sí terceros inmediatamente involucrados), sino porque ello implicaría necesariamente la asunción por parte de los menores de una “cuota de responsabilidad” en la toma de decisiones, lo cual no debe competelerles en absoluto, pues ni la disputa origen del procedimiento es suya, ni la carga -jurídica y ética- de resolver lo pertinente en este caso les incumbe. Lo que la citada autora enuncia bajo el término por ella acuñado “*right to consent*”, esto es, el derecho de los niños/as a consentir, y por tanto a decidir -con la consiguiente responsabilización de los menores, entonces, por las opciones por las que

---

<sup>39</sup> Enunciados, básicamente, en los artículos 9.2, 12 y 14 de la Convención.

---

<sup>40</sup> Mason, M.A. (1999) *The custody wars. Why children are losing the legal battle and what we can do about it*, Basic Books, New York.

se hubieren decantado-, es inviable -a nuestro juicio- en este contexto específico de la mediación, y bajo los parámetros legales expuestos -condensados en la máxima de la protección integral del niño-, pues es menester recordar aquí las trascendentales implicaciones que las decisiones a adoptar en este tipo de situaciones de crisis familiar conllevan -con su innegable alcance en cuanto al crecimiento y desarrollo óptimo de los menores-, que en ningún caso deben atañer a los niños/as, siendo como son los progenitores (o en su caso, los representantes legales de los menores) los que han de asumir “*la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño*”, debiendo ser su “*preocupación fundamental*” “*el interés superior del niño*” (art. 18.1 de la Convención).

Así pues, la alternativa por la que apostamos en esta materia es la de hacer participar -en principio- a los menores en el procedimiento de mediación, para que se escuche su parecer en un foro adecuado y para que, asimismo, sean debidamente informados (según prescribe el art. 9.2 de la Convención, “*en cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas -en este caso, a los niños/as y adolescentes, como terceros inmediatamente involucrados- la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus*

*opiniones*”<sup>41</sup>). De esta forma, engarzamos con los condicionantes o límites subjetivos<sup>42</sup> de la intervención de los menores en este tipo de procedimiento<sup>43</sup>. Y en este punto, es obligado continuar el análisis desde las pautas que marca la propia Convención en su artículo 12.1: “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*”,

---

<sup>41</sup> En nuestro derecho interno, el principio general de audiencia del menor está previsto en el art.9 de la LO1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

<sup>42</sup> Es preciso referirse a ellos porque, si bien los menores tienen plena capacidad jurídica -esto es, aptitud para ser titular de derechos inherentes a la persona-, como así lo recuerda nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 141/2000, de 29 de mayo, su capacidad de obrar -esto es, aptitud para ejercitar los derechos de que se es titular- está, en cambio, legalmente restringida por razones obvias; si bien, “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*” (art. 2.2 de la LO 1/1996).

<sup>43</sup> Por lo que respecta a la figura del mediador, como interviniente necesario en la resolución del conflicto, dedicamos un capítulo específico más adelante para su tratamiento.

y sin perder de vista lo dispuesto en el artículo 14: “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*”.

Los criterios, pues, a considerar en la evaluación de la participación de los menores en la mediación serían su edad, madurez y capacidad de formarse un juicio propio<sup>44</sup>; dicho en otros términos, todo apunta a la necesaria valoración previa por el agente mediador, por un lado, de las posibilidades reales de sometimiento del menor al procedimiento de mediación, y por otro, de la verosimilitud, consistencia y no condicionamiento de la voluntariedad de la participación del menor en el referido procedimiento, así como de la real comprensión por el mismo tanto de su contenido, como de sus objetivos. Se trata, en definitiva, de la evaluación de lo que podríamos denominar “capacidad natural” de los menores<sup>45</sup>. Y en íntima conexión con

ello, también deberá considerarse si su participación ha de ser directa o mediante alguna fórmula de representación, pues a estos efectos prescribe también la Convención, en su artículo 12.2, que “*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*” Con respecto a este extremo, hay que tener presente que, de estimarse la conveniencia de la intervención de los menores por medio de representante legal, éste habrá de actuar siempre en interés del niño. Y en todo caso, ante la “tentación” de considerar que la participación directa de los hijos no es pertinente, toda vez que “su voz” estaría suficientemente representada en el procedimiento por sus padres -como titulares de la patria potestad-, cabe recordar que dicha representación legal no es ilimitada, pues se exceptúan de la misma, entre otros, “*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”<sup>46</sup>, entre los cuales se incluyen, sin ningún género de duda, el derecho a ser oídos y a ser informados.

---

<sup>44</sup> Igualmente habría que tener en cuenta las características específicas del conflicto planteado y las circunstancias contextuales (dado que el mismo tipo de conflicto -en este caso, la separación o divorcio-, adquiere matices singulares y propios en cada familia).

<sup>45</sup> Vemos, pues el juego del principio de autonomía progresiva, con algunos aditamentos. No obstante, en el siguiente apartado abordaremos la cuestión de a quién corresponde -o debería corresponder- decidir finalmente la

---

incorporación de los menores al procedimiento de mediación.

<sup>46</sup> Art. 162.1º de nuestro Código Civil.

Por otra parte, la Convención se refiere expresamente a la posibilidad de que los menores sean escuchados “*en todo procedimiento judicial o administrativo*” que les afecte (siempre que estén en condiciones de formarse un juicio propio, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez). Pues bien, nuestra postura es defender la posibilidad de que los menores participen, en los mismos términos y con iguales cautelas y garantías<sup>47</sup> -ya que, como vamos a ver, el mediador se erige en “garante del interés superior del niño”- en el procedimiento de mediación familiar, pues apreciamos identidad de razón entre lo ventilado en un procedimiento contencioso de separación/divorcio y lo dirimido en un procedimiento de mediación familiar con el mismo conflicto de base, por lo que, conforme al artículo 4.1 del Código Civil español, propugnamos la aplicación analógica del artículo 92.6 del mismo cuerpo legal<sup>48</sup> para sustentar

<sup>47</sup> es decir, de la misma forma que en los procedimientos judiciales en los que, como advierte el artículo 9 de la LO 1/1996 ya citada, “...las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad”.

<sup>48</sup> Art. 92.6 del Código Civil: “*En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime*

jurídicamente esta intervención y cubrir la laguna existente<sup>49</sup>.”

Resta referirse por último, en este encuadre jurídico, a los límites ejecutivos, es decir, al grado de

---

*necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.*

<sup>49</sup> El caso de la Comunidad Autónoma catalana es peculiar, pues la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña prevé en su artículo cuarto, bajo la rúbrica “*personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación*”, lo siguiente: 1. “*Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las personas que tienen capacidad y un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación*”. | 2. “*Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora*”. No obstante, hay que tener en cuenta que se trata de una norma que abarca, en sentido amplio, conflictos de derecho privado y que Cataluña fue la primera de las CCAA en legislar en materia de mediación familiar, lo que le ha permitido contar con un amplio bagaje en la aplicación de la misma.

obligatoriedad y posibilidades de exigencia de los compromisos adquiridos por los padres en el procedimiento de mediación familiar, y a su valor como tales. En este sentido, sólo indicaremos que, siempre que se resuelva sobre cuestiones relativas a los hijos menores de edad - desprovistas de carácter dispositivo-, su eficacia jurídica queda supeditada a su homologación judicial, para proteger el interés superior del menor, lo que revela el interés público existente en esta materia<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Corrobora este carácter la intervención del Ministerio Público, que participa en la concreción del interés de los menores; en concreto, su intervención debe preverse siempre en el supuesto de mediación intrajudicial (con precisa referencia a los procedimientos matrimoniales, conforme al artículo 92, párrafo 3º del Código Civil español, y de acuerdo con la D. A. 8ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, el Ministerio Fiscal será parte siempre que los hijos sean menores); y en el marco de la mediación extrajudicial, siempre que los acuerdos adoptados afecten a los hijos menores precisarán de la correspondiente homologación judicial, siendo entonces necesario dar traslado al Ministerio Fiscal.

#### 4. FORMAS DE PARTICIPACIÓN, METODOLOGÍA Y ESTRATEGIAS.

Antes de entrar de lleno en consideraciones técnicas, hemos de abordar el interrogante relativo a quién -y cómo- ha de decidir si los niños/as y adolescentes participan en el procedimiento de mediación. Al respecto, constatamos en la doctrina comparada dos posiciones: 1) un enfoque<sup>51</sup> pone el acento, como factor preeminente, en la cultura identificable al interior de la familia. Desde esta perspectiva, el mediador habría de indagar ante qué tipo de familia se halla, efectuando un diagnóstico en función de la estructura, roles y jerarquía que observe en la misma, para dictaminar entonces acerca de la conveniencia o no de escuchar a los hijos, y la forma de hacerlo. Este planteamiento es criticable en el sentido de que, al dejar exclusivamente en manos del mediador la decisión de traer o no a los menores a mediación se estaría quebrantando, en alguna forma, el principio de voluntariedad que preside el procedimiento y la máxima de que el poder reside en las partes, en tanto que son éstas últimas -en este caso, los padres- quienes deben decidir por sí mismos su participación, y por ende podría entenderse también que es

a ellos a quienes corresponde igualmente disponer sobre la intervención de sus hijos, en tanto titulares aquéllos de la patria potestad sobre éstos, que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos; 2) otra perspectiva es la que defiende que la decisión de incluir o no a los hijos en la mediación ha de corresponder, en todo caso, a los padres, es decir, debe tratarse de una opción que se les brinde, y no de una imposición del mediador, lo cual parece más acorde con la propia “idiosincrasia” de la mediación. No obstante, este punto de vista adolece de cierto inconveniente en el caso de familias autocráticas, pues esta forma de proceder podría producir el efecto indeseado de legitimar la cultura intrafamiliar, haciéndose eco de las pautas rígidas y autoritarias prevalentes, no pudiéndose satisfacer entonces el imperativo ético de empoderar a los participantes en el procedimiento de mediación. De aquí la importancia de que el profesional que asuma la dirección del proceso cuente con la debida formación y sea lo suficientemente perspicaz y habilidoso como para encauzar a las partes hacia la mediación y hacia la participación en la misma de todos los afectados, en la forma más conveniente.

---

<sup>51</sup> Haynes, J. (1995) Fundamentos de la Mediación Familiar, Ediciones GAIA, Buenos Aires; Gianella, C. y Curi, S. *op. cit.*

Esta segunda orientación es la seguida por especialistas como Trinidad Bernal, quien sostiene que los niños habrán de ser escuchados sólo si los progenitores así lo desean<sup>52</sup>, o Marínés Suares, que manifiesta que son ambos padres los que deben decidir si es necesario y adecuado que sus hijos/as participen en la mediación -en aras de la denominada “representatividad del niño o niña”, en consideración a que son los padres los representantes legales de sus hijos hasta que éstos alcancen la mayoría de edad<sup>53</sup>. De esta misma opinión es Cárdenas<sup>54</sup>, aunque su propuesta explícita un matiz que -a nuestro juicio- no debe pasar inadvertido, pues al referirse a que la participación de los menores en la mediación ha de ser “*opcional y ordenada*”, parece querer hacer hincapié en el trabajo colaborativo previo que en este sentido

deben hacer conjuntamente los padres con el/la mediador/a -quien en este punto interviene, esencialmente, en calidad de “garante del interés superior de los menores”-, aunque sin dejar de respetarse la premisa indiscutible de que el poder de decisión reside en los participantes. Así pues, con el calificativo de “*opcional*” alude este autor a que la participación de los niños/as corresponde, inicialmente, a una decisión que deben tomar voluntariamente todos los involucrados en el conflicto, es decir, los padres de mutuo consenso, con apoyo del mediador/a, y se debe incorporar el parecer del niño/a en la determinación final, entendiéndose que dicha participación sólo se dará si la opinión del niño/a es favorable a su intervención en la mediación; en caso contrario, no procederá su presencia, respetándose así el interés personal del niño/a respecto de su propia participación.

Y complementariamente, con el término “*ordenada*” Cárdenas pretende describir que la participación ha de organizarse con carácter precedente, a los efectos de disponer de un esquema consistente de intervención para el niño/a, sistematizado y definido con anticipación con el propósito de que sea respetado, para que de esta forma se dé cumplimiento a los requerimientos que pueda presentar el/la menor, así como también a los objetivos programados por los padres y el/la mediador/a en el marco inicial.

---

<sup>52</sup> Bernal Samper, T. (2008) *La mediación, una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 4ª ed., Colex, Madrid.

<sup>53</sup> No obstante, esta autora es una firme defensora de la participación de los menores en la mediación, considerando, en el caso particular de los adolescentes, que su presencia en el procedimiento “*no sólo es necesaria, sino que es imprescindible*”, abogando inclusive por que concurran a la firma de los acuerdos con sus progenitores. Vid Suares, M. (2005) *Mediando en sistemas familiares*. Ed. Paidós, Buenos Aires.

<sup>54</sup> Cárdenas, E.J., *op. cit.*

En esta estructuración van a incidir, inequívocamente, aspectos como la edad, la madurez, la personalidad del niño o la niña que vaya a intervenir en la mediación y su capacidad de formarse un juicio propio, modulándose así su grado de participación en función de los postulados del principio de autonomía progresiva a que ya nos referimos, y sin que ninguno de estos factores - considerado aisladamente- pueda utilizarse de antemano como excusa para minimizar la participación de estos actores.

Una vez convenida la presencia del hijo/a -o de los hijos/as- en la mediación deben seguirse, en la preparación de este programa de actuación, una serie de criterios estándar, que podemos sintetizar en los siguientes: a) el/la mediador/a ha de contar con formación específica para el trabajo con niños/as y adolescentes; b) la sesión -o sesiones- en que esté prevista la participación de los hijos/as deberá efectuarse en un lugar especialmente destinado a ello, que disponga de los implementos necesarios para el trabajo con los niños y niñas, atendiendo a su edad y madurez. Y es igualmente imprescindible haber acordado el horario y la duración de la sesión, atendiendo a las posibilidades de los menores, como forma de granjear una buena predisposición de los mismos; c)

si existe más de un hijo, se pensará y acordará con los progenitores si van a intervenir todos, algunos o uno solo, y si lo harán a la vez o de uno en uno; d) se meditará y convendrá con los padres si éstos estarán o no presentes durante la sesión, conforme al objetivo proyectado; e) se consensuará previamente con los padres cuál ha de ser su comportamiento y nivel de participación durante la sesión, de acuerdo al objetivo programado; f) se definen los contenidos, esto es, los temas a tratar, el orden a seguir y quiénes los plantearán a los niños y niñas en la sala de mediación; g) se fijarán con precisión los mensajes inicial y final que los padres deseen que el mediador transmita a los hijos que asisten a la sesión; h) se determinarán, asimismo, cualesquiera otros aspectos que los padres o el mediador juzguen relevantes.

Respecto de la metodología a seguir en el procedimiento de mediación, parece la más idónea la preconizada por la escuela ecléctica, pues integra en forma apta directrices y conceptos de las tres corrientes clásicas -escuela de Harvard, escuela transformativa y escuela circular narrativa-, y contiene entre sus fundamentos orientaciones propias de la cibernética de segundo orden (Heinz von Foerster, Bateson, Escuela de Milán), de la epistemología narrativa (Anderson y Goolishian) y del método

reflexivo de Tom Andersen. Y en este modo de encarar la mediación inciden, asimismo, las ideas del postmodernismo, del construccionismo social y del dialogismo, así como los principios característicos de la hermenéutica.

Pese a los patrones ofrecidos hasta ahora, hemos de admitir que sigue siendo controvertida la cuestión relativa a la forma de incluir a los hijos en el procedimiento de mediación -el cómo- y al momento en que debe producirse su efectiva incorporación -el cuándo-. Y a falta de consenso, parece conveniente exponer la postura mantenida por algunos de los profesionales más representativos en la materia: 1) Lemer<sup>55</sup> plantea que el niño sea oído en la etapa interdisciplinaria prejudicial, debiendo proporcionarse esta información al juez de familia, de forma que le sirva de guía para el proceso; 2) Haynes<sup>56</sup> sostuvo que la decisión de traerlos o no a la mediación se tomaría al final, una vez logrados los acuerdos; en ese momento se les informa de los mismos, explicándoles el mediador las consecuencias del divorcio, con especial énfasis en su ausencia de responsabilidad en lo sucedido y en que los padres los quieren y seguirán siendo sus padres por siempre, de

forma que no tienen que elegir entre ellos. Al término de la reunión, el mediador les pregunta su opinión sobre lo convenido por sus progenitores, cuestión que sólo se les formula si los padres están de antemano dispuestos a modificar sus acuerdos, en cuyo caso los hijos salen transitoriamente de la sala mientras los padres deciden qué hacer; 3) Folberg y Taylor<sup>57</sup> proponen la participación de los hijos solicitando su opinión poco antes de la decisión final, informándoles además sobre las características de la separación. Corresponde al mediador evaluar si este encuentro se realiza en el hogar familiar o en el centro de mediación; 4) otros autores consideran que la participación de los hijos en el procedimiento surtiría mejor resultado si se anticipase a la fase de definición de los acuerdos, pudiendo dárseles entrada en el momento de la búsqueda de alternativas, garantizando en todo caso que no sean ellos quienes decidan<sup>58</sup>; 5) Wallerstein y Kelly, citados por Folberg y Taylor<sup>59</sup>, sostienen que los padres pueden

---

<sup>55</sup> Lemer, M. (1996) *Hijos del Divorcio*. Cuando los incumplimientos generan maltrato. Editorial Córdoba.

<sup>56</sup> Haynes, J., *op. cit.*

---

<sup>57</sup> Folberg, J. y Taylor, A. (1997) *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. Limusa, Noriega Editores.

<sup>58</sup> De este parecer es Cárdenas, que es partidario de incorporar a los menores una vez que el mediador se haya ganado la confianza de los padres, entrevistándolos, según el caso, solos o en presencia de éstos. *Vid Cárdenas, E.J. op. cit.*

<sup>59</sup> Folberg, J. y Taylor, A. *op. cit.*

escoger citar a los hijos en las etapas de búsqueda de opciones o toma de decisiones, siempre que la realidad de la familia lo permita, pues los niños/as y adolescentes deben entender y aceptar cuál será la nueva organización familiar, lo que resultaría menos dificultoso si han participado en ella; 6) Por su parte Mastropaolo<sup>60</sup>, salvo que haya una contundente oposición de los padres, siempre invita a los hijos a la primera entrevista, aunque no los haga participar en ella, con la finalidad de liberar a los que están muy implicados en la separación de sus padres, evaluar la resonancia que tiene la separación sobre ellos y sobre sus progenitores, conocer el contexto familiar de la separación e informarlos sobre el proceso. En cambio, no los invita a la segunda sesión, como una forma de evitar que los hijos se transformen en un tercero en discordia, redefiniendo así su participación y la de los padres en el proceso; 7) Ortemberg<sup>61</sup> considera indispensable una intervención con visos terapéuticos según la cual, debido al frecuente apego con la madre y

rechazo hacia el padre que manifiestan los hijos en esta situación, realiza un trabajo previo solamente con el padre y los hijos, y sólo después de resuelta esta represión, trabaja con la familia al completo; 8) Amestoy<sup>62</sup> diferencia dos tipos de intervención: mediación matrimonial, con la pareja, y mediación familiar, cuando participan niños, a los que llama menores, ya que requieren de un abordaje distinto, e incluso cambios en el equipo mediador. Esta diferenciación vendría dada por fines operativos, y no en función de la primera demanda que hace la familia. Participan un psicólogo mediador en paralelo con uno clínico que realiza el apoyo terapéutico, trabajando individualmente con los miembros del grupo familiar que lo requieran, y con toda la familia. Un trabajador social hace el seguimiento, y muy eventualmente participan abogados; 9) Dorothy Huntington - citada por Folberg y Taylor<sup>63</sup>-, atendiendo a las necesidades de desarrollo de los niños/as y adolescentes, sostiene que los menores, de acuerdo a sus características personales y a su nivel de madurez, deben participar en los encuentros y

---

<sup>60</sup> Mastropaolo, L. (1998) *La Mediazione Familiare e L'Esperienza della Scuola Genovese*. Revista Mosaico, N° 13 Monográfico Mediación Familiar.

<sup>61</sup> Ortemberg, O.D. (1999) *La Formación del Mediador y su Intervención en el Divorcio*. Ed. Biblos.

---

<sup>62</sup> Amestoy, M.J. *El Centro de Mediación Familiar Psicolex: Planteamiento de un Modelo de intervención Multidisciplinar*. Ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de Psicología. Julio, 1988.

<sup>63</sup> Folberg, J. y Taylor, A., *op. cit.*

formar parte de las decisiones tomadas sobre su propio futuro, e insiste en que los mismos necesitan saber, además, que éstas pueden cambiar; 10) Soares<sup>64</sup> entiende que la participación de los hijos es esencial a cualquier edad, adaptándose a su nivel de desarrollo y aclarándoles que ellos no deben tomar decisiones, ni ser testigos, ni acusar a nadie. Respecto de la forma, los cita de manera individual o conjunta, acondicionando el lugar, el material de apoyo y la duración en función del nivel de madurez de los participantes. Finalmente recomienda utilizar, para la devolución de la información, la generación de la historia alternativa, construcción que resulta de las respectivas narrativas de los diversos individuos o grupos entrevistados; 11) Gianella<sup>65</sup> estima que es necesario que los menores participen opinando sobre las decisiones a tomar -pero sin tener la responsabilidad de decidir-, pues de no ser así los hijos pueden percibir que su opinión no cuenta y sentirse impotentes ante la incapacidad de influir en un hecho tan trascendente en sus vidas; 12) particularidades propias ofrece el modelo de intervención efectuado por Aldo Morrone<sup>66</sup> en el Centro de Mediación

Familiar de Quebec, Canadá. En este país, la mediación familiar es obligatoria y a los hijos siempre se los escucha. Mientras los padres asisten a los encuentros, los hijos participan voluntariamente, y con personal entrenado, en grupos de niños que están en su situación, compartiendo experiencias y recibiendo apoyo psicológico. Hacia el final del proceso se realizan reuniones plenarias con grupos de familias y mediadores. El modelo -que muestra fronteras difusas entre la mediación y la terapia familiar- parece registrar buenos resultados.

---

<sup>64</sup> Soares, M., *op. cit.*

<sup>65</sup> Gianella, C. Efectos Psicosociales del Divorcio en los Hijos. Conferencia dictada en la Facultad de Psicología, U.D.A., Mendoza, el 17 de abril de 1998.

<sup>66</sup> Morrone, A. (1987) La mediación familiar durante el divorcio. Revista de

---

Psicología de Quebec, Volumen 8, Nº1, Montreal, Canadá.

## 5. LA FIGURA DEL MEDIADOR: SU ROL ESPECÍFICO COMO GARANTE DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Es indiscutible que, como cualquier otro profesional que se precie, el/la mediador/a ha de estar debidamente capacitado para el desempeño de sus cometidos, habida cuenta además de que, si relevante es su labor en términos generales -a efectos de pacificación social-, lo es aún más si cabe en el contexto en que nos movemos, donde lo que se trata de resolver son cuestiones que atañen inexorablemente a los menores. Es entonces cuando la repercusión de una adecuada cualificación adquiere relieve, pues sus conocimientos se van a proyectar al servicio de un interés superior que necesariamente debe condicionar el sentido de los acuerdos que las partes adopten.

En este sentido, además de estar dotado de determinadas cualidades personales y de concurrir en él ciertas aptitudes y destrezas, la formación psicológica del agente mediador cobra una significación de primer orden, pues si lo que define su competencia es su capacidad para supeditarse, en el ejercicio de sus funciones, al cumplimiento de los principios que informan la mediación, al ocupar entre éstos un lugar prevalente la máxima del “favor filii”, difícilmente podrá determinar el concreto interés del menor si, en su intento de aproximar a los interesados, el profesional de la

mediación ignora siquiera básicamente las estrategias y procedimientos que le faculen para indagar de forma efectiva acerca de los rasgos característicos de la personalidad del menor -cuyo conocimiento se hace indispensable en la pretensión de atender a sus específicas necesidades- y le permitan, además, concienciar de una manera eficaz a los padres en que es menester perseverar en el empeño por satisfacer los requerimientos que garanticen preferentemente el bienestar de sus hijos menores.

En consonancia con esta argumentación, algunas voces llegan más lejos en la discusión académica, al sugerir que la sesión o sesiones del procedimiento en que se dé entrada a la participación de los menores deberían de estar conducidas por un especialista en niños, distinto de quien oficie de mediador en el proceso con los progenitores. De esta opinión es, por ejemplo, Suares<sup>67</sup>, que propone que quien entreviste a los menores sea preferiblemente un profesional distinto del mediador, con formación en psicología o trabajo social, y que después realice una devolución de la información en una nueva reunión, preferentemente con ambos padres en conjunto y el mediador. En el otro

---

<sup>67</sup> Suares, M., *op. cit.*

extremo se sitúan posicionamientos como el de Rossin<sup>68</sup>, del que puede inferirse que no considera pertinente la inclusión de “otro tercero imparcial” en la gestión del conflicto; estima, en concreto, que el mediador no ha de ser, necesariamente, un especialista o experto en niños para poder incorporarlos al procedimiento - aunque especifica que debe conocer las etapas en el desarrollo evolutivo de los niños y sus peculiaridades, y realizar lecturas adecuadas sobre las necesidades de éstos según su edad- y pone, en cambio, el acento en la importancia de contar con experiencia práctica en el trato con menores de todas las edades y en distintos ámbitos, incidiendo, además, en otro aspecto a nuestro juicio esencial: que el cimiento para que todo transcurra adecuadamente es creer que la presencia de los menores en la mediación es necesaria y conveniente, siempre bajo ciertas cautelas y previa preparación del encuentro.

Respecto a los cometidos específicos del mediador, centrándonos en el tema que nos ocupa y atendiendo a los sujetos intervinientes en este caso en el procedimiento, parece oportuno disociar las funciones propias de aquél en dos direcciones: 1) frente a los

---

<sup>68</sup> Rossin, S.M. (2012) Infancia ¿para qué sirve la voz? Participación de niños, niñas y adolescentes en Mediación. Revista Sistemas Familiares - Niñez III, Año 28, Nº2, Buenos Aires.

menores: la labor que el agente mediador ha de ejecutar será fundamentalmente la de una escucha activa, que permita la canalización de los sentimientos de enojo, ira, impotencia, pena y/o culpa que experimenten aquéllos, apoyando sustantivamente en clarificar los límites de las decisiones tomadas por los adultos respecto de los hijos menores de edad, que corresponden a diversos niveles de acción<sup>69</sup>; 2) frente a los progenitores: el/la mediador/a puede apoyar activamente a ambos padres en la construcción de los nuevos patrones familiares, colocando en el centro de la discusión aspectos tales como la necesidad de aceptar el cambio y la continuidad que, al mismo tiempo, presenta su rol de padre o madre en la vida de los hijos e hijas, o la conveniencia de individualizar áreas de responsabilidad parental, determinando hasta qué punto las compartirán, entre otros<sup>70</sup>.

Por último, y retrotrayéndonos a lo expresado al principio de este apartado, interesa hacer hincapié en la

---

<sup>69</sup> A estos efectos, puede resultar de interés consultar las consideraciones que, en orden a entregar una mayor acogida a los niños/as y adolescentes que asisten a mediación, efectúa Suares desde su experiencia como mediadora; *vid* Suares, M., *op. cit.*

<sup>70</sup> Parkinson, L. (2005) Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas. Barcelona. Editorial Gedisa.

trascendencia de la intervención del mediador en aras de la concreción y garantía del interés superior de los menores, principio al que necesariamente deberá someter su actuación en el supuesto de que en el conflicto que la mediación pretenda resolver o, al menos, mitigar -como sucede en el caso que analizamos-, concurren hijos menores de edad. Esta directriz viene marcada por la Recomendación n<sup>o</sup> R (98) 1, sobre Mediación Familiar que, al establecer los principios conforme a los cuales debe desarrollarse la mediación, dispone 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 informarles y consultarles”* (III.viii)<sup>71</sup>. Es por ello que merece destacarse el papel del profesional de la mediación como garante del interés superior del niño.

---

<sup>71</sup> Este principio ha sido asumido por la generalidad de las legislaciones autonómicas en materia de mediación familiar (cfr. p. ej. el art.4.3 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, el art. 4. f) de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid y el art.6 de la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón.)

## 6- CONSIDERACIONES FINALES.

No cabe duda de que el tema analizado en el presente trabajo suscita -y continuará suscitando- importantes discrepancias en la discusión teórica y en su correlato en la praxis de la mediación familiar, dada la relevancia de los intereses en juego, en los que se entremezclan aspectos de muy diversa índole -psicosociales, jurídicos, éticos, culturales,- y en cuyo trasfondo se advierte una interpelación a toda la sociedad acerca de la necesidad de revisar y deconstruir, con criterio fundado en el enfoque preconizado desde la Convención de los Derechos del Niño, la noción de la infancia, para dar paso a una nueva concepción de los “menores” como sujetos autónomos, con plena capacidad jurídica -y, por tanto, titulares de todos los derechos inherentes a su condición de seres humanos- y provistos de especial protección -en atención a las especificidades propias de su estadio evolutivo, que conllevan la restricción legal de su capacidad de obrar, en su propio beneficio-, primando su interés por encima de todos los demás que pudieren concurrir. Sólo de esta forma se hará efectivo el renombrado paradigma de la “protección integral del niño”, que exige conjugar el necesario carácter tuitivo de la legislación de referencia en todos los asuntos que afecten a los menores con la articulación de mecanismos y

fórmulas de participación activa de los mismos - en cuya modulación podría auxiliar el “principio de la autonomía progresiva”- , que garanticen su presencia en todos aquellos foros de discusión en que su aportación pudiera ser esencial, propiciando, por ende, la visibilidad de la denominada “*ciudadanía de la infancia*”.

Precisamente en el ámbito de la mediación familiar, cuando el conflicto que origina el procedimiento es la separación o divorcio de la pareja con hijos menores, la intervención de los mismos podría contemplarse sin reparo una vez analizada conjuntamente por los padres y el agente mediador la conveniencia o no de su incorporación<sup>72</sup>, siempre después de aprehendida y fijada con nitidez la finalidad de su inclusión en la mediación, y luego de haberse predeterminado con precisión todos los condicionantes a respetar en la intervención (esto es, lo que hemos definido en este artículo como el

---

<sup>72</sup> En cualquier caso, como apuntaba Françoise Dolto -que manifestó que los niños, sobre todo los menores de nueve años, tiene tres “continuidades” en su vida: corporal, afectiva y social-, los hijos necesitan estabilidad e información en el proceso de separación de sus padres, tarea en la que sin duda puede ayudar el mediador. *Vid* Dolto, F. (2004) Cuando los padres se separan. Ed. Paidós.

encuadre sociológico y jurídico, además de las pautas puramente técnicas y metodológicas a seguir para el buen desenvolvimiento del proceso), partiendo de la base de que no existen fórmulas unívocas que puedan erigirse en modelo generalmente aplicable, dada la irrefutable exigencia de adaptación a las especificidades de cada caso en particular (familia en cuestión -características personales de sus miembros, dinámica relacional, pautas comunicacionales,...-, conflicto de base en la ruptura, ...) y teniendo presente que el mediador, en su condición de agente imparcial y neutral, desempeña el rol inequívoco de garante del interés superior del menor, debiendo velar indiscutiblemente por la protección de su bienestar, lo que a su vez remite a la cuestión de la adecuada formación y cualificación del profesional de la mediación, de que también se ha tratado en este artículo.

Y es que, tras la disquisición efectuada acerca de los pros y contras que en la doctrina comparada se aducen respecto de la participación de los niños/as y adolescentes en este tipo de procedimientos, nos atrevemos a conjeturar que son más los beneficios que los inconvenientes que plantea su intervención, y ello desde la óptica del respeto integérrimo del principio del “interés superior del niño”, que innegablemente impera en toda

mediación en que lo que se dirima afecte en algún grado a los menores. Consideramos paternalista e infundado, como argumento apriorístico, el relativo a que si se les da entrada en el procedimiento se intensificará su involucración en el conflicto; más bien al contrario, creemos que su participación coadyuvaría en la necesidad de deslizarlos efectivamente de la disputa de base, que indudablemente concierne a los padres en cuanto pareja -esto es, según la aludida teoría sistémica familiar, al “subsistema conyugal” (o afín, en el caso de parejas no casadas)-, confiriéndoles además la oportunidad que merecen, desde su misma consideración de seres humanos dolientes -dotados de innegable sensibilidad ante el conflicto- e inteligentes -con criterio propio (al margen de consideraciones etarias) respecto de lo que sucede en su entorno-, de ser y sentirse escuchados, puesto que, como venimos insistiendo reiteradamente, pese a no ser partes directas del conflicto y pese a que no deban tener tampoco un papel protagónico en el procedimiento -puesto que ello implicaría inexorablemente la toma de decisiones y la asunción de las responsabilidades correspondientes-, la disputa les afecta sin ningún género de duda y las decisiones que se adopten son decisivas para su ulterior desarrollo y su futuro, partiendo del primordial papel que la

familia ejerce al respecto. Por ello, estimamos oportuna su participación en la mediación en aras de que puedan expresarse libremente en un foro adecuado, manifestando los sentimientos que están experimentando y sus temores y aprensiones ante lo incierto del futuro familiar, pudiendo plantear sus dudas e inquietudes y exponer sus puntos de vista, así como manifestar claramente sus requerimientos. De esta forma se les tranquilizaría y ayudaría en la contención de sus emociones, pudiendo presentarse ante ellos el conflicto como algo normalizable, facilitándoles la comprensión de lo sucedido y evitando la proliferación de sentimientos de culpa, conflictos de lealtades y otras presiones personales o

intrafamiliares. Y de otro lado, en la devolución que el mediador ha de hacer de toda esta información a los progenitores, se estaría ofreciendo una imagen personificada y personalísima de cada uno de los hijos, evitando de este modo su cosificación e instrumentalización en el conflicto interparental, ayudando a los padres a acoger positivamente las aportaciones de los menores y a ver con claridad sus necesidades, lo que les conducirá a situarse en la dimensión de la coparentalidad, trascendiendo su propio malestar e interesándose genuinamente por la consecución del bienestar de sus hijos, como objetivo prioritario.

# UN MOMENTO DE PODER: ¿PODEMOS REALMENTE SER CAPACES DE PERSUADIR EN LA MEDIACIÓN?

JOSÉ-PEDRO MARTÍNEZ

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

**RESUMEN** : En este artículo vamos a comprender que hay ciertos principios que nos van a ayudar a ejercer cierta influencia en los demás y que al mismo tiempo permitirá beneficiarles. ¿Podrán las partes en conflicto beneficiarse de una relación duradera, ética y efectiva con la ayuda de la mediación?

En este artículo veremos también que esos principios fundamentales y universales nos ayudarán como mediadores a ser más efectivos en los procesos en los que estemos mediando, pero además como la diversidad cultural puede establecer prioridades en su aplicación.

Y por último hablaremos de cómo la percepción de situaciones y circunstancias es mucho más importante de cómo realmente son y por tanto afectan de forma directa a las reacciones de las personas frente a ellas.

**PALABRAS CLAVE:** persuasión, procesos de mediación, principios fundamentales, percepción, diversidad cultural

La persuasión es un arte, pero no solo un arte. Hay estudios sociológicos y psicológicos; estudios científicos realizados durante más de 50 años que permiten atestiguar como las personas pueden decir “sí” ante una petición. Estamos hablando de la conformidad, conseguir que haya personas que dicen “SI”.

¿Cómo podemos hacer que un mediador pueda aumentar significativamente la probabilidad de conseguir que una de las partes en conflicto pueda aceptar una propuesta?

Todo va a depender mucho de la forma en que una idea es presentada, una pregunta es formulada. En este artículo vamos a aprender ciertos principios que nos van a ayudar a ejercer cierta influencia en los demás y que al mismo tiempo permita beneficiarles. ¿Podrán las partes en conflicto beneficiarse de una relación duradera, ética y efectiva con la ayuda de la mediación?

Esta forma de poder influir en los demás la podremos conseguir con seis principios fundamentales. Si usted es un mediador, es capaz de entenderlos y ponerlos en práctica, con absoluta seguridad, usted va a conseguir ser significativamente mucho más efectivo en cualquiera de los procesos en los que tenga que intervenir. Indudablemente no solo será más

efectivo en un proceso de mediación, sino también en cualquier faceta de su vida.

Estos principios son fundamentales además de universales. Hablaremos de ellos y también de como la diversidad cultural puede establecer prioridades en su aplicación.

Veremos también cuales son esos momentos de poder, que son determinantes para conseguir la aceptación de las partes en conflicto. Como esos momentos son los que realmente, si están bien identificados, si están bien entendidos y se adopta la posición adecuada, facilitarán un acuerdo.

Y por último, pero no por ello menos importante que lo anterior, hablaremos de la importancia de la percepción. Como la percepción de situaciones y circunstancias es mucho más importante de como realmente son y por tanto afectan de forma directa a las reacciones de las personas frente a ellas.

Sin duda alguna, todo ello podrá ayudarles, a ustedes mediadores, y a todos en general a conseguir sus objetivos de una forma ética, efectiva y duradera.

Cuando hablamos de persuasión no hablamos de estar interesados en cambiar actitudes, de cambiar percepciones u opiniones. Lo que realmente queremos hacer es cambiar conductas. Cambios de conductas que nos lleven a que la gente diga sí. Conseguir que la gente diga sí, es una ciencia, es la ciencia que permite obtener un sí a lo que pedimos. El arte de la persuasión no es la única forma de tener éxito, hay una ciencia para persuadir que la podemos definir como la que determina la influencia social y que supone un cambio en las creencias, comportamientos y valores para poder formar parte de un grupo social. A esto se le llama conformidad.

Nuestros pensamientos y acciones están afectados por la presencia de los demás, aunque muchas veces puede ser un proceso inconsciente del que no nos damos cuenta. Cuando nos encontramos en una situación de ambigüedad, es decir, no estamos seguros de que lo que vamos a hacer o decir es correcto, estaremos pendientes de lo que otros hacen o deciden para copiarles o seguirles. Solemos actuar de ese modo cuando consideramos a otros que tienen mayor conocimiento que nosotros. Puede ser razón de ello, la edad, la experiencia, la profesión lo que nos puede inducir a seguir una conducta copiada de otros.

Cuando nos encontramos en una situación que nos afecta socialmente, tenemos la necesidad de ser aceptados

por el resto del grupo social, aunque nuestro interés por ser aceptados no será equitativo dentro del grupo y tendremos preferencias de por quién queremos ser más aceptados. Investigaciones sociológicas han demostrado que personas con una baja auto estima son más proclives a la conformidad que aquellas con una auto estima elevada.

Solomon Eliot Asch fue un psicólogo estadounidense mundialmente conocido y prestigioso por sus trabajos pioneros en psicología social. Nació en Varsovia, Polonia, y emigró a los Estados Unidos en 1920 y en la década de los años 50 consiguió la fama por sus experimentos sobre conformidad. Asch quería conocer si las personas pueden ser influidas por la opinión de otros y dar una respuesta equivocada ante situaciones que conocen. Al igual que Asch otros psicólogos hicieron pruebas y análisis sobre conformidad, uno de los primeros fue Muzafer Sherif, al que posteriormente argumentó Asch de la falta de validez de su estudio por la ambigüedad de la situación que mostraba en el experimento.

En los procesos de mediación, todos estos conceptos son de gran

aplicabilidad en algunas de las fases de la mediación. Cómo pueden las partes de la mediación ser afectadas por la influencia social, en determinados momentos, puede ser relevante para poder alcanzar un acuerdo de mediación válido para las partes afectadas.

Pero con esto y con lo que expondré en las próximas páginas podrán mejorar en como determinar que opción de solución pueden presentar a las partes en conflicto en primer lugar. Si es mejor contar las posibilidades de lo que pueden ganar siguiendo sus recomendaciones o lo que pueden perder si no lo hacen. Si tienen una nueva idea con ventajas e inconvenientes, qué presentará antes, los inconvenientes o las ventajas.

Existen seis principios fundamentales (R. Cialdini) por los que se rige el comportamiento humano y que pueden ayudarnos a entender las razones por las cuales la gente puede decir “si” ante un requerimiento.

Iremos revisando uno a uno y viendo como desde la mediación pueden ayudarnos a entender mejor esos procesos.

## 1.- Reciprocidad

Esta regla es universal y dice que estamos obligados a devolver aquello que alguien nos dio previamente. Si tú

me invitas a tu cumpleaños yo debería invitarte al mío. Si tú me haces un regalo para Navidad yo debería hacerte uno también. Si tú me haces un favor yo te debo un favor.

Lo explicaré muy fácilmente; en el contexto de la obligación la gente dice “si” a aquellos que deben algo. Pueden encontrar, seguro, evidencias de esto alrededor suyo sin ninguna duda. A la persona que no se comporta de acuerdo con esta norma se le considera habitualmente como ingrata y de aprovechada.

Por tanto, es más fácil convencer a aquellas personas a las que previamente se les ha hecho un regalo o se les ha hecho un favor. Ese sentimiento de obligación hacia nosotros las hará más proclives a acceder a nuestros requerimientos. Un favor inicial puede crear las obligaciones que serán correspondidas con creces en el futuro.

Una de las características más llamativas del principio de la reciprocidad y del sentido de obligación que lo acompaña es su presencia en todas las culturas del hombre. No hay, ni ha habido, sociedad humana que no los respetara.

Según algunos antropólogos, se trata de un mecanismo único de adaptabilidad humana que hace posible la división del trabajo, el intercambio de distintos tipos de bienes y servicios y la creación de una red de interdependencias que convierte a los individuos en unidades altamente eficientes.

La regla de la reciprocidad ha formado parte de la educación de muchos de nosotros, seguro que de la suya también. Desde pequeños nos enseñan a no ser egoístas, a compartir nuestros juegos y a tratar a las personas como realmente queremos que nos traten. Seguro que se acuerda del famoso lema de los Tres Mosqueteros, “todos para uno, uno para todos” ¿les suena, verdad?

Cuando tenemos que pedir una ayuda, podemos considerar que es algo demasiado exigente. Podemos considerar que hay diferentes niveles de petición que podemos hacer. Nunca debemos temer comenzar por la de más alta exigencia. Debemos comenzar por esta, y dar la oportunidad a la gente a decir “sí”. Y si nos dicen “no”, podemos pasar a una petición de un menor nivel.

Tendremos una probabilidad mucho más elevada de que nos digan “sí”. Y recuerden, hay dos momentos de poder. Uno cuando nos dan las gracias, y otro cuando nos dicen “no”. Así que si finalmente nos dicen “no”,

tendremos una nueva ventana de oportunidad muy buena.

Aunque sea un momento que odiamos cuando nos dicen “no” y sea normal que queramos apartarnos de esa situación, porque nos duele cuando nos dicen “no”, no podemos perder ese momento de poder. No es cuestión de volver al cabo de unos días a intentarlo, eso se percibe como una nueva petición. Es en ese momento del “no” cuando hay que hacer una concesión que pueda dar la oportunidad a la otra parte a responder positivamente al darse cuenta realmente de su concesión. Por tanto, si alguien nos ha dicho que “no” y usted se retira de esa situación, usted pierde, si se mantiene usted gana.

En un proceso de negociación, que al fin y al cabo es lo que nos podemos encontrar en una mediación, se hacen concesiones a aquellos que han cedido previamente y nos dejamos convencer más fácilmente por aquellos a los que hemos convencido en alguna ocasión.

Con el principio de reciprocidad tenemos una herramienta de impacto considerable y que bien usada puede ayudar definitivamente a los mediadores a conquistar un proceso de acuerdo.

En el marco de negociación de un acuerdo se puede comenzar con una petición elevada que produce un rechazo inmediato por una de las partes, obligando a bajar la expectativa y haciendo una petición mucho menor que habitualmente se acepta. Con esta técnica se pueden alcanzar acuerdos sorprendentes basados en este principio.

También este principio ayudará a los mediadores a poder manejar sus áreas clave en la resolución de conflictos, y que podemos recordar que son la capacidad de desarrollar una buena relación con las partes en conflicto, la capacidad de generar soluciones nuevas que ayuden a la resolución y la paciencia para generar el tiempo suficiente para que las partes puedan gestionar sus ideas, propuestas y emociones.

A pesar de que a simple vista pueda dar la sensación de que este principio pueda inducir a la manipulación, no es así. Este principio cumple absolutamente con las normas éticas de conducta y para nada sus técnicas son manipuladoras.

Todo lo contrario, acompaña perfectamente a los estándares éticos que precisa la mediación. Esto es lo que garantizará de forma suficiente la confianza de las partes en conflicto y de todos aquellos profesionales que puedan estar involucrados en el mismo.

## 2.- Precariedad

Este principio nos muestra cómo nos comportamos los humanos frente a ciertos deseos de posesión. “Si no lo tengo, lo quiero”. Las personas quieren lo que no tienen. Desean más de lo que pueden tener.

Cuando ustedes estén negociando, e intenten convencer a las partes en conflicto de que lo presentado es una buena salida al conflicto, no olviden que tienen que hacer verles que lo que les presentan es algo que no pueden conseguir de otra forma ni en otro lugar. No es una sola cosa lo que ustedes les están ofreciendo, es un conjunto de ventajas que no podrán obtener a no ser que vayan en la dirección que ustedes están marcando.

Déjenme decirles otra cosa al respecto, cuando ustedes describan las ventajas que tiene lo que ofrecen, no es suficiente con describir lo que ellos van a ganar, ya que la gente, después de múltiples investigaciones sociológicas, está mucho más preocupada con la idea de perder algo que ganar la misma cosa.

Las personas están siempre mucho más interesadas en lo que pueden perder que en lo que pueden ganar. Por tanto no haremos bien si no

les damos la información que ellos quieren y precisan.

Existen igualmente otros estudios que nos dan el conocimiento sobre lo que las personas están dispuestas a ganar o perder. En general la gente quiere conocer siempre las pérdidas potenciales que se pueden tener, y mucho más que las potenciales ganancias.

De manera que cuando tengan que presentar sus recomendaciones tienen que ser presentadas también en términos de lo que pueden estar de acuerdo en ganar pero también de lo que pueden estar de acuerdo en perder, el posible beneficio que ellos pueden estar de acuerdo en perder si ellos no se mueven en la dirección propuesta.

### 3.- Autoridad

Si un experto lo dice, debe ser verdad. Debe establecer primeramente su credibilidad, su confianza. Lo más complicado es crear esa confianza en situaciones donde a usted no le conocen, no han trabajado con usted. Con personas con las que usted no ha intervenido anteriormente en una mediación.

¿Qué hacer inmediatamente para poder influir? Esto es lo que los publicitarios hacen con éxito en estas situaciones. Antes de presentar los argumentos más convincentes, ellos presentan una debilidad y luego

reivindican que de todos modos sus fortalezas sobrepasan a su debilidad.

Esto da una información de los pros y los cons que genera un entorno de honestidad suficiente como para poner a los cons a nuestro servicio antes de presentar nuestros más influyentes argumentos. No es lo que normalmente hacemos, pero es lo correcto para poder conseguir que nuestros argumentos sean entendidos y aceptados en un entorno de credibilidad que hacen que nuestros más fuertes argumentos destaquen, brillen.

Estos argumentos serán los que les ayudarán a poder aproximar esas distancias que separan a los intervinientes en un conflicto. Pero recuerden que primeramente deberán generar la confianza suficiente para que sus argumentos puedan ayudar a aproximarse a esas personas que se encuentran en una situación conflictiva.

En muchas ocasiones se considera que los consultores, psicólogos, mediadores, asesores de familia proponen soluciones que aparentemente son evidentes pero nadie ha sabido implantar, convencer, atrevido a proponer y ha sido necesario alguien externo para que pueda haber ayudado a tomar las decisiones más correctas.

Y tampoco deberán olvidar que las personas en conflicto a las que

tengan que ayudar se cuestionarán si la autoridad que ven en ustedes será la de un experto en las materias a resolver, si realmente pueden confiar en ustedes. También deberán tener en cuenta que otras personas relacionadas con el conflicto puedan parecer de más confianza o creíbles que ustedes.

Pero sobre todo sean sensibles con la situación que viven las personas afectadas por el conflicto, lo que pueden necesitar o demandar, y las situaciones de injusticia o abusivas que puedan estar viviendo.

#### 4.- Coherencia.

La gente está mucho más predispuesta a decir “sí” cuando se hace una petición que es coherente con lo que se ha dicho o hecho ya. Una cosa importante que ustedes deben hacer es que la gente no solo diga sí o no, y no solo de forma verbal, sino en forma de compromiso.

La manera formal de comprometerse públicamente es un compromiso por escrito. La gente cumple con las expectativas de los demás cuando lo deja por escrito. Una vez nos hemos comprometido con algo estamos más abocados a cumplir con nuestro compromiso.

Pero déjenme ponerles un ejemplo. ¿Recuerdan alguna vez haber llamado a un restaurante para hacer una reserva? ¿Alguna vez han hecho esa

llamada y luego no se han presentado? La verdad es que esta situación siempre genera un problema en los restaurantes, en la gestión de la sala y las mesas disponibles para sus clientes.

Pero algunos restaurantes no se han dejado llevar por la situación y lo han resuelto con el principio de coherencia. Han conseguido de sus clientes, compromiso y coherencia. En general la gente quiere ser coherente con lo que ha dicho en público

De forma habitual y al final de la llamada para hacer una reserva solían decir algo así como, “gracias por llamar a nuestro restaurante. Por favor no deje de llamarnos si usted precisa cancelar su reserva.”

¿Qué es lo que debería el restaurante añadir para poder reducir significativamente el número de cancelaciones no anunciadas? Si pensamos la respuesta desde el punto de vista del principio de coherencia y compromiso, debemos pensar en aquella palabra que podríamos añadir para que la gente se sienta comprometida públicamente para que en caso de cancelar llamen previamente.

Lo importante no es lo que se dice, esto lo tienen que recordar siempre, sino como se dice, en qué orden se dice y que compromiso se está consiguiendo de los demás. Así que una pregunta que debería formular en

el caso de los restaurantes que pueda sonsacar ese compromiso sería:

“¿Llamarán por favor si ustedes precisan cancelar su reserva?”

Desde los procesos de mediación pueden también como mediadores conseguir esos compromisos necesarios de las partes inmersas en el conflicto. No dejen de aprovechar esos momentos de los que ya hemos hablado para obtener ese compromiso público que determinará los siguientes pasos para alcanzar un acuerdo beneficioso para todos.

#### 5.- Consenso.

Este principio se basa en el sentido que la gente tiene sobre lo que hacen los demás. La gente decide que es lo apropiado para hacer en cada situación cuando ve lo que otros como ellos están haciendo. Es el poder de la multitud.

Déjenme ponerles algunos ejemplos ilustrativos que les harán entender de inmediato este principio. Normalmente tendemos a trabajar hasta tarde si otros en nuestro equipo de trabajo están haciéndolo, dejar una propina en un bote si ya contiene dinero proveniente de otras propinas o comer en un restaurante si está lleno.

De manera que con esa actitud estamos asumiendo que otros están haciendo la misma cosa y por tanto es

la correcta. Incluso el cambio de unas palabras y no tanto las acciones de otros pueden cambiar nuestras reacciones.

En muchos programas de tv o radio cuando se espera la llamada de los espectadores a los centros de llamadas se suele decir. “Nuestros operadores están esperando, por favor llamen en estos mismos momentos”. Algunos presentadores de Tv internacionales modificaron este reclamo que hizo en su momento aumentar de forma abrumadora el número de llamadas y respuestas ante esta petición. Estas palabras que añadieron cumplen perfectamente con este principio del consenso. Se cambió este reclamo por:

“Si nuestros operadores están ocupados, por favor llamen de nuevo”

Piensen en estos dos reclamos tan parecidos. La gente piensa que si los operadores están ocupados es que hay mucha gente que está llamando, eso da un sentido de importancia. La multitud está haciendo eso mismo. Debe ser bueno, y la gente se inclina a llamar más.

#### 6.- Simpatía

La gente prefiere decir que si a aquellas personas que conoce y gusta de ellas. ¿Qué atributos pueden generar una mayor simpatía, agrado, cariño o gusto? Similitudes o

semejanzas, halagos, trabajo en equipo o con colaboradores.

Nos gustan aquellas personas que son como nosotros. Nos gustan aquellos que actúan como nosotros, y nos gustan aquellos que trabajan con nosotros de una forma cooperadora para alcanzar el éxito.

Sé que todos estos temas son complicados de entender y que no se quedan en nuestra mente de una forma sencilla, pero ese no es el problema. El problema no está en entender estos principios. El problema está en recordarlos y usarlos en el momento preciso.

Cuando se encuentran en el momento del poder, intentando influir, cuando la situación surge y tienen que entrar en una sala y precisan tener éxito, ustedes no se van a acordar de todos estos principios, de todo esto que hemos estado hablando.

Así que prepárense para poder tener a mano todos estos principios y de alguna manera ténganlos en su bolsillo, en su cartera, en su bolso, y cuando se encuentren en una situación que precisen ejercer la influencia o la persuasión para ser más efectivos, revísenlos y aplíquenlos.

Comunicación, comportamiento, política, relaciones, trabajo en equipo son solo algunas de las áreas donde la influencia social es vital. Con el crecimiento de los países y la globalización, la influencia social ha llegado a ser de interés traspasando las fronteras de los países.

Las empresas han expandido sus mercados internacionalmente, los directivos de las empresas se comunican habitualmente con otros colegas, clientes, proveedores y otros agentes alrededor del mundo, y los equipos de investigación y académicos de universidades han llegado a ser cada día más diversos culturalmente. Pero a pesar de todo ello, la influencia social dentro de la psicología social ha recibido una atención limitada en las investigaciones sobre las relaciones interculturales.

Podemos decir que existen sociedades donde predomina más lo colectivo y otras en donde lo predominante es lo individual. Esto hace que existan diferencias fundamentales entre los miembros de esas culturas y en la manera en que sus miembros se comportan.

En las culturas individualistas las personas tienden a ser autónomas y disponer de atributos y cualidades que los definen. Esto quiere decir que son más independientes de los grupos sociales. Por otro lado, en las culturas colectivas el yo está definido dentro del marco de las relaciones y obligaciones existentes entre los miembros de la sociedad y la pertenencia a un grupo social.

Les pongo un ejemplo, mientras los norte americanos suelen utilizar valores para describirse a si mismos, “Soy honesto”, los asiáticos suelen describir más su rol dentro de un contexto determinado, “Soy estudiante en SHRI”.

Continuando con el ejemplo, podemos decir que los norte americanos se ven más consistentes que los asiáticos en relaciones o situaciones interculturales, también son consistentes en sus creencias, en el concepto que tienen de ellos mismos y en sus juicios de valor.

En las sociedades más colectivistas las personas son menos consistentes en sus elecciones personales. Cuando se da a elegir entre alternativas igualmente atractivas, los canadienses tienden a despreciar la alternativa que ellos no eligieron y a percibir de una forma mucho más positiva aquella que ellos eligieron.

También hay estudios que demuestran (Iyengar and Lepper 1999)

que las elecciones personales tienen un mayor impacto en el comportamiento de las personas en las sociedades colectivistas que en las individualistas. Otro ejemplo de ello es como los niños anglo americanos están mucho más motivados cuando eligen ellos mismos una actividad que los niños americanos de origen asiático, ya que están más motivados cuando la elección fue hecha por sus madres.

También se encuentran diferencias en la relación entre los objetivos individuales y personales y los de grupo. Los objetivos personales tienden a tener prioridad sobre los de grupo en las sociedades individualistas. En las colectivistas, los objetivos personales y los de grupo están relacionados, y cuando son diferentes, los personales están subordinados a los de grupo.

En naciones donde la cultura es individualista, las actitudes personales tienen preponderancia sobre las normas como determinantes de la conducta social. Mientras en las naciones con una cultura colectivista sucede todo lo contrario.

Además en una sociedad individualista, las relaciones interpersonales son establecidas y mantenidas en base a los beneficios y costes de sus individuos. Sin embargo, en las colectivistas las relaciones personales se basan en lo que aportan al grupo primeramente y en segundo lugar por lo que aportan al individuo.

Aunque los conceptos de individualismo y colectivismo han sido aplicados a nivel de nación o cultura, estos conceptos también pueden ser aplicados a los individuos. Por tanto no siempre un individualista en una cultura individualista tiene por qué actuar igual en una sociedad o nación colectivista, Pero, ¿tiene esto que ver con lo dominante de una cultura o está relacionado única y exclusivamente con el carácter del individuo?

Hay dos principios especialmente relacionados con el colectivismo e individualismo de las naciones o culturas, la coherencia y la simpatía.

De acuerdo a este último principio y ya explicado anteriormente, una forma en la que los individuos determinan un comportamiento adecuado para ellos mismos en una situación, es examinar el comportamiento de otros en los que se confía, con los que se tienen similitudes o cosas en común. A través de esa comparación social con otros es como validamos las opiniones y decisiones que tomamos.

(Han and Shavitt 1994) hizo un estudio que muestra que determinados anuncios publicitarios promovían beneficios en el grupo más que en el individuo y fueron más persuasivos en Korea como sociedad colectiva que en los Estados Unidos, una sociedad más individualista.

Con todo ello podemos significar que cuando podamos encontrarnos en situaciones en una mediación donde puedan estar afectados miembros de diferentes tipos de sociedades, bien sea una individualista o colectivista, deberemos conducir a los miembros de la sociedad individualista hacia una elección consistente de sus alternativas, ayudándoles a mantener igualmente un comportamiento consistente en su elección.

Por otro lado, en las culturas colectivistas, que se centran menos en sus elecciones personales, no hará falta concentrarse tanto en conseguir mayor consistencia en sus comportamientos.

Cuanto más fuerte es la orientación cultural o personal hacia el individualismo, más fuerte debería ser el impacto de los compromisos pasados sobre la conformidad futura. Esto quiere decir que una vez se ha aceptado una petición, los individuos pertenecientes a sociedades individualistas deberían ser más aceptantes que los pertenecientes a sociedades colectivistas para peticiones similares.

Polonia y Estados Unidos son dos países que difieren en el tipo de orientación, referida a su carácter individualista-colectivista. En un estudio (R. Cialdini y otros 1999) realizado con estudiantes de ambos países, indicaron su disposición a participar en el mismo sin cobrar nada a cambio.

A la mitad de ellos se les pidió realizarlo después de considerar información relativa a sus conformidades pasadas respecto a este tipo de peticiones. Y a la otra mitad se les pidió hacerlo considerando información respecto a conformidades pasadas, pero esta vez referidas a colegas. Esto fue diseñado para valorar el impacto de dos principios de influencia social, coherencia y simpatía, en las decisiones de los participantes.

Tal y como se esperaba, aunque los dos principios tienen influencias diferentes en diferentes culturas, el principio de coherencia tuvo un impacto mayor en los americanos que en los polacos, mientras que el principio de simpatía lo tuvo más en los polacos.

Análisis adicionales indicaron que este efecto fue debido principalmente, aunque no por completo, a las orientaciones personales individualistas-colectivistas de los participantes, más que a la dominancia individualista-colectivista de sus culturas.

Podemos concluir que hay diferencias culturales que pueden hacer que los principios vistos anteriormente difieran entre naciones o culturas, pero también podemos concluir que estos principios son universales y funcionan en todo el mundo.

La percepción es uno de los aspectos más importantes en el comportamiento humano. Dependiendo de cómo percibimos las cosas, podemos ver el vaso medio lleno o medio vacío. Cuanto más positivamente veamos las cosas más fácilmente podemos resolver una situación o una crisis.

Las personas que tienden a ver el mundo de una manera optimista son mejores líderes, mejores negociadores y por supuesto serán capaces de mediar de una forma mucho más impactante. Este tipo de personas podrán comunicar sus mensajes de una forma mucho más positiva, impactante y efectiva.

Nuestras percepciones gobiernan nuestras respuestas y el comportamiento resultante. Las percepciones están basadas en creencias, asunciones, valores y condiciones. Podemos reducir y modificar nuestras emociones si somos capaces de que nuestras percepciones se aproximen a la realidad y no estén distorsionadas.

Muchas veces dibujamos las situaciones mucho peor de lo que realmente son por la distorsión que

experimentan nuestros pensamientos. Y por tanto puede generarnos emociones que no siendo manejadas adecuadamente hacen que nos distanciamos de la realidad.

La mayoría de las personas piensan que la causa de malestar emocional viene motivada por causas externas o por otras personas, pero esto no es realmente así al 100%. La prueba está en que no todas las personas se comportan de igual manera ante diferentes situaciones o personas. El cómo percibimos una situación juega un importante papel en como las personas responden ante tales circunstancias.

Pongamos un nuevo ejemplo, si nuestra percepción está influida por un pensamiento negativo o pesimista, la situación tenderá a presentarse como más amenazante que a una persona que es flexible, optimista y positiva.

Cuando las personas se encuentran ante un conflicto o ante situaciones difíciles, y estas pueden darse en procesos que requieren una mediación, dependerá de cada uno individualmente como las percibe para que les afecte de una forma u otra.

Un ejemplo sencillo para entender esto es por ejemplo en una situación de atasco en el tráfico. Podemos tener a un individuo que el atraso que le genera le lleva al estrés y al enfado y otra persona en la misma situación la acepta tranquilamente, puede en ese momento ponerse a

escuchar música, fumar un cigarrillo, hacer una llamada telefónica, incluso leer una revista o un libro. La situación es la misma para ambos, sin embargo las respuestas que dan son diferentes, debido principalmente a sus percepciones.

Las percepciones de los individuos están influidas por muchos factores tales como las creencias, el carácter pesimista u optimista de las personas o el control.

La respuesta que las personas dan a las diferentes situaciones dependerá de su percepción y de cómo perciben de amenazante la situación. Muchas veces las personas perciben las situaciones más amenazantes de lo que son. Hay estudios que dicen que el 85% de las cosas que nos preocupan no suceden nunca.

¿Cuántas veces nos ha preocupado algo y cuándo ha sucedido no ha sido realmente tan horrible como lo habíamos imaginado?

La personalidad de los individuos es uno de los factores que determina la percepción de uno mismo y la del mundo en general. Ello no quiere decir que no podamos aprender formas alternativas para poder gestionar nuestras dificultades. Es posible cambiar la percepción de una poco realista y ajustada a la realidad a una más realista y acertada.

Pero volvamos al concepto de percepción. La percepción es algo que nos sorprende a todos, todos los días. Cualquier cosa que nosotros nos encontramos enfrente intentamos de forma automática tomarla como si fuera la única realidad. Por supuesto, es la realidad de acuerdo a nuestro propio modelo de como vemos el mundo y altamente influida por nuestras experiencias.

Es como percibimos a nuestro alrededor es como nosotros nos vamos encontrando emocionalmente ante esas situaciones. Esto es así para todos, y por ello las personas que se relacionan con nosotros tienen las mismas limitaciones que tenemos nosotros y por tanto, ellos no pueden percibir las cosas y las situaciones tal y como nosotros las percibimos.

Si personas distintas pueden tener diferentes, pero en el fondo percepciones similares sobre una misma situación, pueden surgir dificultades sobre lo que necesita ser hecho o si esa situación debe preocuparnos o no.

¿Han estado alguna vez en una situación en la que usted ha considerado necesario hacer algo pero alguien ha expresado su opinión en contra suya porque consideraba que no era necesario hacer nada frente a esa situación?

Lo que sucede en este caso es un conflicto de percepciones. Lo que

usted puede haber considerado como algo necesario para hacer y ser atendido de acuerdo a sus experiencias, otra persona ha considerado las pocas consecuencias que tiene no hacer nada frente a ello basándose en experiencias totalmente diferentes.

Un diálogo abierto y honesto entre las dos partes puede ayudar a un entendimiento común y poder tomar una decisión adecuada para ambos. Esto no siempre sucede de esta manera porque esas experiencias de vida que influyen en nosotros pueden ser extremadamente poderosas y pueden impedir que vayamos en contra de lo que nosotros percibimos como la verdad.

Todo ello deben tenerlo en cuenta a la hora de intervenir en los procesos de mediación y prestar una especial atención a observar, comunicar y reflexionar.

En cualquier relación con otros o cuando se observan situaciones en las que no está participando directamente, algo muy importante a realizar es observar a las personas como reaccionan frente a los otros y por supuesto también cómo reaccionan con usted.

Las reacciones inmediatas, en términos de expresión facial, preguntas y respuestas, comunicación corporal o no verbal, le dará información muy importante y adicional a lo que usted esté escuchando.

Lo que usted haga y diga en esos momentos causará un impacto posterior en los otros y serán absolutamente importantes las respuestas que reciba, tales como mails, llamadas telefónicas, u otras reuniones adicionales para conocer cuál ha sido la percepción que han tenido los demás de lo que usted ha dicho y ha hecho y que impacto ha causado.

Además de observar de este modo el impacto que usted ha tenido, ¿por qué no pregunta simplemente a la gente?

Al principio puede ser que sea costoso obtener respuestas, pero si la percepción que tienen ustedes de las personas que intervienen en el conflicto es la de una autoridad suficiente o se ha ganado la confianza, sin duda alguna encontrará las respuestas necesarias que le ayudarán a manejar de una forma más eficiente el conflicto.

Por ejemplo, si usted pregunta algo tan simple como, ¿cómo ha visto usted la situación?, o ¿en la fase que nos encontramos, que sugeriría usted que debemos hacer? Esto le permitirá aproximarse y podrá descubrir las diferentes percepciones que se tienen del conflicto más fácilmente.

Como ya apuntaba, al principio será algo difícil conseguir esa confianza suficiente para que las personas digan exactamente lo que ellas piensan y simplemente digan lo que es correcto o

incluso lo que pueda distorsionar la percepción que se puede tener de ellas.

El desarrollo de su propia conciencia solo sucederá si usted dedica el tiempo necesario a reflexionar sobre lo que usted está observando y lo que las personas con las que está mediando le están contando.

¿Son las reacciones que usted está percibiendo sobre lo que usted hace o dice lo que está esperando? ¿Es lo que usted observa cuando ve a otros lo que responde a lo que ha dicho o hecho en línea con lo que usted está esperando?

Cuando usted habla con las personas y descubre sus percepciones sobre las situaciones que comparten o incidentes que han vivido con otros intervinientes en el conflicto se dará cuenta de que hay muchas diferencias entre como lo han vivido y en sus puntos de vista.

No es posible tratar cada situación de la misma manera. Necesitarán considerarlas de forma diferente y las personas afectadas necesitarán respuestas y aproximaciones diferentes para poder acercar posturas que ayuden a la resolución del conflicto.

Seguro que con el tiempo usted conseguirá una mejora en como los otros le perciben y de esa manera también conseguirá una mejor posición, un mayor aprecio que le ayudará a conseguir unas mejores respuestas por parte de los

intervinientes en el conflicto que ayudará a su resolución.

Pese a todo ello, esto puede que no haga cambiar las posturas de la gente, que incluso en alguna ocasión pueda hacerse difícil la resolución del conflicto, pero siempre el actuar de este modo le llevará a ganar la autoconfianza suficiente de haber tomado las mejores decisiones en cada momento y también si surgen nuevas dificultades estará más preparado para reconocerlas y poderlas gestionar.

Finalmente, decir que es evidente que aquellos de nosotros cuya visión del mundo es fundamentalmente pesimista respecto a nuestros problemas padecerán mayor daño y emociones que aquellos optimistas que siempre ven la cara brillante de la vida.

Por tanto deberemos identificar estos estilos en nuestros procesos de mediación para ayudar a equilibrar todas esas emociones. De hecho, nos explicamos a nosotros mismos y a los demás las cosas que nos suceden en términos de bien o mal.

Algunos lo ven de un modo más pesimista de manera que a veces incluso hay sentimientos de culpabilidad cuando las cosas no van bien. Cuando oímos decirnos a uno de los afectados, “es que fue mi culpa”. Otros tienen un modo de ver las cosas más optimista y por tanto no se autoculpan por las cosas que suceden y entienden que hay otros factores

externos que influyen en como suceden los acontecimientos.

Hay que evitar que este tipo de percepciones más pesimistas puedan influir negativamente en el proceso, pues en sí mismas generan un factor de estrés adicional que puede complicar la gestión del mediador. No es que cierto pesimismo sea del todo negativo, pero si con un exceso puede reducir las posibilidades de éxito.

Este tipo de percepción más pesimista de los hechos también crea dificultades a los individuos que perciben la realidad de esta manera, pues merma su capacidad de análisis y de gestionar este tipo de situaciones conflictivas de una forma abierta, flexible y positiva para encontrar soluciones. Afortunadamente este estilo pesimista con la destreza adecuada y ahora ya conocedores de todo lo escrito en este artículo puede permitir mover de forma plausible a una posición algo más optimista que ayude más a la resolución de los conflictos.

Este pesimismo también nos influye negativamente, en que por ejemplo las dificultades continuarán siempre y que no podremos hacer nada para cambiarlo. Eso lleva a las personas a no ser capaces de tomar decisiones que les ayude a mejorar la situación. También afecta a la confianza en uno mismo y finalmente interfiere en la calidad de vida de las personas.

Por ello es extremadamente importante, como se comentaba anteriormente, que identificar este estilo en las personas por parte de los mediadores es vital para el éxito de estos procesos, pues habrá que conducir a las personas hacia un estilo más optimista que ayuda a la resolución del conflicto.

Por otro lado hay personas naturalmente más optimistas, pero esta es una habilidad que entre todas es la que más fácilmente se puede entrenar y aprender. Incluso en momentos difíciles esta orientación hacia el optimismo puede ayudar a salvar tendencias depresivas que dificultan más aún la resolución de conflictos, especialmente aquellos relacionados con la familia.

Mahatma Gandhi respondió a una pregunta en una ocasión cuando le decían:

¿Cómo puedes saber que lo próximo que vayas a hacer será correcto o no?

Considerando el rostro del ser humano más pobre y honorable, habrá que preguntarse si aquello que vamos realizar podrá ayudar a esa persona. Si es así, nuestro próximo acto será el correcto. Y si no, habrá que volver a pensarlo.

Esto forma parte no solamente de los individuos, sino de la comunidad y la cultura en donde nos realizamos y por tanto es de vital importancia considerar todo lo que hemos leído en este artículo a la hora de actuar en nuestros procesos de mediación y negociación.

# LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA MEDIACIÓN POLICIAL: ¿INCOMPATIBILIDAD O COINCIDENCIA?

CARMEN LÁZARO GUILLAMÓN

*Universitat Jaume I*

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

**SUMARIO:** 1. Nota preliminar. 2. Marco normativo. 3. Principios de la mediación y principios en la mediación policial. 3.1. Principios de la mediación: generalidades. 3.2. Principios de la Mediación en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: su extensión a la Mediación Policial. 4. Conclusiones.

**RESUMEN:** Una cuestión esencial cuando se trabaja en el ámbito de la Mediación Policial es la de la efectiva y completa validez y eficacia de los principios de la mediación en general, se trata de una materia que necesita de estudio y análisis para poder eliminar tópicos e ideas preconcebidas. Dicho análisis se plantea desde una perspectiva jurídica a fin de neutralizar el tópico policial de que en mediación, la Policía funciona con una gran dosis de “alegalidad”. Para ello, además de una reflexión sobre la Mediación Policial desde un punto de vista general, se estudiará brevemente su marco normativo para profundizar en el análisis de los principios informadores, esencialmente los principios de voluntariedad, de libre disposición y de confidencialidad.

**ABSTRACT:** A key question in the field of Police Mediation is the complete validity and effectiveness of the main principles of mediation; that is a matter that requires study and analysis in order to eliminate clichés and preconceptions. That analysis arises from a legal perspective in order to neutralize the stereotype that in Police Mediation, police officers work with a large dose of "lawlessness". To face this analysis, it is made a general reflection about the Police Mediation and its legal framework, so it is possible to make a deeper analysis of the main principles of mediation and their implementation in the field of Police Mediation, essentially the

principles of voluntariness, unrestricted procedure and confidentiality are specially analyzed.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación Policial, principios de la mediación, voluntariedad, libre disposición, confidencialidad.

**KEYWORDS:** Police Mediation, mediation main principles, voluntariness, unrestricted procedure, confidentiality.

## 1. NOTA PRELIMINAR

El origen de las líneas que siguen es el sugerente título de la recopilación de casos, experiencias y vivencias “Mediación Policial: un Oxímoron”<sup>1</sup> que, de forma tentadora, generosa y aplicada, Gallardo Campos, Pérez Beltrán y Pérez i Montiel, han puesto a nuestra disposición. Efectivamente, cuando a la “mediación” se le adjunta el calificativo que determina su ámbito, en este caso, “policial”, la impresión, la connotación, es que se ha compuesto un oxímoron perfecto; recordemos que la figura retórica consiste en la “combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que originan un nuevo

sentido”<sup>2</sup>, en efecto, la Mediación Policial representa una idea revolucionaria, renovada, evolucionada y adaptada al cambio -o a la crisis, término más clásico-. La asociación “Mediación” y “Policial” nos sugiere innovación y transformación... O por lo menos, ese es el tópico, que también en retórica significa “lugar común que la retórica antigua (*sic*) convirtió en fórmulas o clichés fijos y admitidos en esquemas formales o conceptuales de que se sirvieron los escritores con frecuencia”; en efecto, el cliché admitido y “cómodo” –el tópico tanto para la ciudadanía como para – en determinadas ocasiones- la propia institución policial, es ver en la Policía a esa entidad que tiene legítimamente la facultad de reprimir, prohibir, controlar, y todo un

---

<sup>1</sup> R.A. GALLARDO CAMPOS, H. PÉREZ BELTRÁN y J. PÉREZ I MONTIEL, *Mediación Policial: un Oxímoron*, Loielle, Vila-real, 2014.

---

<sup>2</sup> Vid. entrada “oxímoron” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

conjunto de verbos sinónimos que van dirigidos al mantenimiento del “orden público y de la paz social”. Pero la Policía no hace sólo eso, sus responsabilidades atribuidas en Derecho para hacer efectivo dicho “mantenimiento” son muchas más y, por desconocidas o por quién sabe qué intención de mantener el *status quo*, realmente “Mediación Policial” es a fecha de hoy un oxímoron -o nos lo llega a parecer- y no, como debiera ser -o efectivamente es- un “pleonasma”. Es el pleonasma la figura retórica más opuesta al oxímoron y que se define como “figura de construcción, que consiste en emplear en la oración uno o más vocablos innecesarios para que tenga sentido completo, pero con los cuales se añade expresividad a lo dicho”<sup>3</sup>. La Mediación Policial no es una combinación de opuestos absurdos, no es una *contradictio in terminis*, es una realidad -como muestran los ejemplos de la praxis que nos ofrece el manual “Mediación Policial: un Oxímoron”- y, en el contexto de la gestión del conflicto, es y debe ser una realidad efectiva y eficaz. La capacidad, la aptitud y la actitud para ver el tópico con sentido crítico es propio de la habitual demanda de una Policía del siglo XXI, que obviamente ejerza la fuerza porque legítimamente puede y debe emplearla cuando la gestión del conflicto es imposible y por tanto, supone un mal mayor, pero que, aun

empleando la fuerza, la Policía ha de basar su actuación cotidiana en una combinación equilibrada de *auctoritas* -saber socialmente reconocido- y *potestas* -poder socialmente reconocido-. Desde esta reflexión, la Mediación Policial es un instrumento que suma y coopera en la idea de dotar de mayor fluidez y eficacia a la Administración de Justicia; más aún, se declara que la mediación es una institución “ajena” a nuestra historiografía jurídica -aunque quizá no sea tan extraña<sup>4</sup>-, esencialmente porque las partes en conflicto busca consciente e incluso de forma subconsciente una figura de autoridad y de potestad que proporcione una solución indubitada al conflicto; si el contexto es el de la Mediación Policial, quizá los mediados, las partes en conflicto, sin duda, van a ver en la figura del policía mediador al agente con suficiente autoridad y potestad que puede guiarles -nunca resolver- convenientemente en la composición autónoma de la eventual solución a su conflicto sin que el resultado sea que una parte pierda y la otra gane -resultado de “suma cero”-. Es esta una visión completamente diferente de la tradicional función represora y coercitiva que, de una forma tópica, se atribuye a la Policía aunque,

---

<sup>3</sup> Vid. entrada “pleonasma” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

---

<sup>4</sup> C. LÁZARO GUILLAMÓN, “El acuerdo de mediación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica”, en *Revista Internacional de Mediación*, 0 (junio-diciembre 2013) 84-92, *passim*.

sutilmente, la visión a la que se alude se aproveche del mejor significado de los términos de autoridad y potestad, combinándolos de forma paradigmática y extrayendo un significado exclusivamente positivo y favorable.

La Policía no está haciendo nada que no hiciera, el contenido – cooperar en la resolución de los conflictos privados- venía siendo -y es- una constante que además encontraba –y encuentra- una base legal. La estructura jurídica trilateral básica de toda mediación –las partes en conflicto y el tercero subordinado, esto es, el mediador<sup>5</sup>- se presenta en el caso de la Mediación Policial vestida con el uniforme propicio que provoca en los mediados la evidencia de confianza, respeto, autoridad moral, potestad legitimada y buen hacer del policía mediador que gestiona su crisis siguiendo un riguroso código ético profesional<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Las partes en conflicto se encuentran o deben encontrarse en un mismo plano y su actividad es esencial –poder gestionar el conflicto- mientras que el mediador ha de ser un subordinado en el sentido en que a pesar de lo esencial de su actividad, su función ha de ser la de soporte, guía, ayuda... No se debe perder de vista la configuración de la mediación como método autocompositivo.

<sup>6</sup> Debemos tener en cuenta que las responsabilidades del policía mediador no son otras que las que sanciona la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por faltas en el servicio. Si se hablara de un mediador privado deberíamos tener en

Es conveniente analizar cómo se conciertan los principios de la mediación en general con el caso de la Mediación Policial y, todo ello, desde el Derecho, para neutralizar el tópico policial –o quizá la excusa- de que en mediación, la Policía funciona con una gran dosis de “alegalidad”.

---

cuenta la relación de arrendamiento de servicios que surge entre las partes y el mediador (arts. 1544 y concordantes del Código Civil), dado que se exige aceptación y un precio cierto y no se compromete un resultado, igualmente, en este caso la institución de mediación – persona jurídica- en la que desarrolla su actividad el mediador privado si es privada responde también por arrendamiento de servicios y genera igualmente responsabilidad contractual *ex art. 1101* directa por el incumplimiento de las obligaciones que le incumben y por *culpa in eligendo*, así como indirecta o subsidiaria por la actuación del mediador que podría encuadrarse en la culpa aquiliana del art. 1903 del Código Civil. En el caso de que la institución pública de mediación fuera una persona jurídica de Derecho público debería atenderse a la responsabilidad de las Administraciones Públicas por las actuaciones llevadas a cabo por sus efectivos.

## 2. MARCO NORMATIVO

La Ley 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad – en adelante LOFCS-, en relación con la descripción de competencias atribuidas a los distintos cuerpos de policía, dispone en su art. 38.3.a), en relación con las competencias de las policías de las comunidades autónomas de prestación simultánea e indiferenciada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo siguiente: “la cooperación a la resolución amistosa de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello”, esto es, conforme al art. 38 LOFCS, las Comunidades Autónomas que creen Cuerpos de Policía Autónoma<sup>7</sup> podrán asignar

---

<sup>7</sup> El art. 37 de la LOFCS recoge diferentes vías para la constitución de Policías Autónomas, en principio, las Comunidades Autónomas que contengan dicha previsión en sus Estatutos de Autonomía podrán crear Cuerpos de Policía para el ejercicio de las funciones de vigilancia y protección, en la actualidad, tienen Policía propia País Vasco, Cataluña y Navarra y prevén dicha posibilidad los Estatutos de Autonomía de Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana y Canarias. En aquellas Comunidades Autónomas cuyos Estatutos no prevean la creación de Policías Autónomas o no hayan hecho uso de la posibilidad de creación establecida en dichos estatutos, podrán hacer uso de las Policías Locales de su territorio, en ejercicio de sus facultades de coordinación de las mismas o bien podrán adscribir Unidades del Cuerpo

como competencia a dicho cuerpo *la cooperación a la resolución amistosa de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello*. En cuanto a las Policías Locales<sup>8</sup>, el art. 53.1.i)

---

Nacional de Policía a la Comunidad Autónoma correspondiente a través de acuerdos administrativos de colaboración de carácter específico.

<sup>8</sup> Según el art. 51 de la LOFCS “*los Municipios podrán crear Cuerpos de Policía propios, de acuerdo con lo previsto en esta ley, en la Ley de Bases de Régimen Local y en la legislación autonómica*”, con cualquier denominación con la que se le conozca (Guardia Urbana, Policía municipal, etc.), si el municipio carece de esta policía, “*los cometidos de ésta serán ejercidos por personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de Guardas, Vigilantes, Agentes, Alguaciles o análogos*”. Es conveniente tener en cuenta además que el art. 52.1 de la LOFCS recoge que estos Cuerpos son Institutos Armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada, que se rigen, en cuanto a su régimen estatutario por los principios básicos de actuación y las disposiciones estatutarias comunes recogidas en los arts. 5 a 8 de la LOFCS, así como, sobre el régimen disciplinario, por los arts. 27 y 28 de ésta, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al efecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada

de la LOFCS les atribuye la competencia de “cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello”, es decir, detalla las funciones que se atribuyen a los Cuerpos de Policía Local de forma indubitada.

Puede concluirse que en el marco de la cooperación en la resolución amistosa de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello, el ordenamiento jurídico atribuye competencias comunes e indiferenciadas<sup>9</sup> a la Policía, aunque

en la actualidad, casi de forma generalizada, dicha función de cooperación en la resolución de conflictos privados está siendo atribuida a las Policías Locales que, indudablemente, se mueven en el marco del entorno social más próximo y son expertos sobre demografía, culturas y costumbres. Por lo que interesa a este trabajo, en relación con el ámbito de la Mediación Policial definido por la LOFCS, es clara la alusión a conflictos de naturaleza privada (esto

---

Cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos.

<sup>9</sup> Igualmente, en el mismo plano de competencias comunes indiferenciadas hallamos la prestación de auxilio en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil, Vigilar los espacios públicos. (*vid.* arts. 11; 38.3 y 53 de la Ley Orgánica 2/1986), así como las misiones comunes a los Cuerpos Nacionales -o a alguno de ellos- y las Policías de carácter autonómico). Como sucede, para la Guardia Civil y Policías Autónomas, con la obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, recursos hidráulicos, así como la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza (arts. 12 y 38. 3. c, de la citada LOFCS). Por otra parte, en virtud de las tres primeras Disposiciones Finales de LOFCS, las Policías Autónomas del País Vasco y Comunidad Autónoma de Cataluña, así como la Policía Foral de

---

Navarra, tienen, en sus respectivos territorios, competencias convergentes con los Cuerpos policiales del Estado, en materia de prevención y de orden público -Ley Orgánica 3/1979 de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía para el País Vasco, art. 17; Ley Orgánica 4/1979 de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 13; Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, art. 51-. No obstante, a pesar de que el ordenamiento jurídico pretende evitar problemas de delimitación competencial a través de la aplicación del principio de coordinación para las competencias comunes y el de colaboración para las competencias propias (arts. 46.2; 11.5; 48.2; 49.1; 50; de la LOFCS), la complejidad es manifiesta debido a una efectiva falta de desarrollo de dichos principios. En este sentido C. HERRERO HERRERO, “Modelos de Policía y realidad española”; en *Ciencia Policial*, 24 (1994) 1-24, *passim* y C. HERRERO HERRERO, “Un modelo razonable de policía judicial”, en *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1744, 93-123, p. 99.

es, disputas entre particulares que no exceden del orden jurídico del Derecho privado) y en este contexto la función del policía mediador es la que se define a través de “cooperar”, esto es, “obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”<sup>10</sup>, de donde se infiere que “los otros” son las partes en conflicto (los mediados), y el fin la posible “resolución amistosa” del dicho conflicto, con una clara connotación insistentemente privada, subjetiva y personal de la eventual resolución.

Lo expresado hasta aquí es perfectamente compatible con lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles que de forma supletoria se aplica a supuestos de mediación especializada cuando ésta no encuentra regulación –caso de la Mediación Policial-; el concepto de mediación que ofrece la ley (art. 1) es el de entenderla como “aquel 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”; nada

es incompatible con la función atribuida al policía mediador: forma de resolución de controversias (de conflictos se habla en la LOFCS) en la que de forma autocompositiva –por sí mismas- las partes intentan alcanzar una solución –de forma amistosa- con la intervención de un mediador (un cooperador necesario pero que no es protagonista del eventual acuerdo, es el gestor, el guía, el facilitador, en definitiva: el mediador). La única diferencia: el mediador al que alude la Ley 5/2012 es un policía<sup>11</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación, la Ley 5/2012 recoge en su art. 2.1 que dicha ley “es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español”; continúa el artículo con un apartado 2º que concreta los ámbitos de aplicación

---

<sup>10</sup> Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En el Diccionario Panhispánico de Dudas, en relación con la entrada “cooperar” se pone de manifiesto que la finalidad la finalidad perseguida se expresa mediante un complemento precedido de la preposición *en* –la cursiva es nuestra-, como es el caso, de forma que lo esencial en la norma es la eventual resolución y la gestión del conflicto.

---

<sup>11</sup> Vid. J. REDORTA, “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública* 15 (2004) 29-46, *passim*; igualmente J. REDORTA, - R.A. GALLARDO, “Nuevas herramientas en Seguridad Pública: la Mediación Policial”, en *Revista e-mediación, Acuerdo Justo*, 180 (septiembre 2014) 10-23, *passim*.

excluidos en todo caso, se trata de: a) la mediación penal<sup>12</sup>, b) la mediación con las Administraciones públicas, c) la mediación laboral y, d) la mediación en materia de consumo. Queda claro, por tanto, que el ámbito en el que se desarrollan los eventuales procesos de mediación es el estrictamente privado. La concordancia con la delimitación derivada de la LOFCS es absoluta.

Una consideración relevante es la de que el policía mediador pertenece indefectiblemente a un cuerpo organizado, jerarquizado, etc... Tampoco representa un problema: el art. 5.1 de la Ley 5/2012, dispone que “tienen la consideración de instituciones de mediación las entidades públicas o privadas, españolas o extranjeras, y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. [...] La institución de mediación no podrá prestar directamente el servicio de

mediación, ni tendrá más intervención en la misma que la que prevé esta Ley. Las instituciones de mediación darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, informando, al menos, de su formación, especialidad y experiencia en el ámbito de la mediación a la que se dediquen”, por tanto, un Ayuntamiento –institución pública- puede ser institución de mediación si entre sus fines se encuentra “el impulso de la mediación” y, además, facilita el acceso y la administración de la mediación, incluida la designación de mediadores, garantizando la transparencia en la referida designación.

---

<sup>12</sup> La exclusión de lo penal no se extiende a las consecuencias patrimoniales del delito (art. 1813 del Código Civil que dispone que “Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal.) dado que el eventual acuerdo en este ámbito no es, propiamente, una mediación penal.

### 3. PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN Y PRINCIPIOS EN LA MEDIACIÓN POLICIAL

#### 3.1. Principios de la mediación: generalidades

Comenzamos con una revisión de los principios que informa la mediación más allá de lo dispuesto por las normas jurídicas, sin apreciación normativa. La enumeración de principios –buenas prácticas que se constituyen como el código ético de cualquier mediador- que se incorpora es extensa aunque, por supuesto, susceptible de ampliación, matización y adaptación al concreto proceso de mediación<sup>13</sup>:

- Autocomposición: significa que en mediación, el acuerdo debe “construirse” por las partes, son éstas las que posibilitan y confeccionan el consenso; la intervención del tercero –mediador- sólo es de guía, de gestor, de facilitador.
- Buena fe: el término “fe” proviene del latín *fides*, que significa confianza, lealtad; debe ser una guía básica de buena práctica que tanto las partes como el mediador se comporten honestamente y con rectitud. La conducta maliciosa perjudica, obviamente, al proceso de

mediación y, además, la mediación no debe ser un instrumento para el fraude o contravención de ley.

- Calidad: el mediador ha de ser un profesional formado y competente; en caso contrario, la mediación no es eficaz. Se trata de la activación de sistemas de profesionalización y efectiva cualificación de los mediadores.
- Confidencialidad: a salvo de los supuestos en los que el mediador pueda llegar a ser requerido judicialmente tal y como se analizará más adelante, las informaciones, declaraciones, etc... del proceso mediación son totalmente confidenciales; si no fuera así, la seguridad recíproca mediador-parte, proceso-terceros que otorga el “secreto” perjudicaría al proceso.
- Debate contradictorio y equidad: la contradicción es una forma de que las partes puedan expresar libremente sus intereses, en la mano del mediador está el lograr la equidad y el equilibrio en el tratamiento y gestión de esas exposiciones.
- Equivalencia: se debe buscar el acercamiento de los intereses de las partes (con independencia de

---

<sup>13</sup> C. LÁZARO GUILLAMÓN, “Marco jurídico de la Mediación Policial”, en *Mediación Policial: Teoría para la gestión del conflicto*, Dykinson, Madrid, 2014 –en prensa-.

*Los principios informadores de la mediación en el contexto de la mediación policial:  
¿incompatibilidad o coincidencia?*

- sus posiciones). Los intereses de las partes han de tratarse equitativamente en relación con su valor y estimación.
- Flexibilidad: si la mediación se sujeta a normas estrictas, a dogmas, muy posiblemente el recorrido para llegar al consenso no sea posible, el proceso ha de ser susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades. Ello no obsta a que se acuerde sobre mínimos para garantizar eficacia.
  - Igualdad: no debe existir iniquidad entre los derechos y deberes de cada una de las partes en el proceso de mediación.
  - Imparcialidad: el mediador no debe “tomar parte” o ser “parcial”; su actuación ha de tender, en todo caso, a lograr el equilibrio, el balanceo de posiciones, de forma que se consiga un entorno de confianza y respeto.
  - Inmediatez y presencialidad: para que el proceso de mediación sea efectivamente una manifestación de voluntad que tienda a lograr el consenso, lo conveniente es que las partes acudan personalmente y no a través de representante.
  - Interés superior del menor: prima si el proceso de mediación y el conflicto involucra a menores (piénsese en supuestos de crisis de pareja –separación, divorcio-).
- Se trata, además, de un principio general del Derecho (aunque indeterminado) que se concreta en la protección de los parámetros sociales integrados en el ámbito personal y patrimonial del menor.
- Neutralidad: el mediador no debe participar de ninguna de las opiniones en conflicto y debe verificar una posición de igualdad de las partes, debe abstenerse de proponer e influir.
  - No vencimiento: también denominado “el conflicto suma cero” -en términos matemáticos significa que lo que está en juego suma cero, es decir, la ganancia de uno es exactamente igual a la pérdida del otro-; si “el conflicto suma cero”, la mediación no es viable. En mediación las partes deben renunciar, *ab initio*, a ganar o perder y superan concepciones de culpa y venganza (del todo o nada).
  - Prudencia y veracidad: afecta esencialmente al mediador, éste deberá actuar con la suficiente sensatez, buen juicio y cautela durante todo el proceso sin realizar promesas u ofrecimientos y profesar siempre la verdad.
  - Responsabilidad: en todo caso, la carga de la resolución del conflicto recae en las partes.
  - Transparencia: es muy importante evitar ambigüedades

y favorecer la mutua confianza desde una posición profesional.

Voluntariedad: afecta a las partes y al mediador. Es relevante señalar que las partes, por decisión propia, deciden –*voluntas*- formar parte de la gestión de su conflicto para llegar al eventual acuerdo –

*consensus*-, que sería el posible final del camino recorrido durante el proceso de mediación -que es lo realmente importante en mediación-. Sin duda, si el acuerdo es fruto del trabajo voluntario, su grado de cumplimiento será efectivamente mayor.

### **3.2. Principios de la Mediación en la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: su extensión a la Mediación Policial**

En el título II de la Ley 5/2012 se incorporan algunos de estos principios, en particular:

- el principio de voluntariedad y libre disposición,
- el principio de igualdad de las partes e imparcialidad,
- el principio de neutralidad, y
- el principio de confidencialidad.

A estos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador. Los principios de imparcialidad, neutralidad y buena fe son, en realidad, principios generales del Derecho del orden jurisdiccional y del orden contractual; dichos principios informan, sin duda, a la Mediación Policial, se trata de principios generales cuya eficacia tiene naturaleza universal.

El principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores se recoge en el art. 7 de la Ley 5/2012 cuyo tenor literal es el siguiente: “En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”, nada que añadir respecto a lo que se ha puesto de manifiesto en la enumeración de principios que inicia este apartado. El principio de neutralidad se contiene en el art. 8 de la Ley 5/2012 de la siguiente forma “Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14”; este art. 14, al que remite el artículo relativo al principio de neutralidad,

se refiere a la responsabilidad del mediador, en particular dispone que “la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

Puede decirse que son propios de la mediación tres principios de los mencionados al inicio de este punto, en concreto: el de voluntariedad, el de libre disposición y el de confidencialidad.

El principio de voluntariedad y libre disposición se recoge en el art. 6 de la Ley 5/2012 declarando en su primer apartado de forma categórica que “la mediación es voluntaria”, en efecto, en sentido estricto, no existe vínculo jurídico que obligue a las partes, a no ser que las partes hubieran pactado someter a mediación las futuras controversias que entre ellas pudieran surgir, pero para dar cumplimiento a este pacto que en realidad sólo obliga a solicitar el proceso de mediación, bastaría presentar la solicitud de mediación y que una de las partes -o ambas- desistiera. En este sentido, el art. 6 en

su apartado 2º recoge que “cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. Sólo puede llegar a generar vínculo jurídico el eventual acuerdo al que pudiera llegarse –el contrato-; acuerdo que, recordemos, puede producirse o no, puesto que según reza el apartado 3º de este art. 6: “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”. Parece que este art. 6 de la Ley 5/2012 que enuncia el principio de libre disposición vaya a desarrollarlo, desafortunadamente no es así, su tenor literal sí que afecta de forma inmediata a la voluntariedad pero no hay referencia expresa a la libre disposición, por tanto, es necesario analizar esta importante cuestión. Desde un punto de vista procesal el principio de libre disposición significa que las partes, “sin perjuicio de los principios establecidos en esta Ley –la 5/2012-, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente” (art. 10.1 de la Ley 5/2012). Estas cuestiones son relevantes dado que las partes pueden llegar a elevar el acuerdo de mediación a escritura pública y, en tal caso, el Notario tiene confiado el

control de legalidad. Desde un punto de vista sustantivo, es decir, respecto de que la mediación no puede afectar a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, se hace necesaria la aplicación analógica de la denominada teoría general del negocio jurídico, esto es, el art. 1.255 del Código Civil que dispone que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”; de este modo, la mediación queda sometida al principio de autonomía de la voluntad y sólo quedan fuera de su ámbito los denominados derechos indisponibles<sup>14</sup>: se trata de los límites sustantivos de la mediación que se configuran como aquellos temas controvertidos sobre los que las partes no pueden disponer así como otros aspectos que están expresamente excluidos del ámbito de la mediación por la propia Ley 5/2012<sup>15</sup>. Pero esta simple

declaración resulta insuficiente, es necesario poner en concordancia lo dispuesto por la Ley 5/2012 –en concreto su art. 2- con los arts. 415 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los arts. 1.809 y siguientes del Código civil relativos al contrato de transacción. El contrato de transacción, según el art. 1.809 del Código Civil “es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”<sup>16</sup>, dispone además el Código Civil que el objeto de este contrato de transacción lo constituye la relación jurídica controvertida, es decir, el objeto del conflicto que, de ser resuelto a través de un contrato de transacción, es necesario que las partes puedan negociar válidamente sobre la controversia excluyéndose la posibilidad de transigir –y por tanto, de seguir un proceso de mediación- si el objeto del conflicto versa sobre:

a) El estado civil de las personas (art. 1.814 del Código Civil que dispone que “no se puede transigir

---

<sup>14</sup> Recordemos el tenor del art. 2.1 de la Ley 5/2012: “Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable.

<sup>15</sup> Nuevamente, art. 2.2 de la Ley 5/2012: Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) la mediación penal, b) la mediación con las Administraciones públicas, c) la

---

mediación laboral y, d) la mediación en materia de consumo.

<sup>16</sup> Esto es, nuestro Código Civil al margen del proceso tradicional ante los tribunales de Justicia, ya recoge y reconoce a los sujetos en conflicto la posibilidad de componer sus diferencias por ellas mismas, en una autocomposición de intereses, mediante el instituto de la transacción. Es relevante señalar que el Tribunal Supremo ha declarado que “el sacrificio puede ser orden moral, no necesariamente económico”.

sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”); se trata de una materia de orden público y por tanto indisponible. Se ha dudado sobre la posibilidad de transigir sobre las consecuencias patrimoniales que dimanen del estado civil. Dada la íntima conexión existente entre ambas materias, quizá lo más adecuado sea aplicar analógicamente la norma del artículo 14 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, que impide que se puedan someter a arbitraje las materias disponibles que se encuentran indisolublemente unidas a otras indisponibles.

b) Cuestiones matrimoniales: en ningún caso cabrá la transacción sobre la existencia o subsistencia del vínculo matrimonial, si bien habría que puntualizar que cuando se trate de materias sobre las que los esposos puedan disponer, cabrá la transacción y, por tanto, la mediación (pensiones compensatorias o atribuciones de vivienda conyugal en causas de separación o divorcio, etc...).

c) Alimentos futuros: el Tribunal Supremo lo considera referido exclusivamente a los alimentos entre parientes. Por referirse la prohibición exclusivamente a los alimentos futuros no comprenderá aquellos que, ya devengados, todavía no se han satisfecho.

d) Cabe la transacción sobre la acción civil procedente de un delito o falta, pero dicha transacción no extingue la acción pública para la imposición de la pena correspondiente<sup>17</sup>, lo cual resulta plenamente concorde con el citado carácter público de la acción penal.

La Mediación Policial, al igual que la mediación desde un punto de vista general, no cabe en estos casos y la causa es el propio objeto del conflicto: se trata de derechos de naturaleza privada que el ordenamiento jurídico reconoce y declara como indisponibles por parte del sujeto del derecho.

En cuanto al principio de confidencialidad<sup>18</sup> debemos tener en cuenta lo dispuesto por el art. 9 de la Ley 5/2012, en concreto, en su primer apartado recoge que “el procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de

---

<sup>17</sup> Recordemos el art. 1.813 del Código Civil: “Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal”.

<sup>18</sup> J. REDORTA, *Aspectos críticos*, cit., pp. 32ss alude a la dificultad de cumplir con el principio de confidencialidad cuando la actuación policial tiene lugar en sitios públicos. Efectivamente, es uno de los riesgos pero, esencialmente, nos estamos refiriendo en este trabajo a una actuación de Mediación Policial en el marco de un proceso de mediación, no en el de una intervención del policía en un contexto conflictivo cotidiano.

confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”; es decir, se trata de una obligación que afecta a todos los que intervienen en el proceso de mediación, partes y mediadores.

Para comprender mejor el funcionamiento de dicha obligación de “no revelar” puede decirse que se trata de una obligación cuyo objeto consiste en un “no hacer” cuya estructura en función de los sujetos afectados por la obligación podría representarse de la siguiente manera:

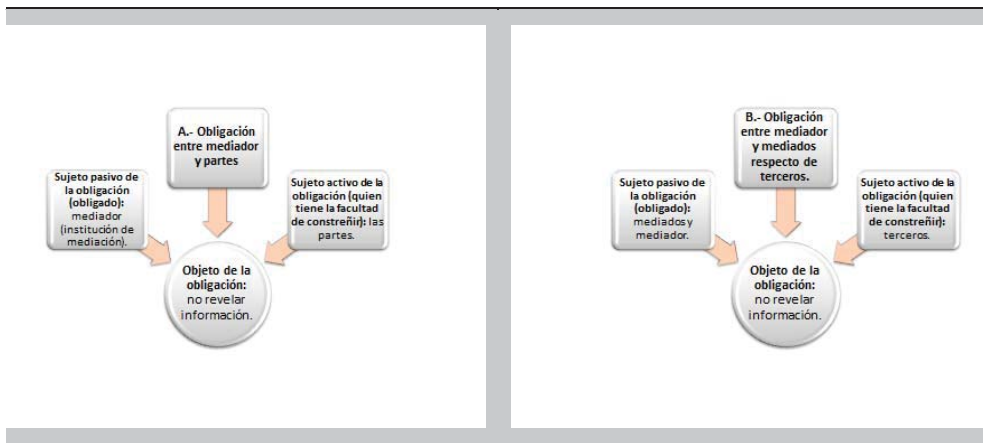


Tabla 1. Diagramas de la obligación de “no revelar”.

La confidencialidad, por tanto, rige esencialmente durante el proceso de mediación, no obstante, se extiende más allá dado que se proyecta a futuro por la inseguridad que representa llegar a ser llamado/llamada por el orden jurisdiccional en el caso de que una o incluso ambas partes llegaran a judicializar el posible incumplimiento del acuerdo de mediación o, incluso, porque el conflicto se hubiera reactivado de suerte que la vía elegida por las partes fuera la judicial. En este punto,

el apartado 2º del art. 9 dispone que “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”, es decir, en general el principio de confidencialidad en la mediación veta 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 (recordemos “no revelar” como objeto de la obligación de confidencialidad) sobre la información y documentación derivada de un proceso de mediación o relacionada con el mismo, no obstante, este veto desaparece si se da cualquiera de las siguientes circunstancias: la primera es el supuesto de que las partes (ambas) expresamente y por escrito eximan al mediador del cumplimiento de la obligación de confidencialidad y, la segunda se trata de que los jueces del orden jurisdiccional penal a través de resolución judicial motivada, soliciten documentación o información sobre el proceso de mediación; son estas las dos exenciones legales claras y concisas que la Ley 5/2012 sanciona en relación con el cumplimiento de la obligación de confidencialidad.

Además, es importante señalar que la obligación es de “no revelar<sup>19</sup>”, esta

---

<sup>19</sup> En sentido estricto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el significado de revelar es “Descubrir o manifestar lo ignorado o secreto”, este sería, por tanto, el concreto

es la “carga” que asumen los “obligados”, es necesario diferenciar el sentido de “revelar” del que podría inferirse de una utilización desleal, alevosa, artera, etc... de la información obtenida durante el proceso de mediación, en este sentido hay que estar a lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 5/2012: “las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo”, es decir, los principios generales de buena fe y abuso de derecho (Principios Generales del Derecho) impiden utilizar en beneficio propio informaciones obtenidas durante el proceso de mediación. En definitiva, el riesgo que se asume es que la información suministrada a la otra parte pudiera llegar a ser utilizada en un procedimiento judicial o extrajudicial que implicaría no una vulneración estricta del principio de confidencialidad –recordemos “no revelar”- sino que se trataría más bien de una vulneración del principio general de la buena fe y del abuso de derecho que se expresan en el mencionado art. 10.2 de la Ley 5/12 que además añade que “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles

---

ámbito del objeto de la obligación de “no revelar”.

para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos. El compromiso de sometimiento a mediación y el comienzo del proceso impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

En el contexto particular de la Mediación Policial y a fin de describir el perfil jurídico del principio de confidencialidad<sup>20</sup>, es necesario tener en cuenta las líneas marcadas por la resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Declaración sobre la Policía y el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, que determinan de una forma general los principios básicos de actuación, se trata de un auténtico código deontológico de la función policial (no sólo de la función de mediación policial). En este sentido, los principios rectores pueden resumirse en: Respeto a la Constitución (norma fundamental), servicio permanente a la Comunidad, adecuación entre fines y medios, secreto profesional, respeto al honor y dignidad de la persona,

subordinación a la autoridad y responsabilidad en el ejercicio de la función. En particular, la número 15, que se encuentra entre las declaraciones de naturaleza ética contenida en la resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Declaración sobre la Policía se recoge que: “el funcionario de Policía debe guardar el secreto acerca de todas las cuestiones de carácter confidencial de las cuales él tenga conocimiento, a menos que el ejercicio de esas funciones o las disposiciones de la ley le manden actuar de otra manera”. Igualmente, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, dispone en su art. 4 que “las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario”, es decir, tal y como incorpora el comentario a este artículo, por la naturaleza de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley – en nuestro caso, los policías – obtienen información que puede referirse a la vida privada de las personas o redundar en perjuicio de los intereses, especialmente la reputación, de otros. Se tendrá gran cuidado en la protección y el uso de tal información, que sólo debe

---

<sup>20</sup> R.A. GALLARDO CAMPOS y O. PARRA CÓRCOLES, “Mediación Policial y principio de confidencialidad”, en *Revista e-mediación* 178 (enero 2104) 60-69.

revelarse en cumplimiento del deber o para atender las necesidades de la justicia. Toda revelación de tal información con otros fines es totalmente impropia.

Sin duda, estos principios derivan de principios constitucionales generales que se incorporan, indubitadamente, a la LOFCS y que se sustentan en los siguientes: legalidad o adecuación al ordenamiento jurídico, especial relevancia de los principios de jerarquía y subordinación que potencian el respeto al principio de responsabilidad por los actos que lleven a cabo y la activa e intensa penetración entre la colectividad y la Policía constituye la razón de ser de ésta y es determinante del éxito o fracaso de su actuación exige respeto y seguimiento del principio constitucional de igualdad ante la Ley, la neutralidad política, la imparcialidad y la evitación de cualquier actuación arbitraria o discriminatoria.

La cuestión es: ¿Hay diferencia entre estos principios y los que informan el proceso de mediación? ¿Es el principio de confidencialidad efectivamente diferente en el caso de la Mediación Policial? Las respuestas a estas cuestiones es, según lo expuesto, negativa, por supuesto, los principios generales de orden constitucional y legal afectan a todos los ciudadanos independientemente de su dedicación profesional y en cuanto al particular “deber de sigilo”, de “secreto profesional”, sobre todo

cuando se conoce de asuntos privados, es claramente coincidente en el caso de la mediación en general y de la Mediación Policial en particular: las partes mediadas pueden, por supuesto, renunciar al deber de confidencialidad y, tanto al mediador privado como al policía mediador el Juez del orden jurisdiccional penal (y sólo el Juez penal) puede requerir, a través de resolución motivada, información y documentos relativos a un concreto proceso de mediación, esto es perfectamente armónico con lo dispuesto en el art. 283<sup>21</sup> de la Ley de

---

<sup>21</sup> “Constituirán la Policía Judicial y serán auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes:

1. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.
2. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.
3. Los Alcaldes, Tenientes de Alcalde y Alcaldes de barrio.
4. Los Jefes, Oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.
5. Los Serenos, Celadores y cualesquiera otros Agentes municipales de policía urbana o rural.
6. Los Guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.

Enjuiciamiento Criminal: “la policía judicial tendrá que auxiliar a Jueces y Tribunales en materia penal y al Ministerio Fiscal quedando obligados a seguir las instrucciones que de ellos reciban”.

Para concluir, una sumaria referencia a las consecuencias de la falta del deber de confidencialidad a las que alude, de forma general, el apartado 3º del art. 9 de la Ley 5/2012: “la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”, es decir, tanto si el policía mediador incumple su deber de secreto profesional como si incumple los términos de la solicitud de información del orden jurisdiccional penal –caso de excepción general al deber de cumplimiento de la obligación de confidencialidad-, será sometido al régimen disciplinario correspondiente a su dedicación profesional: la de ser policía, porque, en realidad, habrá faltado a las normas de su código ético general.

- 
7. Los funcionarios del Cuerpo especial de Prisiones.
  8. Los Agentes judiciales y los subalternos de los Tribunales y Juzgados.
  9. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico, encargado de la investigación técnica de los accidentes”.

#### 4. CONCLUSIONES

Muy posiblemente, la palabra que mejor define y resume las connotaciones que provoca la referencia “Mediación Policial” es “desafío” dado que representa y sugiere un enfoque alejado de muchas prácticas policiales convencionales que implica una caída de los clichés de la ciudadanía y de la propia institución policial. La mejor vacuna contra el cliché o el tópico es, sin duda, la necesaria formación intensiva y especializada en mediación tanto en general como en el caso particular de la Policía.

Es necesario asumir el riesgo y neutralizarlo a través del conocimiento ya que la naturaleza del trabajo de la Policía es compleja y, por ejemplo, la piedra angular de la mediación que se sustancia en principios tales como la voluntariedad, la libre disposición y la confidencialidad puede ser fácilmente impugnada si el adecuado soporte formativo y normativo. Es sencillo captar la esencia si describimos el riesgo concreto, por ejemplo, es difícil hablar de voluntariedad porque puede cuestionarse el vicio de la voluntad de las partes que acuden a mediación porque la propuesta del servicio la hace una unidad de mediación policial, en este contexto puede aducirse “coacción” a causa de la presencia del agente de policía (comúnmente diríamos “de la presencia del uniforme”), la buena

gestión de la unidad de mediación policial puede difuminar ese presunto vicio de la voluntad, sobre todo, si el servicio de mediación es solicitado por las partes en conflicto. En sentido similar se trata el principio de libre disposición, son las partes las que guiadas por el experto construyen el proceso, eso sí, con una organización, unas pautas ofrecidas por el agente mediador que, gracias a su formación y desarrollo de aptitudes, sabrá dirigir dicho proceso y gestionar el consenso y la construcción de la eventual solución autocompositiva. En cuanto a la confidencialidad, hemos visto que en nada difiere la actuación del mediador privado respecto de la actuación del mediador que es policía, la buena práctica en el proceso de formación es garantía del cumplimiento de los presupuestos básicos de confidencialidad, que sólo ser verán alterados en circunstancias muy concretas.

Investigación, formación e información son esenciales, y todavía más, las potencialidades de la Mediación Policial muy posiblemente no se aprovechan todavía de forma óptima porque no sólo la Policía tiene que hacer frente a un cambio de paradigma en una parte importante de sus actuaciones – sobre todo, en el ámbito privado-, la ciudadanía y los poderes públicos han de entender, aceptar e integrar la Mediación Policial como una excelente variable de la tradicional o tópica actuación de la Policía.

## BILIOGRAFÍA

R.A. GALLARDO CAMPOS, R.A., H. PÉREZ BELTRÁN, y J. PÉREZ I MONTIEL, *Mediación Policial: un Oxímoron*, Loiselle, Vila-real, 2014.

R.A. GALLARDO CAMPOS y O. PARRA CÓRCOLES, “Mediación Policial y principio de confidencialidad”, en *Revista e-mediación* 178 (enero 2104) 60-69.

C. HERRERO HERRERO, “Modelos de Policía y realidad española”, en *Ciencia Policial*, 24 (1994) 1-24.

C. HERRERO HERRERO, “Un modelo razonable de policía judicial”, en *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1744, 93-123.

C. LÁZARO GUILLAMÓN, “El acuerdo de mediación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: algunas notas sobre su eficacia y efectos desde una perspectiva histórico-crítica”, en *Revista Internacional de Mediación*, 0 (junio-diciembre 2013) 84-92.

C. LÁZARO GUILLAMÓN, “Marco jurídico de la Mediación Policial”, en *Mediación Policial: Teoría para la gestión del conflicto*, Dykinson, Madrid, 2014 –en prensa–.

J. REDORTA, “Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública* 15 (2004) 29-46.

J. REDORTA y R.A. GALLARDO, “Nuevas herramientas en Seguridad Pública: la Mediación Policial”, en *Revista e-mediacion, Acuerdo Justo*, 180 (septiembre 2014) 10-23.

# ORATORIA Y MEDIACIÓN: “ANTES QUE LOS MEDIADORES, LOS ÁRBITROS.”

PABLO IGOR DE PABLOS POLO

*Diplomado en historia*

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

**SUMARIO** Sabemos que es la mediación y que es un mediador, pero ¿conocemos el origen y desarrollo de esta figura?. La pretensión es indagar en la figura del mediador y comprender su evolución a lo largo de los siglos.

**RESUMEN:** Sabemos que es la mediación y que es un mediador, pero ¿conocemos el origen y desarrollo de esta figura?. La pretensión es indagar en la figura del mediador y comprender su evolución a lo largo de los siglos.

**ABSTRACT:** We know the concept of mediation and what a mediator is. However, do we know the origin and ongoing role of the mediator?. The goal of this article is to inquire into this concept and understanding the evolution throughout the centuries.

**PALABRAS CLAVE:** Oratoria, mediador, árbitro, historia, mediación

**KEYWORDS:** Oratory, mediator, arbitrator, history, mediation

## 1- INTRODUCCIÓN

La mediación es ya una realidad en Europa, y en España, aunque algo tarde, empieza a soñarse.

Sabemos que la mediación es una forma de resolución de conflictos, alternativa a la vía judicial, en la que las partes resuelven sus diferencias, con ayuda de un mediador, imparcial y objetivo, de manera voluntaria y privada.

En estos años la tarea principal es la información, puesto que la mayoría de ciudadanos no conocen esta alternativa a la vía judicial, más rápida, eficaz y ventajosa para ellos.

La mediación se nutre del verbo, de las palabras, y es aquí donde estriba la importancia de la oratoria puesto que esta enseña a manejar las palabras con soltura y precisión, entre otras cosas. Esta es cualidad indispensable que cualquier persona dedicada a este oficio debe poseer y si no la posee debe, al menos, hacer el esfuerzo por adquirirla.

Hoy en día sabemos bastante acerca de la figura del mediador actual, sabemos que es una persona con estudios superiores y con una formación específica.

Ahora bien, la pregunta es si esta figura es reciente o si tiene unos precedentes históricos que podamos estudiar y seguir hasta llegar al mediador actual.

A lo largo de este artículo les invito a conocer algo más acerca de la historia del mediador, ya que hablaremos sobre la figura del árbitro, predecesor del mediador moderno, y veremos el desarrollo de dicha figura y su evolución a lo largo de los siglos, empezando la perspectiva desde la Historia Antigua, pasando por el Medievo y la Edad Moderna, y finalizando con la Edad Contemporánea.

También se darán algunos apuntes sobre el proto-mediador o árbitro en América del Sur.

## 2- LA FIGURA DEL MEDIADOR EN LA ANTIGUEDAD

En primer lugar decir que ningún acontecimiento, por muy importante que sea, puede representar en sí mismo

un cambio tan radical como para considerarlo punto inicial o final de una etapa histórica. Diferentes

acontecimientos pueden señalar el principio o el final de un periodo histórico, como veremos a lo largo de este apartado.

La Edad Antigua se inicia alrededor del año 3.500 a.C y finaliza cerca del año 476, año en el que se produce la caída del Imperio romano de occidente, cuando muere asesinado a manos de los Hérulos<sup>1</sup> el último emperador romano, Rómulo Augústulo.

Uno de los hitos más importantes de este periodo es la aparición de la escritura.

Hablando de los inicios de la figura del mediador, diversos autores señalan estos en Mesopotamia, en el *Código de Hammurabi* del 2000 a. C, pero aquí la figura del mediador es entendida como la de un simple interprete, alguien que conoce las lenguas y necesidades de las diferentes partes que quieren llevar a cabo un negocio jurídico.

---

<sup>1</sup> Los hérulos eran una tribu germánica que invadió el Imperio romano en el siglo III, provenientes de Escandinavia, seguramente tras ser expulsados por otros pueblos como los hunos, procedentes estos de las estepas asiáticas.

En el *Digesto* de Justiniano<sup>2</sup> es donde encontramos, por primera vez, estampado el concepto de mediador. En el se hace referencia al mediador bajo el nombre de *proxeneta*<sup>3</sup> o *mediator*.

El *proxeneta* podía actuar como mediador en todo tipo de contratos mercantiles siempre y cuando cumpliera con dos requisitos, uno de estos sería el no actuar de manera fraudulenta y el otro que no actuase de forma parcial o arbitraria, es decir, que fuese justo. Tenemos constancia de que este además de mediar en el ámbito mercantil, podía mediar también en asuntos civiles, en cuyo caso se le menciona como “proxeneta condiciones, amicitiae y adsessurae”, posibilitando los matrimonios o las relaciones de amistad. Diversos autores afirman que en este ámbito es donde nace la figura del mediador familiar.

---

<sup>2</sup>Emperador del Imperio romano de oriente, asociado al trono por su tío Justino I en el año 427. Casado con Teodora, la cual influyo de manera decisiva en el emperador, que contó con la ayuda de dos generales importantes Belisario y Narsés.

<sup>3</sup>En griego significa (proksenitis), es decir, mediador para casarse, mediador nupcial. Según otros autores significa “aquel que se interesa por una cosa”.

No se conocen fuentes escritas anteriores a la obra justiniana que hablen de la figura del mediador pero podemos relacionar esta con el *paterfamilias* romano y su conexión con el contrato de *mandato*.

El *paterfamilias* romano, era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros. En una sociedad patriarcal típica de la Antigüedad él era el que trabajaba para sostener la casa y tomaba las armas en caso necesario para defenderla y por tanto era la pieza sobre la que giraba toda la familia. Era él el que tenía la responsabilidad de dirigirla de manera adecuada a sus intereses no sólo dentro de la propia unidad familiar, sino de la *gens* a la que pertenecía y a la que estaba unida por vínculos sagrados.

El *paterfamilias* es la máxima autoridad familiar gracias a la Patria Potestad de que dispone, por la cual él es la ley dentro de la familia y todos los demás miembros deben obediencia a sus decisiones.

La Patria Potestad no fue sólo un hecho jurídico reglamentado, sino, como todo en Roma, una consecuencia de la Tradición que los romanos seguían por considerarla sagrada. Gracias a ello, el *paterfamilias* tenía poder legal sobre todos los miembros de su familia además del poder que le daba ser su mantenedor

económico o su representante ante los órganos políticos de Roma.

Como acabo de mencionar la actividad del *paterfamilias* no se limita a poner a dos personas en contacto para la realización de un contrato, como ocurre con el mediador. Esto nos lleva a pensar que la mediación nació en la parte oriental del imperio y se extendió al Principado posteriormente.

Por tanto mientras en la República la figura del mediador solo existe como actividad ligada a otros ámbitos jurídicos, en el Principado se convierte en una figura independiente, desligada del *paterfamilias*, una figura que con el tiempo ira adquiriendo profesionalidad, ya que sera remunerada, hasta llegar a ser plasmada en el *Digesto* de Justiniano.

En España aparece en el S IV d.C la figura del *Defensor Civitatis*, un funcionario al servicio de las clases más necesitadas, veamos en que consistía esta.

Esta figura nace en época del ocaso del Imperio, mediante la Constitución de fecha 364 d.C, correspondiente a los emperadores Valentiniano y Valente. La denominación de Defensor Civitatis, traducida textualmente, significa "Defensor de la Ciudad"

La expresión fusiona dos términos:

Defensor: es la palabra latina compuesta de “de” y “fendo”. El sustantivo fendo es la base, allí se origina defensor u ofensor. Fendo está significando el que golpea, el que reprime, el que ataca y por tanto defensor quien aleja el golpe, reprime el golpe, rechaza el ataque material o moral como una ofensa simplemente verbal. En resumen, es el que se opone en toda forma a los agravios de cualquier tipo.

Civitatís: se vincula con “Civitas” (ciudad) que se origina en “civís”, ciudadano, miembro libre de una ciudad. Primero se origina el “ager”, el campo; luego viene “urbs” – la urbe -, que se contrapone a “ager” porque es el campo para laborar; y finalmente “civitas” que indica el conjunto de ciudadanos, hombres libres que por nacimiento o adopción viven en ese suelo.

Esta figura nace en Roma y evoluciona de una forma muy concreta. En los primeros tiempos, el Defensor Civitatis surge con el objetivo de proteger a diversos sectores de la población en condiciones económicas, jurídicas y sociales desfavorables, es decir desvalidos frente al poder de los funcionarios o de los poderosos.

Por la organización dada a las provincias romanas desde los últimos tiempos de la República, aquellas ciudades que tuvieron originariamente

la condición de soberanas, mantuvieron su autonomía mientras que los territorios que se fueron incorporando formaron parte del territorio provincial al igual que sus habitantes; se convierten en importantes centros urbanos con asientos de trascendentes cargos administrativos.

La arbitrariedad y la tiranía con que los pro cónsules y los pretores explotaban las provincias se pone de manifiesto en los discursos de Cicerón en defensa de los intereses de Sicilia, por los ilícitos cometidos por el Pretor Cayo Verres<sup>4</sup>.

Este funcionario durante su gestión no reparó un instante en demostrar que su codicia, ambición e impudicia eran sus herramientas perfectas para desarrollar su labor, las que contrastaban con el honor y austeridad propios de las magistraturas.

La impropia conducta de Cayo Verres encontró un punto de inflexión en la intervención de Marco Tulio Cicerón, pues toda la provincia de Sicilia demostró su dolor y su hartazgo por los ilícitos de “ese

---

<sup>4</sup> Cayo Verres o **Cayo Licinio Verres** (120 a.C-43a.C.), fue un político romano, conocido principalmente por su tiránico gobierno de Sicilia.

hombre” a quien Cicerón define como depredador del erario... “Peste y ruina de toda Sicilia”.

En época del Imperio hubo una nueva orientación político-jurídica dada por los emperadores con una tendencia centralizadora y a partir del Edicto de Caracalla del año 212 d.C, se eliminó toda distinción entre lo que era el imperio y las provincias. Así también la denominación de Civitatis se le asignó a toda entidad urbana.

Este radical cambio que especialmente tenía una finalidad fiscal, dio al propio tiempo lugar a una fiscalización severa del gobierno central sobre toda clase de municipios itálicos o provinciales.

Hubo una extrema concentración de poder y excesos de los funcionarios como la primacía de las clases ricas sobre los desposeídos, generando un gran descontento y tensión en la clase social oprimida.

Si bien la verdadera clientela de las épocas primitivas, había desaparecido en épocas del Imperio, resurge bajo una modalidad de rendición ante las grandes fortunas.

Era costumbre en la época, que los proletarios fuesen cada mañana a saludar a los ricos y a solicitar la comida del día.

Al finalizar el Siglo IV, fueron dos emperadores romanos que escucharon el clamor de los desamparados y desvalidos de las provincias, Valentiniano y Valente,

personas piadosas o más sabias para resolver conflictos sociales quienes constituyeron funcionarios denominados Defensores Civitatis o Civitatum, con el fin de la defensa de desvalidos ante los atropellos de los funcionarios o poderosos.

La Constitución emitida por los emperadores ya citados, dirigida a Probo, Prefecto del Pretorio, del 27 de abril del 364 textualmente dice:

*“Muy útilmente hemos dispuesto también que todos los plebeyos de la Iliria sean protegidos contra las injurias de los poderosos mediante el ministerio de los defensores. Luego para cada una de las ciudades de la predicha diócesis, procure sinceridad elegir para este ministerio a quienes sean de costumbres sanas y cuya vida pasada pueda alabarse”<sup>5</sup>*

El nombramiento del defensor fue variando a través de los tiempos. En un primer momento el Defensor Civitatis fue designado por el prefecto del pretorio y debía ser elegido entre las personas de rango senatorial que hubieren desempeñado cargos, y que tuvieron por tanta autoridad para mantener contenidos a los potentiones (poderosos) , excluidos quedan expresamente los que han servido en el oficio del prefecto o cumplieron cargo

---

<sup>5</sup> Párrafo extraído del *Codex Theodosianus o Código Teodosiano*, Libro I, página 29.

de gobernadores. Se agregó que cada nombramiento debe ser comunicado al Emperador.

Así es como nace en el Imperio la figura del Defensor Civitatis, observamos claramente su

papel de árbitro o proto-mediador, al hacer intervención entre los más desamparados y los poderes romanos.

### 3- LA FIGURA DEL MEDIADOR EN LA EDAD MEDIA

El termino Edad Media tiene su origen en el Renacimiento. Nace con un carácter despectivo, según sus creadores, fue una época de barbarie, de superstición...

Cristobal Keller en 1688 publica el primer manual de historia medieval, en el que señalaba este periodo como un tiempo medio entre dos acontecimientos clave que serían sus límites cronológicos: la promulgación religiosa de Constantino en el año 313 d.C, como inicio; y la toma de

Constantinopla por los turcos, como final del periodo.

La fecha más admitida como inicio del periodo medieval es el año 476 d.C, año en el que Odoacro, rey de los Hérulos, depone al último emperador romano poniendo fin al Imperio romano de Occidente.

Para el final del periodo medieval se utilizan dos fechas, entre otras, una sería el año 1453 d.C, año en el que se

produce la caída de Constantinopla, cuando es tomada por los turcos, desapareciendo así el Imperio romano de oriente. La otra fecha sería el año 1492 d.C, año en el que se produce el descubrimiento de América, uno de los hitos que marcan el paso a la Edad Moderna.

En este apartado hablaremos de la figura del proto-mediador en la Península Ibérica.

En primer lugar abordaremos la figura de los *boni homines*, esta figura se desarrolla, sobre todo, en el norte peninsular. Estos serían un conjunto de hombres sabios y experimentados que intervienen siempre en grupo en un conflicto. Encarnan una solución negociada y desde los tiempos del cambio del primer milenio se les vincula con un señor.

Estos boni homines aparecen en los pleitos como testigos o

consejeros, siendo su figura la de un árbitro y la de un mediador social de prestigio reconocido por la edad, la fortuna, el nacimiento, el saber y la autoridad personal.

Cuando el marco judicial son los grandes dictámenes de jurisdicciones condales los boni homines son miembros de la aristocracia territorial, están bien relacionados con los litigantes y son señores de los castillos próximos, caballeros o eclesiásticos. En otras ocasiones puede tratarse de campesinos que intervienen en los dictámenes del señorío castral repetidamente, dato que nos sugiere un lazo de fidelidad con el señor.

En torno al año mil y en León los boni homines han sido presentados como descendientes de los presbíteros del siglo X, a los que se identifica como los personajes más destacados de las comunidades campesinas, que entraron al servicio de los condes convirtiéndose en sus agentes judiciales. Esto demuestra que el poder condal necesita contar con las parentelas amplias y entrelazadas de notables de la comarca.

Al igual que los boni homines en el norte peninsular, en el sur encontramos instituciones muy próximas a la figura del mediador en la actualidad, una de ellas sería el *consejo de hombres buenos de Murcia*, el cual desarrollaremos a continuación.

La cultura del agua y el paisaje cultural heredado de Al-Andalus en la huerta de Murcia no podrían entenderse sin el Consejo de Hombres Buenos, organismo consuetudinario que desde la época musulmana ha administrado de forma sabia, oral, rápida y eficaz el gobierno y la justicia del regadío.

La conflictividad social resultante de la obtención de un bien escaso como el agua de riego justificó y justifica sobremedida el arbitraje del Consejo de Hombres Buenos en todo lo concerniente a la administración de justicia en la huerta: a su gente, a su tierra y a su agua conjuntamente. Esta institución fundamenta sus raíces en la etapa islámica de Murcia, sin que se pueda dar una fecha exacta de su funcionamiento, casi inmediato aunque posterior a la puesta en marcha del sistema de riegos.

En Murcia, desde 1267 un privilegio alfonsí<sup>6</sup> enraza la labor de los hombres buenos con algunas de las facultades originarias del consejo musulmán precedente: la del beneficio socioeconómico derivado del mantenimiento de la agricultura de regadío; en este documento en concreto se subrayaba la función de limpieza de los colectores de la huerta

---

<sup>6</sup>Privilegio rodado del monarca español Alfonso X "el sabio" a los pobladores de Murcia.

de Murcia que recaía en dos hombres buenos, uno para cada zona o heredamiento, del Norte o del Sur. Aunque la elección recayó en el concejo de la ciudad a través de sus jurados, por no estar todavía organizado -dada la fecha temprana- el Consejo de herederos, puesto que la huerta todavía estaba repartida entre mudéjares y cristianos, estos hombres buenos constituyen el referente germinal de las atribuciones que se les irían otorgando con diversas denominaciones para arbitrar en los problemas del regadío y los litigios entre regantes, el buen funcionamiento del sistema de riego y la conservación y limpieza de infraestructura hidráulica, la recaudación del acequiaje y todas las cuestiones que pudiesen suscitar conflicto entre los herederos, la capacidad ejecutoria para imponer multas y dictar sentencia en los pleitos surgidos por el reparto del agua de riego y otros asuntos puntuales que se irán concretando en las ordenanzas a lo largo de los siglos.

En la España musulmana encontramos una figura que actuaba como mediadora entre la ciudadanía y las autoridades locales, esta figura era el *Sahib al- Mazalin*.

Su traducción al castellano sería parecida a señor de las injusticias. La inmensa mayoría de las fuentes lo consideran un predecesor del *Justicia*

*Mayor de Aragón*, del cual hablaremos a continuación.

La figura del Justicia de Aragón nació a finales del siglo XII e inicios del XIII como mediador y moderador en las pugnas y diferencias entre el Rey y la Nobleza de la época. Después del Rey, era el Justiciazgo la institución más importante y prestigiosa de la organización política del Reino de Aragón. Con el paso del tiempo, el Justicia se convertiría en juez encargado de dirimir los conflictos entre la monarquía y los ciudadanos.

Durante siglos presidió las Cortes de Aragón en ausencia del Rey, tomó juramento a todos los Reyes de Aragón en la Catedral de La Seo de Zaragoza, desempeñó las funciones de un Magistrado y asumió la interpretación del Derecho Aragonés. Pero su función más importante y prestigiosa era recordar a quien gobernaba que las leyes las debían de cumplir todos, empezando por el que las promulgaba. Y así, ya en el juramento de los Reyes de Aragón decía: 'Te hacemos Rey si cumplis nuestros Fueros y los haces cumplir, si no, no'

Esta Institución sufrió diversos avatares por defender las leyes y soportó represalias transcendentales en diversos momentos de la Historia. Los más tristes fueron los hechos conocidos como las Alteraciones de 1591. Estas revueltas ciudadanas acabaron con la

decapitación de Don Juan de Lanuza, el Mozo, por enfrentarse a la voluntad del rey de España, Felipe II, que había penetrado en Aragón con sus ejércitos, contrariando fueros que el mismo rey había firmado y se había obligado a respetar. Otro rey de España, Felipe V de Borbón, suprimió la figura del Justicia en el año 1711.

La figura del Justicia de Aragón reapareció en 1982 recogida en el Estatuto de Autonomía de Aragón y amparada por la Constitución de 1978. El Justicia es la tercera autoridad de la Comunidad Autónoma, junto al Presidente de la Diputación General de Aragón y al presidente de las Cortes.

Desde antiguo se data también la figura del *corredor*. En la Edad Media, época en la cual se define el [Derecho Mercantil](#) como una ciencia jurídica autónoma, donde los comerciantes se asocian para cada [arte](#) y se conciben las universidades y las corporaciones, los corredores pasan también a ser una corporación. Las corporaciones eran administradas por uno o más Cónsules, asistidos por un consejo de ancianos de reconocida trayectoria en el comercio.

Se crearon normas jurídicas que fueron alimentadas por la costumbre, como por ejemplo el

sistema de registración, fe de certificaciones, características de imparcialidad, prohibiciones, etcétera.

En Italia, adquieren el carácter de oficial público, para luego convertirse en funcionarios públicos que monopolizaban la actividad de corretaje.

En Francia se los denomina *courtiers* o *courretiers*, reglamentándose la actividad y otorgándoles carácter de oficiales públicos. Al decir de Ripert, la denominación *courtiers*, o *courretiers*, tendría su origen en la palabra "curare" (poner cuidado) o *cursum* (correr al costado de otro).

Sin mediar grandes diferencias, Holanda, Inglaterra y otros países mantuvieron desde los orígenes el sistema de corretaje libre, Alemania pasó de un sistema de corretaje oficial a un sistema de corretaje libre.

Ya desde la antigüedad a los corredores se los ubicaba como personas privadas libres para el ejercicio de su oficio, aunque luego paulatinamente fueron adquiriendo el carácter de oficiales o funcionarios públicos, evolucionando a posteriori en un sistema de corretaje libre.

En España esta actividad se reguló en las Partidas, distinguiendo a los corredores de negociaciones públicas y privadas. Pero son las Ordenanzas de Bilbao las que definen el perfil de los corredores y regulan su actividad.

Al tratarse de acuerdos mercantiles o comerciales, todas las partes esperaban que el corredor respondiera a una serie de criterios conforme a los cuales se garantizaba un trato en confianza. Es decir, un comportamiento ético y una profesionalidad basada en la experiencia.

No puedo acabar este apartado sobre los predecesores del mediador moderno sin hacer referencia a uno de los árbitros más destacados de la Edad Media, Mahoma. Fundador del Islam, tal y como lo conocemos hoy en día, tuvo que huir de La Meca a Yatrib<sup>7</sup> donde litigó en un conflicto entre tribus rivales de la ciudad, poniendo solución a este y adquiriendo un gran prestigio en la ciudad.

Finalizada la visión de los proto-mediadores en el medioevo español pasaremos a la Edad Moderna caracterizada por un aumento poblacional, aumento del artesanado, mejora de intercambios comerciales y por la realización de diversos descubrimientos geográficos.

---

<sup>7</sup>Nombre originario de Medina, también conocida como Ciudad del profeta.

#### 4- LA FIGURA DEL MEDIADOR EN LA EDAD MODERNA

Se establece el siglo XVI como el inicio de la Edad Moderna. La época moderna se podría iniciar en torno a 1453 y abarcaría hasta 1789, año en el que se produce la Revolución Francesa, que enfrenta a partidarios y opositores del Antiguo Régimen.<sup>8</sup>

A lo largo de la modernidad encontramos varios ejemplos de personas que actuaron como proto-mediadores.

Uno de estos ejemplos sería el monarca de Bohemia y Hungría, hermano del soberano español Carlos V o I, Fernando de Habsburgo. Fernando fue nombrado Rey de Romanos en 1531 a raíz de la elección de su hermano Carlos como emperador del Sacro Imperio Romano Germánico.

Fernando actuaría como mediador en uno de los conflictos internacionales más importantes durante la Edad Moderna, el conflicto que mantuvo en lucha a católicos y protestantes durante toda esta época y

que sacudió al mundo germano y a gran parte de Europa, este conflicto es la Reforma Protestante.

El protestantismo surge de la mano de Lutero, fraile agustino, que rompe con la autoridad de la iglesia romana en 1517 mediante sus “95 tesis sobre las indulgencias”. Carlos V, emperador desde 1519, tuvo que hacer frente a este problema durante todo su reinado. Primero utilizando la vía de las armas, a lo que los príncipes protestantes respondieron creando la Liga de Smalkalda para defenderse de la ofensiva imperial. La liga fue derrotada por las tropas imperiales en la batalla de Mühlberg.

Carlos V intentó imponer una solución religiosa al conflicto protestante, esa solución consistía en una hipotética reconciliación entre las dos iglesias rivales por medio del restablecimiento del catolicismo en toda Alemania con concesiones a los protestantes. Esta solución no satisface a ninguna de las dos partes y finalmente se reanuda la guerra entre católicos y protestantes.

Las sucesivas debacles de Carlos V provocaron que este cediese la iniciativa de las negociaciones con los protestantes a su hermano Fernando. Este logró perfilarse en esos

---

<sup>8</sup> Podríamos definir el Antiguo Régimen como el conjunto de rasgos políticos, jurídicos, sociales y económicos que caracterizaron a Europa y sus colonias durante los siglos XVII y XVIII.

momentos en el Imperio como mediador entre católicos y protestantes. Ambos contendientes acordaron, gracias a Fernando, no intentar la solución al problema religioso por la vía armada.

Finalmente en 1555 se logró firmar la Paz de Aubsburgo que suponía la división religiosa del mundo germánico entre católicos y protestantes, dándose plena libertad de conciencia a los príncipes protestantes y obligando a sus súbditos a abrazar la fe de sus señores.

Aquí observamos el papel de Fernando como mediador, ya que él fue el negociador de esta paz, pues fue capaz de dialogar y de llegar a pactos con los príncipes, mostrando así la faceta tolerante de la familia.

Debido a su fracaso en la solución del conflicto protestante Carlos V abdicó del Imperio, cediéndole el título de emperador a su hermano Fernando en 1556, título que se hizo efectivo en 1558 cuando Fernando fue elegido Emperador del Sacro Imperio, bajo el nombre de Fernando I.

En la segunda mitad del siglo XVII destacamos el papel de los escribanos como mediadores en el contexto colonial de las sociedades hispanoamericanas.

Estos desempeñan un rol importante en la producción de los archivos nacionales históricos: sus registros permiten conocer el desarrollo de las relaciones sociales, de los intercambios y de las transmisiones de bienes. Además de asegurar la puesta por escrito de múltiples voluntades, deseos y promesas de los otorgantes, el despliegue de su oficio facilita el acceso a la escritura por parte de las poblaciones iletradas de casi todas las localidades, villas, ciudades y pueblos, mediante el uso de un abanico de instrumentos jurídicos tales como testamentos o actos de compra-venta.

Al mismo tiempo que autentifican las escrituras individuales, los escribanos son auxiliares de justicia que confeccionan los registros de los procesos judiciales, y las decisiones administrativas de los mandatarios.

Así, aunque no son letrados, conocen y manejan la administración de la justicia, y ello en sus aspectos criminal y civil. Interesa en esta ponencia examinar su actuación como mediadores sociales urbanos, respecto de otorgantes indios e indias como de otorgantes españoles y mestizos, y para ello es necesario acercarse tanto a las personalidades de estos hombres encargados del oficio de escribano como a sus trayectorias y al desempeño de sus tareas.

Una última cuestión que se presta a mi interés es la siguiente:

Como se solucionaba en la práctica la dificultad de comunicación entre colonos e indígenas durante los primeros años del descubrimiento de América. La respuesta, sin duda, es gracias a la figura del mediador, en aquel lugar y en aquellos tiempos denominado intérprete.

Abordaremos la cuestión en el marco de los denominados "viajes andaluces de descubrimiento y rescate" acaecidos entre 1499 y 1502 aproximadamente. Se les denomina *viajes menores* porque se trata de empresas de menor calado si se las compara con las expediciones precedentes y posteriores. Y son de *reconocimiento y rescate* porque se dirigen a una zona ya descubierta por Colón con el objetivo de reconocer la costa y adentrarse en el interior "rescatando", es decir, obteniendo mediante trueque todo aquello que pudieran considerar de interés lucrativo.

Tenemos constancia que desde el primer viaje de Colón en 1492, se enviaron indígenas a la Península para educarles en el castellano (en su mayoría estos indígenas eran vendidos como esclavos y no hay seguridad de que se cumpliera el fin último de enseñarles el castellano) y para que más adelante, una vez aprendido el idioma, estos sirviesen como intérpretes entre los dos mundos. La finalidad de estos intérpretes sería la de procurar el buen

entendimiento entre las gentes, y eso pasa no solo por el idioma, sino por una mediación lingüística y cultural en el sentido más amplio de la palabra.

La explicación de que los primeros intérpretes sean indígenas es sencilla, suele ser el vencido el que asimila la lengua del vencedor en la mayoría de procesos colonizadores.

Poseemos fuentes escritas que atestiguan sobre la existencia de un indio que Vicente Yañez Pinzón<sup>9</sup> trajo a España en su segundo viaje, y que los hermanos Pinzón se negaban a vender o regalar por "ser muy necesario para ellos porque dicen que sabe bien nuestra lengua y la de los dichos indios"<sup>10</sup>. No sabemos si fue un

---

<sup>9</sup> Fue un navegante y explorador español, codescubridor de América y primer navegante europeo que llegó al Brasil. Navegó junto con Colón en su primer viaje al Nuevo Mundo, en 1492, como capitán de la carabela *La Niña*.

<sup>10</sup>El documento en el que aparece esta cita es una Cédula Real fechada en Granada el 20 de Junio de 1501 y dirigida al corregidor de Palos de la Frontera (Huelva) para que se restituya a los hermanos Pinzón un esclavo que estos habían traído de Brasil, publicada por Manzano y Manzano, Juan: *Los Pinzones y el descubrimiento de*

aprendizaje espontaneo o si formaba parte de un agudo plan por parte de los hermanos Pinzón, pues las fuentes solo nos confirman la reclamación de este esclavo cuyos conocimientos le otorgaban un valor superior al del esclavo común.

Aquí observamos al intérprete como mediador entre dos culturas, dos lenguas y dos mundos desconocidos en ese momento.

Para finalizar añadiré que durante la Edad Moderna la mediación se utilizó especialmente en el ámbito del derecho internacional, debido a la importancia del establecimiento de relaciones y al respeto de los pactos basados en la autoridad, respeto difícil de conseguir en ese ámbito del derecho.

La coactividad de las normas es de complicado cumplimiento, debido a la soberanía de los países, siendo difícil establecer vínculos de obligación que no se basen en la fuerza bruta.

En la Edad Moderna, la justicia entre los estados solo se podía acordar a través de los buenos oficios, el arbitraje y la mediación.

---

*América*, Madrid, 1988, vol. III, Pág. 36.

## 5- LA FIGURA DEL MEDIADOR EN LA EDAD CONTEMPORÁNEA

La Edad Contemporánea está identificada en nuestra historia universal con sus inicios a partir del año 1789, año en el cual comienza la Revolución Francesa<sup>11</sup>, y dura hasta nuestros días, pues todavía hoy nos encontramos en la contemporaneidad.

La Revolución Industrial<sup>12</sup> supone el primer punto de inflexión en el devenir de la mediación. Los cambios económicos y sociales dan lugar a una idea más actual de la figura del mediador. Pese a esto será en el

siglo XX cuando el mediador y la mediación comiencen a profesionalizarse e institucionalizarse.

Podemos decir que es el siglo XX el momento en el que aparece la mediación que se aplica profesionalmente en la actualidad. En la Convención de la Haya de 18 de octubre de 1907 sobre solución de controversias internacionales se inicia el reconocimiento del arbitraje y de la mediación jurídica como medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos.

---

<sup>11</sup> Fue un conflicto social y político, con diversos periodos de violencia, que convulsionó Francia, y por extensión de sus implicaciones, a otras naciones de Europa que enfrentaban a partidarios y opositores del sistema conocido como el Antiguo Régimen.

<sup>12</sup> Proceso de transformación económico, social y tecnológico que se inició en la segunda mitad del siglo XVIII en Gran Bretaña y que se extendió unas décadas después hasta una buena parte de Europa occidental y Estados Unidos, finalizando hacia 1820 o 1840

Geográficamente, la mediación como medio de solución de conflictos aparece casi simultáneamente en algunos lugares de Europa, Latinoamérica y Estados Unidos.

El Federal Mediation and Conciliation Service, creado en 1947 en E.E.U.U., puede ser considerado el primer servicio que asume la mediación a nivel mundial. Su finalidad era la resolución de problemas de índole laboral, inicialmente, habiendo sido ampliada desde 1978.

A partir de entonces su desarrollo e implementación ha sido continuo y ha crecido de manera exponencial en todo el mundo.

En este apartado hablaremos sobre una figura que nace en Suecia a principios del siglo XIX, el *Ombudsman*, y que en sus inicios “era un representante del pueblo encargado de investigar las violaciones a los derechos individuales, los abusos de poder, los errores, las negligencias o las decisiones injustas de las autoridades, con el fin de mejorar la acción de gobierno y de lograr una administración más abierta y transparente para los administrados”.<sup>13</sup>

El inmediato antecedente al Ombudsman es la institución creada en Suecia por Carlos XII en 1713 con el nombre de Komungens Högste Ombudsmannnen.

El liberalismo provoca la construcción de un sistema político en el que la separación de poderes y el sistema de libertades son ejes fundamentales del mismo y señala que

---

<sup>13</sup>Recogido del “*Dossier sobre el vigésimo aniversario de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Boletín de documentación nº 10, 2001.

hacen falta figuras e instituciones que protejan y desarrollen estos principios. Aquí es donde debemos insertar la figura del Ombudsman y Suecia será la primera al establecerla en la constitución de 1809.

Se irán configurando instituciones similares en los países que tienen un sistema democrático. En este proceso, Finlandia va a ser la siguiente nación que establezca la defensoría a comienzos del siglo XX.

Aunque las diferencias entre las figuras de los distintos Ombudsman existentes son grandes, podemos señalar algunos rasgos comunes.

El primero de ellos es su independencia. Con mayor o menor grado, esta característica es fundamental para que pueda desempeñar correctamente sus funciones. Independencia lograda a través de su constitucionalización, lo que le convierte en un órgano constitucional, que se sitúa normalmente en el poder legislativo, pero con un alto grado de independencia del mismo. En su funcionamiento no recibe órdenes de nadie, ni tan siquiera del legislativo.

El segundo se refiere a sus competencias, que quedan limitadas al control sobre las organizaciones administrativas públicas y, en algunos

casos y de forma creciente, abarcan también la defensa de los derechos fundamentales.

Otra característica es el hecho de que no tiene poder de coerción. Sus actuaciones se limitan a dar cuenta, a quién proceda en cada caso, de las deficiencias de funcionamiento o de las desviaciones que encuentre en sus actuaciones, pero no es un órgano judicial que pueda emitir sentencias, ni es un poder administrativo que pueda sancionar o modificar una forma de actuación. Este sería su máspreciado rasgo y sin el cual sus acciones se difuminan.

Para concluir con esta figura de la mediación hemos de resaltar que la existencia de ombudsman cobra pleno sentido en las democracias avanzadas, reforzando el sistema de control y balance de poderes que la doctrina ha señalado. Contribuye al equilibrio de poderes, cuestión fundamental para el buen funcionamiento del sistema. Por otra parte, al ser un defensor de los derechos ciudadanos, es un instrumento de fiscalización y control de las administraciones públicas.

El conflicto, realidad humana siempre presente, se manifiesta a inicios del siglo XXI bajo nuevas formas polémicas, y así mismo, conlleva novedosas empresas político-sociales de resolución del mismo. Entre

ellas, nos encontramos con la Mediación social, considerada como forma alternativa y consensuada de resolución.

El uso profesional de la Mediación como "intervención social", dentro de un proceso científico y específico de resolución de problemas sociales, alternativos o complementarios del proceso judicial, es un fenómeno reciente, propio de sociedades desarrolladas materialmente y con estructuras relacionales complejas.

Así podemos distinguir entre tres grandes etapas en función del desarrollo cultural de cada nación: una primera mediación tradicional nacida en el seno de comunidades estructuradas orgánicamente, con jerarquías sociales estables y definidas, y medios tradicionales de mediación; una segunda mediación laboral centrada en la resolución de conflictos entre trabajadores y obreros propios de la Revolución industrial (capital y trabajo); y una tercera mediación social de carácter científico y de amplio alcance en su intervención y en sus áreas de trabajo, en constante proceso de adaptación a los cambios sociales de la actualidad.

## 6- LA FIGURA DEL MEDIADOR EN AMÉRICA DEL SUR

En América Latina encontramos figuras que se muestran como precedentes del mediador moderno y que todavía, hoy en día, siguen vigentes.

Una de estas figuras es el Protector de Indios, figura que algunos autores identifican como un posible continuador en América del defensor civitatis.

Este aparece en la Provincia del Río de la Plata en el siglo XVI como remedio preventivo que impidiera el abuso de los gobernantes y encomenderos en estos territorios y de cuyo nombramiento tenemos noticia mediante la Real Cédula de fecha 15 de agosto de 1540, dirigida a Alvar Núñez Cabeza de Vaca comunicándole el nombramiento del Protector de Indias a favor de Miguel Ballesteros. De allí se desprende que la Corona estaba informada del mal trato que se ha hecho a los indios naturales.

De esta Cédula surge que para la Corona española esta institución tenía importancia, por ello se procuraba que el nombramiento recayera en quien sobresalía por su “persona, letras, vida y ejemplo”.

Entre sus facultades podemos destacar ciertas funciones judiciales y ejecutivas. Podía realizar pesquisas e

investigaciones de los malos tratos que se les hiciesen a los indios y si de dicha pesquisa mereciere: pena corporal o privación de los indios a las personas que los tuviesen encomendados o pena pecuniaria que exceda de 50 pesos oro o 10 días en la cárcel, la causa debía ser enviada al Gobernador para que imparta justicia. Pero en caso que la pena pecuniaria sea de 50 pesos oro y hasta 10 días de cárcel, el Protector podía sentenciar.

Tenía además el carácter de Visitador, aun en aquellos lugares donde hubiese Justicia y tenía autoridad para hacer información sobre el trato de los Indios hasta en contra del propio Gobernador y sus oficiales. En este caso no tenía facultad para actuar por sí mismo sino que debía remitir el resultado del informe al Consejo de Indias. Se otorgaba “poder cumplido” para realizar su misión y se mandaba a las demás autoridades reconocerle, cooperar y ayudarlo.

En 1606, el Visitador Alfaro, llega al Plata con una Cédula Real que dice: “Que son muy grandes las molestias, opresiones y vejaciones que reciben los indios de sus encomenderos”, dictando una ordenanza de verdadero interés social e histórico, por contener grandes

franquicias para los mitayos<sup>14</sup> y a su vez sanciones punitivas para sus amos, que tienen pronta aplicación por el Gobernador Saavedra.

Sobre los Protectores de Indio, la Ley dada por Felipe II el 10 de enero de 1589 expresa que estos sean elegidos por los Virreyes y Presidentes Gobernadores en las Provincias. Esta ley establece dos condiciones para desempeñar el cargo, la primera es que sea una persona de edad competente y la segunda que ejerzan su oficio con cristiandad, limpieza y puntualidad pues han de defender y amparar a los indios.

Podemos observar la similitud con el defensor civitatis puesto que ambas instituciones tienen un común denominador: la protección de los desvalidos, en el caso del defensor de la clase plebeya, desposeída económicamente y políticamente; y en el Protector de Indios, los indígenas poco capaces de hacerse valer por sí solos en tan vasto entramado legal y administrativo instituido por España. Ambos son claros ejemplos de proto-mediadores.

La última institución de la que vamos a hablar en América Latina es la "Ronda Campesina", movimiento

---

<sup>14</sup> Eran Indios o peones que trabajaban en la mita o tributo en trabajo en beneficio del Estado (construcción de caminos, puentes, edificios, terrazas de cultivo, etc.).

social surgido en 1976 en Perú, concretamente en Cajamarca. Surge en respuesta a una situación de inoperancia y corruptela en las autoridades gubernamentales.

Las Rondas Campesinas son organizaciones comunales peruanas que datan de mediados de los años 70 en los departamentos de Piura y Cajamarca. Surgieron como respuesta al abandono estatal de estas zonas rurales, por lo cual, en los años 80, se extendieron a todo el país.

Hoy día, a nivel nacional su actividad está regulada por la Ley N° 27908 del 17 de diciembre de 2002 y su Reglamento (29 de diciembre de 2003), en los cuales se les reconoce el derecho a participar de la vida política del país, a ser mediadores en conflictos y, a apoyar la administración de la justicia en general, que también toman como base reglas tradicionales de las mismas poblaciones.

En el departamento de Cajamarca, el abigeato<sup>15</sup>, que para 1970 había alcanzado proporciones epidémicas, era una profesión

---

<sup>15</sup> Es un delito punible y estipulado en muchos códigos legales de la mayoría de los países ganaderos y que consiste en el robo o hurto de ganado o animales domésticos, principalmente caballos y vacas, aunque también se da en ovinos. El ladrón de ganado recibe el nombre de cuatrero o abigeo.

altamente organizada, que involucraba a comerciantes, mafias extendidas y autoridades locales. El Estado ofrecía poca o casi nada de protección. En respuesta, en diciembre de 1976 los campesinos de la estancia de Cuyumalca decidieron organizar patrullas nocturnas para proteger a sus animales y otras posesiones.

De modo general, y como resultado del proceso histórico vivido, podríamos definir a las rondas campesinas, como la organización social rural fundada para salvaguardar sus intereses de seguridad ciudadana, desarrollando mecanismos de administración de justicia de modo asambleísta, buscando la satisfacción del ofendido o agraviado, y la reincorporación al espacio social del agresor.

La justicia restaurativa, en contraposición de la justicia

retributiva, es un tipo de justicia cuyo objetivo es que a través de un proceso de encuentro y diálogo en el que participan activa y voluntariamente víctima, ofensor y comunidad, se produzca la reparación del daño a la víctima, la restauración de la relación social y la rehabilitación del ofensor.

La justicia restaurativa, en razón de lo argumentado, está centrada en la dimensión social del delito, busca restaurar el lazo social dañado por la acción criminal, en un proceso de reparación y reconciliación entre la víctima y el infractor, con la mediación de la comunidad.

Las prácticas de administración de justicia de las rondas campesinas como modelo de justicia restaurativa en el Perú, constituyen un modelo alternativo de administración de justicia frente al modelo tradicional de justicia retributiva.

# MEDIACION POLICIAL: “UN PUENTE ENTRE LO POLICIAL Y LO SOCIAL”

RICARDO DE SOSA LLERA

*Especialista en mediación familiar*

*Diplomado en Trabajo Social*

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

**SUMARIO:** 1.-Introducción. 2.- Marco legislativo. 3.- Objetivo: Cambiar el modo de pensar y de actuar. 3.1.- La función preventiva. 3.2.- Difusión de la mediación. 4.- Servicios de mediación policial en España. 5.- Futuro.

**RESUMEN:** En España la mediación aun no es muy conocida, por tanto mencionarla en el ámbito policial puede resultar difícil de comprender, sobre todo siendo un ámbito tan específico. La pretensión es dar a conocer este tipo de mediación y su proyección de cara al futuro.

**ABSTRACT:** Mediation is still not well known in Spain, so it can be a difficult concept to understand in the police circles, especially bearing in mind that it is such a specific field. The aim is to introduce this type of mediation and its projection for the future.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación, agente, policía, social.

**KEYWORDS:** Mediation, agent, police, social.

## 1. INTRODUCCIÓN

Al iniciar una conversación utilizando la palabra Policía, puede que rápidamente en nuestra mente se manifiesta una “imagen estereotipada” del agente policial, pues bien, debemos plantearnos partir del “no prejuicio” y desde este punto adentrarnos en unos de los ámbitos, que a priori, pueda parecernos poco propicio para la implantación de este proceso.

Hay que tener en cuenta que los agentes no nacen con esa condición, sino que se forjan a lo largo de su vida. Estas personas proceden de la Sociedad, así que son un fiel reflejo de la misma, por lo que dentro de los Cuerpos de Policía se darán las mismas circunstancias que en otras tantas profesiones, por este hecho, debemos pensar que las generalizaciones no ayudan y que son además poco constructivas.

Desde la mediación y ya en el ámbito policial, debemos partir de dos premisas, la neutralidad y la imparcialidad, y cuando se use la expresión “mediación policial”, tiene que hacerse en todo el sentido y significado de la misma, es decir, abrir cauces; crear puentes entre el ámbito policial y el ámbito social; crear las condiciones precisas para que los

agentes, ante la intervención en un conflicto entre ciudadanos, puedan dar una respuesta más allá de lo policial y que los ciudadanos así lo perciban.

De tal modo, que si los agentes han detectado que la situación entre las personas contendientes ya está estabilizada y que el conflicto está fuera de la esfera de lo penal, puedan reconocer si la situación acaecida es susceptible de incluirse en un proceso de mediación. Por tanto, necesitan poseer habilidades y capacidades en el campo de lo social, primero, para actuar desde esta perspectiva y segundo para poder informar a los ciudadanos del proceso de mediación, modo de acceder a ella y de los beneficios que puede suponer, en resumen, difundir y a la vez generar un proceso circular que parta de lo social, pase por lo policial y llegue de nuevo a lo social, conduciéndonos por el camino de la “Cultura de Paz”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Declaración y programa de acción sobre una Cultura de Paz”. Asamblea General de Naciones Unidas, acta 53/243, 6 octubre 1999.

Este modo de afrontar la intervención policial y el tratamiento de los conflictos necesita un cambio en la perspectiva policial de los agentes para propiciar un resultado diferente, ya que si los agentes logran que el hecho por el que ha sido requerida su presencia sea solventado por los propios ciudadanos, esto beneficia, tanto a estos como a los agentes, a los primeros porque han podido solucionar sus problemas y por tanto mejorar la convivencia y a los segundos porque no serán requeridos nuevamente por el mismo conflicto y podrán dedicarse a otras cuestiones relacionadas con la Seguridad Ciudadana.

Cuando se use en este artículo las expresiones, Agente o Policía, se hace con el ánimo de referirse de modo indistinto a todos los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto mujeres como hombres.

## 2. MARCO LEGISLATIVO

Es preciso realizar el encuadre legal y conocer de donde parte la mediación en este ámbito, por esto debemos iniciar este recorrido con la Constitución Española, donde su artículo 104, apartado 1 dice que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. En el apartado 2 refiere que será una Ley Orgánica la que determine las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de esos Cuerpos de Policía.

En base al artículo citado es aprobada la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, donde el artículo 2 determina que son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), la Policía Autonómica y la Policía Local.

Uno de los principios básicos de actuación incluido en la Ley, artículo cinco apartados 2 b, menciona lo siguiente: “observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procuraran auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo

aconsejen o fueran requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionaran información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas”.

En lo que se refiere a las disposiciones estatutarias comunes y citadas en la misma Ley Orgánica, el artículo seis dice que la formación y perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se adecua a los principios señalados en el artículo 5 (principios básicos de actuación) y se ajustara a unos criterios, entre ellos figura el carácter profesional y permanente de los mismos.

La Ley Orgánica cita las funciones de cada uno de los Cuerpos de Seguridad y es el artículo 38.3.a, respecto a la Policía Autonómica y 53.1.i, con respecto a la Policía Local, donde determina que deberán cooperar en la resolución *amistosa*<sup>2</sup> de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello. Estos son los artículos desde donde hay que partir para entender porque se puede realizar la mediación policial.

---

<sup>2</sup> Este termino únicamente aparece en lo que se refiere a las funciones de la Policía Autonómica.

Con respecto a las funciones del Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil, no figura artículo alguno con referencia a la mediación o similar, pero tenemos que tener en cuenta tres cuestiones, la primera es que la Ley Orgánica no afirma que las funciones que enumera son las únicas que pueden ejercer los diferentes cuerpos policiales. La segunda es que teniendo en cuenta que se trata de la Seguridad Ciudadana, sería poco probable poder mencionar todas las funciones que deben ejecutar los Agentes durante sus servicios diarios. Además cada Cuerpo dispone de su normativa interna.

Y la última, es que los principios básicos de actuación mencionados en la Ley Orgánica, extensibles a todos los Cuerpos, incluyendo el Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil y según el propio preámbulo de la Ley, son establecidos siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa y la Asamblea General de Naciones Unidas. Comenzando con el Consejo, tenemos la “Declaración sobre la policía”<sup>3</sup>, donde dice que el funcionario de policía debe recibir una formación general y profesional profunda antes y durante su servicio, así como una enseñanza apropiada en materia de los problemas sociales, de las libertades públicas, de los derechos

---

<sup>3</sup> Resolución 690 de 1979 de la Asamblea Parlamentaria, “Declaración sobre la Policía”. Apartado B.3.

del hombre y, particularmente, en aquello que concierne a la concreción europea de los derechos del hombre.

En cuanto a Naciones Unidas, en el “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”<sup>4</sup> menciona que en el servicio a la comunidad se procurara incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata.

Para dar por finalizado este apartado, hay que hacer mención a la legislación nacional sobre mediación, Ley 5/2012<sup>5</sup> en cuyo preámbulo figura como uno de los ejes de la mediación “la desjudicialización de determinados asuntos”, esta cuestión no puede pasar inadvertida en el ámbito policial, ya que tenemos que tener en cuenta que numerosas actuaciones policiales llevan aparejada la instrucción de diligencias y por tanto su traslado al Juzgado correspondiente.

---

<sup>4</sup> Resolución 34/169. de 17 de diciembre de 1979, “Codigo de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”. Art. 1.c.

<sup>5</sup> Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Preambulo.

Con la mediación policial se pretende alcanzar una resolución alternativa de los conflictos, pudiendo implicar ello la desjudicialización de alguno de esos conflictos, mejorar las relaciones de los

ciudadanos y conseguir una mayor eficacia en el servicio que prestan los Agentes.

### **3. OBJETIVO: CAMBIAR EL MODO DE PENSAR Y DE ACTUAR**

La sociedad actual, la rapidez con la que queremos realizar las cosas, el stress, etc., incitan a que las personas tengan la necesidad de resolver los problemas y conflictos de un modo rápido, pensando que esta es la manera más eficaz de solucionarlos.

De igual forma, la crisis económica provoca que situaciones que anteriormente no hubieran despertado mayor importancia, si la tengan en el momento actual y que por tanto haya aumentado la sensibilidad de la ciudadanía en lo que respecta a los conflictos.

Los conflictos son inseparables de la vida en Sociedad, por tanto no hay que ignorarlos, si no por el contrario gestionarlos, esa es la clave para poder afrontar los problemas desde otra perspectiva, como una oportunidad de la cual tenemos que aprender.

Estas cuestiones no hacen otra cosa que confirmar la necesidad de que se considere a los Agentes como una Policía preparada, cercana y en la que se pueda confiar cuando requerimos su presencia.

Un paso previo e importante para conseguir que la Policía sea bien considerada por la Sociedad, es que los propios Agentes estén preparados, dispongan de las herramientas necesarias para actuar, tanto en el ámbito policial como en el social y además estén convencidos de que ellos son el referente en lo que respecta a la Seguridad Ciudadana y a la convivencia de todos los ciudadanos a los que sirven.

Por todo lo expresado nos encontramos ante la necesidad de cambiar la percepción que la ciudadanía tiene de los agentes policiales, pero parte de ese cambio debe partir de los propios agentes y de las estructuras de las que dependen, debiendo reforzar su instrucción y formación. Estas iniciativas tienen que partir de los propios centros de formación y perfeccionamiento, incluyendo en sus programas materias relacionadas con el ámbito social y que estén estrechamente relacionadas con los conflictos que se pueden encontrar los agentes en su servicio diario, consiguiendo así que las actuaciones de los agentes vayan más allá del espacio

policial, traspasen este y se introduzcan en el campo de lo social. Quizás alguna persona pueda pensar que no es una labor de los agentes, pero se debe tener en cuenta que son los Agentes quienes están en contacto directo y continuo con los conflictos que se producen entre los ciudadanos, y por tanto necesitan tener esa formación social que les ayude a mirar desde su visión de ciudadano, ya que es un referente que no pueden olvidar ni omitir, los agentes provienen y permanecen en la Sociedad, y deben saber discernir cuando tienen que usar su visión policial y cuando la social, con esta última es probable que puedan detectar los problemas latentes en el fondo del conflicto por el que se ha requerido su presencia, que recurso esta disponible en la comunidad para atender las demandas, tanto implícitas como explícitas y que otras personas están afectadas por el conflicto o pudieran estarlo en un futuro. Esa perspectiva tiene que ser “Un Todo”, por ello este cambio debe partir desde las propias estructuras policiales, donde debe interiorizarse para que después, al ponerlo en práctica, sea la Sociedad la gran beneficiada.

Para ejemplarizar de algún modo lo dicho con anterioridad, tendríamos que plantearnos la siguiente pregunta, ¿una vez que está resuelto el aspecto policial, se ha solucionado realmente el problema/conflicto? Y sirva el siguiente ejemplo. Una patrulla

policial es requerida por su central para que acuda a un domicilio donde existe una discusión familiar, los vecinos están alarmados por los gritos que escuchan. Dos agentes se presentan en el lugar, llaman al timbre y abre la puerta un hombre de cierta edad, los agentes le informan que han sido requeridos por haberse escuchado una fuerte discusión, a lo que el hombre contesta que ha discutido con su hijo. Los agentes solicitan ver a su hijo, este de 18 años, llega al umbral de la puerta, los agentes preguntan por lo sucedido y el joven contesta lo mismo que su padre.

Los agentes se interesan si hay alguna otra persona en el domicilio, padre e hijo contestan que no, de igual modo preguntan si ha existido algún tipo de amenaza, agresión o si quieren denunciar algún hecho, padre e hijo dicen que únicamente ha sido una discusión.

Los agentes desplazados tienen en cuenta lo siguiente, cuando llegaron al domicilio ya no se oían gritos, además no perciben señales de violencia en el domicilio ni entre los familiares y ninguno de ellos quiere presentar denuncia, por lo que los agentes dan por finalizada su intervención y se van del lugar informando de los hechos a su Central.

Hasta aquí y de modo general, podíamos decir que la actuación policial ha sido correcta, se ha

solucionado la incidencia, pero puede que el problema continúe.

Con la formación de los agentes en cuestiones sociales y concretamente en tratamiento de conflictos, la actuación policial podría continuar de este modo.

Una vez que padre e hijo comentan que ha sido una discusión, los agentes podrían plantear las siguientes preguntas, ¿Cuál es el motivo por el que estaban discutiendo?, ¿con que otras personas conviven en el domicilio?, ¿han intentado llegar a un entendimiento?, ¿creen que pueden solucionar sus diferencias?, ¿Cómo convivían antes del problema?. Los agentes también aprovechan la actuación para explicar que es la mediación, sus principios y el fin de la misma, informándoles de la existencia de un servicio de mediación municipal o policial, y que este es un lugar neutral donde pueden tratar sus conflictos familiares.

Es evidente que la actuación policial mencionada tiene que estar apoyada por la existencia de servicios de mediación en las diferentes localidades, realidad que se da en muy pocas poblaciones españolas, los motivos pueden ser variados, situación económica, falta de difusión, etc. Sería interesante al tiempo que necesario tener en cuenta los recursos ya existentes, físicos: Comisarías de la Policía Nacional, Puestos de la Guardia Civil, Comisarías de la

Policías Autonómicas o Jefaturas de la Policía Local, y técnicos: Agentes de los diferentes Cuerpos con formación específica. Aprovechando todo ello, con un proyecto viable y con apoyo de las diferentes instituciones, se podrían crear servicios de mediación policial, y aunque durante las diferentes fases de implantación del servicio puedan aparecer obstáculos o impedimentos, hay que pensar que los beneficios son para toda la Sociedad, por lo que el camino recorrido si valdrá la pena.

Tampoco debemos olvidar los conflictos de carácter interno existentes en los Cuerpos de Policía. Estos asuntos tan delicados, influyen en las relaciones laborales y personales de los Agentes, en el Servicio que prestan y finalmente en toda la Comunidad.

Es importante precisar que las relaciones profesionales permanecen tras el conflicto, de ahí la importancia de que esa convivencia pueda continuar del modo más correcto posible, motivo por el que se podría incluir la Mediación como la vía inicial y primordial para ser utilizada en la resolución de los conflictos internos y como paso previo a cualquier medida disciplinaria.

Este modo de tratamiento de los conflictos entre los propios agentes, puede propiciar a su vez que sea la mediación un proceso reconocido y utilizado por los policías y sus responsables, con el consiguiente

cambio de actitud dentro de las estructuras policiales, y una vez que los agentes esten familiarizados con el procedimiento y herramientas, y además perciban en primera persona sus beneficios, consigan que el flujo del

proceso creado en el interior del Cuerpo policial continúe hacia el exterior, hacia la Ciudadanía.

### **3.1. LA FUNCION PREVENTIVA:**

Una labor importante, invisible y a la vez no cuantificable, es la función preventiva que tienen las actuaciones de los agentes, esta no se encuentra dentro de la estadística donde figuran tanto los porcentajes de infracciones penales y administrativas, como los porcentajes de hechos esclarecidos. Pero ello no debe restar la trascendencia que tiene la prevención en lo que respecta a la seguridad ciudadana, la sola presencia de los agentes tiene esa función, pero también son importantes las actuaciones que realizan los agentes durante su servicio, y sirva el ejemplo que hemos señalado anteriormente, la discusión entre padre e hijo. Posiblemente el vecino que aviso a la Central no era la primera vez que escuchaba discutir a los familiares ente sí, y puede que tras no comunicarlo en veces anteriores, si decidió hacerlo en esta ocasión. Pues bien, los agentes que se presentan en el domicilio familiar tienen que tener en cuenta este hecho y barajar la posibilidad de que hayan existido discusiones anteriores, por

tanto la actuación policial puede tener consecuencias futuras. Si tras explicar los beneficios de la mediación, padre e hijo optan por hacer uso del servicio de mediación correspondiente, por un lado, ambos familiares se han dado cuenta de la necesidad de solventar sus disputas, es decir, han reconocido que tienen problemas y están en la línea del primer acercamiento, otra cuestión es que lo consigan o no, pero existe la voluntad de ambos en intentar solucionar la situación, algo que a su vez puede favorecer que no se produzca una nueva discusión y con ello la implicación de otras personas, incluidos los agentes.

De este modo se consigue evitar una futura discusión que podría desembocar, pasado el tiempo, en alguna disputa de mayor envergadura, por otro lado también se evita un nuevo aviso a la Policía y esta puede continuar con su labor en pro de la seguridad ciudadana. A este ejemplo se podría añadir otro relacionado con las quejas vecinales sobre ruidos, estos

pueden ser originados por el sonido de una trompeta, piano o ensayo de un grupo de música. Los agentes se presentan en el lugar correspondiente y comprueban que los ruidos denunciados se están produciendo durante el horario autorizado por la Ordenanza correspondiente y en las diferentes mediciones, realizadas por los agentes con el instrumento pertinente, esos ruidos no superan el nivel máximo de decibelios admitidos. Todo esto puede provocar la siguiente situación, los agentes no pueden denunciar el hecho, el vecino o vecinos que han realizado la queja tienen que seguir escuchando los ruidos, y los vecinos que los producían continúan haciéndolo de “modo legal”, así que el

problema persiste. Si no se realiza otro tipo de actuación o al menos se intenta que las partes lleguen a un entendimiento, la situación se repetirá en el tiempo, y el aviso a las patrullas será continuo, con la posibilidad de que el conflicto adquiera mayor relevancia.

Por tanto, la labor preventiva está en estrecha relación con el modo de afrontar los conflictos por parte de los agentes de policía, por ello deberían poseer diversas herramientas, para que puedan prevenir, minimizar, gestionar y afrontar los conflictos a lo largo de su servicio diario, siendo responsabilidad de las diferentes Instituciones el lograr este objetivo.

### **3.2. LA DIFUSION DE LA MEDIACION:**

La Directiva 2008/52<sup>6</sup>, artículo 9, información al público, menciona: “Los Estados miembros fomentarán, por los medios que consideren oportunos, el acceso del público en general, en particular vía Internet, a la información sobre la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que presten servicios de mediación”.

La Ley 5/2012 en su disposición adicional segunda, impulso de la mediación dice: “Las Administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial”. En varias disposiciones finales de la misma Ley, incluye referencias al impulso y desarrollo de la mediación, así como la modificación de diferentes artículos de

---

<sup>6</sup> Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre cierto aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

la Ley de Enjuiciamiento Civil <sup>7</sup>, con lo que este texto legal se adapta al proceso de mediación,

Si bien, todo lo referido no ha propiciado una campaña extensa de sensibilización y difusión de la Mediación, aunque se podría pensar que son las Comunidades Autónomas que disponen de leyes de mediación las encargadas de fomentar acciones tendentes, a que todos los habitantes de su territorio conozcan la existencia de otra vía de resolución de conflictos. Por tanto es una asignatura pendiente en España, no siendo este el marco para estudiar las causas de esa carencia, ya que existen numerosos factores que hacen que la Mediación aun no sea muy conocida, partiendo de esta premisa es difícil que a su vez sea usada para la resolución de conflictos en ámbitos tan específicos como puede ser el policial, pero no es el momento de mirar al pasado si no plantearnos el futuro.

La falta de conocimiento del proceso de mediación no tiene porque considerarse como un obstáculo, si no como una oportunidad y como se ha referido con anterioridad y dada la situación actual en la que no existen partidas presupuestarias concretas con las que iniciar un proyecto de

mediación policial, debemos aprovechar los recursos existentes y ya citados, estos están repartidos por todo el país. La demarcación de trabajo de la Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Local y Policía Autonómica ocupa todo el territorio español, incluido su mar territorial, y esos Cuerpos poseen dependencias de referencia para atención a los ciudadanos.

Para que la ciudadanía pueda hacer uso de la mediación, esta deber ser conocida por todos, y ese debe ser uno de los objetivos en cualquier proyecto de mediación en el ámbito policial, donde los Agentes deben ser considerados como elementos clave para dar a conocer este procedimiento y a la vez correa de transmisión en su difusión.

Los Cuerpos de Policía, de los que se puede tener una visión muy particular, deben ser referentes en todo aquello que repercuta de modo positivo en la Comunidad.

No tenemos que olvidar el fin de la justicia restaurativa y el papel que los agentes pueden desempeñar en la misma.

---

<sup>7</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

#### 4. SERVICIOS DE MEDIACION POLICIAL EN ESPAÑA:

Después de lo descrito anteriormente puede parecer que España no dispone de servicios de mediación policial, pero no es así, como en otros campos y este no iba a ser una excepción, el empeño por parte de alguna persona, casi siempre relacionada con la Policía, ha llevado a la creación de Unidades de mediación, referiré algunos servicios ya existentes, teniendo en cuenta que hay otros en proyecto.

Grupo de Mediación Comunitaria de la Policía Local de Vigo. Unidad de Mediación de Conflictos Vecinales de la Policía Local de Paterna (Valencia). Servicio de Mediación de la Policía Local de Valencia, que inicio su andadura en el año 2009 con ocasión del proyecto europeo “Safeland: barrios y colegios seguros en las ciudades de Europa”<sup>8</sup>. Unidad de Mediación y Resolución de Conflictos (UMIRC)<sup>9</sup> de la Guardia Urbana de Reus (Tarragona), impulsada por Elena Cobler Martinez, Agente de la Guardia Urbana quien continua actualmente en la Unidad y coautora

---

<sup>8</sup><http://www.policialocalvalencia.es/noticia-s-y-actualidad/noticias-y-actualidad/1018-los-vecinos-eligen-el-programa-de-mediaci%C3%B3n-de-la-plv-para-resolver-sus-peque%C3%B1os-conflictos>

<sup>9</sup> <http://www.reus.cat/atenci%C3%B3-ciudadana/mediaci%C3%B3-i-resoluci%C3%B3-de-conflictes>

del libro titulado “Mediación Policial, el manual para el cambio en la gestión de conflictos”<sup>10</sup>, obra interesante que trata del proceso de mediación en general y las circunstancias de esta en el ámbito policial, con la descripción de algún caso real.

Unidad de Mediación Policial de la Policía Local (UMEPOL)<sup>11</sup> de Vila-real (Castellón) que comenzó a funcionar en el año 2004, dirigida por la Inspectora Rosa Ana Gallardo Campos, quien es coautora de libro referido con anterioridad y de otro cuyo titulo es “Mediación Policial: Un Oximoron”<sup>12</sup>, este texto presenta casos que han sido tratados por la propia Unidad de Mediación entre los meses de enero a octubre del año 2013. En el texto también se menciona que durante el año 2012 se gestionaron por la Unidad 166

---

<sup>10</sup> Gallardo, R. y Cobler, E., *Mediación policial. El manual para el cambio en las gestion de conflictos*. Tirant Lo Blanch, (2012).

<sup>11</sup>[http://www.vilareal.es/portal/p\\_85\\_contenedor5.jsp?seccion=s\\_fdes\\_d4\\_v2.jsp&codbusqueda=609&language=es&codResi=1&codMenuPN=600&codMenuSN=737&codMenu=360&layout=p\\_85\\_contenedor5.jsp](http://www.vilareal.es/portal/p_85_contenedor5.jsp?seccion=s_fdes_d4_v2.jsp&codbusqueda=609&language=es&codResi=1&codMenuPN=600&codMenuSN=737&codMenu=360&layout=p_85_contenedor5.jsp)

<sup>12</sup> Gallardo Campos, R.A., Perez Beltran, H. y Perez i Montiel, J., *Mediación policial: Un oximoron*. Loisele ediciones, (2013).

asuntos, con un índice de resolución positiva del 93% <sup>13</sup>.

Servicio de Agentes Tutores de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid, que dispone del Programa denominado “Agente Mediador” <sup>14</sup> y de unas Normas escritas sobre los requisitos del Servicio de Mediación <sup>15</sup>, texto este interesante donde se menciona que es el Agente Mediador la pieza esencial del modelo, estas normas se distribuyen en 36 artículos donde, entre otras, se hace referencia a los ámbitos donde se puede aplicar el programa, siendo estos el vecinal y el escolar, a este último hace varias precisiones en el artículo 33.3, donde diferencia los comportamientos o actitudes de los docentes, padres y madres de los alumnos y finalmente la de los propios alumnos. De igual modo trata el principio de la confidencialidad en tres artículos, 25, 26 y 27, siendo interesante este último al referirse a las opiniones, sugerencias,

reconocimiento, propuesta o aceptación de esta, realizadas a lo largo del procedimiento de mediación.

Todos los servicios referidos son de la Policía Local, pero también existe un proyecto denominado MEDIPOL <sup>16</sup>, que partió desde la Universidad de Cádiz, para la aplicación de la mediación por partes de todas la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. También en el año 2010 se firmo un convenio de colaboración <sup>17</sup> entre la Jefatura Superior de Policía de Andalucía Oriental y la Universidad de Granada, para poner en marcha un proyecto piloto en la Comisaría situadas en la ciudad de Granada, donde las personas que quisieran presentar una denuncia fuesen informadas sobre la posibilidad de recurrir al servicio de mediación.

En esta misma línea, el día 21 de enero de este año tuve la ocasión de poder presentar un proyecto de implantación de la mediación en el ámbito del Cuerpo Nacional de Policía

---

<sup>13</sup> Ibid., (p. 59).

<sup>14</sup><http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Ayuntamiento/Emergencias-y-Seguridad/Policia-Municipal-de-Madrid?vgnnextfmt=default&vgnnextoid=1b5abbc29b9ac310VgnVCM2000000c205a0aRCRD&vgnnextchannel=d11c9ad016e07010VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD&tidCapitulo=7125732>

<sup>15</sup><http://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/Policia/Tramites/ficheros/NormasProgramaAgenteMediador.pdf>

---

<sup>16</sup> Torrens Ibarquien, J.G., Guillen Gestodo, C.L., Junco Cachero, M.S. *Medipol: Plan de gestión integral de resolución de conflictos, para fuerzas y cuerpos de seguridad. Revista de Mediación*, 12, (2013). (pp. 40-46).

<sup>17</sup>

<http://www.fundacionmediara.es/index.php/mediacion/mediacion-penal/proyecto-piloto-con-la-policia>

y Guardia Civil, durante la celebración del Primer Encuentro Internacional de Mediación: Innovación y desarrollo, organizado por la UNED en Madrid,

reconozco que es una apuesta arriesgada pero por ello no menos interesante y necesaria.

## 5. FUTURO

En la actualidad y tras la presentación de una denuncia por parte de un ciudadano, los agentes de policía confeccionan una diligencia de ofrecimiento de acciones, donde se informa al denunciante de los derechos que como perjudicado u ofendido tiene según el artículo 771,1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) en relación con el 109 y 110 del mismo texto legal.

En el artículo 3.1, de la misma Directiva se dice: “Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para ayudar a las víctimas para que entiendan y puedan ser entendidas desde el primer momento y durante toda actuación necesaria frente a cualquier autoridad competente en el contexto de los procesos penales, incluyéndose el caso de que dichas autoridades les faciliten información”

La Directiva Europea 2012/29<sup>18</sup> sobre los derechos de las víctimas, define “justicia reparadora” del siguiente modo: “Cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

En la propuesta de la nueva LECr<sup>19</sup>, su artículo 14, tutela de las víctimas, dice: “La tutela judicial de la víctimas es una de las finalidades del proceso penal. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Tribunal informarán a los ofendidos y perjudicados por los derechos que les asisten, con particular atención a las víctimas especialmente vulnerables”. Continuando en la misma propuesta, el artículo 64 dice

---

<sup>18</sup> Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, “*por el que establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*”.

---

<sup>19</sup>[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa\\_P/1288775964668/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288775964668/Detalle.html)

que la policía judicial informará a las víctimas de sus derechos.

La mediación penal incluida en le LECr., entre el encausado y la víctima, hace que ambas partes deban tener información detallada sobre el proceso.

Asimismo, el Proyecto de la Ley Orgánica por el que se modifica el actual Código Penal<sup>20</sup>, en su exposición de motivos menciona: "...se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación, en los casos en que legalmente sea posible".

El Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito<sup>21</sup>, artículo 15, dice que las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa.

Pues bien, lo referido en párrafos anteriores afecta al ámbito policial y a los agentes, ya que habitualmente son estos los primeros en tener contacto con las víctimas y también con los

autores de las diferentes infracciones penales.

Si en un futuro se aprueban preceptos legales en línea con la Justicia Restaurativa y que afecten a toda la ciudadanía, se deberá procurar facilitar a los integrantes de los diferentes Cuerpos de Policía la formación correspondiente, estos también deberán disponer de los recursos suficientes para poder llevar a cabo las funciones que les encomiende la nueva legislación, sobre todo en lo que respecta al procedimiento de mediación, y de este modo poder informar fielmente de todo ello, tanto en su labor preventiva como en la de atención a las víctimas, siendo esta información extensible también a los autores de los hechos delictivos.

Todo lo expuesto refuerza la idea de contar con agentes especializados en mediación que dispongan de los medios suficientes y adecuados para la atención a las víctimas, circunstancia que por otro lado debería incluirse en futuros proyectos de creación de Servicios de Mediación Policial, en los cuales tendrían que integrarse agentes preparados para afrontar los nuevos retos que deparará el futuro y con un objetivo primordial: tratar los conflictos existentes entre los ciudadanos para que la intervención policial repercuta positivamente en toda la Sociedad y por ende en los diferentes cuerpos policiales existentes en España.

---

<sup>20</sup>[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF#page=1)

<sup>21</sup>[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427088583?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPR.L.\\_ESTATUTO\\_V%3C%8DCTIMA\\_-WEB.PDF.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427088583?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPR.L._ESTATUTO_V%3C%8DCTIMA_-WEB.PDF.PDF)

# EL CONTEXTO NECESARIO PARA EL AVANCE DE LA MEDIACIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

SOLEDAD RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. EL FENÓMENO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES (S.I.M.): I.1. TIPOLOGÍA DE SUSTRACCIONES. I.2. MARCO NORMATIVO PARA LA PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA S.I.M. I. 3. DECISIÓN SOBRE LA NORMA APLICABLE A UN SUPUESTO DE S.I.M. II. MODELOS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO: II.1. EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO INFORMADOR. II.2. RAZONAMIENTO DE REGLAS Y RAZONAMIENTO FINALISTA: PROBLEMAS DE LOS MODELOS DE RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONFLICTO. II.3. LA MEDIACIÓN EN S.I.M.: A) La mediación como modelo de resolución de la S.I.M; B) Condiciones necesarias para el avance de la mediación en S.I.M. III. CONCLUSIONES

**RESUMEN:** La sustracción internacional de menores es un fenómeno preocupante y creciente. Además de los mecanismos judiciales previstos por el Derecho Internacional y por la Unión Europea para resolver las sustracciones, las normas también prevén el uso de la mediación como alternativa a la resolución judicial del conflicto. Es cierto que la mediación ofrece numerosas ventajas, tanto para los padres, como para los menores involucrados en la sustracción y, al mismo tiempo, garantiza un alto nivel de cumplimiento de los acuerdos alcanzados sobre la situación del hijo que ha sido objeto de sustracción. Sin embargo, el futuro de la mediación en estos casos guarda una relación directa con la necesidad de conseguir los mejores resultados posibles a partir de los mecanismos judiciales previstos por las normas. En este estudio se propone condiciones para lograr un contexto adecuado para la mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores, desde un punto de vista general y en relación con los mecanismos judiciales existentes.

**ABSTRACT:** The international child abduction is a worrying and growing phenomenon. Besides judicial mechanisms provided by the international law and European Union's law the rules also foresee the use of mediation as an alternative to the trial by the court. It is true that mediation offers many advantages for both parents and children involved in the abduction, and, at the same time, ensures a high level of compliance with the agreements reached on the situation of the abducted child. However, the future of mediation in these cases is in direct relation with the need to best outcomes obtained from the judicial resolutions. In this study we propose conditions for achieve the best context for the mediation in child abduction, from a general point of view and in relation with the judicial mechanisms.

**PALABRAS CLAVE:** Sustracción internacional de menores; mediación; relaciones familiares transfronterizas; restitución.

**KEY WORDS:** International child abduction; mediation; family cross border relations; restitution.

---

<sup>1</sup> Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Procesal de la Universidad de Alicante (Área de Derecho Procesal). Mediadora.

## **INTRODUCCIÓN:**

La entrada de la mediación como vía de resolución del conflicto derivado de una sustracción de menores es relativamente reciente y todavía se exploran, desde diferentes ámbitos, los mejores modelos posibles, los principios específicos y el ajuste de los procesos de mediación y del perfil profesional de las personas mediadoras a las características propias de esta compleja situación. Este estudio forma parte de un proyecto más amplio que dará como resultado, espero, una propuesta de un modelo de mediación y de un protocolo de actuación para la mediación intrajudicial en los supuestos de sustracción internacional de menores en España. Sin embargo, el objeto de este trabajo es más acotado y su objetivo es proporcionar a las personas mediadoras y a los operadores jurídicos interesados en la mediación una visión

de conjunto acerca del fenómeno de la sustracción: entender en qué consiste la sustracción internacional de menores y la complejidad de los supuestos, conocer básicamente el entramado normativo que se ha generado para lograr su prevención y su resolución, y describir el contexto actual en el que vienen resolviéndose judicialmente las sustracciones. Con todo ello, pretendo describir el marco en el que la persona mediadora especializada en sustracción internacional de menores deberá desarrollar su trabajo, así como detectar los principales problemas que deberán superarse si se pretende que la mediación gane fuerza y se perfile definitivamente como un nuevo modelo de resolución de este complejo conflicto familiar.

## **I. EL FENÓMENO DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.**

Las familias constituidas por personas de diferente nacionalidad son un hecho en nuestra sociedad desde hace muchos años y un fenómeno creciente. Por lo que se refiere al entorno europeo, como ejemplo, los últimos datos de Eurostat indican que anualmente se contraen en la Unión Europea aproximadamente dos millones de matrimonios, de los que 300.000 están formados por parejas binacionales<sup>2</sup>. En España, las cifras que ofrece el INE respecto del año 2012 dan como resultado más de 2300 matrimonios binacionales<sup>3</sup>. Este tipo de uniones aumenta, además, de manera

---

<sup>2</sup> <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>

<sup>3</sup> <http://www.ine.es> Los datos pertenecen al índice “Demografía y Población: Fenómenos Demográficos: Movimiento natural de la población: matrimonios (entre personas de distinto sexo), por mes, país de nacionalidad de la esposa y país de nacionalidad del esposo”: Por nacionalidad del esposo: 408 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de Europa distinto de España; 133 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de África; 742 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de América; 30 matrimonios en los que el esposo era nacional de un país de Asia. Por nacionalidad de la esposa: 238 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de Europa distinto de España; 236 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de África; 466 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de América; 50 matrimonios en los que la esposa era nacional de un país de Asia. De los datos provisionales del primer semestre de 2013 resulta un total de 11.844 matrimonios mixtos contraídos en España durante ese periodo. (Fecha de última consulta: 29/05/2014; fecha de actualización: 04/12/2013).

progresiva y constante<sup>4</sup>. A ello debe sumarse, por un lado, el número de uniones binacionales que no se formalizan mediante matrimonio, fenómeno igualmente creciente<sup>5</sup>, y, por otro, los movimientos migratorios protagonizados por parejas de la misma nacionalidad que, en el contexto de la globalización y, recientemente, en el escenario de la crisis económica, deciden cambiar su residencia a otro país del que ninguno de ellos es nacional, en busca de oportunidades de empleo o aceptando un trabajo ofertado desde allí a uno o a ambos miembros de la pareja<sup>6</sup>.

Cuando, en las circunstancias descritas, se produce una crisis de pareja no es extraño que uno de los progenitores decida volver a su país de origen, en el que, además, puede haber dejado a su familia extensa. Si en ese retorno se lleva consigo al hijo o hijos comunes, menores de edad, sin un previo procedimiento jurisdiccional en el que se decida sobre la guarda y custodia, o con violación de lo que, en su caso, se haya decidido judicialmente, estará llevando a cabo una sustracción de los menores, de carácter internacional. Del mismo modo, cuando uno sólo de los progenitores ejerce la custodia de los hijos, puede suceder que el otro progenitor, con un derecho de visita, reciba temporalmente a los menores en otro país –como ejemplo: con ocasión de unas vacaciones escolares- y decida no restituirlos al país en el que residían con el progenitor custodio. En este caso se está igualmente ante una sustracción internacional de menores (en adelante, me referiré a ella por sus siglas: S.I.M.).

Las cifras oficiales sobre casos de sustracción que maneja la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado<sup>7</sup> permiten concluir que el número de solicitudes de restitución de menores internacionalmente sustraídos ha aumentado en un 106% desde el año 1999<sup>8</sup>. En concreto, en el año 2008 España recibió 88 solicitudes de restitución y, en ese mismo año, se emitieron desde nuestro país 79 solicitudes, frente a las 36 solicitudes de restitución recibidas y las 27 emitidas en el año 1999<sup>9</sup>. Los datos situaron a España, en el año 2008, como el tercer país europeo en recepción y emisión de solicitudes de restitución, y el quinto a nivel mundial. En el año 2013, según datos del Ministerio de Justicia español, se tramitaron en España 243 solicitudes, 148 como país requirente y 95 como país requerido, es decir, 76 solicitudes más, en conjunto, que en el año 2008<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> DETHLOFF, N.: “Arguments for de unification and harmonisation of Family Law in Europe”, en AAVV (BOELE-WOELKI, K., Ed.): *Perspectives for de Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Interetia (Amberes, Oxford, Nueva York), 2003, pp. 37 a 39.

<sup>5</sup> MORENO MÍNGUEZ, A. y CRESPO BALLESTEROS, E.: *Relaciones de género, maternidad, corresponsabilidad familiar y políticas de protección familiar en España en el contexto europeo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, febrero 2010, p. 24.

<sup>6</sup> Los datos relativos a los movimientos migratorios de españoles hacia el extranjero están disponibles en [www.ine.es](http://www.ine.es), en el índice “Demografía y Población: Padrón, población por municipios: españoles residentes en el extranjero”.

<sup>7</sup> INCASTAT: *International Child Abduction Statics*, Año 2011 (Fecha de consulta: 29/05/2014).

<sup>8</sup> LOWE, N: *A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 october 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Part I – Global Report*, Preliminary Document No 8 A (update) of November 2011 for the attention of the Special Commission of June 2011, p.9.

<sup>9</sup> LOWE, N.: *Statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Child Abduction Convention, Part III: National Reports: Spain*, p. 146.

<sup>10</sup> GARCÍA REVUELTA, C.: “El papel de la Autoridad Central española”, conferencia impartida en *I Jornada-Taller sobre Convenio de la Haya de 1980 y Mediación en Sustracción Internacional de Menores*, CLAMÍS, Barcelona, 10 y 11 de abril de 2014.

## **I.1. TIPOLOGÍA DE SUSTRACCIONES.**

Los supuestos posibles de S.I.M. son muy diversos y no se agotan con los ejemplos básicos descritos más arriba. El elemento común a todos ellos es el desarraigo del menor, a quien se desplaza desde su lugar de residencia habitual hacia otro país distinto, sin intención de retornarlo. A partir de este elemento común, existen diferentes variables que permiten una amplia casuística. Sin ánimo de exhaustividad, sí conviene destacar los diferentes elementos que pueden concurrir en una sustracción, a fin de comprender mejor la complejidad del fenómeno. Al menos, deben tenerse en cuenta las siguientes variables:

1. Lugar de residencia habitual del menor.
2. Sujeto que lleva a cabo la sustracción, su nacionalidad y Estado de destino.
3. Sujeto que padece la sustracción y su nacionalidad.
4. Modalidad del desplazamiento: traslado o retención.
5. Situación de las relaciones paterno-filiales en el momento de realizarse la sustracción.

**1. El lugar en el que el menor residía habitualmente** antes de la sustracción puede ser un Estado del que uno de los progenitores es nacional, del que ambos son nacionales o un tercer Estado, del que ninguno de los progenitores es nacional.

2. Por lo que se refiere al **sujeto que lleva a cabo la sustracción**, mayoritariamente es alguno de los progenitores<sup>11</sup>: en el año 2008 en el

69% de los casos de sustracción registrados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado las sustractoras eran las madres, frente a un 28% de padres sustractores. En una proporción menor la sustracción la llevan a cabo otros sujetos del ámbito familiar<sup>12</sup>.

Respecto de la nacionalidad del sustractor en relación con el Estado al que se desplaza al menor, los datos indican que aproximadamente el 60% de los sustractores son nacionales del Estado hacia el que desplazan al menor<sup>13</sup>. En el resto de los supuestos el desplazamiento se produce hacia un tercer Estado, distinto al de la nacionalidad del sustractor.

2. El **sujeto que padece la sustracción** también es, habitualmente, uno de los progenitores y, de manera puntual, la sustracción afecta a una institución que tiene encomendada la custodia del menor<sup>14</sup>. Con carácter mayoritario, los progenitores que padecen la sustracción son nacionales del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de la sustracción, si bien, en menor

---

<sup>12</sup> LOEWE, op. cit., p. 14: sólo en un 3% de los casos los sujetos que llevaron a cabo la sustracción en el año 2008 eran abuelos u otros miembros de la familia.

<sup>13</sup> Es el tipo de sustracción conocido como "going home". Vid. LOWE, N., op. cit. p. 16.

<sup>14</sup> LOWE, N., op. cit. p. 14. Sobre la guarda y custodia ejercida por una institución pública francesa al tiempo de producirse la sustracción de la menor por la madre, Vid. AAP de Pontevedra, Sección 1ª, Núm. 133/2006, de 5 de julio, (AC 2010/715). En el asunto al que se refiere el AAP de Barcelona, Sección 18ª, Núm. 54/2012, de 13 de marzo (AC 2012/19515) la custodia del menor estaba atribuida al Departamento de Servicios Sociales de Los Ángeles, California, al tiempo de la sustracción por el padre, que trasladó al menor a España.

---

<sup>11</sup> LOWE, N.: op. cit, *Part I*, p. 14.

medida, el progenitor que padece la sustracción puede ser nacional de un tercer Estado, distinto al del lugar de residencia habitual y al del lugar de destino del menor tras la sustracción.

3. Los **desplazamientos** que dan lugar a una sustracción internacional de menores pueden consistir en un traslado o en una retención.

El traslado implica que tanto el menor como sus progenitores residen en el mismo Estado y el menor se desplaza junto con el progenitor sustractor a un segundo Estado, sin que el otro progenitor haya prestado su consentimiento a la permanencia del menor en ese segundo Estado, si bien pudo haber prestado un consentimiento inicial para el viaje, con fecha de regreso<sup>15</sup>.

Por su parte, el supuesto más común de retención se produce cuando uno de los progenitores no convive con el menor y reside en un Estado distinto a aquel en el que el menor tiene su residencia habitual junto con el progenitor custodio. Con consentimiento del progenitor custodio el menor se desplaza puntualmente al Estado en el que reside el progenitor no custodio para disfrutar de un periodo de convivencia y, transcurrido el plazo pactado, no se produce la devolución del menor<sup>16</sup>.

4. Por lo que se refiere a la **situación de las relaciones paterno-filiales** en el momento en el que se lleva a cabo la sustracción, es posible que ésta se produzca mientras ambos progenitores ejercen la guarda y custodia de los hijos. En este caso, la sustracción supone una alteración del habitual ejercicio de los derechos de custodia. También puede suceder que la sustracción suponga una violación del régimen de custodia y visitas atribuido judicialmente o decidido por los progenitores mediante un acuerdo vinculante. De hecho, los supuestos de sustracción que se producen a partir de la retención del menor coinciden mayoritariamente con situaciones en las que el sustractor sólo tenía un derecho de visitas derivado de una resolución judicial. Por su parte, las sustracciones que se producen mediante traslado suelen llevarse a cabo por parte de progenitores custodios que vulneran, mediante la sustracción, el derecho del otro progenitor a mantener un contacto regular con el menor sustraído.

A partir de las variables relativas a la nacionalidad de los progenitores, el Estado en que se fijó la residencia habitual del menor y el Estado de destino es posible identificar los supuestos más comunes de sustracción:

---

<sup>15</sup> Uno de los casos de sustracción más mediáticos de los últimos años es el de la española M<sup>a</sup> José Carrascosa, que trasladó a su hija desde Estados Unidos hacia España sin consentimiento de su exmarido y a la que se condenó en EEUU a 14 años de prisión que cumple en Nueva Jersey desde el año 2006.

<sup>16</sup> Un caso reciente de sustracción mediante retención en <http://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/27/children-abducted-russia-court-order>

A) Progenitores de dos nacionalidades diferentes residiendo en el país de origen de uno de ellos: el progenitor no nacional decide regresar a su país de origen llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia Habitual del Menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia /retención desde)			
	Estado 1	Estado 2	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 4
Progenitor 1	x		X						
Progenitor 2		x					X		

B) Progenitores de dos nacionalidades diferentes residiendo en el país de origen de uno de ellos: el progenitor nacional decide salir de su país de origen hacia un tercer país, llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia Habitual del Menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia /retención desde)			
	Estado 1	Estado 2	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 4
Progenitor 1	X		X					X	
Progenitor 2		X							

C) Progenitores de dos nacionalidades diferentes residiendo en un tercer país, del que ninguno de ellos es nacional: uno de ellos decide regresar a su país de origen llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia Habitual del Menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia /retención desde)			
	Estado 1	Estado 2	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 4
Progenitor 1	X				X				
Progenitor 2		X					X		

D) Progenitores de distinta nacionalidad residiendo en un tercer país: uno de ellos decide salir del país y dirigirse a otro que no es el de su propia nacionalidad, llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia Habitual del Menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia /retención desde)			
	Estado 1	Estado 2	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 4
Progenitor 1	X				X				
Progenitor 2		X							X

E) Progenitores de la misma nacionalidad residiendo en el país del que ambos son nacionales: uno de ellos se traslada a otro país llevando consigo al/los hijo/s menor/es:

Progenitores	Nacionalidad		Residencia Habitual del Menor			Desplazamiento del menor (traslado hacia /retención desde)			
	Estado 1	Estado 2	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 1	Estado 2	Estado 3	Estado 4
Progenitor 1	X		X						
Progenitor 2	X						X		

## I.2. MARCO NORMATIVO PARA LA PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE LA S.I.M.

Tanto desde el ámbito internacional, como desde el europeo y el comunitario se establece un marco normativo que persigue resolver eficazmente los supuestos de S.I.M. y, a partir de su eficacia resolutoria, contribuir a su prevención. Los ámbitos territoriales de

aplicación de las normas sobre S.I.M. son diversos, si bien los mecanismos previstos para la resolución de las sustracciones son prácticamente idénticos a nivel internacional y comunitario, con alguna especialidad en este último ámbito.

### 1. CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

La norma central en materia de sustracción internacional de menores, aplicable actualmente en más de 92 Estados, es el Convenio Núm. 28 de la Conferencia de la Haya, sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980<sup>17</sup> (en adelante, CH'80).

Su ámbito subjetivo de aplicación se limita a los menores que no han alcanzado los 16 años de edad<sup>18</sup>. Desde un punto de vista objetivo tiene un doble ámbito: junto con las previsiones relativas a la S.I.M. incluye también medidas destinadas a facilitar las visitas transfronterizas cuando el progenitor custodio –que trasladó lícitamente al menor– no cumpla con su obligación de permitir el contacto entre el menor y el progenitor que reside en otro Estado. En el primer supuesto, se habla de “solicitudes de restitución”, en referencia a las presentadas por los progenitores que han padecido una

sustracción; en el supuesto del ejercicio del derecho de visitas, se acuña el término “solicitudes de acceso”, respecto de las presentadas por los progenitores no custodios que pretenden hacer efectivo su derecho.

Por lo que se refiere al objeto de este estudio –limitado al supuesto de la sustracción–, el CH'80 persigue una doble finalidad, declarada en su primer artículo: por un lado, lograr la inmediata restitución de los menores ilícitamente sustraídos; por otro, evitar que mediante la sustracción se vulneren los derechos relativos a las relaciones paterno-filiales. Para lograr sus objetivos se establecen tres mecanismos básicos. Por un lado, se exige la designación de Autoridades Centrales en cada Estado parte, con la finalidad de coordinar y cooperar en la gestión de las solicitudes que se reciban. Por otro, se diseña un cauce procesal básico para la resolución judicial de las solicitudes y se establecen las normas sustantivas que el órgano judicial deberá aplicar para decidir sobre el asunto. Por último, se fijan reglas de competencia judicial para el conocimiento de las cuestiones relativas al régimen de custodia de los menores, dirigidas a evitar que el sustractor se beneficie del secuestro obteniendo en el Estado de destino una

<sup>17</sup> Puede consultarse el estado del convenio, sus firmas, aceptaciones, adhesiones, reservas formuladas, etc. en [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=24](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24) (Fecha de última consulta: 28/05/2014; fecha de actualización: 09/04/2014).

<sup>18</sup> Artículo 4 CH'80.

resolución que convalide la situación creada con la sustracción.

### 1. Designación de una Autoridad Central (AC) por cada Estado parte.

Cada Estado debe comunicar cuál es el organismo público que desarrollará las funciones de cooperación y coordinación que el Convenio asigna a las Autoridades Centrales (AACC). Entre sus funciones se encuentran las de recibir las solicitudes de los progenitores afectados, localizar al menor, cooperar con las AACC de otros Estados partes, facilitar información sobre la normativa interna en materia de relaciones paterno-filiales, promover una solución amistosa e incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial en el que se decida sobre la solicitud recibida<sup>19</sup>. Igualmente, los Estados, a través de su AC, deben poner a disposición de los ciudadanos los formularios necesarios para presentar la solicitud.

La solicitud de restitución de un menor internacionalmente sustraído podrá presentarse bien ante la AC del Estado en el que el solicitante se encuentre, o bien, directamente, ante la AC del Estado en el que se encuentra el menor. En el primer supuesto, la AC dará traslado de la solicitud a la AC del Estado en el que se encuentra el menor. En todo caso, el contacto y la cooperación entre las AC implicadas debe ser constante durante la tramitación de la solicitud. Las actuaciones que desarrollen las AACC antes de la apertura del procedimiento judicial serán gratuitas para el solicitante. Se trata de una fase

administrativa previa al posterior procedimiento judicial en el que se decidirá sobre la restitución.

La AC en España es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, adscrita a la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relación con las Confesiones, organismo del Ministerio de Justicia<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Artículo 7 CH'80. La información sobre la Autoridad Central de cada Estado parte está disponible en [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions\\_authorities&cid=24](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions_authorities&cid=24) (Fecha de última consulta: 28/05/204).

---

<sup>20</sup> La información sobre la Autoridad Central Española y los formularios para presentar la solicitud, en <http://www.justicia.es/>. En la página de la HCCH se incluye también la dirección del correo electrónico [sustraccionmenores@mjusticia.es](mailto:sustraccionmenores@mjusticia.es) y los datos de los tres profesionales de contacto.

## 2. Diseño de un procedimiento jurisdiccional básico para la tramitación de las solicitudes de restitución y aplicación de las normas sustantivas del CH'80 en la resolución judicial de las solicitudes.

El CH'80 ofrece unas directrices que deberán guiar a los Estados a la hora de diseñar un procedimiento judicial interno para sustanciar las solicitudes de restitución que se reciban:

- El procedimiento podrá incoarse por la propia AC o por demanda del solicitante.
- La competencia se atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se encuentre el menor, es decir, aquél al que ha sido trasladado o desde el que no se le permite el retorno<sup>21</sup>.
- Se exige una tramitación rápida y se sugiere un plazo máximo de duración de 6 semanas (Art. 11).
- Se promueve la audiencia al menor de edad durante el procedimiento judicial, si es conveniente dados su edad y nivel de madurez (Art. 13)
- Se promueve la gratuidad de los servicios jurídicos prestados durante la tramitación del procedimiento judicial, si bien los Estados pueden formular reserva a esta cláusula (Art. 42, en relación con el Art. 26 CH'80).

---

<sup>21</sup> Cuando la sustracción se ha producido desde otro Estado hacia España, el procedimiento judicial actualmente vigente para atender a las solicitudes de restitución que se presenten está regulado en los Artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, si bien se prevé su próxima reforma y el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria diseña un nuevo cauce procedimental que incorpora algunas novedades. El procedimiento actualmente en vigor comienza como un expediente de jurisdicción voluntaria y se tramita de manera preferente y sumaria, conforme a lo previsto en los artículos citados. La asistencia letrada se presta, como regla general, por el Abogado del Estado cuando la solicitud se presente ante la AC española, si bien el progenitor reclamante puede presentar demanda directamente o, una vez iniciado el procedimiento por la AC española, nombrar letrado propio, en cuyo caso cesaría la actuación de la Abogacía del Estado. En todo caso, intervendrá el Ministerio Fiscal. El procedimiento se inicia citando al sustractor a una comparecencia que puede concluir con la restitución voluntaria del menor. Si el sustractor no comparece podrá dictarse a continuación un auto ordenando la restitución inmediata del menor. Si comparece pero no se aviene a la restitución de forma voluntaria y formula oposición a la misma se abre juicio verbal, con proposición y práctica de las pruebas. La actividad probatoria deberá dirigirse a acreditar,

Lo previsto en el CH'80 debe completarse -especialmente en materia de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales- con lo dispuesto en el Convenio Núm. 34 de La Haya de 19 de octubre de 1996<sup>22</sup> que, como regla general, prevé el reconocimiento de pleno derecho en los demás Estados

---

o bien que el desplazamiento no resulta ilícito o bien que, siendo ilícito, deben valorarse determinadas circunstancias -alegadas por el sustractor- que recomiendan denegar la restitución por ser está contraria al superior interés del menor. La resolución que se dicte tras la vista del verbal es susceptible de recurso de apelación, sin efecto suspensivo.

<sup>22</sup> Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (CH'96).

partes de las resoluciones recaídas en cualquier Estado parte<sup>23</sup>.

En todo caso, las decisiones judiciales acerca de restitución de menores internacionalmente sustraídos deben basarse en las normas sustantivas que el propio CH'80 establece: el órgano judicial competente deberá, en primer lugar, calificar el desplazamiento, que puede resultar lícito -si no cumple con los requisitos previstos por los Artículos 3 y 5 CH'80-, o ilícito si, al contrario, concurren en el supuesto las exigencias de la norma internacional. Si el desplazamiento merece la calificación de ilícito la regla general, como se verá, es la de ordenar judicialmente la restitución inmediata del menor a su Estado de origen. Sin embargo, si concurren las circunstancias previstas en los Artículos 12, 13 o 20 CH'80, podrá denegarse la restitución del menor.

La obligación del órgano judicial de basar su decisión en las normas sustantivas previstas por el CH'80 evita que cada Estado acuda a su ordenamiento jurídico interno para resolver las solicitudes de restitución. Se pretende, así, que los criterios de resolución de la S.I.M. se apliquen de manera uniforme en todos los Estados partes.

### 3. Reglas de competencia judicial respecto de las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales que excedan del hecho de la sustracción.

La competencia judicial para conocer sobre el fondo del asunto, es decir, para decidir sobre el régimen de guarda y custodia del menor, queda fijada, como regla general, en el Estado de origen, aquel en el que el menor tenía su residencia habitual antes de que se produjera la sustracción (Arts. 16, 17 y

19). Se pretende así velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en el Estado de origen se respeten en los demás Estados partes, evitando que el progenitor sustractor obtenga en el Estado de desplazamiento una resolución sobre las relaciones paterno-filiales que convalide la situación derivada del secuestro, otorgándole una custodia exclusiva con derecho a fijar unilateralmente la residencia del menor<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Artículo 23.1 CH'96

---

<sup>24</sup> Como indica PÉREZ VERA, E., "...dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica.", en *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, HCCH, 1982, p. 4.

## 2. REGLAMENTO BRUSELAS II BIS

En el ámbito de la Unión Europea (UE) se aplica el Reglamento (CE) 2201/2003<sup>25</sup>, conocido como Reglamento Bruselas II Bis. El propio Reglamento reconoce que en materia de S.I.M. sus previsiones completan lo dispuesto por el CH'80, por lo que, con ciertas especialidades y una regulación más detallada por parte del Reglamento, la norma básica sigue siendo el CH'80 también en este ámbito.

Una de las correcciones más notables que introduce la norma comunitaria supone un desplazamiento de la competencia para decidir sobre la solicitud de restitución<sup>26</sup>. Como regla general el órgano competente es el mismo que prevé el CH'80: el del Estado requerido, es decir, aquel al que se ha desplazado al menor. Sin embargo, cuando el órgano competente dicte una resolución que deniegue la restitución con base en alguna de las causas previstas en el Art. 13 CH'80, se establece un procedimiento que permite que el órgano judicial del Estado de residencia habitual del menor, aquel desde el que fue desplazado, emita, en determinadas circunstancias, otra resolución distinta ordenando la restitución y que será directamente ejecutiva en el Estado en el que el menor se encuentra retenido<sup>27</sup>.

El plazo de las seis semanas para la tramitación del procedimiento se establece en el Reglamento con carácter imperativo<sup>28</sup>, y no meramente indicativo, como sucede en el CH'80. Por otro lado, se impide denegar una solicitud de restitución sin haber escuchado previamente al solicitante<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

<sup>26</sup> Artículos 11 y 42, en relación con el Art. 13 del CH'80.

<sup>27</sup> Sobre la aplicación del Reglamento y sus especialidades, puede consultarse FORCADA MIRANDA, F.J.: "Normativa de la Unión

---

Europea en materia de Derecho de Familia. El Reglamento sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental", en *Práctica de Tribunales (Revista especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil)*, Núm. 28, junio 2006, pp. 1 a 22, LA LEY.

<sup>28</sup> Artículo 11.3 del Reglamento: "...salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible".

<sup>29</sup> Artículo 11.5 del Reglamento.

### 3. OTRAS NORMAS SUPRANACIONALES

En el ámbito del Consejo de Europa resulta aplicable el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980<sup>30</sup> en las sustracciones que impliquen a Estados partes entre los que no resulte aplicable el Reglamento Bruselas II Bis.

En las sustracciones que se producen dentro del ámbito de América Latina se aplica la Convención Interamericana de Restitución Internacional de Menores, de 15 de julio de 1989<sup>31</sup>.

Por lo que se refiere a instrumentos bilaterales, en España resulta de aplicación preferente el Convenio con el Reino de Marruecos de 1997 sobre Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de Derecho de Custodia, Derecho de Visita y Devolución de Menores.

---

<sup>30</sup> Sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha Custodia. Actualmente se aplica en las sustracciones que se producen entre algunos de los siguientes países: Islandia, Liechtenstein, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, la República de Macedonia, Turquía, Ucrania y Dinamarca (Estado miembro de la UE que no participó en la adopción del Reglamento Bruselas II Bis).

<sup>31</sup> Actualmente se aplica entre los siguientes Estados: Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Méjico, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (Estado de Firmas y Ratificaciones, según la Organización de Estados Americanos, en [www.oas.org](http://www.oas.org), Fecha de consulta: 29/05/2014).

#### 4. SUSTRACCIÓN EN AUSENCIA DE NORMA APLICABLE

Cuando no resulta aplicable ninguna de las normas anteriores ni existe entre los Estados implicados un instrumento bilateral que regule la materia, resolver los supuestos de sustracción resulta más complejo. En el marco de la Conferencia de la Haya se abrió el diálogo entre Estados islámicos y Estados no islámicos, conocido como Proceso de Malta, para la creación de estructuras de mediación que permitan resolver las sustracciones por esa vía. También se han realizado Protocolos de Cooperación entre las autoridades judiciales de determinados Estados (como ejemplo, la firma del Protocolo de Pakistán, entre el Reino Unido y Pakistán, en el año 2003).

Así, la mediación y la cooperación judicial internacional en materia de S.I.M. se presentan como vías informales que pueden servir para generar modelos de resolución de las sustracciones<sup>32</sup>, mientras se avanza hacia la promoción de instrumentos de carácter multilateral o bilateral. En todo caso, como se verá, el potencial resolutivo de la mediación no se limita a los casos en los que no existe norma aplicable, de modo que su uso se promueve desde las instituciones internacionales y la UE también en los supuestos en los que sí hay norma de aplicación.

---

<sup>32</sup> THORPE, M.: “Activismo judicial en la Sustracción Internacional de Menores”, en *Sustracción Internacional de Menores: los nuevos desafíos*, Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Dtor: F.J. Forcada Miranda, 2009. Material disponible en [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion\\_Judicial/Actividades\\_Internacionales/Red\\_Europea\\_de\\_Formacion\\_Judicial\\_REFJ/Materiales\\_de\\_trabajo\\_Cursos\\_de\\_la\\_REFJ\\_EJ\\_TN/ci.Curso\\_sustraccion\\_internacional\\_de\\_menores\\_Los\\_nuevos\\_desafios\\_2009.formato3](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Red_Europea_de_Formacion_Judicial_REFJ/Materiales_de_trabajo_Cursos_de_la_REFJ_EJ_TN/ci.Curso_sustraccion_internacional_de_menores_Los_nuevos_desafios_2009.formato3)

### **I. 3. DECISIÓN SOBRE LA NORMA APLICABLE A UN SUPUESTO DE S.I.M.**

A partir del cuadro que se presenta a continuación se puede determinar qué norma debe utilizarse en la resolución de una S.I.M., atendiendo a cuál o cuáles resultan aplicables al mismo tiempo en el Estado de origen y en el Estado en el que se encuentra el menor

sustraído. En defecto de norma común aplicable, la resolución de la S.I.M. deberá llevarse a cabo a partir de estructuras alternativas, como la cooperación judicial o la mediación.

En el supuesto que se utiliza como ejemplo 1, la única norma común es el CH'80, por lo que será la utilizada para la resolución de la S.I.M.:

Estados	NORMAS APLICABLES					RESOLUCIÓN DE LA S.I.M.				
	CH80	BII.Bis	CLX	CIAM	NO	CH80	BII Bis	CLX	CIAM	E.I.R
EDO	X	X	X			X				
EDD	X									

EDO: Estado de Origen. EDD: Estado de Destino  
 CH80: Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la S.I.M.  
 CLX: Convenio de Luxemburgo de 1980  
 NO: Sin norma aplicable.  
 E.I.R: Estructuras informales de resolución

En el ejemplo 2, se trata de dos Estados de la Unión Europea en los que se aplica el Convenio de Luxemburgo y el Reglamento Bruselas II Bis, además del CH'80. En tal caso, resulta aplicable con carácter preferente el Reglamento Bruselas II Bis:

Estados	NORMAS APLICABLES					RESOLUCIÓN DE LA S.I.M.				
	CH80	BII.Bis	CLX	CIAM	NO	CH80	BII Bis	CLX	CIAM	E.I.R
EDO	X	X	X			X				
EDD	X	X	X							

En el tercer ejemplo, los dos Estados implicados en la sustracción forman parte del CH'80 y del Convenio de Luxemburgo, por lo que éste se aplica preferentemente:

Estados	NORMAS APLICABLES					RESOLUCIÓN DE LA S.I.M.				
	CH80	BII.Bis	CLX	CIAM	NO	CH80	BII Bis	CLX	CIAM	E.I.R
EDO	X		X			X				

EDD	X		X							
-----	---	--	---	--	--	--	--	--	--	--

El cuarto ejemplo incluye a países parte del CH'80 y de la Convención Interamericana de Restitución de Menores, por lo que ésta será la norma aplicable:

Estados	NORMAS APLICABLES					RESOLUCIÓN DE LA S.I.M.				
	CH80	BII.Bis	CLX	CIAM	NO	CH80	BII Bis	CLX	CIAM	E.I.R
EDO	X			X					X	
EDD	X			X						

El quinto y último ejemplo se refiere a la sustracción que involucra a un Estado parte en diversas normas y a otro que no es parte en ninguna de las aplicables. La resolución de la sustracción deberá abordarse desde estructuras informales:

Estados	NORMAS APLICABLES					RESOLUCIÓN DE LA S.I.M.				
	CH80	BII.Bis	CLX	CIAM	NO	CH80	BII Bis	CLX	CIAM	E.I.R
EDO	X	X	X							X
EDD					X					

## II. MODELOS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO EN LA S.I.M.

### II.1. EL SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO INFORMADOR.

Con carácter general, en el tratamiento jurídico de las cuestiones que afectan al menor de edad se parte del principio que obliga a su protección, puesto que se asume su naturaleza especialmente vulnerable<sup>33</sup>. En el marco de las relaciones paterno-filiales, la obligación de velar por el superior interés de los menores se consagra en la Convención

de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>34</sup>, que exige que las decisiones que les afecten protejan tal interés<sup>35</sup> y que no sean separados de sus progenitores contra la voluntad de éstos, salvo que la separación sea el mejor modo de velar por su interés o porque, si los padres no viven juntos, deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño<sup>36</sup>. En concreto, la

<sup>33</sup> Recogido tempranamente en textos como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10).

<sup>34</sup> Adoptada mediante Resolución de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1989.

<sup>35</sup> Artículo 3.1 de la Convención.

<sup>36</sup> Artículo 9 de la Convención.

Convención exige a los Estados adoptar “...medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes<sup>37</sup>.”

El interés de la comunidad internacional y de la UE por el fenómeno de la S.I.M., su prevención y su resolución eficaz, se explica fundamentalmente por la necesidad de proteger a los menores de edad de las consecuencias negativas que se derivan de una sustracción, asociadas sobre todo a la ruptura brusca de su relación con el otro progenitor y con su entorno<sup>38</sup>. Así, los instrumentos supranacionales y comunitarios que abordan específicamente la problemática de la S.I.M. identifican también el superior interés del menor con su derecho a mantener contacto y relaciones familiares con ambos progenitores. El superior interés del menor se violenta, por lo tanto, cuando, sin el consentimiento de ambos progenitores, es desarraigado y separado de uno de ellos en contra de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico del Estado en el que tenía su residencia habitual.

Para velar por el superior interés del menor en este ámbito las normas internacionales, europeas y comunitarias sobre S.I.M. declaran perseguir dos objetivos: 1) la rápida restitución del menor al lugar de su residencia habitual y 2) garantizar el respeto al ordenamiento jurídico interno y a la competencia de los tribunales del Estado de origen en materia de relaciones paterno-filiales.

---

<sup>37</sup> Artículo 11 de la Convención.

<sup>38</sup> Una descripción de la llamada “victimización aguda” que padecen los niños y niñas que han sido objeto de una S.I.M., en DE PEÑAFORT LORENTE, R. y ARBULO RUFRANCOS, B.: “El traslado ilícito de menores en la crisis familiar: aspectos jurídicos y psicológicos”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. 2, Número 3, 2002, pp. 120 a 123. Sobre el daño que la sustracción causa en el menor, pueden consultarse también la STJUE, Sala Primera, de 22 Dic. 2010, As. C-491/PPU/2010 (LA LEY 217545/2010) y todas las que cita.

## II.2. RAZONAMIENTO DE REGLAS Y RAZONAMIENTO FINALISTA: PROBLEMAS DE LOS MODELOS DE RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL CONFLICTO.

El mecanismo básico que se articula para conseguir los dos objetivos prioritarios de las normas sobre S.I.M. se presenta como una regla de aplicación automática, de manera que cuando un traslado o una retención merecen la calificación de “ilícitos” procede ordenar la inmediata restitución del menor a su lugar de origen y, al mismo tiempo, se prohíbe que los tribunales del Estado hacia el que se le desplazó se pronuncien sobre el régimen de custodia. El principal modelo de resolución de la S.I.M. se construye, por lo tanto, sobre un razonamiento de reglas, que implica la siguiente subsunción: “*si el desplazamiento del menor es ilícito debe ordenarse su inmediata restitución*”.

Sin embargo, el propio principio del superior interés del menor impide que la regla de restitución inmediata se aplique en todos los casos. A pesar de que este modelo de resolución es el que se anuncia y se describe en las normas reguladoras como mecanismo principal de respuesta a la S.I.M.<sup>39</sup>, el superior interés del menor como principio rector en la materia requiere la entrada de elementos valorativos y un margen para la ponderación de principios e intereses: si se impide la valoración de determinadas circunstancias, la decisión de restitución inmediata del menor puede ser contraria a su superior interés cuando, por ejemplo, era objeto de

malos tratos por parte del progenitor que solicita su regreso. Así, el respeto al principio del superior interés del menor reclama en determinados supuestos utilizar un razonamiento finalista, no de reglas, que permita alcanzar el objetivo de garantizar el bienestar del niño, un razonamiento del tipo: “*si el desplazamiento del menor es ilícito debe ordenarse su inmediata restitución, salvo que existan circunstancias que lo desaconsejen y su interés se proteja mejor manteniéndolo en el Estado de desplazamiento*”. Una vez que, a partir de este razonamiento, se deniega la restitución, se ve alterada también la regla de que los órganos judiciales del Estado de origen conservarán la competencia para decidir sobre el fondo del asunto, de modo que las decisiones sobre el régimen de custodia podrán ser tomadas por los órganos judiciales del Estado de destino.

La regulación internacional y comunitaria sobre S.I.M. se ha construido, por lo tanto, sobre la tensión que implica reconocer, por un lado, que el superior interés del menor sustraído se protege mediante su restitución inmediata y, por otro, que no en todos los supuestos la restitución será la mejor manera de proteger dicho interés. Ahora bien, el margen de valoración que se introduce en la decisión judicial, necesario para evitar restituciones perjudiciales para el menor, abre la puerta a interpretaciones dispares de las mismas circunstancias por parte de diferentes órganos judiciales, del mismo o de diversos Estados. Ello explica que

<sup>39</sup> Así se declara en el Preámbulo del CH'80 y se reitera en sus Artículos 1, 7, 8 y 12. Igualmente, en el Considerando 17, del Reglamento Bruselas II Bis y en su Artículo 11.

la concurrencia de circunstancias similares en supuestos semejantes desemboque en algunos casos en la emisión de una orden de restitución y en otros en la denegación de la restitución del menor.

Las circunstancias que pueden fundamentar una decisión judicial que deniegue la restitución del menor son las previstas en los Artículos 12, 13 y 20 CH'80. Muy resumidamente, se trata de circunstancias relativas a la situación de riesgo físico o psíquico del menor, o su sometimiento a una situación intolerable en el Estado de origen, para el caso de que ordenara la restitución<sup>40</sup> (Artículo 13), la voluntad del propio menor contraria a ser retornado<sup>41</sup> (Artículo 13), así como su arraigo en el Estado de desplazamiento, transcurrido más de un año desde que se produjo la S.I.M.<sup>42</sup> (Artículo 12), junto con la alegación relativa a la vulneración de derechos humanos en el caso de que el menor sea restituido<sup>43</sup> (Artículo 20). El análisis de las resoluciones judiciales

disponibles en INCADAT<sup>44</sup> permite concluir que, aunque existen tendencias mayoritarias en algunos aspectos, las cuestiones centrales de la normativa siguen siendo controvertidas y su interpretación y aplicación difieren de un Estado a otro e, incluso, dentro de un mismo Estado, en función del órgano judicial que resuelva.

La disparidad de criterios se manifiesta no sólo a la hora de apreciar la concurrencia de las circunstancias que permiten denegar la restitución, sino también en el momento inicial de calificación del desplazamiento. La controversia acerca de aspectos centrales de esta calificación<sup>45</sup> se pone

---

<sup>40</sup> Las cifras que ofrece la HCCH indican que en el año 2008 el 21% de las resoluciones judiciales que denegaban la restitución se basaron en esta causa (LOWE, N., op. cit. p. 28.)

<sup>41</sup> El porcentaje de solicitudes de restitución que fueron denegadas judicialmente con base en esta causa fue del 10% en el año 2008 (LOWE, N., op. cit., p. 28.)

<sup>42</sup> En el año 2008, el 11% de las resoluciones judiciales que denegaron el retorno del menor lo hicieron sobre la base de esta excepción (LOWE, N., op. cit., p. 26).

<sup>43</sup> En el año 2008, en sólo 2 de las resoluciones judiciales que denegaban la restitución se aludió al Art. 20 como motivo de rechazo, pero no en solitario, sino en combinación con alguna de las otras excepciones posibles, fundamentalmente la de situación de riesgo para el menor en caso de retorno: LOWE, N., op.cit, pág. 30.

---

<sup>44</sup> Base datos de la HCCH de resoluciones jurisdiccionales recaídas en materia de S.I.M. [www.incadat.com](http://www.incadat.com)

<sup>45</sup> Los elementos que determinan la ilicitud de un desplazamiento están previstos en los Artículos 3 y 5 CH'80 y 2.11 Reglamento Bruselas II Bis. La calificación de un desplazamiento como ilícito y constitutivo, por lo tanto, de una S.I.M. exige que concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: 1) que el traslado o la retención supongan una alteración del lugar de residencia habitual del menor; 2) que el progenitor perjudicado por el desplazamiento del niño sea titular de un derecho a relacionarse con el menor que incluya, entre otras manifestaciones, el derecho a decidir –en solitario o junto con el otro progenitor- sobre el lugar de residencia del menor; 3) que el progenitor perjudicado por la sustracción no prestara su consentimiento al desplazamiento, ni inicialmente ni de manera sobrevenida; 4) que el progenitor perjudicado por la sustracción viniera ejerciendo de manera efectiva su derecho a relacionarse con el menor. Un estudio detallado en DE LA ROSA CORTINA, J.M.: *Sustracción parental de menores (Aspectos civiles, penales e internacionales)*, Tirant Lo Blanch, Monografías, Número 707, Valencia, 2010; LLORIA GARCÍA, P. (Coord.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Monografías, Madrid, 2008; MONTÓN GARCÍA, M: *La sustracción de menores por sus propios padres*, Tirant Lo

de manifiesto en las diversas interpretaciones judiciales existentes acerca de qué debe entenderse por “residencia habitual del menor”<sup>46</sup> o

---

Blanch, Colección Abogacía Práctica, Número 26, Valencia, 2003.

<sup>46</sup> Las resoluciones recaídas en los tribunales superiores de los EEUU son una buena muestra de las tres tendencias que conviven a la hora de interpretar el elemento de la residencia habitual del menor antes del desplazamiento: **a) Interpretación que atiende al nivel de integración del menor con el entorno** (EEUU: Friedrich v. Friedrich, 983 F. 2d 1396, (6th Cir. 1993), [Cita INCADAT: hc/e/usF 142]; Robert v. Tesson (6th Cir. 2007), [Cita INCADAT: HC/E/US 935] Villalta v. Massie, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oct. 27, 1999) [Cita INCADAT: HC/E/USf 221]); **b) Interpretación que toma en consideración tanto los elementos de arraigo del menor como las intenciones de los progenitores cuando eligieron el Estado de origen como lugar de estancia** (Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217, 222 (3d Cir. 1995), [Cita INCADAT: HC/E/USf 83]: “Cualquier determinación de la residencia habitual debe consistir en un análisis de las circunstancias del menor en ese lugar y el presente de los padres, y las intenciones compartidas respecto de la presencia del menor en ese lugar. En los hechos, el menor había permanecido en Australia durante seis meses, este es un periodo de tiempo importante para un menor de seis años. Mientras que los padres consideraban a Australia de manera diferente, ambos habían acordado mudarse allí, además sus acciones una vez establecidos concordaban con un intento de formar un nuevo hogar con el menor”. En sentido similar: EEUU: Cobert v. Tesson (6th Cir. 2007), [Cita INCADAT: HC/E/US 935]. Villalta v. Massie, No. 4:99cv312-RH (N.D. Fla. Oct. 27, 1999) [Cita INCADAT: HC/E/USf 221]); **c) Interpretación basada exclusivamente en la intención de los progenitores de establecer en el Estado de origen la residencia habitual** (EEUU: Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247, 1253 (11th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf 780], Holder v. Holder, 392 F.3d 1009, 1014 (9th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf 777], Tsaropoulos v. Tsaropoulos, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001), [Cita INCADAT: HC/E/USf 482]; Gitter v. Gitter, 396 F.3d 124, 129-30 (2d Cir. 2005), [Cita INCADAT: HC/E/USf 776]; Koch v. Koch, 450 F.3d 703 (7th Cir.2006), [Cita INCADAT: HC/E/USf 878].)

cuándo debe entenderse que el desplazamiento vulnera derechos de custodia<sup>47</sup>. En realidad, la operación de calificación del desplazamiento no exige un margen de discrecionalidad judicial, por lo que debería realizarse de manera tasada, a partir de criterios claros y comúnmente aceptados.

Por el contrario, la discrecionalidad judicial es necesaria a la hora de valorar las circunstancias que pueden desaconsejar la restitución, pero el problema existe cuando interpretaciones judiciales restrictivas de las excepciones<sup>48</sup> conviven con interpretaciones amplias que conducen a denegar restituciones en circunstancias similares a otras en las que se ordenó la restitución. Es evidente que esta disparidad de criterios contribuye a debilitar la eficacia preventiva de los mecanismos diseñados para luchar contra la S.I.M. Las diferentes valoraciones que los jueces llegan a hacer de circunstancias similares han generado un mapa en el que los

---

<sup>47</sup> EEUU: *Carrascosa v. McGuire*, 520 F.3d 249 (3rd Cir. 2008), [Cita INCADAT: HC/E/USf 970]; Inglaterra y Gales: *Re F. (A Minor)(Abduction: Custody Rights Abroad)* [1995] Fam 224 [Cita INCADAT: HC/E/UK 8]. En *Monory v. Hungary & Romania*, (2005) 41 E.H.R.R. 37, [Cita INCADAT: HC/E/ 802], el TEDH resolvió que había habido una violación del derecho a la vida familiar previsto en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) cuando los tribunales rumanos habían malinterpretado el Artículo 3 del Convenio de La Haya a la hora de valorar la existencia o no de un derecho de custodia, de manera tal que las garantías del CH'80 fueran violadas.

<sup>48</sup> PÉREZ VERA, E.: *Informe explicativo...*, op. cit., p. 8: "... es necesario subrayar que las excepciones (...) al retorno del menor deben ser aplicadas como tales. Esto implica ante todo que deben ser interpretadas de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado."

operadores jurídicos especializados en S.I.M. son capaces de identificar a los Estados que más restituyen frente a los que deniegan más restituciones, y las causas por las que normalmente lo hacen. Las instituciones internacionales<sup>49</sup> y las comunitarias<sup>50</sup> trabajan con el objetivo de favorecer una interpretación y aplicación de las normas lo más uniforme posible, y, para ello, han generado bases de datos de Jurisprudencia, foros de trabajo, comisiones de expertos, boletines jurídicos, guías de buenas prácticas y otras herramientas de *soft law*. En particular, destaca la labor realizada por la Red Internacional de Jueces de Haya, a través de sucesivas reuniones, con el objetivo de establecer cauces para la comunicación, la cooperación y la aplicación uniforme del CH'80<sup>51</sup>. Así

---

<sup>49</sup> Todas las iniciativas al respecto, en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), en *Protección internacional del Niño: Sección Sustracción de Niños*.

<sup>50</sup> Con la financiación de la Comisión Europea, destaca el reciente encuentro *LEPCA (Lawyers in Europe on Parental Child Abduction)*, La Haya, del 7 al 10 de mayo de 2014. Sobre la interpretación judicial de los elementos que determinan la ilicitud del desplazamiento, así como en relación a las causas de denegación de restituciones por parte de los órganos judiciales: BRIEGER, S. y NIETHAMMER- JÜRGENS, K: "The Hague 1980 Abduction Convention: Grounds of Refusal", *LEPCA Conference in The Hague*, 7-10 May 2014.

<sup>51</sup> LORTIE, P.: "Cooperación internacional y sustracción de menores: Comunicaciones Judiciales Directas en materia de sustracción de menores, dos ejemplos prácticos, y la Red Internacional de Jueces de la Conferencia de La Haya, descripción, designación y lista de miembros. Introducción al borrador de Principios Generales", en *Sustracción Internacional de Menores: los nuevos desafíos*, Curso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Dtor: F.J. Forcada Miranda, 2009. Material disponible en [http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion\\_Judicial/Actividades\\_Internacionales/Red\\_Europea\\_de\\_Formacion\\_Judicial\\_REFJ/Materiales\\_de\\_trabajo\\_Cursos\\_de\\_la\\_REFJ\\_EJ](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Red_Europea_de_Formacion_Judicial_REFJ/Materiales_de_trabajo_Cursos_de_la_REFJ_EJ)

mismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contribuyen con sus resoluciones a suministrar pautas de interpretación para las diferentes circunstancias en las que cabe denegar una restitución apelando al principio del superior interés del menor<sup>52</sup>.

Al defender la necesidad de una aplicación más uniforme de las normas sobre S.I.M. no se pueden pasar por alto las diferencias culturales y sociales que existen entre los diferentes Estado parte del CH'80 y que, sin duda, suponen un problema a la hora de establecer criterios rígidos que determinen la denegación de una restitución. Es fácil entender que los Estados que no alcanzan determinados estándares de protección legal y social o aquellos socialmente basados en estructuras patriarcales y machistas no encontrarán ningún aliciente para aceptar un elevado nivel de compromiso en la aplicación de las normas del CH'80. De hecho, una de las virtualidades del CH'80 reside, precisamente, en el elevado número de Estados parte y el nivel de consenso alcanzado en torno a una materia que se incardina en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, en la que las legislaciones internas pueden llegar a ser muy dispares. Alcanzado ese consenso mínimo, los esfuerzos posteriores que se dirijan a alcanzar estándares de máximos resultan complicados.

Con todo, tampoco puede obviarse que las excepciones a la restitución del menor exigen valorar las circunstancias atendiendo a los particulares contextos,

---

[TN/ci.Curso\\_sustraccion\\_internacional\\_de\\_menores\\_Los\\_nuevos\\_desafios\\_2009.formato3](http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Red_Europea_de_Formacion_Judicial_REFJ/Materiales_de_trabajo_Cursos_de_la_REFJ_EJ)

<sup>52</sup> Pueden consultarse las resoluciones recaídas en materia de S.I.M. en [www.incadat.com](http://www.incadat.com)

de modo que no puede tratarse igual – como ejemplo- una alegación de malos tratos formulada por una madre española en el extranjero que una alegación de ese tipo formulada en España por una madre nacional de un país en el que no existen medidas legales de protección de las víctimas de violencia de género y en el que la sociedad es patriarcal y machista. Quizás, una herramienta útil podrían ser las “listas de verificación”, generadas para cada excepción, no con la finalidad de que funcionen de manera tasada, impidiendo al juez una ponderación o valoración discrecional de las circunstancias, pero sí con el propósito de proporcionar una guía al órgano judicial acerca de las condiciones que necesariamente deben valorarse, y su intensidad, para que una determinada alegación merezca ser acogida. Por ejemplo, cuando la madre sustractora alega ser víctima de violencia de género por parte del padre -alegación muy frecuente, por otro lado<sup>53</sup>-, deberían analizarse, a modo de ejemplo, aspectos como los siguientes: ¿Existe en el Estado de origen una legislación protectora de las víctimas de este tipo de violencia? ¿Funciona eficazmente? ¿Qué medidas concretas se podrían adoptar en el Estado de origen para proteger a la madre y al niño? ¿Instó la

madre, antes de abandonar el Estado, algún tipo de medida al respecto? ¿Podría instarlas si se ordena la restitución? ¿Se pueden activar incluso antes de que se produzca el regreso efectivo del menor y la madre al Estado de origen? ¿Existe familia extensa y/o red social de asistencia en el país de origen?

Las respuestas a éstas y a otras cuestiones que se identifiquen como centrales en cada una de las excepciones previstas por el CH’80 deberían ayudar al órgano judicial a tomar una decisión ponderada y, al mismo tiempo, enmarcada en el cumplimiento de unos estándares mínimos. Es razonable pensar que en el ámbito comunitario, como regla general, la madre víctima de violencia de género –siguiendo con este ejemplo- contará en el Estado de origen con medidas legales suficientes para hacer frente a la situación de violencia. No podrá valorarse igual esta alegación en el espacio comunitario, generalmente, que en relación con Estados de otro ámbito que carezcan de un sistema legal de protección a la mujer o cuando, contando con él, resulte completamente ineficaz.

Un contenido similar debería darse a cada una de las excepciones previstas: criterios y cuestiones de verificación que se consideren centrales – a la luz de la experiencia generada y de las resoluciones más acertadas recaídas- en torno a las diferentes alegaciones. Por ejemplo, respecto de la alegación – también frecuente- de que el regreso del menor sin la madre lo pone en situación intolerable, las objeciones del menor con suficiente madurez (criterios para determinar su nivel de madurez y para identificar el fundamento de sus objeciones, así como la necesidad de descartar supuestos de alineación y otros síndromes frecuentes en estos

---

<sup>53</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Sustracción internacional de menores: una visión general”, en GAMARRA CHOPO, Y. (Coord.): *El discurso civilizador en Derecho Internacional. Cinco estudios y tres comentarios*, Zaragoza, (C.S.I.C.), Excma. Diputación de Zaragoza, 2011, p. 117; FORCADA MIRANDA, F.J.: “El fenómeno de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes y la normativa internacional vigente en esta materia”, en: *Programa interamericano de cooperación para prevenir y reparar casos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes por uno de sus padres: segunda reunión de expertos gubernamentales*, Buenos Aires, Palacio San Martín, 19,20 y 21 de septiembre de 2007

casos), el arraigo del menor en el Estado de desplazamiento, tras haber transcurrido más de un año desde que se produjo la sustracción (identificación de las circunstancias que determinan el arraigo y, sobre todo, identificar las condiciones en las que, pese al arraigo, el retorno puede ser recomendable), etc.

Junto con los problemas que se derivan de la disparidad en la interpretación y aplicación de las normas sobre S.I.M. en circunstancias similares, los modelos normativos de resolución de las sustracciones presentan otro inconveniente. Si se acepta – y no parece que pueda discutirse – que la tutela judicial efectiva exige una eficaz ejecución de las resoluciones judiciales recaídas, se concluye también que la ineficacia en la fase de ejecución de las órdenes de restitución debilita los mecanismos judiciales de resolución de la S.I.M. Debe tenerse en cuenta que un alto porcentaje de las resoluciones judiciales que ordenan el regreso del menor lo hacen en contra de la voluntad del sustractor<sup>54</sup>, de modo que en muchos casos la ejecución de la orden debe llevarse a cabo de manera forzosa, mediante la puesta en marcha de medidas coercitivas<sup>55</sup>. En estas

circunstancias, hacer efectiva la orden de restitución resulta muy complicado y, cuando se logra, puede resultar altamente frustrante para el menor, cuando no, directamente, traumático. El TEDH le ha prestado particular atención en los últimos años a la cuestión de la ejecución de órdenes de restitución y en varias ocasiones determinó que el Estado requerido no había cumplido su obligación de adoptar todas las medidas razonables para ejecutar las órdenes de restitución<sup>56</sup>. Este incumplimiento, a su vez, da lugar a la violación del derecho del progenitor solicitante al respeto de la vida familiar, garantizado por el Artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

---

<sup>54</sup> LOWE, N., op. cit., p. 20: en el año 2008, del 27% de resoluciones judiciales que ordenaban la restitución, el 15% lo hacía con oposición del sustractor, frente a un 7% de casos en los que el sustractor finalmente había prestado su consentimiento al regreso del menor (del 5% restante no existen datos).

<sup>55</sup> GONZÁLVEZ VICENTE, P.: “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista jurídica de Castilla y León*, Núm. 11, enero 2007, p. 72. Como ejemplo de ejecución frustrada: Vid. Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 6 de Zaragoza, de 20 abril 2004. AC 2004\420: “Tras dictarse la orden de retorno en 1996, no ha sido sino hasta el 5 de abril de 2004, cuando el menor y su madre han sido localizados por la policía en Huesca”.

---

<sup>56</sup> TEDH: *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, No. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7 [Cita INCADAT: HC/E/ 336]; *Sylvester v. Austria*, Nos. 36812/97 and 40104/98, (2003) 37 E.H.R.R. 17, [Cita INCADAT: HC/E/ 502]; *H.N. v. Poland*, No. 77710/01, (2005) 45 EHRR 1054 [Cita INCADAT: HC/E/ 811]; *Karadžić v. Croatia*, No. 35030/04, (2005) 44 EHRR 896 [Cita INCADAT: HC/E/ 819]; *P.P. v. Poland*, No. 8677/03, 8 January 2008 [Cita INCADAT: HC/E/ 941].

## II.3. LA MEDIACIÓN EN LA S.I.M.

### A) La mediación como modelo de resolución de la S.I.M.

Al delicado equilibrio entre los dos modelos de razonamiento que conviven en las normas reguladoras de la S.I.M. se suma la entrada, en los últimos años, de un tercer modelo de resolución de las sustracciones: la mediación. Explorada inicialmente como vía para resolver los conflictos en los supuestos en los que no existe norma aplicable<sup>57</sup>, en los últimos tiempos se está promoviendo su uso también para la resolución de los supuestos de S.I.M. en los que sí existe norma de aplicación. Lo cierto es que la referencia a la *solución amigable* está presente en la mayoría de las normas reguladoras<sup>58</sup> y, sobre su base, desde las

instituciones supranacionales y comunitarias se fomenta el uso de la mediación a partir de numerosas iniciativas y herramientas destinadas a proporcionar pautas a los Estados y a

---

su Artículo 10 que “La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor”. Por su parte, el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, vigente para España desde el 1 de enero de 2011, incluye en su Artículo 31, relativo al uso de la mediación y su promoción por parte de los Estados, la obligación de éstos de “facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño”. Por lo que se refiere a los ámbitos  **europeo y comunitario**, ha de tenerse en cuenta la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño, redactada por el Consejo de Europa y adoptada el 25 de enero de 1996, cuyo Artículo 13, bajo la rúbrica “Mediación u otros procesos de solución de controversias”, establece que “A fin de impedir o resolver controversias o de evitar procesos ante una autoridad judicial que afecten a los niños, las Partes alentarán la disposición de la mediación o de otros procesos a efectos de la resolución de controversias y el uso de dichos procesos a fin de llegar a un acuerdo en los casos que deban ser resueltos por las Partes”. Igualmente, la Resolución 1921 (2002) de 26 de junio, del Consejo de Europa, en la que se invita a la promoción de la mediación en el marco de la sustracción internacional de menores. Por otro lado, el Reglamento Bruselas II Bis, contempla el uso de la mediación para la resolución de los conflictos familiares en los que están involucrados menores de edad (Artículo 55). Al igual que la Directiva 2008/52/CE, que sirve de base para los modelos de mediación transfronteriza.

---

<sup>57</sup> En el marco del llamado Proceso de Malta, un diálogo entre jueces y funcionarios superiores de gobierno provenientes de determinados Estados parte en el Convenio de La Haya y de Estados no parte cuyas leyes se basan en el derecho islámico (Shariah) o están influenciadas por este. Este Proceso está destinado a encontrar soluciones a disputas transfronterizas en materia de custodia, contacto y sustracción de niños que sean particularmente difíciles debido a la inaplicabilidad de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes. En su marco, se creó, en el año 2009, un Grupo de Trabajo para promover el desarrollo de estructuras de mediación que ayuden a resolver disputas transfronterizas relativas a custodia o contacto con los niños. El Grupo de Trabajo lanzó dos Cuestionarios, uno sobre estructuras de mediación existentes y otro sobre la ejecutoriedad de los acuerdos de mediación, que se hicieron circular entre los diferentes Estados (disponibles en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), Sección Child Abduction, subapartado *Cross-border Family Mediation*).

<sup>58</sup> Por lo que se refiere al **ámbito internacional**, el CHH’80 indica en su Artículo 7 que es obligación de las Autoridades Centrales de cada Estado adoptar todas las medidas necesarias para “garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”, y en

los operadores jurídicos sobre el empleo de la mediación en S.I.M.<sup>59</sup>. De hecho, existen ya diversos organismos, de diferente naturaleza, que en los últimos años están desarrollando mediación específicamente en el ámbito de la S.I.M.<sup>60</sup>, con buenos resultados<sup>61</sup>.

Aceptar que, en determinados casos de sustracción –y pese a la existencia de

una norma aplicable para resolverla- la mediación puede ser la mejor solución, presupone la aceptación de que, en esos casos, serán los propios progenitores quienes decidan cómo se protege mejor el superior interés del menor: mediante un acuerdo de restitución a su lugar de residencia habitual o, al contrario, acordando la permanencia del menor en el Estado de destino.

La mediación en conflictos familiares – y la S.I.M. es uno de ellos, de especial complejidad- favorece la reconstrucción del cauce natural para la toma de decisiones relativas a los menores de edad: el debate entre sus progenitores y la obtención de un acuerdo como resultado. En este sentido parece que la mediación puede ser, en los casos en los que resulta apropiada, la mejor manera de garantizar que la decisión que se tome respetará el superior interés del menor. Se entiende que los padres están generalmente en mejor situación para decidir qué resulta más beneficioso para el menor teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, por ello, se desplaza a la decisión judicial para dejar espacio al acuerdo entre los progenitores. Los beneficios de los acuerdos de mediación en este ámbito se constatan fácilmente si se compara su nivel de cumplimiento con las dificultades que existen a la hora de ejecutar forzosamente una orden de restitución en contra de la voluntad del progenitor sustractor<sup>62</sup>. Con todo,

---

<sup>59</sup> Entre las acciones promovidas por la HCCH para favorecer el uso de la mediación en S.I.M., cabe destacar las siguientes: *Feasibility Study on Cross-Border Mediation in Family Matters*, disponible en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), en el apartado de “Trabajos en Curso: Asuntos Generales”; *Guía de Buenas Prácticas en el uso de la mediación en el contexto del Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; Principios para el establecimiento de estructuras de mediación en el contexto del Proceso de Malta. Memorando explicativo* (Documento preliminar N° 6 de mayo de 2011 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2011 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, disponible en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), Sección Child Abduction, Apartado “Trabajos en curso”, subapartado “Asuntos Generales”). Por su parte, en el marco de la Red Judicial Europea Civil se ha creado un Grupo de Trabajo de Mediación Familiar, cuyo documento más reciente es el *Discussion paper on advancing international family mediation in cases of international child abduction*, adoptado en Dublín, en Junio 2013.

<sup>60</sup> Un listado orientativo puede ser el siguiente: Reunite (UK) [www.reunite.org](http://www.reunite.org); Mikk.e.V (Alemania) [www.mikk-ev.de](http://www.mikk-ev.de); IKKO (Países Bajos) [www.kinderontvoering.org](http://www.kinderontvoering.org); Family Mediation Center (Grecia) [www.familymediationcenter.gr](http://www.familymediationcenter.gr); Irish Centre for International Family Mediation (Irlanda) [www.internationalmediation.ie](http://www.internationalmediation.ie); Mediadores Transfronterizos Europeos [www.crossbordermediator.eu](http://www.crossbordermediator.eu); Mediadora del Parlamento Europeo <http://www.europarl.europa.eu>.

<sup>61</sup> Pueden consultarse los resultados obtenidos por reunite en *Mediation in International Parents Child Abduction: The reunite mediation pilot scheme*, October 2006.

---

<sup>62</sup> Sobre el nivel de cumplimiento de los acuerdos alcanzados en mediación y su efectividad, puede consultarse BUCK, T: “An evaluation of the long-term effectiveness of mediation in cases of international parental child abduction”, editado por reunite, junio 2012. Igualmente, consúltese “Estudio de viabilidad sobre la mediación transfronteriza en materia familiar – respuestas al Cuestionario”, Doc. Preliminar N° 10 de marzo de 2008, a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de abril de

resulta evidente que los acuerdos derivados de un proceso de mediación pueden presentar los problemas propios de cualquier contrato: interpretación, aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, alegaciones de nulidad, incumplimientos de mayor o menor entidad, etc. Y desde el punto de vista de su reconocimiento y ejecución en los diversos Estados implicados los problemas que pueden surgir no son menores<sup>63</sup>. Pese a ello, la mediación se presenta como una vía útil para asegurar que la decisión que se adopte sobre la restitución o no del menor sea la más adecuada a sus intereses, por lo que, desde un marco normativo que toma el superior interés del menor como principio informador, lo coherente es promover su uso. Ahora bien, el éxito de este modelo de resolución del

conflicto –como se razonará a continuación– depende en gran medida de la eficacia de los otros dos modelos con los que convive, pues sólo si los mecanismos judiciales funcionan adecuadamente los sustractores encontrarán razones para abrirse a la mediación.

---

2008, redactado por la Oficina Permanente, disponible en < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > en “Trabajo en Curso” y “Asuntos Generales”.

<sup>63</sup> “Sobre la base de una Recomendación de la Sexta Reunión de la Comisión Especial para revisar el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996, en la que se había debatido en detalle el problema de la ejecutoriedad transfronteriza de acuerdos de mediación, el Consejo de 2012 autorizó a la Conferencia de La Haya a establecer un Grupo de Expertos a fin de llevar a cabo trabajos de investigación adicionales acerca del reconocimiento y de la ejecución transfronterizos de los acuerdos a los que se hubiera llegado en el curso de disputas internacionales relativas a niños, incluidos aquellos a los que se hubiera llegado a través de un proceso de mediación, teniendo en cuenta la implementación y el uso del Convenio de 1996’ y, al mismo tiempo, señaló que ‘[d]icho trabajo comprenderá la identificación de la naturaleza y del alcance de los problemas jurídicos y prácticos, incluidas las cuestiones jurisdiccionales, al igual que la evaluación del beneficio de un nuevo instrumento, ya sea vinculante o no vinculante, en la materia” (*Guías de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de 1980 de La Haya sobre Aspectos Civiles en la sustracción internacional de Menores: Mediación*, p. 17).

## **B) Condiciones necesarias para el avance de la mediación en S.I.M.**

Como ya se dijo, la unidad familiar se presenta como el escenario natural para la toma de las decisiones que afectan al menor de edad, puesto que se entiende, generalmente, que su superior interés se protege reservando este ámbito a sus progenitores. El Estado tiene, entonces, un espacio residual de intervención en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, en alguna de las siguientes situaciones:

a) El Estado intervendrá a petición de los progenitores cuando éstos han sido capaces de alcanzar un acuerdo relativo al régimen de convivencia y relación con el menor tras la ruptura y dicho acuerdo se incorpora a un procedimiento judicial<sup>64</sup>. Las decisiones se han tomado, por lo tanto, en el ámbito de la unidad familiar – directamente, o con la mediación informal de terceras personas, o a través de una mediación extrajudicial- y se someten a aprobación judicial para tener efectos constitutivos del nuevo modelo de relaciones paterno-filiales acordado por los progenitores. En este caso, el papel de los poderes públicos es el de supervisar tales acuerdos y comprobar que no vulneran el superior interés del menor.

b) El Estado intervendrá a petición de los progenitores cuando éstos no han sido capaces de alcanzar un acuerdo en torno a algún aspecto puntual de la vida del menor<sup>65</sup>, o cuando, ante la ruptura

de la relación de pareja, no son capaces de decidir conjuntamente acerca del régimen de convivencia y relación con el menor<sup>66</sup>. En estos casos, las decisiones que adopte el órgano judicial en sustitución del acuerdo de los padres deberán estar guiadas igualmente por el principio del superior interés del menor. Se produce en estos supuestos una judicialización del conflicto familiar, como “vía alternativa” para la toma de las decisiones relativas a los hijos menores, decisiones que no han podido adoptarse en su ámbito natural.

En este último caso, cuando el nivel del conflicto existente ha hecho imposible que los padres alcancen un acuerdo y el conflicto se ha judicializado, la mediación intrajudicial se presenta como un instrumento útil para generar un contexto en el que, a través del impulso y la guía de la persona mediadora, los progenitores rehabiliten el cauce natural de la toma de decisiones relativas al cuidado y bienestar de los hijos: el acuerdo adoptado por ellos mismos que, se presupone, respetará el superior interés del menor de la manera más adecuada a las peculiares circunstancias de cada familia.

Al igual que en otros tipos de mediación – mercantil, comunitaria o intercultural, por ejemplo-, en la mediación familiar se destaca como valor añadido el de favorecer la

---

<sup>64</sup> En España, mediante los procedimientos de mutuo acuerdo de separación y divorcio, previstos también en el Libro IV de la LEC de 2000.

<sup>65</sup> En España, como ejemplo, mediante el expediente de jurisdicción voluntaria que puede incoarse ante la discrepancia de los padres sobre

---

el ejercicio de la patria potestad (Artículos 1811 a 1821 de la LEC de 1881).

<sup>66</sup> En España, a través de los procedimientos contenciosos sobre separación, divorcio y nulidad previstos en el Libro IV de la LEC de 2000.

reconstrucción y mantenimiento de unas buenas relaciones entre las partes en conflicto, lo que parece fundamental si se tienen hijos en común. Se pone el énfasis también en otras muchas ventajas de la mediación frente a la resolución judicial del conflicto<sup>67</sup>: acorta los tiempos de resolución judicial del conflicto, disminuyen los costes económicos, aumenta la autoestima de las partes, minimiza los efectos negativos de la separación sobre los hijos, favorece un mayor cumplimiento voluntario de lo acordado...Desde un punto de vista racional, el recurso a la mediación como vía de resolución del conflicto familiar aporta numerosas ventajas y, de hecho, se apela a ellas en la información que los juzgados suministran a las partes cuando se las invita o deriva a una mediación intrajudicial<sup>68</sup>. Los datos oficiales más fiables de que se dispone permiten constatar que, en España, ha ido aumentando progresivamente el número de juzgados que ofrecen mediación familiar intrajudicial, así como el número de mediaciones realizadas y el de las que culminan con acuerdo de las partes<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Una descripción exhaustiva de las bondades de la mediación familiar en MARTÍN-NÁJERA, M.T. (Coordinadora): “Protocolo de Mediación Familiar”, en *Guía para la implantación de la mediación intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013, pp. 43 a 46 y 64-65.

<sup>68</sup> Vid. el “Folleto divulgativo del Servicio de Mediación Intrajudicial”, así como el Documento 3 “Propuesta del contenido para incorporar en la resolución judicial convocando a las partes a la sesión informativa de mediación”, en MARTÍN-NÁJERA, M.T (Coord.), op. cit., pp. 74 y 80, respectivamente.

<sup>69</sup> Si bien, en el año 2012, se produjo una disminución en derivaciones a mediación en los asuntos de familia que se atribuye a la crisis económica y a la menor dotación presupuestaria destinada a los Equipos de Mediación: *Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial*,

El paulatino avance de la mediación familiar intrajudicial en España obedece también a la apuesta pública por esta vía de resolución del conflicto, pero, en mi opinión, debe ponerse en relación, igualmente, con el avance del ordenamiento jurídico en materia de relaciones paterno-filiales y con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, correctora de una aplicación de las normas extremadamente conservadora por parte de los órganos jurisdiccionales<sup>70</sup>. La regulación en España de la custodia compartida ha abierto, entiendo, un nuevo escenario para la mediación familiar. Si las normas aplicables a la resolución del conflicto ya no favorecen expresamente a la madre como progenitora custodia y, al mismo tiempo, los órganos judiciales interpretan y aplican las normas como el Tribunal Supremo ha establecido -es decir, sin considerar la custodia compartida como una modalidad excepcional, sino como la mejor manera de proteger el superior de los hijos, salvo que se acredite lo contrario-, el contexto para la resolución judicial del conflicto cambia: la madre ya no puede ser considerada -de forma casi automática- la única progenitora custodia, de modo que, aunque se oponga a la custodia compartida

---

2013: *Actividad del Consejo enmarcada en Vocalías Delegadas: Vocalía Delegada para la Coordinación e Impulso del Proyecto de Mediación*.

<sup>70</sup> Al respecto pueden consultarse BARRERO ORTEGA, A.; “¿A quién quieres más? (Interés del menor y custodia compartida)”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Madrid, Número 39, 2013, pp. 74 a 77, y RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S.: “La atribución de la guarda y custodia compartida en los procesos de familia en España”, en AAVV: *Memoria del III Coloquio Internacional de Investigación en Derecho*, Marcial Pons, México, 2014 (En Prensa).

solicitada por el padre, si esta modalidad resulta ser la más conveniente para los hijos, será la que se decida judicialmente.

En un contexto en el que el resultado del litigio tiene muchas posibilidades de favorecer a una de las partes existen pocas razones para que esta parte – potencialmente vencedora- se sienta a negociar<sup>71</sup>. Por el contrario, en un contexto en el que disminuyen las posibilidades de que la resolución judicial del conflicto resulte favorable a una de las partes y es altamente probable que, ante el desacuerdo de los padres, el órgano judicial decida sobre los detalles que determinarán las relaciones paterno-filiales (el ritmo de alternancia, los detalles del intercambio de los hijos, el uso del domicilio por periodos alternos, etc.), existen muchas razones para que ambas partes prefieran acordar qué pautas regirán sus vidas y sus relaciones con sus hijos en el futuro. En resumen, cuanto mayor es el nivel de certeza acerca de un resultado judicial favorable a los intereses de una de las partes en conflicto, resulta menor el interés de esta parte por someter el conflicto a mediación.

Este esquema de razonamiento resulta trasladable a la mediación en S.I.M. Por un lado, todas las bondades propias de la mediación familiar existen igualmente en la mediación en S.I.M., e, incluso, dada la extrema complejidad del conflicto que subyace a una sustracción, podría decirse que las ventajas de la mediación tienen una especial fuerza en este ámbito. Promoverla apelando a sus muchas ventajas, frente a los inconvenientes propios de la decisión judicial del conflicto, resulta razonable. Pero, al

---

<sup>71</sup> FISHER, R. y URY, W.: *Getting to yes (Negotiation an agreement without giving it)*, Random House Business Books, pp. 85 y 86.

mismo tiempo, su potencial como vía de resolución de las sustracciones sólo podrá desarrollarse plenamente si los mecanismos judiciales previstos por las normas supranacionales y comunitarias resultan eficaces. Si el contexto de resolución judicial de la S.I.M. se identifica con la emisión de resoluciones dispares en similares circunstancias, la aplicación extensiva de las excepciones que permiten denegar el retorno, la interpretación dispar de los elementos que determinan la ilicitud de un desplazamiento y la escasa eficacia en el cumplimiento forzoso de las órdenes de restitución emitidas en contra de la voluntad del sustractor, las personas sustractoras optarán mayoritariamente por oponerse y formular alegaciones en vía judicial y, si la restitución finalmente se ordena, frustrar con relativa facilidad el cumplimiento de la orden de restitución u obstaculizarlo al máximo. En definitiva, la apuesta por la mediación como vía de resolución de la S.I.M. exige un correlativo impulso en el refuerzo de los mecanismos judiciales previstos en las normas.

Otra cuestión relevante a la hora de analizar el contexto normativo y judicial en el que la mediación en S.I.M debe desarrollarse es la relativa a la tipificación penal de la conducta sustractora. Son muchos los ordenamientos jurídicos que contemplan en sus códigos penales el delito de sustracción de menores<sup>72</sup>, entre ellos España<sup>73</sup>. La tipificación del delito

---

<sup>72</sup>Pueden consultarse las situaciones de los diferentes Estados partes del CH'80 en relación con la tipificación penal en: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions\\_publications&dtid=42&cid=24](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions_publications&dtid=42&cid=24)

<sup>73</sup> Artículo 225 Bis del Código Penal, introducido por L.O. 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la L.O. 10/1995,

de sustracción de menores está orientada a proteger los intereses de los menores<sup>74</sup> a través del fin propio de las normas penales: la prevención<sup>75</sup>. Sin embargo, la eficacia preventiva del delito de sustracción de menores parece mínima y, en el caso de España, creo que no es exagerado afirmar que ha sido prácticamente nula si se tienen en cuenta los datos estadísticos que evidencian un aumento constante de las sustracciones llevadas a cabo desde nuestro país pese a la vigencia de la norma penal. En general, existe cierto consenso acerca del obstáculo que supone para la efectiva restitución de los menores la existencia de procesos penales iniciados contra el sustractor en el Estado de origen<sup>76</sup>.

---

de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (B.O.E. 11 diciembre) . Al respecto puede consultarse TORRES FERNÁNDEZ, M.E.; “Los nuevos delitos de secuestro parental e inducción de hijos menores al incumplimiento del régimen de custodia”, en Diario La Ley, nº 5857, Sección Doctrina, 25 Sep. 2003, Año XXIV, ref. D-210, Madrid, La Ley. En nuestro país, el delito de sustracción de menores sólo se comete cuando la sustracción la lleva a cabo el progenitor no custodio.

<sup>74</sup> Así se declara expresamente, por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre.

<sup>75</sup> Consúltese FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal)*, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>76</sup> Según se indica en la *Guía de Buenas Prácticas: Mediación*, HCCH, las respuestas al Cuestionario de 2006 mostraron que, en general, se considera que los procesos penales tienen un efecto negativo sobre los procedimientos de restitución: véase Pregunta Nº 19 del ‘Cuestionario sobre el funcionamiento práctico del *Convenio de la Haya de 28 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* (que incluía preguntas acerca de la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la*

Por lo que se refiere a su incidencia en la mediación, si se han iniciado actuaciones penales en el Estado de origen por el hecho de la sustracción, el proceso de mediación no debería abordarse únicamente desde la perspectiva de la resolución del conflicto familiar, sino que exige incorporar los aspectos penales, que forman parte del conjunto de las circunstancias a las que deberá atenderse para alcanzar un acuerdo sobre la situación del menor. Si el sustractor finalmente se aviene a la restitución del niño, ello debería tener incidencia en el proceso penal, como reparación del daño, con las consecuencias correspondientes a efectos de suspensión o atenuación de la pena, atendiendo, claro, a la legislación penal del Estado de origen<sup>77</sup>. En todo

---

*Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución, y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños*), redactado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. Nº 1 de abril de 2006 a la atención de la Quinta Reunión de la Comisión Especial de octubre/noviembre de 2006, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; véase, asimismo, “Informe sobre la Quinta Reunión de la Comisión Especial para la revisión del funcionamiento del *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y la implementación práctica del *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños* (30 de octubre – 9 de noviembre de 2006)”, redactado por la Oficina Permanente, marzo de 2007, p. 56; ambos documentos se encuentran disponibles en [www.hcch.net](http://www.hcch.net), Sección “Sustracción de Niños”.

<sup>77</sup> El Artículo 225 bis del Código Penal español prevé, en su número 4, exención de la pena si el sustractor formula dentro de las 24 hrs. siguientes a la sustracción un compromiso de devolución del menor. Igualmente, se prevé una reducción de la pena si el compromiso de devolución se formula dentro de los 15 días siguientes a la sustracción.

caso, desde la perspectiva del superior interés del menor, resulta forzado aceptar que se desarrolle un procedimiento de mediación en torno a la resolución de la situación del niño sustraído y en pro de su superior interés y, al mismo tiempo, se establezcan medidas penales que pueden llegar a desembocar en una pena privativa de libertad para la persona sustractora que, en muchos casos, es el cuidador principal del menor. Por lo demás, desde una perspectiva práctica, la existencia de una imputación penal en el Estado de origen dificulta en extremo las posibilidades de alcanzar un acuerdo que implique la restitución del menor, puesto que si el sustractor acompaña al menor en el retorno se arriesga a ser detenido y encausado, por lo que, normalmente, se negará a que el menor regrese al Estado de origen, ya que no puede acompañarlo. Cuestión distinta es que, pese a ello, se emita una orden judicial de restitución, pero es evidente que el acuerdo que implique un retorno será muy complicado en estas circunstancias y, generalmente, poco beneficioso para el menor si conlleva la necesaria separación forzosa del niño y su cuidador primordial.

En los Estados en los que en el ejercicio de la acción penal rige el principio de oportunidad y cabe, por lo tanto, retirar la acusación o suspender las actuaciones condicionadamente<sup>78</sup>, las disfunciones derivadas de la existencia del delito de sustracción pueden minimizarse e, incluso, introducirse en el proceso de mediación las cuestiones relativas a la retirada de la acusación si se alcanza un acuerdo de

restitución<sup>79</sup>. Pero en aquellos otros Estados en los que la continuación de las actuaciones penales no depende de la voluntad de la parte ni del Ministerio Público correspondiente, el delito de sustracción se convierte en un obstáculo prácticamente insalvable para la consecución de acuerdos de restitución.

---

<sup>78</sup> Sobre las manifestaciones del principio de oportunidad en Reino Unido, puede consultarse CUADRADO SALINAS, C.: *La investigación en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010.

---

<sup>79</sup> Vid. *Guía de Buenas Prácticas: Ejecución*, HCCH, cuando se refiere a “la cooperación con las autoridades del Estado requirente a fin de lograr que se retire cualquier orden judicial penal dictada respecto del progenitor sustractor”, p. 29, y *Guía de Buenas Prácticas: Mediación*, HCCH, págs. 36 a 38.

### **III. CONCLUSIONES**

El número de sustracciones internacionales de menores crece año tras año. La mayor movilidad de los ciudadanos y la generación de espacios globales contribuyen al incremento de sustracciones y no parece que las normas penales que tipifican la conducta del sustractor resulten eficaces en la prevención del fenómeno.

El éxito de las normas supranacionales y comunitarias que regulan la S.I.M, especialmente el CHHC'80 y Reglamento Bruselas II Bis, reside en haber habilitado un cauce común a todos los Estados en los que se aplican. A partir de este cauce único, con las peculiaridades propias de cada ordenamiento interno, se garantiza un funcionamiento similar y reconocible para resolver los supuestos de sustracción: a) las AACC como receptoras de las solicitudes de restitución; b) la remisión de las solicitudes a los órganos jurisdiccionales de los Estados de desplazamiento; c) la aplicación por éstos de las mismas normas sustantivas para resolver la solicitudes, y d) la conservación de la competencia de los órganos judiciales del Estado de origen para decidir sobre las relaciones paterno-filiales.

Sin embargo, se está todavía lejos de una aplicación que garantice resoluciones similares ante situaciones parecidas. Con tendencias mayoritarias en algunos aspectos, las cuestiones centrales de la normativa siguen siendo controvertidas y su interpretación y aplicación difieren de un Estado a otro y, dentro de un mismo Estado, en

función del órgano judicial que resuelva. La disparidad de criterios se manifiesta en la calificación del desplazamiento como ilícito, al valorar las circunstancias que determinan el cumplimiento de las condiciones necesarias para que exista ilicitud y, si se ha declarado la ilicitud, en la apreciación de circunstancias que merezcan denegar la restitución sobre la base, especialmente, de los Artículos 12 y 13 CH'80.

La entrada de la mediación como modelo de resolución de este tipo de conflictos encaja perfectamente en un ámbito en el que el superior interés del menor se configura como el principio básico. Aceptando que los progenitores del menor son quienes se encuentran – generalmente- en mejor posición para decidir qué situación se compadece mejor con el interés del niño, el recurso a la mediación para resolver la S.I.M. favorece que la mejor resolución del conflicto sea decidida por los padres.

Para que las partes del conflicto derivado de una S.I.M. decidan resolverlo a través de un proceso de mediación, en especial, para que la persona sustractora encuentre razones para acudir a mediación, es necesario que los modelos de resolución judicial del conflicto funcionen adecuadamente, de modo que se genere un contexto en el que exista un alto nivel de certeza acerca de que la decisión judicial ordenará la restitución y, una vez ordenada, que ante la falta de cumplimiento voluntario se ejecutará forzosamente de manera eficaz. El alto nivel de certeza requerido exige reforzar los compromisos de los Estados en

torno a una aplicación uniforme de los criterios que determinan la calificación del desplazamiento, por un lado, y, por otro, acerca de una interpretación restrictiva de las excepciones que permiten denegar el retorno.

El ámbito internacional de aplicación del CH'80 resulta especialmente complicado a la hora de alcanzar acuerdos en torno a herramientas auxiliares que marquen estándares rigurosos y guíen al órgano judicial en la valoración de las circunstancias concurrentes. Sin renunciar a ello, en todo caso queda abierta la vía de los trabajos bilaterales entre los Estados que mantengan entre sí flujos especialmente intensos de sustracciones.

El ámbito comunitario parece mucho más adecuado para dar pasos con los que se avance hacia una aplicación más uniforme de las normas aplicables en S.I.M. Los estándares similares de protección legal y social en los diferentes Estados miembros permite establecer con más facilidad listas de verificación que guíen al órgano judicial en la aplicación de las excepciones que permiten denegar la restitución. Si se generan mecanismos de este tipo en el marco de la UE, y resultan efectivos, podrían sugerirse y ser aceptados en el más amplio marco internacional.

El refuerzo de la aplicación uniforme de las normas sobre S.I.M. contribuirá no sólo a mejorar el carácter preventivo de las normas y su eficacia resolutoria, sino también a generar un contexto en el que las partes implicadas en una S.I.M. encontrarán razones para preferir decidir por sí mismas las condiciones más adecuadas de resolución del conflicto, mediante la guía de las personas mediadoras especializadas en la materia.

Por último, se concluye que los procesos penales abiertos contra el sustractor en el Estado de origen complican sobremedida las posibilidades de recurrir a la mediación como vía para alcanzar un acuerdo que implique la restitución del niño.

# COMO IMPLANTAR UN SERVICIO DE MEDIACIÓN EN LA PRÁCTICA

SUSANA GARCÍA CALLE

*Mediadora, Especialista en Mediación Familiar, Civil y Mercantil.*

*Trabajadora Social.*

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

**SUMARIO:**- Fundamentación del Servicio, -Aspectos importantes a desarrollar en el proyecto, -Usuarios a los que se dirige el Servicio, - Objetivos del Servicio, - Aspectos diferenciadores del Servicio, -Política de comunicación del Servicio, - Derivantes de usuarios, - Acceso y Utilización del Servicio de Mediación, - Estrategia de precios, - Evaluación.

**RESUMEN:** Tras la elaboración del proyecto de implantación de un Servicio de Mediación en diferentes ámbitos, para el Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de Valencia (CODTSV), en este artículo quiero exponer los aspectos más relevantes que son necesarios para poner en marcha un Servicio de estas características a partir del trabajo que he desarrollado.

**ABSTRACT:** After the production of the project of implementation of a Service of Mediation in different areas, for the Official College of Social Workers of Valencia (CODTSV), in this article I would like to show the most relevant aspects that are necessary to start a Service of these characteristics according to the work that I have developed.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación, Implantación, (CODTSV), Proyecto, Servicio.

**KEYWORDS:** Mediation, implementation, (CODTSV), Project, Service.

Es imprescindible para la implantación de un Servicio de Mediación en cualquiera de sus ámbitos, ya sea público o privado, señalar diferentes aspectos; por un lado que la persona o personas creadoras del proyecto de implantación tengan clara su fundamentación, siendo conscientes de los motivos que les llevan a crear dicho Servicio podrán decidir hasta donde quieren llegar, que riesgos afrontar, ser conscientes de cuando logran los objetivos propuestos y cuando se desvían para volver a reconducirlos, hacer una selección de los apartados más significativos que se quieren hacer constar en el proyecto, defenderlos y hacerlos llegar y comprender con entusiasmo a los que nos rodean, y sobre todo, a la ciudadanía. Por otro lado, hay que tener presente las habilidades personales y profesionales de la persona o personas creadoras del Servicio, porque de lo que se trata es de aunar esfuerzos y que cada uno haga lo que mejor sabe hacer optimizando los recursos.

A continuación expongo los motivos de la creación del Servicio de Mediación del Colegio Oficial de Trabajadores Sociales de Valencia (CODTSV):

El Servicio de Mediación postula una intervención que integra el enfoque de las relaciones humanas, el cual señala que la presencia del

conflicto es inevitable en el marco de dichas relaciones, ya que, deriva de los procesos naturales de interacción.

Dada esta situación, lo que corresponde es buscar las formas de manejarlo de la mejor manera, para resolverlo en forma constructiva, de modo que no solo se controle su potencial perjudicial, sino que además se obtengan beneficios en términos de mejorar la calidad de los vínculos<sup>1</sup>; aquí es donde entra en juego la mediación como una nueva vía de resolución de conflictos. Frente a una situación de conflicto existen diversas actitudes para afrontarlo, una de ellas es la **cooperación (ganar/ganar)** que es, una de las características principales de la mediación.

Además desde las instituciones gubernamentales ya no se puede dar respuesta a todas las problemáticas de la población, esta va incorporando nuevas necesidades de bienestar a las que aún están pendientes de resolver, sobretodo en un horizonte de contención del gasto. La mediación busca que los ciudadanos no recurran al juez cuando tienen un problema y fomenta que sean lo suficiente flexibles para reconocer las razones del otro y

---

<sup>1</sup> [www.buenaspracticasenprevencion.org](http://www.buenaspracticasenprevencion.org): “Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile” Marco teórico: Fundamentos conceptuales o enfoque para explicar el problema e intervenir, p.12.

que participen activamente en la búsqueda de soluciones.

La mediación, como sistema de gestión de conflictos, permite que los costes se minimicen, gracias a que todos los implicados colaboran en la solución; la Institución entonces se convierte en una proveedora del proceso, pero no en la responsable de buscar acuerdos y de solucionar diferencias.

La cultura de la mediación tiene unos valores propios de compromiso ciudadano, de fomento de la igualdad, de respeto, de implicación, de participación ciudadana y de ejercicio activo de la democracia.

En su aplicación ciudadana, la mediación se puede introducir en los municipios como herramienta para los políticos y técnicos para que transmitan los valores propios de la cultura de la mediación, como un espacio de prestación de un servicio municipal que abra sus puertas al ciudadano que tiene un conflicto, o como formación para los ciudadanos desde espacios municipales.

La mediación municipal necesita la colaboración de todos los agentes que tratan con el conflicto de forma directa e indirecta y el apoyo de la estructura municipal.

Impulsar la mediación significa apostar por el diálogo y por la

diferencia<sup>2</sup>; la mediación debe ser un nuevo servicio público que ha de fortalecer el abanico de recursos públicos de que disponen los ciudadanos. Debe ser un servicio universal y con el beneficio de gratuidad para los ciudadanos que lo necesiten, la universalidad y la gratuidad garantizan el acceso, y el acceso a la mediación es una condición de la ciudadanía, no un privilegio en función del origen.

La mediación es una nueva profesión autónoma, independiente, con formación académica y sometida a principios éticos y deontológicos.<sup>3</sup>

La mediación se fundamenta esencialmente en la búsqueda de un equilibrio que se puede construir fuera del derecho (legitimidad), y liberarse así, de una noción genérica de equidad y tener un contenido más instrumental en relación con los valores y los intereses de las personas en conflicto. Esto significa que al carácter universal

---

<sup>2</sup> Puntos, Salvador; Munné, Maria y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: "Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación" (2005):Resumen Ejecutivo, El Motivo pp.9-10.

<sup>3</sup> Puntos, Salvador; Munné, Maria y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: "Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación" (2005):Resumen Ejecutivo, El Servicio pp.10-11.

y estatal de la justicia, la mediación propone los principios de acción particulares y societarios.

La mediación se inscribe pues, en una relación horizontal, de relación entre la ciudadanía, en la que la solución se construye de forma autónoma, mientras que la justicia sacraliza las relaciones verticales de poder entre la autoridad judicial y los sujetos que son las definidas en los textos normativos. Si la justicia se hace, la mediación se toma, los ciudadanos se apropián de ella.<sup>4</sup>

La persona promotora del proyecto debe definir el Servicio de mediación que quiere crear y a partir de ahí diseñar un esquema con los aspectos importantes que se quieren incluir y desarrollar en el proyecto, que serán el punto de partida y la línea a seguir.

Para diseñar el proyecto debemos saber con certeza donde se va a ubicar el Servicio y cuál será su ratio de actuación, los ámbitos de la mediación en los que se va a trabajar y sus correspondientes tipos de conflictos, y

las áreas en las que va a actuar el Servicio.

En el caso del CODTSV su sede está en la ciudad de Valencia y su ámbito geográfico de actuación es la provincia de Valencia, y se pretende trabajar en los siguientes ámbitos:

Mediación Familiar  
Mediación Hipotecaria  
Mediación Comunitaria  
Mediación Penal  
Mediación Escolar  
Mediación Penitenciaria  
Mediación Sanitaria  
Mediación Política  
Mediación Laboral  
Mediación Intragrupos  
Mediación en la Empresa  
familiar políticos  
Mediación Intercultural  
Mediación Administración  
Mediación Emergencias y  
Catástrofes pública  
Mediación Civil y Mercantil

Y actuar en estas áreas<sup>5</sup>:

-INTERVENCIÓN: atención de individuos o grupos que presentan o están en riesgo de presentar

---

<sup>4</sup> Puntos, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: “Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación” (2005): Parte I. La mediación comunitaria: Elementos Conceptuales: 1. ¿Qué puede aportar la mediación comunitaria a la ciudadanía? P.15

---

<sup>5</sup> [www.solomediacion20.com](http://www.solomediacion20.com): “Diseño de un Servicio de mediación familiar”: 2. Definición del Servicio: debemos delimitar nuestro proyecto según diferentes variables.

problemas de índole social<sup>6</sup>, familiar, laboral, etc. Consiste en otorgar un servicio al que puedan acudir los ciudadanos, entidades, organismos, empresas, asociaciones, etc. que estén viviendo situaciones de conflicto y que deseen abordar las desavenencias por medio de una vía alternativa a la judicial. Esto se considera como una instancia preventiva, ya que es anterior a la posibilidad de judicializar el caso, en este sentido se promueve una salida alternativa como un intento de recomponer las relaciones entre los involucrados, considerando que las estrategias adversariales no necesariamente fomentan la reconstrucción del vínculo en la medida que una de las partes gana y la otra pierde.<sup>7</sup>

-PREVENCIÓN: actuación precoz sobre las causas que generan problemáticas individuales y colectivas, derivadas de las relaciones humanas y del entorno social<sup>8</sup>; así como difundir y sensibilizar a la ciudadanía en

relación a la resolución pacífica de las disensiones, a través de capacitaciones relacionadas con la mediación y las ventajas de esta, con el objeto de que puedan conocer los beneficios y alternativas que existen para abordar pacíficamente los conflictos.<sup>9</sup>

-COORDINACIÓN: determinar mediante la metodología adecuada, las actuaciones de un grupo de profesionales.<sup>10</sup> Se pretende incorporar a ciertos agentes institucionales y a los derivantes de casos, a un trabajo interdisciplinario y colaborativo que permita avanzar en la mejoría de la calidad de la intervención, por medio de un trabajo en conjunto de manera integral y transversal, teniendo en consideración la particularidad de cada organismo y la competencia en las distintas temáticas a intervenir.<sup>11</sup>

-INVESTIGACIÓN: proceso metodológico de descubrir, describir,

---

<sup>6,8,10,12,13</sup> "Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Diplomados en Trabajo Social y AA.SS"; Sección Cuarta: Funciones profesionales y ámbitos de actuación profesional, art.19

<sup>7</sup> [www.buenaspracticasenprevencion.org](http://www.buenaspracticasenprevencion.org): "Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile": Metodología: Componentes y Actividades: 1. Intervención de caso.

---

<sup>9</sup> [www.buenaspracticasenprevencion.org](http://www.buenaspracticasenprevencion.org): "Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile": Metodología: Componentes y Actividades: 3. Promoción de acciones preventivas del conflicto vecinal.

<sup>11</sup> [www.buenaspracticasenprevencion.org](http://www.buenaspracticasenprevencion.org): "Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile": Metodología: Componentes y Actividades: 4. Fortalecimiento del trabajo en redes.

interpretar, explicar y valorar una realidad concreta.<sup>12</sup>

- FORMACIÓN: cumplir con el objetivo de impartir enseñanzas teóricas y prácticas de mediación.<sup>13</sup>

Es necesario especificar a qué tipo de usuarios se dirige el Servicio que se quiere implantar, por ello a continuación explico los motivos que pueden tener los usuarios a los que va dirigido el Servicio de Mediación del CODTSV para acudir a él, así como lo que el Servicio propone a los usuarios para que les sea interesante y de utilidad:

En nuestra cultura el sistema judicial es visto y aceptado como el único válido y viable para resolver los conflictos, dejando al margen el resto de mecanismos, aunque en la mayoría de los casos sus sentencias no dejan satisfechas a ninguna de las partes; cuando las personas tenemos conflictos con otras, tendemos siempre a denunciar o demandar sin plantearnos que pueden existir otras formas más sencillas y rápidas igual de viables. Lo ideal sería acudir primero a un procedimiento extrajudicial como la mediación y si no se resuelve, acudir entonces a la vía judicial, pero generalmente se realiza al revés y si se realiza. A colación de esto hay que decir, que dentro del proceso judicial,

el juez puede mandar a mediación los casos que considere oportunos, también los abogados pueden aconsejar a sus clientes el proceso de mediación o ser las propias partes las que lo soliciten; esto se realiza ya cada vez en más juzgados, y la experiencia está dando resultados muy positivos. Normalmente las características de los usuarios que acuden a mediación son:

- Personas que han agotado las posibilidades de resolver los conflictos por sí mismos o que la situación de violencia e incomunicación es tan grave que impiden que puedan hacerlo.
- Cuando han fracasado otros medios alternativos.
- Cuando el conflicto está muy enconado.

El Servicio de Mediación del CODTSV propone:

1. Trabajar en diferentes ámbitos de la mediación (hipotecaria, comunitaria, familiar, intercultural, etc..) con la finalidad de construir una ciudadanía plural, prevenir conflictos más agudos y/o graves, el reconocimiento del otro, el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la búsqueda de estrategias alternativas para la resolución de conflictos, la participación comunitaria y en este sentido, la profundización democrática, así como la adecuación de objetivos y metodologías en la actuación de los profesionales de los municipios.<sup>14</sup>

2. Difundir la cultura de la mediación entre la ciudadanía, y esto supone:

- Fomentar la convivencia cívica de los ciudadanos, haciéndoles partícipes y corresponsables de la gestión de sus diferencias.

- Incrementar la participación de los/las ciudadanos/as, lo que reducirá la apatía y el desencanto.

- Incrementar la aceptación de la diferencia de percepciones y opiniones,

fomentando la igualdad y el respeto hacia el otro.

- Mejorar el diálogo entre las personas y/o colectivos; se aceptará que el conflicto tiene una vertiente positiva<sup>15</sup>.

- Apropiarse del conflicto y de su resolución bajo un marco de seguridad institucional.

- Dar respuesta a los conflictos que afectan el día a día y que hasta el momento no habían encontrado un espacio de resolución. La sola voluntad de todos los participantes en el conflicto basta para iniciar el proceso y asistir el problema<sup>16</sup>.

3. Crear un espacio para resolver conflictos y evitar así, que estos, se conviertan en enfrentamientos violentos y destructivos de las partes,

---

<sup>15</sup> Puntes, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: “Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación” (2005): 2.1 Dos perspectivas básicas: Instancia de mediación, p18.

<sup>16</sup> Puntes, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: “Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación” (2005): Parte II. Implantación de la mediación comunitaria en los municipios: Propuestas de actuación: 1. Los porqués de un Servicio de Mediación, p30.

---

<sup>14</sup>[www.cursomediacioncomunitaria.blogspot.com.es](http://www.cursomediacioncomunitaria.blogspot.com.es): “El Servicio de Mediación Comunitaria de la provincia de Barcelona gestionado por Desenvolupament Comunitaria”.

ya sean ciudadanos o la misma administración; crear un servicio profesional que ponga al alcance de los ciudadanos una herramienta que facilite el diálogo entre las partes y que ayude a resolver situaciones problemáticas.<sup>17</sup>

Por todo lo relatado anteriormente, considero que los destinatarios de nuestro servicio estarán interesados en utilizarlo.

Otro de los aspectos importantes a concretar son los objetivos que se pretenden alcanzar con la implantación de un Servicio de Mediación, para ello, es de utilidad elaborar un calendario con los resultados que se quieren conseguir en un periodo de tiempo determinado, este calendario nos ayudará a marcarnos los pasos a seguir cuando pongamos en práctica el proyecto, los objetivos deben ser acordes a la situación actual y basados en la realidad.

Los objetivos que nos proponemos cumplir con el Servicio de Mediación del CODTSV son:

---

<sup>17</sup> Puntos, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: “Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación” (2005): 2.1 Dos perspectivas básicas: Acción de mediación p18.

- Mostrar y acercar la mediación a la sociedad como un proceso pacífico y efectivo para la gestión y resolución de conflictos, a través de vías extrajudiciales y de un modo dialogante.

- Proporcionar respuestas, orientación e información a las demandas de mediación para intervenir frente a un conflicto concreto.

- Fomentar la cultura de la cooperación frente a la competición.

- Dotar de herramientas a las partes implicadas en un conflicto, para llegar por sí mismas a una solución consensuada que normalice su relación<sup>18</sup>.

- Prevenir la violencia a través de la resolución pacífica de conflictos, en un sistema integrado de justicia social.

- Otorgar un espacio para la resolución pacífica y dialogada de los conflictos.

---

<sup>18</sup> “Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias” (2008). Ha sido desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH ): 4.3 Los tres agentes implicados: Objetivos específicos p.70

- Articular redes de coordinación y derivación con la participación de distintos actores e instituciones de la comunidad.

- Formar, capacitar y asesorar a profesionales, a alumnos y actores locales institucionales y comunitarios claves, para la resolución pacífica de conflictos<sup>19</sup>.

Un punto que considero que hay que resaltar son los aspectos de nuestro Servicio, ya que son los argumentos que diferencian nuestro Servicio de otros de las mismas características.

En el caso del Servicio de Mediación del CODTSV:

#### 1. Carácter innovador<sup>20</sup>:

---

<sup>19</sup> [www.buenaspracticasenprevención.org](http://www.buenaspracticasenprevención.org): “Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile”: Objetivos: objetivo general y objetivos específicos p.14.

<sup>20</sup> “Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias” (2008). Ha sido desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH): 3.2 Experiencias de mediación: 3.2.1 Servicio de mediación familiar del centro de apoyo a familias: Elementos innovadores y diferenciadores del servicio

- El servicio es innovador en sí mismo, porque no existe ningún servicio gratuito de mediación<sup>21</sup> para los ciudadanos con un acceso directo a un programa como este y que abarque tan diferentes ámbitos de la Mediación.

- Es innovador en cuanto ha contenido, debido a la recopilación amplia de material teórico sobre los diferentes ámbitos de actuación de la mediación; y a que es una experiencia pionera en Mediación en el CODTSV como herramienta útil y eficaz para la resolución de conflictos en diferentes ámbitos.

- Es innovador el hecho de que el servicio dispondrá de una red de coordinación y derivación con distintos profesionales, actores e instituciones de la comunidad.

Todos los casos con los que trabajaremos en el centro estarán informados de la colaboración en red, por lo tanto, de la posibilidad de ser derivados en caso necesario, por ejemplo, cuando se detecten menores en situación de riesgo o desamparo se contactara automáticamente con Servicios Sociales.

---

p.27; Complementariedad y mecanismos de coordinación p.29; 5.3 Conclusiones p.115.

<sup>21</sup> A través del convenio con el Ayuntamiento de Valencia si lo hubiera.

## 2. Profesionalidad y 5dM[1]SVs,

- Somos realistas, los profesionales del servicio no podemos ponernos metas imposibles ni plantearnos expectativas poco sensatas, porque se genera frustración y desmotivación.

- Para que el Servicio pueda evolucionar y adaptarse a las necesidades debemos introducir cambios y asumir riesgos controlados, por ello, no podemos quedarnos quietos, hay que indagar en nuevos métodos, poner en práctica ideas novedosas, formarse y ser inquietos para no caer en la autocomplacencia y creer que lo que es válido hoy lo va a ser mañana.

- El Servicio debe responder a las auténticas necesidades y demandas sociales y no a las modas ni a las oportunidades de crecimiento, de publicidad o de inversión.

- La complejidad de estas situaciones requiere el apoyo de las instituciones públicas y la coordinación con entidades privadas, solos no podemos resolver problemas con orígenes multifactoriales y donde entran en juego personas con diferentes intereses.

- Buscamos el máximo impacto positivo invirtiendo solo aquellos recursos que sean necesarios, de forma que nuestra gestión sea ética, sostenible y transparente, orientándolo en todo momento a los beneficiarios.

- Intervenimos desde la perspectiva biopsicosocial, de forma que permita la flexibilidad de avanzar en varios ámbitos de forma simultánea, donde se pueda retroceder y retomar aspectos ya trabajados y donde se avance cualitativamente.

- Depositamos el desarrollo y el crecimiento en el individuo, ya que este debe hacerse responsable de sus decisiones y comportamientos.

Para que el Servicio sea conocido por la ciudadanía, instituciones, organismos, asociaciones, etc. y pueda ser utilizado, hay que darlo a conocer de manera eficaz, y las estrategias para conseguirlo pueden ser las siguientes:

- Presentación a colegios, institutos, centros de salud, centros de

---

<sup>22</sup> “Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias” (2008). Ha sido desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH): 4.4 Descripción del Servicio, 4.4.1 Declaración de intenciones: principios filosóficos del convenio y el servicio p.71

día, etc. de la ciudad de Valencia para dar a conocer el funcionamiento del Servicio de Mediación, la labor del equipo de mediación, así como para recoger información acerca de la situación existente. Esta información viene acompañada de soportes documentales como folletos informativos, dípticos, carteles específicos del servicio, ofreciendo la posibilidad de poder contactar con el equipo de mediadores en aquellos casos en los que lo requieran.

- Reuniones con asociaciones de vecinos, juntas vecinales, mesas barriales y entidades que trabajan en la zona, en las que se intercambia información sobre la situación actual del barrio, de las familias, etc.

- Toma de contacto mediante una carta informativa en el portal de la comunidad de vecinos, en la que se explican las funciones del servicio, la carta se puede acompañar de un folleto o díptico informativo.

- Contacto con la población concentrada en espacios públicos presentando el Servicio y sus actividades, para conseguirlo se realiza un cartel de presentación en el que se ofrece la información del Servicio y la forma de contacto con el equipo, el cartel debe situarse en una zona visible y de tránsito de personas.

- Presentación directa a los posibles usuarios a través de charla

informal donde se expone la labor del equipo.

- Presentación de usuarios a través de los profesionales de referencia: servicios sociales, centros de salud, centros educativos, etc. que sean susceptibles de mediación<sup>23</sup>.

- Formación para profesionales tanto de las instituciones municipales como de cualquier ámbito, que van a ser los principales derivadores y receptores del servicio de mediación, para que la información sobre este fluya correctamente.

- Información y formación al ciudadano desde asociaciones, instituciones y entidades representativas de la comunidad a la que dan servicio, sobre esta nueva forma de solucionar sus conflictos<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> “Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias” (2008). Ha sido desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH): 4.4 Descripción del Servicio, 4.4.5 Objetivos y Metodología: A) Metodología en intervención directa pp.91-94.

<sup>24</sup> Puntos, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: “Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación” (2005): 4.3 Otras acciones p.53.

Otro aspecto importante a destacar del diseño del Servicio es la elaboración de un listado<sup>25</sup> de Centros, Servicios y/o profesionales que puedan colaborar en la derivación de usuarios a nuestro Servicio y viceversa:

1. Servicios sociales: se puede abocar el trabajo hacia los programas municipales:

- Juventud (asociaciones, oficina joven itinerante, centros de juventud).

- Familia, menor y adopciones (seafi, etc).

- Mayores (centros de día, residencias).

- Minorías étnicas (entidades multiculturales, centro de información y orientación al inmigrante, etc).

2. Servicios educativos y Centros de la comunidad educativa: detectores de problemas a nivel familiar, educativo, entre alumnos, entre profesores, entre profesores y alumnos, entre profesores y familiares.

3. Servicios de salud y consumo: (asociación de consumidores, oficina municipal de información y defensa del consumidor), centros sanitarios de

---

<sup>25</sup> Puntos, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: "Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación" (2005): 3.2 Relaciones con otros Servicios y circuitos de derivación p.45.

atención primaria: se puede focalizar la labor de difusión con los profesionales de estas áreas considerando que son espacios en los que las personas confían, especialmente a los Psicólogos y Trabajadores sociales, diferentes situaciones familiares<sup>26</sup>.

4. Seguridad ciudadana (Policía Local): establecer vínculos a partir de las capacitaciones a los funcionarios, para sensibilizarlos en la temática y poder fortalecer los vínculos para una estrategia conjunta<sup>27</sup>.

5. Oficinas de atención al ciudadano: donde las personas pueden encontrar información sobre la mediación y el servicio de mediación.

6. Juzgados: derivación de casos cuándo se considerara necesario.

7. Entidades y asociaciones públicas y privadas, mesas barriales (solidaridad), juntas vecinales, organizaciones sociales, federaciones, fundaciones y recursos institucionales: el trabajo colaborativo puede favorecer la capacitación en la resolución pacífica de los conflictos, promoción de la

---

<sup>26</sup> [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org): "Experiencia del centro de mediación familiar de la Florida" (2004), III encuentro de las Américas para la resolución pacífica de conflictos, Viña del Mar.

<sup>27</sup> [www.buenaspracticasenprevencion.org](http://www.buenaspracticasenprevencion.org): "Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile": Organización y Gestión, Prácticas asociativas p.26.

participación y la concreción de planes de convivencia barrial<sup>28</sup>. Su cercanía a la población hace que sea más fácil sensibilizar a las personas y son más fiables para la comunidad.

8. Trabajadoras/es sociales del ámbito público y privado: que detecten un conflicto en el seno de la familia de algún usuario, por ejemplo en residencias, centros de día, etc.

9. Gabinetes de abogados: su finalidad es, igual que en los casos del punto 8, la de difundir la vía de la mediación a los usuarios que llegan a sus servicios como una forma de abordar sus conflictos, captando o detectando situaciones posibles de derivar<sup>29</sup>.

10. Centros de Mediación que no traten ciertos ámbitos.

11. Empresas, en las que debido a su dinámica y el marco en el que se desarrolla, es fácil que surjan conflictos y desavenencias entre los empleados, empleados y empleadores, y entre los propios empresarios si coexisten más de uno.

---

<sup>28</sup> [www.buenaspracticasenprevencion.org](http://www.buenaspracticasenprevencion.org): “Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile”: Organización y Gestión, Prácticas asociativas p.26.

<sup>29</sup> [www.cejamericas.org](http://www.cejamericas.org): “Experiencia del centro de mediación familiar de la Florida” (2004), III encuentro de las Américas para la resolución pacífica de conflictos, Viña del Mar.

Para poder prestar el Servicio que se está creando, se debe establecer de forma clara la manera de acceder a él y el mecanismo de utilización del mismo, en el CODTSV se realiza de la siguiente manera:

**Acceso:** Las personas que acuden, conocen el servicio por diferentes vías, a través de los folletos que se distribuyen a lo largo del municipio, a través de los profesionales o servicios derivantes de usuarios<sup>30</sup>, a través de jornadas, charlas informativas realizadas en el CODTSV o por el boca a boca.

**Acogida:** En la sesión informativa, si acude una sola de las partes se le da la información con la idea de que lo transmita a la otra parte. Al terminar la sesión se le facilita un folleto informativo del servicio y/o tarjeta de contacto. Si la otra parte quiere acudir de forma individual para conocer el servicio, puede solicitar una cita. Puede ocurrir que decidan acudir los dos juntos. El objetivo de la primera cita es que a ambos les quede claro en qué consiste el servicio de mediación y la mediación. Se facilita un espacio y tiempo de preguntas, y se

---

<sup>30</sup> Desarrollado en el apartado Derivantes de Usuarios.

toma la decisión de iniciar o no el proceso<sup>31</sup>.

### **Proceso de Mediación:**

Actuaremos según lo desarrollado en el Título IV “Procedimiento de Mediación” de la Ley 5/2012 de 6 de Julio, de Mediación en asuntos Civiles y Mercantiles.

### **Como actuar en los casos de derivaciones de usuarios:**

#### **Derivaciones al servicio de mediación:**

El circuito establecido para recibir las derivaciones de los distintos servicios del municipio al servicio de mediación es el siguiente:

1. El profesional contacta con el servicio de mediación para evaluar la viabilidad de una mediación y definir conjuntamente la estrategia para la derivación.

2. El profesional informa al ciudadano y le facilita el contacto con el servicio de mediación.

3. El servicio de mediación informa al profesional que promueve la derivación de la llegada o no del ciudadano al servicio y de la existencia, que no del contenido del acuerdo para mediar.

4. El servicio de mediación informa al profesional que promueve la derivación del resultado de la mediación manteniendo la regla de la confidencialidad.

#### **Derivaciones desde el servicio de mediación:**

Para realizar las derivaciones desde el servicio de mediación a los restantes servicios del municipio:

El servicio de mediación contacta con el servicio municipal adecuado, bien para retornar la situación en el caso de que fuese ése el derivador, bien para solicitar una nueva intervención a partir de los hechos o informaciones detectadas en la mediación y no sometidas a la regla de confidencialidad<sup>32</sup>.

Otro aspecto importante a valorar en un proyecto de implantación de un Servicio de Mediación es comprobar el

---

<sup>31</sup>“Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias” (2008). Ha sido desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH): 3.2 Experiencias en Mediación, 3.2.1 Servicio de Mediación familiar del centro de apoyo a familias, Metodología: Aspectos generales p.25

---

<sup>32</sup> Punes, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: “Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación” (2005): 3.2 Relaciones con otros Servicios y circuitos de derivación p.46.

espacio físico con el qué se cuenta y cuál será la distribución del local que se habilite para tal fin.

También hay que elaborar una estimación de los recursos materiales y humanos que necesitamos y concretar los que ya tenemos, sin los cuales no se puede llevar a la práctica el proyecto; y en esta línea hay que tener claras las funciones que desempeñará el personal.

Otro aspecto a destacar de la creación de un Servicio de Mediación es concretar los precios de los Servicios que ofrecemos. Una forma tradicional de fijar el precio de un servicio es teniendo en cuenta tres elementos: lo que nos va a costar poner en marcha y mantener el servicio, el precio que los consumidores consideran razonable y los precios ofertados por la competencia.

Así qué, siguiendo este esquema tradicional, se intentará primero ver el coste que comporta disponer de la infraestructura, equipos, mobiliario, impuestos, honorarios del mediador, etc. Sus cálculos nos darán un coste para mantener y disponer de todo lo necesario para ofrecer un servicio de mediación, este precio se establece teniendo solo en cuenta el coste del servicio, pero como se ha especificado al inicio, el precio lo determina la sensibilidad al precio de los

consumidores y los posibles sustitutos ofrecidos por la competencia. Respecto a la sensibilidad al precio de los consumidores, la experiencia indica que los clientes aceptan como razonable pagar un precio por sesión de entre 60,00 y 80,00 euros. Y respecto a los posibles precios de los servicios sustitutos ofrecidos por la competencia se toma como referencia los honorarios profesionales de un abogado (recomendados por los colegios profesionales) y se puede ver que para un servicio de características similares al que aquí se plantea, están un poco por encima (120,00 euros) del precio fijado para la sesión de mediación<sup>33</sup>.

Se pone de manifiesto la conveniencia de proceder al abono de la mediación no por número de sesiones llevadas a cabo, sino por proceso realizado, a fin de evitar un posible abuso por parte de los mediadores en este sentido y una dilación indebida del proceso de mediación; a colación de lo dicho, según el Juez José Luis Utrera apuntó en una de sus conferencias “en el caso de cobrarse las mediaciones, el coste de estas sería entre 350 y 400 euros a dividir entre las dos partes”.

Si tenemos en cuenta que el proceso deberá ser lo más breve

---

<sup>33</sup> [www.solomediacion20.com](http://www.solomediacion20.com): “¿Qué precio debería tener una sesión de Mediación Familiar?”.

posible, concentrado en un mínimo número de sesiones, y el importe que los clientes aceptan como razonable pagar; es de recibo, el coste de la mediación que plantea el Juez José Luis Utrera. Puesto que hay que ofrecer un Servicio de calidad, hay que mantener dicho Servicio y hay que darle valor al trabajo del Mediador.

El CODTSV prestará gratuitamente todos los servicios de mediación y de asesoramiento social, a todos los ciudadanos y residentes de la ciudad de Valencia que lo soliciten a través del Ayuntamiento de Valencia, objeto del convenio entre ambos si lo hubiera. De entrada y para su instauración, la mediación debería ser gratuita para que los usuarios empiecen a confiar en este recurso<sup>34</sup>.

Una acción clave para decidir la continuidad del citado Servicio y las variaciones a introducir con respecto al modelo inicial, a partir del conocimiento real de la prestación y de la aceptación por parte de los usuarios, es la realización de una evaluación, por un lado de tipo cuantitativo y por otro cualitativo.

### **Evaluación Cuantitativa:**

---

<sup>34</sup> Nota de la autora: el esquema seguido para el desarrollo de los aspectos y puntos de este artículo excepto el punto Evaluación, ha sido recabado de la página web [www.solomediacion20.com](http://www.solomediacion20.com): "Diseño de un Servicio de Mediación Familiar".

Los instrumentos utilizados para esta evaluación, que permiten proporcionar una valoración objetiva de las actuaciones del Servicio y de los resultados obtenidos en un periodo de ejecución determinado, son los expuestos a continuación:

\* Podemos tener en cuenta:

1. El alcance de la difusión del proyecto.
2. El grado de interés mostrado por la ciudadanía en conocer o utilizar el servicio.
3. La realización de un cierto número de mediaciones.
4. El impacto sobre la organización municipal existente a través del cambio de actitudes y capacidades del personal municipal en la gestión de los conflictos asociados al lugar de trabajo.

\* Registro de actuación semanal:

- Casos entrados:

- nº de casos
- fuente de derivación
- tipo de conflicto
- persona/s atendida/s (sexo, edad, ocupación, nivel de estudios)
- tipo de intervención (sesión informativa, información y orientación, casos directos a mediación, derivación de casos al servicio (tipo de servicio que deriva))

\* Registro mensual de resultados acumulados en intervención directa con los usuarios:

- formación, etc...
- Asistentes a la actividad<sup>35</sup>.

- Casos mediados: - nº de casos
  - fuente de derivación
  - tipo de conflicto
  - persona/s atendida/s (sexo, edad, ocupación, nivel de estudios)
- nº de sesiones de mediación

- derivación posterior si procede (indicar servicio, recurso..)

- Resultado de la mediación:

- mediaciones sin *SigWa*
- mediaciones con *SigWa bSUS*<sup>^</sup>
- mediaciones con *SigWa fafS*<sup>^</sup>

- Seguimiento de los acuerdos:

- cumplimiento de los acuerdo a 6 meses y a 12 meses

\* Registro mensual de realización de actividades en el Servicio de Mediación:

- Nº de actividades realizadas.

- Indicar solicitante de la actividad (tipo de entidad) o si la promueve el propio servicio.

- Tipo de actividad:

- charla
- conferencia
- jornadas
- entrevista

\* Registro de actuación semanal: se incluyen datos relativos a las tareas de difusión del Servicio y fomento de la cultura de la mediación como: presentaciones del Servicio realizadas a diferentes instituciones, asociaciones, entidades, ciudadanos, etc. y número de visitas realizadas a cada uno.

\* Registro de las coordinaciones presenciales y telefónicas realizadas con diferentes derivantes, recursos, asociaciones o agrupaciones del tejido vecinal con las que se ha contactado, etc.

\* Registro de actuación en situaciones de crisis: se incluyen las intervenciones y demandas de mediación realizadas por el equipo ante situaciones puntuales de conflicto que pudiesen surgir en diferentes zonas del municipio de Valencia<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Puentes, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: "Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación"(2005): 4.1 Periodificación de las acciones p.51; 4.4 Evaluación del cumplimiento de los objetivos p.54-55.

<sup>36</sup> "Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias" (2008). Ha sido

\* Registro de actuación trimestral: se realiza un sumatorio de los registros de las actuaciones en el Servicio, que incluyen, las actuaciones semanales, las coordinaciones presenciales y telefónicas, las situaciones de crisis, la realización de actividades y los resultados acumulados en intervención directa.

### **Evaluación Cualitativa:**

Esta evaluación, que resulta complementaria a la cuantitativa, nos ofrece una valiosa información sobre el desarrollo del Servicio, contemplando aquellos aspectos más subjetivos generados a partir de la gestión de procesos del dispositivo. Debe apoyarse en técnicas y herramientas que consigan ponderar, en la medida de lo posible, aspectos difícilmente cuantificables a priori, como el grado de satisfacción, integración o bienestar.

Aspectos como los anteriormente citados, junto con los resultados obtenidos de la evaluación cuantitativa, nos ofrecen una visión más real de la calidad en el desarrollo

---

desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH): 4.6 Evaluación del Servicio, Evaluación cuantitativa p.105

del Servicio y el índice de éxito de los objetivos planteados.

Algunas de las herramientas y técnicas en las que nos podemos apoyar son:

- Análisis documental: se lleva a cabo un proceso de lectura, síntesis y elaboración de un conjunto de ideas que representan la información producida por el Servicio; esta información queda recogida en los documentos elaborados como medios de apoyo al Servicio de Mediación.

- Evaluación del grado de satisfacción de los dispositivos con los que se trabaja en red: a través de las reuniones periódicas de coordinación que se mantienen con diferentes recursos que intervienen; estas reuniones pueden realizarse mensualmente.

- Evaluación del grado de satisfacción por parte de la Administración local:

\* Informes de seguimiento informando de las actuaciones que se están llevando a cabo desde el Servicio de Mediación, estos informes se pueden enviar cada 6 o 12 meses; contempla la revisión de aspectos tales como metodología, perfil profesional, planificación de actividades, gestión presupuestaria, la acogida en el municipio, etc.

\* Coordinación telefónica: se mantiene coordinación telefónica entre el Servicio de Mediación y el recurso público derivante para informar y tomar decisiones sobre los diferentes procesos de mediación.

\* Reuniones de seguimiento periódicas: se mantienen también reuniones de seguimiento periódicas, pueden ser semestrales, en las que se evalúan las actuaciones que se han llevado a cabo por parte del Servicio. En cada una de estas coordinaciones, las partes implicadas realizan una valoración o exposición de su grado de satisfacción con respecto a las actuaciones llevadas a cabo por el equipo, así como los cambios que serían necesarios introducir.

- Evaluación del grado de satisfacción por parte de los usuarios: los datos necesarios para poder realizar una valoración, en este caso, se obtienen a través de entrevistas individualizadas con cada usuario de manera informal<sup>37</sup>; también los

---

<sup>37</sup>Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias” (2008). Ha sido desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH): 4.6 Evaluación del Servicio, Evaluación cualitativa pp.106-107

usuarios pueden responder a una encuesta de satisfacción que contiene una batería de preguntas orientada al conocimiento de algunas variables del proceso, como son la evaluación de la atención, la congruencia de las técnicas utilizadas con las características del caso, etc.

A través de esta evaluación se pone de manifiesto cual es la visión que los usuarios tienen del Servicio y proporciona información válida para futuras mejoras.

- Evaluación de las capacitaciones: corresponde a una encuesta, a modo de evaluación, que serán aplicadas a los usuarios que sean beneficiarios de charlas y/o capacitaciones en los distintos ámbitos de la mediación. Los objetivos de esta evaluación se relacionan con la posibilidad de mejorar procesos de capacitación y medir resultados de satisfacción de los beneficiarios en éste ámbito<sup>38</sup>.

- Valoración de la respuesta de la ciudadanía : esta valoración se lleva a cabo evaluando las demandas recibidas a lo largo de un período de ejecución determinado, que puede ser cada 6

---

<sup>38</sup> [www.buenaspracticasenprevencion.org](http://www.buenaspracticasenprevencion.org): “Centro de Mediación vecinal y comunitario, Chile”: Evaluación p.28.

meses y los resultados esperados para el mismo.

- Autoevaluaciones: tienen lugar en cada una de las reuniones de coordinación interna del equipo de mediadores del Servicio; en las mismas, se realiza un análisis de las intervenciones realizadas en la última semana en cada caso<sup>39</sup>.

- Supervisión Profesional:

Trabajo con los mediadores:

- Neutralidad ante el proceso e imparcialidad ante las partes.

- Papel de cada mediador en la sesión.

- Percepciones del o de los mediadores.

- Viabilidad como mediadores en este conflicto y continuidad.

Trabajo sobre el proceso:

- El tiempo de las sesiones.

- Técnicas a utilizar y utilizadas.

- Inicio y fin del proceso y de cada sesión.

- Necesidad de encuentros privados.

- Viabilidad al iniciar el proceso y al continuarlo.

Además de esta supervisión, sería interesante fomentar el conocimiento e intercambio de los mediadores, para prestarse apoyo mutuo y para enriquecer y perfeccionar el modelo de prestación de los servicios de mediación, aún de muy reciente implantación<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> “Manual de Buenas Prácticas en Mediación Comunitaria en el ámbito de las drogodependencias” (2008). Ha sido desarrollado en el marco de colaboración entre el Instituto de Adicciones de Madrid Salud, Unión de Asociaciones y Entidades de Atención al Drogodependiente (UNAD) y Asociación Proyecto Hogar (APH): 4.6 Evaluación del Servicio, Evaluación cualitativa p.107

---

<sup>40</sup> Puentes, Salvador; Munné, María y Centro para la Innovación Local de la Diputación de Barcelona: “Los Servicios de Mediación Comunitaria, propuestas de actuación” (2005): Parte II Implantación de la Mediación Comunitaria en los municipios. Propuestas de actuación, 3. Organización: 3.1 Equipo de mediadores: Supervisión técnica p.44.

# LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL CONTEXTO DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD O EXCLUSIÓN SOCIAL. PROPUESTA DE MODELO INCLUSIVO-INTEGRADOR

Teresa M<sup>a</sup> García Gómez

*Abogada y Mediadora*

*Coordinadora Servicio Jurídico y Mediación SSVPE*

---

Rocío López López

*Abogada y Mediadora*

*Coordinadora Servicio Jurídico y Mediación SSVPE*

Fecha de recepción: 30-03-2014

Fecha de aceptación: 12-04-2014

SUMARIO: 1. El origen y contexto. 2. Las personas: Mediadoras y Mediados. Especificidades. 3. Los fundamentos que sustentan nuestro actuar. 3.1 Que entendemos por integral. 3.2 Que entendemos por holístico. 3.2.1 Enfoque holístico-sistémico y comunicación. 3.3 Inclusión, justicia social y mediación familiar. 4. La labor mediadora. 4.1 Modelos de referencia. 4.2 En proceso de construcción: El Modelo Inclusivo-Integrador en Mediación Familiar. 5. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: El presente artículo aborda una experiencia de mediación familiar en un contexto concreto, el de las personas en situación de vulnerabilidad o exclusión social y pretende analizar las particularidades que se encuentran a la hora de afrontar la labor mediadora, así como las dificultades que existen y los beneficios que puede aportar. Asimismo realiza una propuesta de modelo de mediación familiar en este ámbito que está desarrollándose actualmente en el Servicio gratuito de Mediación para personas sin recursos de la Sociedad San Vicente de Paúl, el que hemos llamado modelo inclusivo integrador, recogiendo sus fundamentos, método y fines.

**ABSTRACT:** This article discusses a experience for family mediation in the specific context of persons in a situation of vulnerability or social exclusion, and hopes to analyze the intricacies found when confronting the task of mediation, such as the difficulties that exist and the positive outcomes that may result from it. Likewise, this article proposes a model of family mediation in this field that is currently being applied in the free Mediation Service for persons without financial means at the Sociedad de San Vicente de Paúl (Society of St. Vincent de Paul), which we have called “modelo inclusivo integrador” (“integrative inclusive model”), outlining its fundamental elements, methods and objectives.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación familiar, inclusión, exclusión, integración, dignidad, autonomía.

**KEYWORDS:** Family mediation, inclusion, exclusion, integration, dignity, autonomy

## **1. EL ORIGEN Y CONTEXTO**

En la Sociedad San Vicente de Paúl (SSVP), tanto en España como a nivel internacional, llevamos a cabo una intensa labor, a través de diferentes proyectos y obras sociales, de ayuda a las personas necesitadas: mayores, en paro, enfermas, sin hogar, inmigrantes, presos, familias en situación de riesgo o marginación, infancia y juventud.

En este contexto, nace, en el año 2003, el Servicio Jurídico gratuito para personas sin recursos SSVP. Desde entonces, nos venimos dedicando a la atención jurídica para personas sin recursos o en situación de desventaja social. Nuestro objetivo es contribuir,

a través de una orientación y asesoramiento jurídico conciliador y cercano, tanto al adecuado ejercicio de los derechos e intereses legítimos de la persona y protección de su dignidad, como a la igualdad y justicia social.

La mediación siempre ha sido fuente de inspiración y modelo a seguir en la actuación del Servicio Jurídico SSVP para personas sin recursos y es en el año 2013 cuando se constituye como una alternativa propia y autónoma, con la creación del Servicio Gratuito de Mediación Familiar para personas sin recursos SSVP. El objetivo que nos marcamos es el de

satisfacer una necesidad que viene siendo cada vez más acuciante en nuestra sociedad, en la que la incomunicación o la comunicación defectuosa deteriora las relaciones

imposibilitando que las personas afectadas por un conflicto puedan resolverlo de manera constructiva y autónoma.

## 2. LAS PERSONAS: MEDIADORAS Y MEDIADOS. ESPECIFICIDADES.

A lo largo de nuestro recorrido hemos tenido la oportunidad de conocer a muchas personas, de diferentes edades, nacionalidades y culturas que se nos presentan como extremadamente vulnerables o víctimas de la exclusión social. Decimos “víctimas” porque sufren en primera persona la imposibilidad de acceder a una vida digna, con oportunidades de desarrollo, de salud, de alimentación, de educación, de cultura. Así, la “pobreza” se constituye como “una forma de violencia institucionalizada e interiorizada”<sup>1</sup> con la que todos convivimos a diario, incluso “acostumbrándonos” a ella sin demasiados sobresaltos.

Acogemos, por su exactitud, el concepto de víctima de violencia que utiliza Raúl Nehama, psiquiatra y psicoterapeuta especialista en víctimas de la violencia:

*“Toda víctima es, por definición, un ser dañado. Ha sido herido y ha experimentado algún tipo de pérdida, física –como una pierna o como un hijo-, o intangible como la alegría, la paz interior o la confianza en el ser humano. Necesita algún tipo de restitución y no la encuentra. No está en paz consigo ni con el mundo. Se siente apaleado, y a menudo abusado y engañado”<sup>2</sup>.*

---

1 Martínez Román. (1997). Pobreza y exclusión social como formas de violencia estructural. La lucha contra la pobreza y la exclusión social es la lucha por la paz. Alternativas: cuadernos de trabajo social, ISSN 1133-0473, ISSN-e 1989-9971, nº 5, 1997, págs. 17-36. Departamento de Trabajo y Servicios Sociales. Universidad de Alicante.

Partiendo de este presupuesto y de nuestra experiencia en el Servicio de Mediación, nos encontramos con que las personas que llegan al mismo con la intención de resolver un

---

<sup>2</sup> Nehama Masri R. (2010). Víctimas del terrorismo: El tratamiento psicológico. Revista Por ellos, por todos, nº 7, pp.44-47

determinado conflicto, de muy diferente índole, se encuentran además con el añadido de una situación personal muy compleja, con dificultades que afectan no solo a su vida familiar sino también a su salud, física o psicológica, a su vida personal, laboral, económica y social. No es difícil comprender que es muy complejo abordar el proceso en estas condiciones y que por tanto ellos mismos deben realizar un esfuerzo añadido a la vez que el mediador debe estar especialmente dotado de una gran dosis de empatía y de vocación social, para conducir un proceso en el que cada una de las partes participantes se sienta en la mesa de mediación acompañada de su propia problemática que excede, por muy diferentes lados, el ámbito del conflicto que les trae a nosotros. Además, en muchos casos están enfadados “con el mundo” que es su enemigo en bloque por lo que el primer objetivo del mediador debe ser ganar su confianza.

No podemos olvidar que se trata de personas que, en su mayoría, no tienen acceso a los recursos para satisfacer sus necesidades más básicas, ven atacada constantemente su dignidad como personas, su libertad y su integridad, por eso, para nosotras, su atención y el trato que reciban debe ser cuidado en extremo. En ocasiones, la situación que padecen y las

circunstancias que les rodean no son las más adecuadas, a priori, para propiciar un clima de diálogo, de entendimiento, de cooperación y colaboración, requisitos imprescindibles para poder iniciar, desarrollar y concluir con éxito un proceso de mediación, más bien al contrario, las múltiples dificultades y sinsabores de su día a día viene a producir un efecto multiplicador de los conflictos.

Si en todo proceso de mediación las emociones son un factor importante a tener en cuenta, en el colectivo del que estamos hablando, existe un alto componente de malestar emocional, el miedo, la ira, la angustia, la tristeza, el estrés o la depresión hacen que la persona presente trastornos en su activación y generalmente se encuentre lejos de su nivel personal óptimo en el que, según la Ley de Yerkes Dodson<sup>3</sup>, se puede obtener el máximo rendimiento. Su percepción de la vida, de sus semejantes, de sus circunstancias, de su

---

3 La ley de Yerkes-Dodson explica la relación entre el rendimiento en las tareas y el nivel de activación a través de la teoría de la U invertida de manera que los niveles de activación extremos, tanto los altos como los bajos determinan los puntos más bajos de rendimiento

propia valía personal se ven seriamente dañadas.

Resulta en este primer momento extrapolable, la reflexión de Raúl Nehama al relatar su experiencia acerca del tratamiento psicológico de las víctimas del terrorismo:

*“Necesita pues, en primera instancia encontrar un lugar de acogida, un lugar donde ser escuchado y donde evacuar todos esos pensamientos y sentimientos que tantos problemas suponen en su trato con el mundo. El mero hecho de ser escuchado sin condiciones ni actitudes preconcebidas ya le supondrá un cierto alivio”.*<sup>4</sup>

Existen múltiples causas que abocan a la exclusión social, ese “terreno de nadie” del que hablan los sociólogos Javier Camacho Gutiérrez y Elías Trabada Crende considerando este fenómeno socioeconómico definido por:

- *” Constituir un proceso dinámico que puede atravesar por diferentes etapas o fases.*
- *Una significativa carencia de recursos que genera situaciones*

*de privación más o menos graves.*

- *Limitaciones más o menos severas en el grado de participación social y también en el acceso a los sistemas de recursos socioeconómicos (empleo, vivienda, Seguridad Social, salud, educación, etc.), lo que supone una privación del ejercicio efectivo de los derechos básicos.*
- *Crisis y deterioro de la identidad psicosocial de las personas afectadas.*
- *Pérdida y/o degradación de los lazos y vínculos socioculturales.*
- *Segregación más o menos intensa, cuando no la marginación, de los grupos estigmatizados por la «sociedad exclusógena».*
- *Todo ello, puede implicar un carácter persistente y dar lugar a un círculo vicioso que prolonga la situación de exclusión durante toda la vida de la persona u hogar afectado e*

---

<sup>4</sup> Nehama Masri R. (2010). Víctimas del terrorismo: El tratamiento psicológico. Por ellos, por todos, nº 7, pp.44-47

*incluso reproducirse de una generación a otra.*<sup>5</sup>

Cuando esta situación es persistente y continuada, nos encontramos con personas que, además de sufrir las inconveniencias que la carencia de recursos supone en su día a día, tienen que vivir en una sociedad que, generalmente, les margina y con serias dificultades para escapar de la situación. Dicha victimización tiene sus repercusiones psicológicas en cada uno de los afectados, que Raúl Nehama nos describe con extraordinaria precisión:

*“Si además de su desventura, se encuentra abandonado, segregado, silenciado o incluso culpado tendrá fácil el indignarse, sugestionarse, obsesionarse, llenarse de sentimientos negativos y, sobre todo, perder la confianza básica, esa condición mental que nos hace creer que vivimos en un mundo estable y medianamente estructurado, en el que las cosas funcionan con una cierta lógica*

---

<sup>5</sup> Trabada Crende E., Camacho Gutiérrez J. La infraclassa urbana: algunos perfiles de la exclusión social Documentación social, ISSN 0417-8106, N° 119, 2000. pp 213-228

*y se puede vivir con relativa tranquilidad*”<sup>6</sup>.

En este punto “*de ruptura del orden del mundo*”<sup>7</sup>, ruptura con el mundo exterior y con el propio mundo interno, confiamos en la capacidad y posibilidad de resolución de conflictos que ofrece la mediación, como concepto opuesto a la indefensión que sufre toda persona victimizada.

Es fundamental que el mediador tenga para ello la actitud adecuada garantizando la confidencialidad, así como su imparcialidad y neutralidad en el proceso y reunir, no solo la formación requerida para ejercer como tal y mantenerla actualizada, sino además, desplegar su personalidad, su hacer y su poner en práctica de forma creativa, manteniendo en todo momento su propio control emocional, para lo que

---

<sup>6</sup> Nehama Masri R. (2006) *¿Vivir todavía con el terrorismo? Afrontar el terrorismo. Fundación Seminario de Investigación para la Paz. pp 546-561. Gobierno de Aragón. Departamento de Educación, Cultura y Deporte*

<sup>7</sup> Idea desarrollada por Nehama Masri R. (2010). Víctimas del terrorismo: El tratamiento psicológico. Por ellos, por todos, n° 7, pp.44-47

es indispensable una revisión constante de su actuar como mediador.

*“Aprender el enfoque mediador es conocer el funcionamiento de las propias emociones, saberlas expresar y poderlas controlar. El propio conocimiento emocional es el que facilita el conocimiento de las emociones de los otros. El autoconocimiento se convierte en la pieza más importante de un enfoque mediador y el aprendizaje en esta materia es una pieza fundamental para las personas, para su estabilidad personal y para mantener una relación adecuada con los demás... Un enfoque mediador, ya sea mediante la formación profesional o a través del aprendizaje de una actitud mediadora, proporciona el aprendizaje de la esperanza y el optimismo, posibilita un cambio personal que facilita la esperanza en la vida, la creencia en que las cosas saldrán adelante, aunque estén pasando por una situación difícil, de que uno puede alcanzar sus objetivos, aunque tenga que modificarlos y adaptarlos a las circunstancias y que uno no se rinde ante las dificultades. Igualmente estimula el optimismo, actitud que impide caer en la apatía o en la depresión, aprendiendo a*

*explicarse a uno mismo los éxitos y fracasos como algo en lo que uno interviene, en el caso de los primeros y como algo que puede cambiarse y que sirven para aprender, en el caso de los segundos”<sup>8</sup>.*

Presupuesta la formación en la materia, es la esencia de cada mediador, su identidad, su persona y su implicación y sensibilización con el colectivo en general, y con cada caso en particular, lo que determina el elemento diferenciador de la labor que desempeña dentro del proceso. En nuestro caso, hemos tenido que cuidar especialmente no caer en el paternalismo ni en la tentación de ponernos del lado de la parte más débil o más dañada dando “nuestra solución” de manera anticipada, sino hacer mucho trabajo de reflexión para llegar a la conclusión de que es facilitando el que sean ellos los que lleguen a sus propios resultados, acuerdos o conclusiones a través de un proceso en el que se ha respetado el equilibrio de poder entre las partes, lo que realmente les empodera y les da armas que les van a poder servir en sus futuras relaciones.

---

8 Bernal Samper, S. (2014) Extraído del material del curso impartido por López de la Llave L. López de la Llave A. “Habilidades psicológicas para la mediación: el manejo de las emociones”. Fundación UNED

Establecer los pilares y crear el clima apropiado para poder desarrollar el proceso, ya es un éxito, supone una superación para todos los participantes, tanto las partes en conflicto como el mediador o mediadores. El simple hecho de poner en marcha el proceso en sí, realizar las sesiones y que las partes experimenten como su comunicación les hace conducirse por caminos antes no experimentados, fácilmente da lugar a una mejora en las relaciones con los demás, también con su “adversario”, es lo más importante, superando, en la medida de lo posible, las sucesivas revictimizaciones originadas por la insolidaridad y el abandono de los demás. No vamos a

restar importancia al hecho de conseguir un acuerdo sobre el conflicto concreto que les trae a mediación (principal objetivo del modelo tradicional de Harvard, centrado en el acuerdo, y no en modificar las relaciones entre las partes), pero poder contribuir a la potenciación de su protagonismo o empowerment, que su autoestima, su confianza y su seguridad se refuercen y adquieran habilidades para enfrentarse a sus problemas y resolver los conflictos que puedan surgir a partir de ese momento, es importante en el modelo de mediación que vamos perfilando y construyendo con las piedras de nuestra experiencia.

### **3. LOS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN NUESTRO ACTUAR**

Como hemos ido expresando a lo largo del artículo, el Servicio de Mediación para personas sin recursos SSVP, no surge de la nada, por generación espontánea sino que nace en el transcurso de un camino, de un proceso profesional y personal, y sobre todo de la experiencia diaria durante años en el Servicio Jurídico SSVP, también para personas sin recursos y en riesgo de exclusión social.

En este caminar, hemos ido forjando un “hacer” y sacado algunas

conclusiones, lo que desde la humildad del aprendizaje del día a día podríamos llamar un “saber”, y un método, unas herramientas, un “saber hacer”.

Es de este aspecto, de bases, de fundamentos, “saberes”, hallados en unos casos, gestados y madurados en otros dentro del contexto concreto del que hablábamos anteriormente, sobre el que queríamos centrarnos en este punto.

En la atención a las personas, en este caso con un denominador común, encontrarse por algún motivo faltos de recursos y/o en muchas ocasiones fuera del “sistema”, la problemática no suele ser aislada, hay ocasiones por supuesto, en que estamos ante una “exclusión transitoria” o “temporal”, pero en demasiados casos se trata de problemáticas complejas, estructurales, en las que un observador medianamente atento, percibiría que la cuestión jurídica, es en realidad la menos trascendente.

La respuesta jurídica está bien, claro, es necesaria, pero a menudo, sentimos que se nos queda “corta” en la atención a la situación concreta de las personas particulares que la viven, que invita a procurar una solución más integral, más eficaz a la problemática. Es por ello que desde los inicios del Servicio Jurídico allá en el año 2003, hemos trabajado en red con otros recursos, sociales, psicológicos etc.

Además y en asuntos concretos, de los que familia es un ejemplo paradigmático, vamos sintiendo, percibiendo, experimentando, que no es que resulte insuficiente limitarnos meramente a la respuesta jurídica llamémosla “tradicional”, es que a veces, se hace manifiesto que no es la solución más idónea, más adecuada y que mejor

responde a las necesidades de la persona, de ahí que se vayan explorando otras vías dentro del Servicio Jurídico, dentro de lo que se llama actualmente “derecho colaborativo”. Otra forma de hacer derecho es posible, pensamos, una que sea más “justa”, más equitativa, más eficiente también; que procure no aumentar la litigiosidad en lugar de reducirla, que ofrezca mejores respuestas a los intereses concretos de la persona. Así a lo largo del tiempo, hemos procurado negociar, conciliar, se ha recomendado acudir a arbitraje y, por supuesto, a mediación cuando ello nos parecía que podía satisfacer mejor esa pretensión, esa necesidad.

Y es así, haciendo, caminando como hemos ido percibiendo que la mediación nos iba enamorando cada vez más. Si bien las que suscriben este artículo siempre han sentido un afecto y cercanía especial hacia la mediación, es la experiencia concreta y continua con personas que vienen en muchos casos de dar “vueltas” por los tribunales, por distintos órdenes jurisdiccionales, para venir a encontrarse peor en muchos casos que cuando iniciaron la andadura, con un conflicto más acentuado, lo que ha incrementado exponencialmente nuestra fe en las posibilidades que ofrece la mediación. Los asuntos en los que hemos detectado que tienden a resultar menos efectivos los métodos jurídicos “tradicionales” es claramente

donde hay una relación personal, un vínculo afectivo entre los “litigantes”, porque ese aspecto, la parte emocional no se tiene en cuenta en lo jurídico, es como si no existiera, cuando, en no pocos casos, es la fuente del conflicto.

Además, respecto a las personas que sufren una situación de exclusión y/o precariedad, resulta, si cabe, más “desintegradora” esta experiencia, una reafirmación de que están fuera del sistema, que este no es para ellas, que a ellas “no las entiende, ni les resuelve”.

Con el fin de dar una mejor respuesta a estos supuestos, nace el Servicio de Mediación SSVP. Es en este contexto y desde estas experiencias, que empezamos a hacer mediación, hay una formación teórica formal, por supuesto, pero poco a poco vamos adentrándonos en una forma de entender y desarrollar la función mediadora que es característica, que este hacer que nos surge “natural”, tiene unas bases que impregnan toda la labor mediadora. Y nos vamos preguntando, cuales son las más relevantes, los fundamentos que sostienen en mayor medida esta labor. Hemos ido detectando como más trascendentes:

**Humanismo**<sup>9</sup>, en tanto en cuanto nuestro hacer parte de la fe en la persona y su capacidad de cambio, aprendizaje y crecimiento.

Concepción **integral-“holística”** del ser humano, comprendiendo a la persona como ser complejo.

**Dignidad** de la persona como centro de la acción y respeto a los derechos humanos, atendiendo a su diversidad.

**Interés multidisciplinar**, si la persona es compleja sus problemas son complejos también, y resulta necesario para poder entenderlos mejor, contemplarlos y alimentarse de distintas disciplinas, enfoques.

Concepción de **justicia social**, contribuir a ella desde nuestra función, facilitando herramientas a las personas para su empoderamiento como miembro de pleno derecho en la sociedad.

Fe en la posibilidad de una **cultura de la paz**.

---

<sup>9</sup> Nos referimos al término “humanismo” en un sentido psicológico al estilo de autores como Carl Rogers o A. Maslow.

Por la importancia que tiene en el modelo que propondremos posteriormente, en cuanto fundamento de nuestro hacer, queremos hacer un

desarrollo más amplio de las repercusiones del enfoque integral-holístico en el modelo, así como de la justicia social, del valor de la inclusión.

### 3.1 Que entendemos por integral

El DRAE entre los significados de integral incluye global, total,<sup>10</sup> así lo entendemos nosotras, que atiende a las diferentes dimensiones de algo, y las tiene en cuenta a la hora de comprenderlo, implica por tanto apertura, amplitud y dinamismo, a la hora de comprender las personas y los fenómenos, como indica Rodríguez Ramos,

*transdisciplinario, ya que considera al hombre como un sistema en estrecha relación con su medio social y natural*<sup>12</sup>

*“Un modelo integrativo, no es rígido, sino que está abierto al cambio, a una búsqueda constante de nuevos conocimientos, a tolerar la incertidumbre y tener la suficiente agudeza y flexibilidad para rectificar, integrar y cambiar”<sup>11</sup>.*

Ha de huirse de generalidades y respuestas marco, al contrario y como indica este mismo autor “*el enfoque integrativo por lo tanto tiene que ser contextual y*

---

<sup>10</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 22<sup>a</sup> Edición. 2001.

<sup>11</sup> Rodríguez Ramos, R. (2006). Psicología Integrativa. Un enfoque holístico. *Medicina Naturista*, n<sup>o</sup> 9, pp. 439-441.

---

<sup>12</sup> Ibidem

### 3.2 Que entendemos por holístico.

Siguiendo con la definición del DRAE, holismo se configuraría como *“doctrina que propugna la concepción de cada realidad como un todo distinto de la suma de las partes que lo componen”*<sup>13</sup>, supone para nosotras una forma más amplia de mirar, ampliar horizontes, no reducir el saber, el conocer a una sola faceta. No significa para nosotras restar dignidad e importancia a las partes,

*“reflexionar sobre la identidad humana obliga necesariamente a ver las diversas y simultáneas dimensiones del fenómeno y comprender que como seres bio-psico-sociales somos una totalidad que forma parte de otras totalidades. Si bien individuos completos, somos un holón, en interrelación con otros”*<sup>14</sup>

Se trataría de un concepto por tanto ligado al anterior, a lo integral, como indica Quiros Bonilla:

---

<sup>13</sup> Diccionario de la Real Academia Española, 22ª Edición. 2001.

<sup>14</sup> Quiros Bonilla, R. (2013). Entre la complejidad y el holismo no hay un abismo. Ponencia presentada por la docente Rebeca Quirós Bonilla en la Semana de Psicología 2013 organizada por la Asociación de Estudiantes de Psicología de la Universidad de Costa Rica (UCR).

*“no nos estamos refiriendo a un Holismo paradigmático que como decía Wilber, privilegia la integración (por ejemplo de sentimiento y cognición, de Oriente-Occidente, y otros opuestos como reduccionismo-totalicionismo); un Holismo que reconoce totalidades dentro de totalidades; así como la interacción entre múltiples niveles de realidad. Un holismo centrado en las palabras “integración” y en la relación de las partes con el todo (y viceversa).”*<sup>15</sup>

De este enfoque holístico, también llamado sistémico, nos llama particularmente la atención su relación con el componente comunicativo, fundamental a la hora de abordar una mediación.

---

<sup>15</sup> Ibidem

### 3.2.1 Enfoque holístico- sistémico y comunicación.

Nos parece un enfoque muy interesante el de Rizo García cuando se refiere a la comunicación como

*“sistema abierto de interacciones, inscritas siempre en un contexto determinado. Como tal, la comunicación obedece a ciertos principios: el principio de totalidad, que implica que un sistema no es una simple suma de elementos sino que posee características propias, diferentes de los elementos que lo componen tomados por separado; el principio de causalidad circular, según el cual el comportamiento de cada una de las partes del sistema forman parte de un complicado juego de implicaciones mutuas, de acciones y retroacciones; y el principio de regulación, que afirma que no puede existir comunicación que no obedezca a un cierto número mínimo de reglas, normas, convenciones. Estas reglas son las que, precisamente, permiten el equilibrio del sistema.”*<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Rizo García, M. (2011). Pensamiento Sistémico y Comunicación. RAZÓN Y PALABRA. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación, n° 75, febrero- abril 2011.

De esta perspectiva, nos interesa la importancia de las interacciones, que en una mediación se producen entre varias partes, la importancia del contexto concreto en que estas se desarrollan y los principios de totalidad, y causalidad circular, a la hora de comprender el proceso comunicativo, y el principio de regulación, en tanto en cuanto supone un reencuadre de esas normas comunicativas en la mediación, de manera que pueda verse transformada esa comunicación de forma positiva. Deja de manifiesto lo dinámico y por tanto necesariamente creativo del hacer mediador conforme al contexto y personas concretas que intervienen.

Así entendida la relación partes-totalidad, se explica la potencialidad de cambio de la mediación a través de la introducción de modificaciones en los procesos y estilos comunicativos, así siguiendo a Watzlawich et. Al, 1971, *“cada una de las partes de un sistema está relacionada de tal modo con las otras que un cambio en una de ellas provoca un cambio en todas las demás y en el sistema total”*<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> En Rizo García, M (2011). Pensamiento Sistémico y Comunicación. RAZÓN Y PALABRA. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación, n° 75, febrero- abril 2011.

### 3.3 Inclusión, justicia social y mediación familiar

Entendemos que la mediación, en nuestro caso, familiar, puede erigirse en una herramienta privilegiada de inclusión social.

En nuestra experiencia, hemos observado como las personas que acuden a mediación familiar, o a las que informamos sobre en qué consiste, o qué supone, en un gran número de casos muestran sorpresa, de que se les este ofreciendo una forma de resolución de conflictos en el que el protagonismo lo tienen ellos y no un tercero, y aún más, que la decisión no es del mediador, sino de ellos mismos.

También hemos detectado que en no pocos casos las personas con las que trabajamos en el Servicio de Mediación, (también en el Servicio Jurídico), manifiestan que esos terceros que habitualmente deciden (jueces), no comprenden su realidad y necesidades, sino que les “imponen” unas soluciones prediseñadas para una generalidad con la que no se identifican, sienten por tanto que su voz no cuenta, no va a ser escuchada, como indica de manera sublime J. F. Six,

*“el mediador debe estar atento de una manera muy especial a los “sin voz”, a los gritos sordos de personas, de*

*grupos, de pueblos que ya no gritan, pues están hundidos en el anonimato por el no reconocimiento por parte de los demás(...) esto exige que el mediador perciba no solamente el discurso bajo el discurso, sino el silencio de los que no llegan a expresarse, su grito inarticulado, las palabras que inhiben, retienen, reprimen”<sup>18</sup>*

En este sentido, generar un espacio de “voz”, de escucha, de acción y decisión en un ámbito tan relevante de la persona, en un primer nivel de socialización, como es la familia, supone a nuestro entender dar un paso muy importante en la inclusión y en la percepción de sí mismas de estas personas como agentes sociales, capacitados para modificar su realidad.

También en este sentido, entendemos que la mediación familiar contribuye o puede contribuir a la justicia social y construcción de ciudadanía, nos parece interesante incluir a este respecto una cita del Observatorio de la Inclusión y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid por la relación con nuestro ámbito y práctica:

---

<sup>18</sup> Six, J.F. Dinámica de la mediación. Barcelona. Paidós. 1997

“Una gran parte de nuestro quehacer se ha centrado en analizar los vínculos entre dos conceptos fundamentales: el de exclusión y el de ciudadanía. Asociarlos ambos implica resaltar que la existencia del primero para muchos de estos colectivos comporta limitaciones para el desarrollo del segundo y la negación de aquellos derechos que posibilitan la ciudadanía para muchas personas, que hace crecer el espectro de situaciones de exclusión social. (...) Podemos entender entonces la ciudadanía como el derecho a la integración en la sociedad y el deber de ésta de integrar a su población más vulnerable. Ser ciudadano, por lo tanto, es serlo con todos los derechos integrados, pero la exclusión desintegra los comportamientos imprescindibles para la asunción de esos derechos. Así, debemos concebir la exclusión como un disolvente ciudadano y, como tal, como algo que socava las posibilidades de desarrollo pleno de las normas democráticas que supuestamente nos guían”.<sup>19</sup>

Por último no queríamos dejar de reflejar que a nuestro juicio, la inclusión parte de un compromiso ético, y la convicción de que estos

procesos contribuyen al bien de todos, beneficiando a la sociedad en su conjunto, así como indica Marquez- Fernández

“la premisa universal de toda ética es el Bien como provecho y necesidad común para todos. (...) Para que la ética sea un bien compartido es necesario que el valor de lo bueno y justo este consagrado como derecho humano que oriente políticamente a una ciudadanía cada vez más inclusiva, hacia valores de libertad y de paz convivida”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Observatorio sobre la Exclusión y los Procesos de Inclusión en la Comunidad de Madrid (2012). La promoción de la ciudadanía como clave de una intervención inclusiva y participativa. Cuadernos de Trabajo Social. Vol. 25-2 (2012) 393-402

---

<sup>20</sup> Márquez- Fernández, A. B. (2011) *Ética y Derechos Humanos*. Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento. Año. 8: N° 1, Enero-Abril 2011, pp. 99-103

## 4. LA LABOR MEDIADORA. MODELOS DE REFERENCIA. EN PROCESO DE CONSTRUCCIÓN: EL MODELO INCLUSIVO-INTEGRADOR EN MEDIACIÓN FAMILIAR

### 4.1 Modelos de referencia

De lo expuesto hasta el momento, se deduce que nuestro modelo tiene en cuenta, el problema en sí, es decir, el asunto concreto que trae a las partes a la mediación, las personas participantes, la relación existente entre ellas y la construcción de un lugar legítimo para cada una dentro del proceso. Nos alimentamos de las diferentes escuelas en la materia, siendo de especial aportación y utilidad en nuestra práctica dos modelos de los que existe una extensa literatura, que por motivos de espacio y no ser ese el objeto del artículo, sintetizamos a continuación:

1. El **Modelo transformativo** de Bush y Folger que otorga gran importancia al aspecto relacional, consistiendo la tarea del mediador en facilitar cambios productivos en la misma, logrando una mayor revalorización personal y un mayor reconocimiento del otro para dar lugar a una transformación en la relación que propicia la resolución de sus conflictos presentes y futuros de una forma pacífica y dialogada, saliendo del estado de bloqueo y atrincheramiento personal y pasando a uno de más apertura, superando de este modo la

interacción conflictiva entre las partes. Así nos lo relata Folger:

*“La mediación transformativa ofrece un enfoque para la práctica de la mediación que está basado en una visión ideológica alternativa de cómo se puede fomentar un conflicto productivo mediante la intervención de una tercera parte. Específicamente sugiere que la práctica de la mediación puede contar con una visión transformativa del conflicto más que conciliadora... Los desafíos personales, emocionales y sustantivos que el conflicto suscita para las personas tienden a llevarlas a estados de debilidad y ensimismamiento. Como las personas tratan de enfrentar los temas conflictivos mientras se encuentran en estos estados de debilitamiento, la interacción destructiva tiende a emerger y persistir... En contraste el conflicto productivo se produce cuando cambia la calidad de la interacción de las partes en conflicto... cada persona pasa de estados de debilidad y ensimismamiento a estados de mayor fortaleza y*

*apertura...mayor revalorización y reconocimiento*<sup>21</sup>

2. En cuanto al **modelo Circular narrativo** de Sara Cobb, éste viene a considerar la mediación como proceso comunicacional: comunicación circular y causalidad circular, entendiendo que, en palabras de Marinés Suares, “*no hay una causa única que produzca un determinado resultado, sino que existe una causalidad de tipo circular, que permanentemente se retroalimenta*”. A través del proceso, se legitima a las partes para que construyan una historia alternativa con su propia realidad, resolviendo así el asunto desde una nueva narrativa del conflicto. Este modelo se fundamenta, entre otras, en la terapia familiar sistémica de cuyos fundamentos hablábamos antes, la teoría general de los sistemas, la teoría del observador, el construccionismo social, la teoría de la narrativa y la psicología social<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Folger Joseph P. (2008) La mediación tranformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas. *Revista de Mediación. Asociación. Madrileña de Mediadores (AMM)* n° 2 pp 6-16

<sup>22</sup> Suares, Marinés (1996). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós

## 4.2 En proceso de construcción: El Modelo Inclusivo-Integrador en Mediación Familiar

Como venimos diciendo a lo largo del artículo, es de nuestra práctica, y contexto concreto del que surge también una forma de hacer y entender la mediación, como indica J.F. Six *“cada mediación es única: según las personas, los grupos, las circunstancias, la catálisis será específica. Lo mismo ocurre por parte del mediador, que tiene su personalidad, su manera de hacer y debe también “inventar su práctica, y en resumen, su teoría”*<sup>23</sup>

En epígrafes anteriores, nos hemos referido a las bases teóricas que tomamos de referencia para el modelo. En cuanto a los **finés u objetivos** del mismo, podríamos hablar como principales de los siguientes:

1. **Empoderamiento** de la persona para conseguir una modificación y reajuste de sus relaciones así como una mayor autonomía y participación social.
2. **Resolución del conflicto** o en su caso reducción del mismo.

3. Aportar **herramientas y recursos** comunicativos para afrontar futuros conflictos de forma más positiva.
4. Favorecer a través de todo lo anterior una transformación social dirigida a una **cultura de la paz**.

En cuanto al método que aplicamos y su concreción en los diferentes momentos del proceso mediador, hemos de decir que partimos del general desconocimiento de la existencia de la mediación como posibilidad para la resolución de conflictos. Hemos observado que, en nuestro ámbito, este desconocimiento es especialmente notable por lo que labor de difusión de la misma tiene también para nosotras una gran importancia y lo hacemos a través de charlas informativas generales, o bien a través de derivaciones del servicio jurídico, cuando estimamos que un caso determinado es susceptible de mediación.

Una vez han llegado a nosotras, la **acogida** de los participantes es esencial y

---

<sup>23</sup> Six, J.F. Dinámica de la mediación. Barcelona. Paidós. 1997

determinante para el buen desarrollo de las siguientes etapas, ya lo hemos destacado en líneas anteriores. A partir de ese momento, debemos seguir las mínimas formalidades que para el proceso de mediación, flexible por naturaleza, exige la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid y por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Realizamos por tanto una sesión preliminar, la sesión informativa en sí. Es muy importante que el mediador tenga suficientes habilidades para que se sientan en un lugar cómodo, no jerarquizado, de comunicación abierta ya que a veces asumen que será, “a modo de tribunal”, otro el que les dará la solución

En el momento en que las partes han decidido que quieren comenzar, que es a través de la mediación la manera en la que quieren resolver su conflicto (lo que para nosotras significa que tienen la motivación y el ánimo de superación necesario para resolverlo de forma autónoma), procedemos a la firma del acta constitutiva en la **sesión inicial**. Es otra ocasión, y otro motivo para felicitar a los participantes por los avances realizados.

A partir de ahí comienzan las **sesiones**, donde el arte de la mediación despliega todo su potencial

y en las que es importante trabajar la legitimación de las partes y su empoderamiento para que lleguen a asumir, de forma plena, que son ellos los que tienen la responsabilidad en la resolución del conflicto (normalmente, su situación general hace que se encuentren desplazados de todo poder de decisión).

Es necesario definir el conflicto, que las partes expongan sus planteamientos iniciales, que nos cuenten su historia y, en este punto, además de las dificultades de comunicación que tengan entre ellos, lo que es inherente a toda persona que acude a un proceso de mediación, nos encontramos con que a veces puede haber dificultades para saber expresarse, para concretar, para definir.

En nuestra función como mediadoras, debemos centrarnos en la comunicación, en, como dice Marinés Suares, “*sus elementos verbales “comunicación digital”, que tienen que ver con el contenido, y los elementos para-verbales (corporales, gestuales, etc) “comunicación analógica”, que tiene que ver con las relaciones*”<sup>24</sup> y siendo conscientes de que la percepción particular, la realidad subjetiva de cada uno de los participantes, sus propios principios y valores condicionan su

---

<sup>24</sup> Suares, Marinés (1996). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós

posicionamiento. Pascual Ortuño se refiere a él del siguiente modo en relación con los procesos de familia:

*“Ahora bien, por lo que se refiere al proceso de mediación, aun cuando ni la acreditación de la causa ni la culpa de la ruptura tengan trascendencia a nivel legal, se ha de considerar que estos factores permanecen presentes, y en ocasiones con una intensidad enorme, en las relaciones de la pareja que se ha roto e influyen de forma determinante en su capacidad de comunicación, de reflexión y de racionalización del conflicto. Depende mucho de las convicciones personales, de los planteamientos éticos y la moral asumida, la actitud que cada persona tenga al respecto, pero el grado de aceptación subjetiva de la realidad de la ruptura condiciona cualquier acuerdo que se pretenda adoptar para la regulación de sus efectos y, en especial, para construir un nuevo sistema de relaciones para el futuro, especialmente cuando existen hijos comunes”.*<sup>25</sup>

Teniendo en cuenta las dificultades que se nos plantean al abordar estas situaciones, nos volvemos

a hacer conscientes de la importancia de centrarse en la comunicación, donde vamos a encontrar las claves que necesitamos para continuar:

*“Centrarse en la comunicación permite estudiar la interacción, lo que ocurre entre las personas, en lugar de lo que ocurre dentro de ellas. En efecto, a diferencia del concepto de conducta, que habitualmente se entiende referida a un individuo, la comunicación, ya por su naturaleza, necesita dos o más interactuantes. Concebir la actividad humana como comunicación supone partir de la idea de que lo que hacemos, sea lo que sea, tiene un valor de mensaje, está en relación a otro. Por otro lado, la conducta, foco habitual de la psicología, se entiende distinta de la cognición y la emoción. Contrariamente, la noción de mensaje implica necesariamente la de significado. Toda acción tiene un significado, bien sea algo que se manifiesta de forma motora, verbal o emocional. Todo mensaje debe ser decodificado.”*<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Ortuño P (2013) La mediación en el ámbito familiar. Revista Jurídica de Castilla y León. Nº 29 Arbitraje y Mediación. pp 1-23

---

<sup>26</sup> Feixas i Viaplana, G.; Muñoz Cano, D.; Compañ Felipe, V. y Montesano del Campo, A. (2012). El Modelo Sistémico en la Intervención Familiar. Universitat de Barcelona. Facultat de Psicologia.

Una de nuestras funciones como mediadoras es facilitar esa decodificación, máxime teniendo en cuenta las dificultades que en ocasiones se presentan en este sentido.

Nos resultan de gran utilidad para ello las técnicas del modelo circular narrativo como los resúmenes, reformulaciones utilizando la connotación positiva, recontextualización y, por supuesto, las preguntas, en sus diferentes modalidades y siguiendo las indicaciones de Marinés Suares para su correcta formulación:

*“Para construir preguntas que sean efectivas en el proceso de mediación es necesario tener en cuenta las respuestas de cada una de las partes, conocer los objetivos a los que apunta nuestro trabajo, utilizar el lenguaje que ellos usan y recurrir a toda nuestra creatividad. No despreciar nuestra creatividad utilizando una “receta de preguntas”. Es decir, tener en cuenta al otro y ser creativos, sin olvidar el para qué de nuestras preguntas”<sup>27</sup>.*

---

Departament de Personalitat, Avaluació i Tractament Psicològics.

<sup>27</sup> Suares, Marinés (1996). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós

Es nuestra tarea, como mediadoras, facilitar que las partes puedan identificar sus intereses (comunes o no), más allá de sus posturas, y la generación de alternativas para su satisfacción. La lluvia de ideas es también una técnica eficaz, si bien es cierto que a menudo nos encontramos con las dificultades y limitaciones que surgen para hacer propuestas de solución cuando la falta de recursos económicos determina las posibilidades reales de los interesados. Las partes deben desplegar toda su creatividad para realizar propuestas y nosotras no prejuzgamos su validez. Serán ellas las que irán analizando ventajas e inconvenientes para todos.

Hacemos mención de diez factores que proponen A. López de la Llave y M<sup>a</sup> Carmen Pérez-Llantada para desarrollar la creatividad como son la *sensibilidad* para “percibir al otro”, *fluidez* en cuanto a fertilidad de propuestas, *flexibilidad* para modificar nuestras actitudes o comportamientos, *originalidad*, *redefinición* para reacomodar ideas, *análisis y/o síntesis* de las mismas, *divergencia* como capacidad para considerar lo diferente, *elaboración* para planear y llevar a la práctica las propuestas y *utilidad* para resolver el problema<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> López de la Llave A., Pérez-Llantada M<sup>a</sup> Carmen (2006). *Psicología para*

Lo deseable es que el proceso no se alargue en exceso, aunque cada caso tiene sus necesidades y particularidades específicas y cuando finaliza, en la **sesión final** firmamos el acta que, en caso de haber llegado a acuerdos, totales o parciales, son incorporados a la misma y suponen un motivo de alegría, satisfacción y felicitación para todos los participantes.

En nuestra experiencia, llegados a este punto, el camino que se ha seguido para lograr esos acuerdos, el trabajo realizado da sus frutos, las partes se encuentran motivadas, esperanzadas en el cambio experimentado en su persona (la percepción de sí mismos y su capacidad para decidir) y en su relación y existiendo altas probabilidades de que se cumpla responsablemente lo que responsablemente se ha acordado.

---

Intérpretes Artísticos. Estrategias para la mejora técnica, artística y personal.  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo del artículo hemos procurado poner de manifiesto en primer lugar la compleja realidad de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o exclusión social, desde una perspectiva multidisciplinar. Se realiza un análisis de las especificidades que presenta este colectivo, a menudo violentado en su integridad y dignidad personal, confiando en el potencial que ofrece la mediación como forma de resolución de conflictos que promueve la autonomía y responsabilidad personal.

Partimos de una perspectiva integral del ser humano, confianza en el mismo así como de su capacidad de transformación y superación.

Es a través de la experiencia y el trato personal y continuado con personas en situación de vulnerabilidad o exclusión social como vamos construyendo en el Servicio de Mediación para personas sin recursos SSVP una práctica, un hacer característico que va forjando el modelo que proponemos: el **modelo inclusivo integrador** con el que pretendemos:

- ◆ **Empoderamiento** de la persona para conseguir una modificación y reajuste de sus relaciones, así como una mayor autonomía y participación social.
- ◆ **Resolución del conflicto** o en su caso reducción del mismo.
- ◆ Aportar **herramientas y recursos** comunicativos para afrontar futuros conflictos de forma más positiva.
- ◆ Favorecer a través de todo lo anterior una transformación social dirigida a una **cultura de la paz**.

Consideramos que la Mediación Familiar así entendida, constituye un instrumento privilegiado de atención y promoción social.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Suares, M. Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Barcelona. Paidós. 2008.

Six, J.F. Dinámica de la mediación. Barcelona. Paidós. 1997

López de la Llave A., Pérez-Llantada M<sup>a</sup> Carmen (2006). Psicología para Intérpretes Artísticos. Estrategias para la mejora técnica, artística y personal. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Nehama Masri R (2006) ¿Vivir todavía con el terrorismo? Afrontar el terrorismo. Fundación Seminario de Investigación para la Paz. pp 546-561. Gobierno de Aragón. Departamento de Educación, Cultura y Deporte.

Martínez Román. Pobreza y exclusión social como formas de violencia estructural. La lucha contra la pobreza y la exclusión social es la lucha por la paz. Alternativas: cuadernos de trabajo social, ISSN 1133-0473, ISSN-e 1989-9971, nº 5, 1997 , págs. 17-36. Departamento de Trabajo y Servicios Sociales. Universidad de Alicante.

Nehama Masri R. (2010). Víctimas del terrorismo: El tratamiento psicológico. Por ellos, por todos, nº 7, pp.44-47

Trabada Crende E., Camacho Gutiérrez J. La infraclase urbana: algunos perfiles de la exclusión social. Documentación social, ISSN 0417-8106, N° 119, 2000 pp 213-228

Rizo García, M. (2011). Pensamiento Sistémico y Comunicación. RAZÓN Y PALABRA. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación, nº 75, febrero- abril 2011.

Rodríguez Ramos, R. (2006). Psicología Integrativa. Un enfoque holístico. Medicina Naturista, nº 9, pp. 439-441

Mori Sanchez, M. P. (2009). Responsabilidad Social. Una mirada desde la psicología comunitaria. LIBERABIT. 15(2), pp. 163-170.

Feixas i Viaplana, G.; Muñoz Cano, D.; Compañ Felipe, V. y Montesano del Campo, A. (2012). *El Modelo Sistémico en la Intervención Familiar*. Universitat de Barcelona. Facultat de Psicologia. Departament de Personalitat, Avaluació i Tractament Psicològics.

Colle, R. (2002). *¿Qué es la Teoría Cognitiva Sistémica de la Comunicación?* Publicación del Centro de Estudios Mediales. Facultad de Ciencias de la Comunicación e Información. Universidad Diego Portales.

Quiros Bonilla, R. (2013). *Entre la complejidad y el holismo no hay un abismo*. Ponencia presentada por la docente Rebeca Quirós Bonilla en la Semana de Psicología 2013 organizada por la Asociación de Estudiantes de Psicología de la Universidad de Costa Rica (UCR).

Salas, M. E., (2006/2007). *La falacia del todo: Claves para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 10, pp. 33-52

Márquez- Fernández, A. B. (2011) *Etica y Derechos Humanos*. Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento. Año. 8: Nº 1, Enero-Abril 2011, pp. 99-103

Folger Joseph P. (2008) *La mediación tranformativa: preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas*. Revista de Mediación. Asociación. Madrileña de Mediadores (AMM) nº 2 pp 6-16

Bush R.A.B., Pope S.G. (2008). *La mediación tranformativa: un cambio en la calidad de la interacción en los conflictos familiares*. Revista de Mediación. Asociación Madrileña de Mediadores (AMM) nº 2 pp 17-27

Bernal Samper S. Extraído del material del curso impartido por López de la Llave L. López de la Llave A. "Habilidades psicológicas para la mediación: el manejo de las emociones". 2014. Fundación UNED