

LA IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO  
DE FAMILIA ACTUAL. EN ESPECIAL EN LAS CRISIS DE  
PAREJA CON PRESENCIA DE MENORES

*THE IMPORTANCE OF MEDIATION IN CURRENT FAMILY LAW.  
WITH A SPECIAL FOCUS ON MARITAL CRISIS INVOLVING MINORS*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1708-1741*



Beatriz  
VERDERA  
IZQUIERDO

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

**RESUMEN:** Se pretende poner de manifiesto la importancia de la mediación en el Derecho de familia. El estudio se centra en la mediación en los supuestos de crisis de pareja y resalta la figura del menor quien debe ser protegido y debe participar en el proceso a partir de su capacidad progresiva, ejerciendo sus derechos de acuerdo con su madurez. Siendo, en todo momento, el interés del menor: una consideración primordial.

**PALABRAS CLAVE:** Mediación; Derecho de familia; interés del menor; proceso judicial; conflicto; acuerdo.

**ABSTRACT:** *It is intended to highlight the importance of mediation in family law. The study focuses on mediation in cases of partner crises and highlights the figure of the child who must be protected and must participate in the process from his progressive capacity, exercising his rights according to his maturity. Being, at all times, the interest of the child: a primary consideration.*

**KEY WORDS:** *Mediation; Family Law; the interest of the minor; judicial process; conflict, agreement.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- 1. La mediación.- 2. Supuestos susceptibles de mediación familiar.- II. MARCO LEGAL.- III. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.- 1. La autonomía de la voluntad.- 2. Los conflictos en el seno familiar.- 3. Mediación y crisis de pareja.- A) Ventajas e importancia de la mediación.- B) Modelos de familias, de progenitores, de menores y de terceros.- 4. El coordinador parental.- 5. La actuación del juez y del mediador.- IV. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR.- 1. Participación activa de los menores o meros sujetos de protección.- A) Derecho del menor a ser oído y escuchado.- B). Derecho del menor a ser informado.- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

---

## I. INTRODUCCIÓN.

### I. La mediación.

La mediación se trata de un mecanismo de resolución de conflictos al margen de la litigiosidad que supone acudir a un juzgado con unos costes muy importantes de tiempo, sinsabores emocionales y dinerarios<sup>1</sup>. Nos situamos ante un “Alternative Dispute Resolution” (ADR)<sup>2</sup> un medio alternativo de solución de controversias denominadas en la actualidad, de acuerdo con el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP), aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020: “medios o métodos adecuados de solución de controversias” (MASC)<sup>3</sup>. Con dicho cambio de denominación se quiere poner de manifiesto que no sólo son alternativos al proceso judicial, sino que deben ser utilizados al ser el medio más adecuado -con carácter general- antes de acudir a cualquier procedimiento. El propio ALMEP en el art. 1 los define como: “cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral.”

Tal como establece la Exposición de Motivos (II) del ALMEP: “Con la introducción de estos mecanismos, ya consolidados en el derecho comparado,

- 1 En este sentido el Preámbulo de la Ley 9/2020, de 31 de julio de modificación del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a persona y familia y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado establece: “Se pretende fomentar la mediación como método alternativo de resolución de conflictos que tiene ventajas acreditadas, tales como el ahorro de tiempo, el ahorro económico y la minoración de los costes emocionales, y que, además, implica y responsabiliza a las partes en la resolución del conflicto que les afecta y, por tanto, incrementa la eficacia en la ejecución de los acuerdos alcanzados.”
- 2 Alternativo, en el sentido de que no pueden utilizarse dos sistemas al mismo tiempo. Hoy en día dicho acrónimo también se concreta como: “Appropriate dispute Resolution” y ello porque se cuestiona si debe ser alternativo o complementario. En su seno se sitúa la mediación, el arbitraje, el derecho colaborativo, el derecho cooperativo, el coordinador parental...
- 3 El ALMEP se refiere a: “actividad negocial” (lo cual debería ser modificado porque no se corresponde con la idea de negociación sino a negocio), “intento de negociación”, “proceso de negociación”, “procedimiento de negociación a través de un MASC”...

#### • Beatriz Verdera Izquierdo

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de las Islas Baleares. Correo electrónico: beatriz.verdera@uib.es

se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil.”

La mediación es un sistema de negociación asistida por un tercero, es decir, nos centramos en una concreta metodología, basada en la comunicación, en el respeto mutuo y en la escucha. Siendo el objetivo final la adopción de un acuerdo mutuamente aceptado, aunque, si no es factible llegar a un acuerdo, pero se ha mejorado la relación ya se habrá conseguido uno de los objetivos. O, si se ha logrado un acuerdo parcial, tal como establece el ALMEP, art. 1.2.: “En el caso de acuerdos parciales, las partes podrán presentar demanda para ejercitar sus pretensiones respecto a los extremos de la controversia en los que se mantenga la discrepancia.” Todo ello también dependerá del modelo de mediación que se utilice, en este sentido el modelo de Harvard está más centrado en la negociación y en el acuerdo; en cambio, el modelo circular-narrativo se basa en la narrativa, junto con el acuerdo y las relaciones y por el contrario, el modelo de mediación transformativo se centra en las personas, en las relaciones, siendo en consecuencia el más conveniente en los conflictos familiares donde es positivo que las relaciones se mantengan en la medida de lo posible.

Por regla general se alcanzan resultados más satisfactorios que en un proceso judicial sin que una de las partes tenga la sensación de ser la perdedora, sino que es colaborativa, los dos ceden y, por consiguiente, los dos ganan al haber adoptado después del diálogo la solución más ventajosa para ambas partes<sup>4</sup>. En el caso particular de la mediación familiar, más favorable para el núcleo familiar, al tener sus decisiones repercusiones en la familia y fundamentalmente, en los menores. Es decir, dejan atrás el conflicto y el “yo” para construir una relación con miras al futuro, de cara al interés familiar.

En estas líneas no sólo me refiero a la mediación extrajudicial, es decir, la realizada con carácter previo (fase prejudicial) como auténtica medida preventiva o posterior a un proceso, sino también a la mediación intrajudicial, la que se realiza una vez iniciado el proceso judicial ya sea a propuesta, o no, del órgano jurisdiccional que está llevando el proceso. Como se ha manifestado, se trata de realizar una relectura del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), como

4 Como manifiesta GARCÍA GARCÍA, L.: *Mediación familiar. Prevención y alternativas al litigio en los conflictos familiares. I. Persona y familia*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 55, es una estrategia donde dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser, ambos, ganadores.

derecho fundamental, y que el mismo se transforme en “derecho fundamental a justicia”<sup>5</sup> en cualquiera de sus variantes.

El mediador guía a las partes y las ayuda a conseguir acuerdos amistosos poniendo sobre la mesa las discrepancias, los anhelos y los deseos de las partes, fomentando la cultura de la paz, pacificando el conflicto, sustituyendo la confrontación por la colaboración, evitando conflictos innecesarios y resolviendo los existentes. Solucionando el conflicto de acuerdo con la voluntad de las partes, otorgándoles el poder de decisión, siempre conforme a unos parámetros y límites jurídicos, si bien, sin la rigidez que supone un proceso jurisdiccional. Conllevando un aprendizaje personal de las partes y en particular de sus habilidades relacionales y sociales (“skills”), resolviendo los problemas inmediatos y minimizando los problemas futuros. Todo ello, en el ámbito familiar y particularmente en las crisis de pareja, supone fomentar y trabajar a favor de la coparentalidad y la continuidad de la labor parental que se venía realizando y mantener la familia, a pesar de la ruptura de pareja.

La Exposición de Motivos (II) del ALMEP concreta: “Se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales...Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado.”

Así, encontramos distintos MASC, no siendo la mediación una conciliación judicial, como ya establecía el Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia del Consejo General del Poder Judicial de mayo 2008: “cada una tiene su ámbito específico y metodologías diferentes. Por tanto, la labor conciliadora del juez prevista en la Ley al inicio de las vistas de medidas provisionales y del pleito principal no tiene nada que ver con la mediación, si bien puede ser un buen momento para realizar una labor informativa sobre las ventajas de la mediación familiar frente al proceso contencioso”. Y, el más reciente ALMEP en sus primeros artículos recoge diversos MASCs, alude a: la mediación, la conciliación, oferta vinculante confidencial, a la opinión neutral de un experto independiente o cualquier otro tipo de negociación no tipificada legalmente pero que cumpla unos mínimos y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación.

5 En este sentido MARTIN DIZ, F.: “El derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de derecho político*, núm. 106, 2019, p. 37 y 38, así manifiesta que esta es una vía hacia la justicia integral: “el derecho a la justicia, como ciudadanos, debe permitirnos elegir libremente cómo, cuándo y dónde resolver de forma legal, segura, ordenada, pacífica y estable nuestros conflictos.”

Debemos tender a una convivencia responsable, que sean las partes de acuerdo con su autonomía de la voluntad que vayan moldeando sus conflictos, en tanto se trate de cuestiones de índole dispositivo y siempre poniendo la vista en las relaciones futuras. Estas actuaciones y métodos suponen un periodo de aprendizaje y crecimiento personal positivo<sup>6</sup>.

## 2. Supuestos susceptibles de mediación familiar.

En el ámbito de la mediación familiar, no sólo debemos tener presentes los procesos derivados de crisis matrimoniales o de pareja, donde serán susceptibles de mediación cuestiones derivadas, por ejemplo, del derecho de visitas, custodia, pensiones... sino cualquier conflicto familiar que nos puede llevar a materias muy diversas como pueden ser las relacionadas con la responsabilidad parental. Conflictos entre la familia acogedora, la adoptante, la familia biológica o de origen...

A su vez, conflictos no sólo entre padres e hijos o hermanos de edades dispares, sino con miembros de la familia extensa como pueden ser abuelos o tíos. La convivencia genera problemas, por ello, nos podemos situar ante conflictos intergeneracionales: conflictos con hijos adolescentes, con sus propios progenitores o conflictos que surgen de familias reconstituidas: con las segundas parejas de sus progenitores, con sus medio hermanos o hijos de la pareja de su progenitor.

En los conflictos en los que intervienen adolescentes, es sumamente importante tener en cuenta objetivos pedagógicos de cara al futuro de dichos sujetos; más que la resolución del particular conflicto se debe enseñar a canalizar y a controlar sentimientos como puede ser la ira y, en todo caso, mejorar la comunicación. Por tanto, será fundamental tener en cuenta la edad de los sujetos en conflicto ya sea en la infancia, adolescencia, la juventud, la edad madura o la senectud, debido a que las necesidades y preferencias son muy diversas. Sin caer en el edadismo.

Otros conflictos que tienen cabida en la mediación son los que surgen entre hermanos: ya sea por cuestiones sucesorias, por la gestión del patrimonio familiar o por los cuidados de familiares mayores o personas discapacitadas, que nos sitúan ante conflictos derivados de la falta de corresponsabilidad en el cuidado de personas dependientes y a la persistencia de roles de género en el seno familiar... y un sinnúmero de supuestos como los derivados de la gestión de una empresa familiar.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado por el Consejo de Ministros en julio de 2013 el cual no llegó a aprobarse definitivamente, establecía reformas

---

6 Como manifiestan GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F.: "Aspectos psicosociales", en *Mediación familiar*, (dir. E. SOUTO GALVÁN), Dykinson, Madrid, 2012, p. 272: "El conflicto posibilitará la transformación de la persona a través del conflicto."

puntuales, por ejemplo, respecto del Código Civil en materia de mediación, introducía la conveniencia de incorporar en el Convenio Regulador (art. 90.1 g) la posibilidad de solucionar los conflictos mediante la mediación. Y en la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles incorporaba un art. 2 bis que en su apartado 2 concretaba las materias familiares objeto de mediación: “Los conflictos intrafamiliares susceptibles de someterse a la mediación prevista en esta ley son los surgidos:

a) En las relaciones entre personas unidas por vínculo matrimonial o pareja de hecho durante su convivencia o en los supuestos de ruptura, separación, divorcio o nulidad, antes de iniciar el procedimiento, durante su tramitación, en fase de ejecución de la resolución o en los procedimientos de modificación de las medidas judiciales adoptadas.

b) En los supuestos de sustracción internacional de menores.

c) En el seno de las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, en los supuestos de herencia u otros de ámbito familiar.

d) Entre los menores y las personas con la capacidad judicialmente completada y los titulares de las instituciones de protección y apoyo que hayan sido designados o sus guardadores de hecho.

e) Entre la familia acogedora, los acogidos y la familia de origen respecto a cualquier conflicto o aspecto del acogimiento o convivencia.

f) Entre la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica en la búsqueda de orígenes del adoptado y al objeto de facilitar el eventual encuentro o relaciones posteriores.

g) En relación con la obligación de alimentos entre parientes.”

## II. MARCO LEGAL.

El marco legal nos sitúa ante la Recomendación R (98), I, de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación familiar por la que se instó a los países miembros de la UE a incorporar a sus Ordenamientos la mediación en el ámbito familiar o a fortalecerla. La misma define la mediación como: “un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vistas a la obtención de acuerdos comunes”. Así, surgió con la intención de evitar el colapso de los tribunales de justicia y con el objetivo primordial -en el ámbito de las crisis

familiares- de velar por el interés del menor debido a que la familia persistirá de por vida, en tanto estén implicados hijos, con independencia de que la pareja termine.

En España encontramos una referencia a la mediación en la Ley 15/2005, de 8 de julio por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio donde introdujo la regla 7ª al art. 770 LEC: “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”; se añadió el apartado 2 al art. 777: “al escrito que se promueva el procedimiento se acompañará, ..., incluyendo, en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación” y, la Disposición final tercera concretaba que: “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.” Así la propia Exposición de Motivos de la Ley concretaba: “la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados.”

Y todo ello se debe unir con el art. 158.6 CC<sup>7</sup> que establece la posibilidad de que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte: “6º En general, las demás disposiciones que considere oportuna, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.” Téngase en cuenta que al albur de dicha normativa las Comunidades Autónomas fueron publicando leyes sobre mediación familiar<sup>8</sup> pero, sin establecer criterios comunes<sup>9</sup>.

7 Dicha referencia se introdujo por la Ley 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor en el art. 158.4 CC y en virtud de ella se posibilitó que los jueces remitiesen a las partes a mediación en asuntos en trámite, ya que no lo preveía expresamente la Ley 15/2005.

8 Es el caso de: la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Valenciana parcialmente derogada por la Ley 24/2018, de 5 de diciembre de mediación de la Comunidad Valenciana; Ley Canaria 15/2003, de 8 de abril de mediación familiar, reformada por la Ley 3/2005, de 23 de junio; Ley 4/2005, de 24 de mayo, de servicio social especializado de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/2007, de 21 de febrero; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de mayo; Ley de mediación familiar del País Vasco 1/2008, de 8 de febrero; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 15/2009, de 22 de julio de Cataluña y Ley 9/2020, de 31 de julio de modificación de libro segundo del CCCat y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; Ley 1/2011, de 28 de marzo de mediación familiar de Cantabria; Ley 1/2015, de 12 de febrero del servicio regional de mediación social y familiar de Castilla-La Mancha.

9 En este sentido se pronuncia PÉREZ GIMÉNEZ, M.T.: “Aspectos contractuales de la mediación familiar”, en *Derecho y familia en el Siglo XXI* (dir. R. HERRERA CAMPOS Y MA. BARRIENTOS RUIZ), Almería, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 303.



A nivel europeo se dictó la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo que abarca la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Siendo definida la mediación como: “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de un litigio con la ayuda de un mediador”. La incorporación a nuestro Ordenamiento de dicha Directiva se realizó por la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Con posterioridad encontramos el Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 26 de agosto de 2016 sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que se pretende impulsar la mediación debido a que se ha comprobado, tal como establece el Preámbulo: “el conocimiento de la mediación sigue siendo escaso y la información no llega ni a las posibles partes ni a los profesionales del derecho...es necesario intensificar los esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación a través de los mecanismos que establece la propia Directiva.” Y, en la actualidad, después del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, por el cual se pretendían modificar tres leyes: la Ley de mediación, la Ley de asistencia jurídica gratuita y la Ley de enjuiciamiento civil, encontramos el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (ALMEP) aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de diciembre de 2020 que establece la mediación como requisito de procedibilidad.

Se debe resaltar la modificación del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat) por la Ley 9/2020, de 31 de julio por la que se instauró el carácter obligatorio de la sesión previa informativa de mediación en Cataluña, para ello se modifica: el Libro Segundo del CCCat y la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, reforma que entró en vigor el 4 de noviembre de 2020. El legislador en el Preámbulo de dicha ley concreta y recalca la importancia de la mediación en el ámbito familiar siguiendo las directrices europeas y, en este sentido, el informe de la Comisión Europea de 26 de agosto de 2016 el cual establece: “las prácticas que incitan a las partes a hacer uso de la mediación, aparte de algunos casos específicos antes descritos, todavía no son satisfactorias en general.” Por ello dicho informe plasma que sería especialmente útil, tal como ahora se recoge en el Preámbulo del CCCat, párrafo tercero: “exigir a las partes que declaren en sus demandas ante los órganos jurisdiccionales que se ha intentado la mediación, lo que recordaría no solo a los jueces que conocen de las demandas, sino también a los abogados que asesoran a las partes, la posibilidad de recurrir a la mediación; sesiones de información obligatoria en el marco de un proceso judicial, y la obligación de los órganos jurisdiccionales de considerar la mediación en todas las etapas del proceso judicial, especialmente en materia de

Derecho de familia.” Siendo uno de los principios de la mediación: la voluntariedad, se considera que con tal exigencia no se transgrede la misma, ahora bien, lo que se tiene que asegurar es la voluntariedad posterior a dicha sesión informativa, es decir, que en cualquier momento se pueda desistir de la mediación. Si acudimos al ALMEP comprobamos que modifica el art. 6 de la ley que recoge la voluntariedad para pasar a rubricarlo: “Requisito de procedibilidad y libre disposición”, por lo que se tiene que evitar que dichos MASC se conviertan en un mero trámite y pierdan su auténtica esencia.

La Ley 9/2020, de 31 de julio por la que se modifica el CCCat no establece la obligatoriedad de la mediación en todos los casos sino cuando se haya pactado expresamente con anterioridad al ejercicio de acciones judiciales<sup>10</sup>. En cambio, la asistencia a la sesión previa informativa tiene carácter obligatorio<sup>11</sup>.

### III. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

#### I. La autonomía de la voluntad.

Debemos partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio, la coloquialmente denominada “ley del divorcio” por la que se otorgaron una serie de mecanismos a las partes como es, el convenio regulador, por el cual pueden pactar las consecuencias de su ruptura al margen de la intervención del juez, quien lo ratificará en tanto no sea “dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges” (art. 90.2 CC). Se ejerce un control judicial de los acuerdos previos que han adoptado las partes, donde el juez realiza un control de contenido.

También se comprueba la importancia de la autonomía de la voluntad si acudimos a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio la cual se basa en la libertad y en la autonomía de la voluntad a los efectos de concretar su futuro conyugal, dejando al margen el sistema causalizado anterior. Con la perspectiva

10 Art. 233-6 CCCat: “1. La sumisión a la mediación es obligatoria antes de la presentación de acciones judiciales si se ha pactado expresamente.”

11 Art. 233-6 CCCat: “3. Una vez iniciado el proceso judicial, la autoridad judicial, a iniciativa propia o a petición de una de las partes o de los abogados o de otros profesionales, puede derivar a las partes a una sesión previa sobre mediación, de carácter obligatorio, para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación, con el fin de que puedan alcanzar un acuerdo.” Estando regulada dicha sesión previa en el art. 11 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña. A dicha sesión previa de carácter obligatorio también se derivará a las partes en caso de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, para ello se ha reformado el art. 236-13 CCCat: “3. En los procedimientos que se sustancien por razón de desacuerdos en el ejercicio de la potestad parental, los progenitores pueden someter las discrepancias a mediación. Asimismo, la autoridad judicial, puede derivarles a una sesión previa de carácter obligatorio para que conozcan el valor, las ventajas, los principios y las características de la mediación.”

que nos otorga el tiempo transcurrido podemos manifestar que desde el punto de vista psicológico dicho sistema no es adecuado para las partes porque no zanján la problemática de raíz, es decir, el conflicto se mantiene "sine die" al no poderse expresar sobre el particular. Dicha reforma supuso un paso importante de cara a facilitar y fomentar la mediación, así lo expresa la Exposición de Motivos: "Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación o divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral"<sup>12</sup>. Aunque, se realizó de forma muy sesgada, sin dar excesiva publicidad a dicha posibilidad de resolución de conflictos lo cual supuso que no caló en la sociedad<sup>13</sup>. El Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles: "ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia." Pero, su utilización está lejos de lo deseable por ello la necesidad de fomentar la misma a través de la aprobación del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación, aprobado por el Consejo de ministros en enero de 2019 y con posterioridad el ALMEP, diciembre 2020.

La mediación se basa en la flexibilidad y en el respeto de la autonomía de la voluntad<sup>14</sup> de las partes. La figura del menor cobra especial relevancia en la mediación familiar referida a crisis de pareja, conduciendo a una mayor privatización del Derecho de familia. Todo ello nos lleva a focalizar el interés en otros temas como el principio de igualdad en las relaciones familiares que nos conduce a evitar desequilibrios de poder, que pueden desencadenar en intromisiones en la dignidad y otros derechos y principios del Ordenamiento.

A pesar de todo ello, la autonomía de la voluntad, en el sentido de autorregulación por las partes de sus intereses, ha desempeñado un papel menos trascendental en el ámbito del Derecho de familia que en otros ámbitos jurídicos, debido al carácter imperativo de muchas de sus normas. Aunque, como hemos visto, desde la Constitución se ha ido acentuando y propiciando la capacidad de autorregulación en dicho ámbito, siendo las partes sujetos activos en la determinación de su relación

12 Y, a su vez, la Disposición Final Tercera establecía: "El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas."

13 En cambio, si acudimos al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y el divorcio elaborado en 2004 hacía una mayor referencia a la figura, recomendado expresamente la utilización de la misma: "No obstante, los padres, cuando la adopción de determinadas decisiones relativas al ejercicio de sus potestades presente dificultad, habrán de tener en consideración que pueden optar, antes que por el recurso a la autoridad judicial, por solucionar sus diferencias acudiendo a procedimientos extrajudiciales más adecuados para la resolución de estos conflictos, entre los que cabe señalar la mediación."

14 Véase PARRA LUCÁN, M.A: "Límites a la autonomía de la voluntad y derecho de familia", *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del siglo XXI*, Reus, Madrid, 2019, p, 211.

futura e intereses. Un pacto previo sobre el particular en materias indisponibles facilitará la adopción de acuerdos con trascendencia legal.

## 2. Los conflictos en el seno familiar.

Por conflicto se entiende “una situación de diferencia, incompatibilidad o lucha expresa al existir diferentes aspiraciones que no pueden ser logradas de forma simultánea, surgiendo la necesidad de llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes.”<sup>15</sup> Y, particularmente los conflictos familiares se refieren a “desencuentros y disfunciones en el funcionamiento de las familias”<sup>16</sup>. No sólo se trata de resolver el conflicto sino de llegar a la mejor solución posible a los efectos de la persistencia de las familias. Se debe acudir a la causa o causas del conflicto, que pueden ser infinitas: tanto referidas a recursos, es decir, a cuestiones materiales; a necesidades psicológicas; a distintas percepciones de la realidad; a tener asumidos diferentes valores; a encontrados modos de afrontar la vida y la existencia...

Así, como hemos apuntado anteriormente, en el seno del Derecho de familia podemos someter a mediación muchas de las controversias que se pueden suscitar, tal es el caso de los conflictos entre cónyuges o parejas estable, y todos los conflictos que puede llevar aparejado, por ejemplo, el derecho de visitas, custodias, pensiones...; los problemas derivados de la obligación de alimentos (no siendo posible la renuncia, la transacción ni la compensación con otros gastos, aunque sí la rebaja o la forma o modo en que se pagarán una vez que ha nacido la obligación), conflictos en el ejercicio de la patria potestad (no la titularidad o, la privación para la cual necesitamos la autoridad judicial), las relaciones filio parentales derivadas de la patria potestad, entre familias acogedoras u adoptantes, relaciones con abuelos o personas allegadas, conflictos derivados del cuidado de personas mayores o dependientes, acuerdos para limitar o excluir la pensión compensatoria, la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales, en materia de filiación (no la adopción, ni el retrotraerse de un reconocimiento de complacencia)...

Debiendo diferenciar las relaciones horizontales, es decir, de los miembros de la pareja quienes adoptarán sus acuerdos de la forma que reporte mayores beneficios para cada uno de ellos; de las relaciones verticales, aquellas en las que se tendrán en consideración a los menores en todas las actuaciones que les puedan afectar y deberán intervenir de acuerdo con su madurez.

15 RUBIO PERAL, A.: “El conflicto”, en *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, (dir. T. CENDRERO MELGUZO), Formación Alcalá, 2020, p. 164.

16 LAUROBA LACASA, E.: “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?”, *InDret*, octubre 2018, p. 8.

Ahora bien, no es necesario colocarnos en la ruptura de pareja sino que constante matrimonio o mientras se mantenga la pareja es posible que surjan una serie de desavenencias que es recomendable solucionarlas a través de la mediación. Por ejemplo: la fijación de domicilio, falta de entendimiento en cuestiones económicas relativas a las cargas del matrimonio o determinados acuerdos respecto de los niños sobre el ejercicio de la potestad parental como: el hecho de que tenga, o no, que realizar la primera comunión, que asista a determinadas materias o asignaturas del colegio, es decir, problemas derivados de la educación o formación de los menores. Como manifiesta SINGER<sup>17</sup>, nos encontramos en Derecho de familia ante una "litigiosidad impropia", los conflictos no tienen su sustento en aspectos legales sino emocionales o sociales, por tanto, no es apropiado acudir a unos tribunales por una simple desavenencia sin fundamentación legal en relación, por ejemplo: al uso del móvil por un hijo a una determinada edad, pero que si no se acude y resuelve en un determinado momento acaba minando la relación y el conflicto se agudiza, siendo adecuado centrarse en acciones preventivas.

### 3. Mediación y crisis de pareja.

El cambio social que se ha producido en los últimos años, donde las rupturas matrimoniales o de pareja se han multiplicado hace necesario articular un procedimiento no jurisdiccional voluntario, rápido y eficaz de resolución de conflictos.

#### A) *Ventajas e importancia de la mediación.*

Se debe tener en cuenta que la familia es el ámbito donde, ante un conflicto, surgen con más intensidad los sentimientos, afectos y emociones siendo muy conveniente acudir a dicha solución del conflicto, de forma terapéutica, trabajando sobre las causas del conflicto, a los efectos de un posterior entendimiento entre las partes a quienes se les habrá concedido el poder de decisión, dejando al margen el rol de ganador o perdedor. El objetivo será transformar el conflicto, en la medida de lo posible, transformar la relación entre las personas involucradas. El conflicto de pareja, supone un importante coste emocional que se puede intensificar si el mismo se cronifica. A su vez, los problemas de pareja trascienden a todos los ámbitos de los sujetos implicados ya sea relaciones sociales, laborales y con ello su rendimiento, salud física y mental. Por tanto, el mediador se encontrará –por regla general- ante un desajuste emocional que debe intentar equilibrar para poder empezar a trabajar: situaciones de ansiedad, miedo, temor, confusión, desconfianza... Por consiguiente, una vez que los sujetos consigan un crecimiento personal que permitirá relacionarse de la mejor manera con las otras personas

---

17 SINGER, J. B., "Dispute resolution and the postdivorce family: implications of a paradigm shift", *Family Court Review*, vol. 47, núm. 3, p. 363.

implicadas, el centro del modelo habrán sido las personas; podremos acudir a los intereses de las partes, es decir, lo que quieren conseguir, intereses que pueden ser: compartidos, diferentes u opuestos. Aunque, se debe tener en cuenta que la mediación se diferencia de la terapia de pareja o de la labor que realiza un psicólogo. En estos se tratan los sentimientos y el cambio cognitivo o conductual de los sujetos para poder llegar a un mejor entendimiento. En la mediación, se pretende que las partes lleguen a un acuerdo el cual se plasmará en un documento escrito. A no ser que nos basemos en el modelo transformativo de Bush y Folger<sup>18</sup> que tiene como finalidad transformar el conflicto, transformar las relaciones, es decir, el objetivo no es el acuerdo. Dicho modelo de mediación se basa en la interacción de las personas, siendo el objetivo que las partes se sientan orgullosas de sí mismas, de la actuación y manejo del conflicto. No se puede permitir llegar a la destrucción mutua, a la desvalorización y falta de respeto. Se debe conseguir una interacción positiva, constructiva, favorable y provechosa. Es decir, pasar de lo negativo y destructivo a lo positivo y constructivo.

En este sentido el anteriormente citado Informe de la Comisión Europea de 26 de agosto de 2016 pone de relieve la conveniencia de acudir a mediación en éste ámbito: "Si bien la mediación es beneficiosa generalmente en materia civil y mercantil, debe destacarse su especial importancia en el ámbito del Derecho de familia. La mediación puede crear un ambiente constructivo para las negociaciones y garantizar un trato justo entre los padres. Además, es probable que las soluciones amistosas sean duraderas...".

El Consejo General del Poder Judicial<sup>19</sup> en ésta línea manifiesta: "En la jurisdicción de familia la existencia de hijos menores es un factor decisivo para inclinarse por esta vía. Los hijos menores son los grandes beneficiados por el cambio de actitud de los progenitores que pasan de la confrontación a la colaboración, lo cual como es lógico, beneficia no solo la relación personal entre las partes facilitando el aprendizaje a la hora de afrontar futuros y nuevos problemas, sino también a su entorno más allegado, y en especial a esos hijos que son los que más sufren en un proceso de ruptura."

Entre las ventajas que comporta la mediación en el ámbito familiar podemos transcribir las que recoge el Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia del Consejo General del Poder Judicial de 2008 establece: "1. Construye relaciones. Favorece la comunicación. 2. Disminuye tensiones. Aumenta el comportamiento pacífico. 3. Se alienta la cooperación. 4. Se limitan las consecuencias negativas

18 BUSCH, R.A. y FOLGER, J.P. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Barcelona, Granica, 1996.

19 Consejo General del Poder Judicial, "La mediación en el sistema de justicia", p. 50 (Consultado junio de 2021).

y posibles secuelas en hijos, favorece su ajuste personal, no se les somete a elección, no se sienten culpables, les proporcionan información coherente, según su edad. 5. Eleva la satisfacción psicológica y personal. Aceptación mejor de su situación futura. 6. Asumen responsabilidades los propios participantes. Retoman su protagonismo. 7. Se ajustan a acuerdos u opciones a sus necesidades reales. 8. Aumenta su información general e información coherente a hijos. 9. Empieza a desaparecer sentimiento ganador/perdedor. 10. Mira al futuro. 11. Favorece la flexibilidad, colaboración ante posibles cambios, incidencias. 12. Disminuye el coste afectivo, económico y temporal. 13. Probabilidad alta de cumplimientos de la resolución judicial.”

Como observa Morillas Fernández<sup>20</sup>, “las personas que han utilizado la mediación para gestionar su ruptura consideran la mediación como una herramienta de ayuda que mejora la comunicación, favorece el mantenimiento de la relación con los hijos, suaviza las emociones, cambia la percepción del conflicto y disminuye la conflictividad.” Se producirá un cambio de la percepción mutua de la pareja, en ocasiones, simplemente derivada de las distintas formas de afrontar la vida. Y cabe añadir que no sólo supone un avance a nivel de pareja sino que como se ha manifestado: “permite una mejora tanto de la convivencia social, como del crecimiento individual.”<sup>21</sup>

Los conflictos familiares, como manifiesta Vázquez de Castro<sup>22</sup>, “resultan adecuados para la mediación al ser casos complejos en los que las implicaciones emocionales pueden interferir en el objetivo de satisfacer el interés superior del menor y un servicio de mediación racionalizaría el proceso”. Es decir, los sentimientos, afectos, emociones...que conlleva el Derecho de familia no pueden ser abordados única y exclusivamente desde el ámbito jurídico, sino que, para solucionar el conflicto de raíz, se debe acudir a otros mecanismos, tal como es la mediación. Lo que conllevará ceder en cierta medida parte de la razón individual para pasar de lo justo a lo equitativo para poder adoptar soluciones globales adecuadas, satisfactorias para todas las partes y de continuidad. Así, se debe tener presente que la familia persiste, en el seno de la misma se produce una transformación, en los casos de separación o divorcio, pero no una ruptura o finalización de la misma (“enduring families”). Y, se han de adoptar acuerdos modulables al no ser la familia algo inmóvil o inerte, sino que se irá transformando de acuerdo con las circunstancias y necesidades de sus componentes. En este

20 MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “La mediación familiar. Derecho de familia y mediación familiar”, en *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, (coord. J.L. MONEREO PÉREZ y otros), Tecnos, Madrid, 2015, p. 224.

21 En este sentido se expresa SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “El género y su presencia en los procesos de mediación familiar”, en *Mujer como motor de innovación y cambio social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 756.

22 VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “El derecho/obligación de oír y escuchar a los hijos menores en la mediación familiar”, en *La maternidad y la paternidad en el Siglo XXI*, (dir. S. TAMAYO HAYA), Comares, Granada, 2015, p. 285.

sentido Cobas Cobiella<sup>23</sup>, “se desjudicializan los conflictos en la familia pues corresponde a los miembros de la misma, ayudados por el mediador, autoresolver su propia crisis.” Como puntualiza Ortuño Muñoz<sup>24</sup>, “con la mediación como instrumento específico elevado a rango legal, se contemplan las crisis familiares como un acontecimiento normal, habitual y no traumático del devenir de las relaciones de pareja, y se procura la superación de los problemas que en ellas se generan con el menor coste emocional para todas las partes implicadas, en especial para los hijos menores.”

El propio ALMEP en el art. 1.4 hace referencia expresa a las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio al concretar: “No obstante, no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aun por derivación judicial, los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, sin perjuicio de que sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil.”

Se debe abogar por una justicia restaurativa, una justicia terapéutica que tenga en cuenta el bienestar emocional de los usuarios<sup>25</sup>, una justicia subjetiva. O sea, conseguir la humanización de la justicia, la dignidad en el proceso, es decir, una justicia restaurativa como concepto más global que engloba en su seno la mediación y otros mecanismos. Todo ello se conseguirá con abogados/mediadores colaborativos, que realicen negociaciones sinceras, íntegras, honestas y conscientes con las que se favorecerán acuerdos pacíficos.

Al respecto, se debe tener en cuenta el derecho colaborativo como otra “Alternative Dispute Resolution”, la cual surgió en EEUU a finales de los años ‘80, es decir, el compromiso por parte de los letrados de llegar a un acuerdo y, en caso de no alcanzarlo, no pueden defender a dichos clientes en el foro, en un proceso. Con posterioridad surgió el derecho cooperativo, es decir, el hecho y el compromiso de llegar a un acuerdo, pero, en este caso, los letrados si no lo consiguen les podrán defender jurisdiccionalmente.

23 COBAS COBIELLA, M.E.: “Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema”, *Revista Boliviana de derecho*, 2014, núm. 17, p. 48.

24 ORTUÑO MUÑOZ, P.: “La mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero 2013, núm. 29, p.7.

25 Así se recoge en una de las conclusiones del IV Simposio de Mediación organizado por el Grupo Europeo de Magistrados para la mediación (GEMME). Al respecto FARIÑA RIVERA, F. y otros: “La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: el papel del psicólogo”, en *Aportaciones a la psicología jurídica y forense desde Iberoamérica*, editorial El manual moderno, México, 2014, p. 126, manifiesta que la justicia terapéutica: “tiene por objeto abordar los asuntos legales de una forma más comprensiva, humana y psicológicamente óptima, con consecuencias positivas para la vida emocional y el bienestar psicológico de los usuarios del sistema legal.”



En otro orden de consideraciones, también nos debemos plantear porqué debe asumir el estado los gastos que conlleva un proceso de divorcio derivado de la ruptura de una unión libre tras una decisión calibrada por sujetos con capacidad de obrar que celebraron una boda con todos los lujos posibles de acuerdo con la capacidad económica de las familias o incluso endeudándose. Por ello, en Inglaterra y Gales la “Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act” (2012), tal como recoge LAUROBA<sup>26</sup> eliminó la asistencia jurídica gratuita en estos conflictos, salvo para casos de abuso/violencia. Así, el estado lo que hace es poner a disposición de dichas parejas, profesionales no jurídicos que ejercitan labores de mediación. En este sentido, cabe acudir al Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

*B) Modelos de familias, de progenitores, de menores y de terceros.*

El mediador debe tener presente los distintos modelos familiares y las situaciones concretas en las que se puede ver involucrado. Así, se debe partir de la existencia de distintos tipos de familia desde el punto de vista relacional y educativo. Nos podemos encontrar con familias más autoritarias, más permisivas o democráticas en las cuales todos sus componentes tienen derecho a expresarse y se adoptan las decisiones por consenso.

Respecto de la figura del progenitor/ra, tal como establece Cazorla González-Serrano<sup>27</sup>, entre los casos especiales enumera: “el progenitor ausente, el progenitor sufridor, el progenitor alcohólico o drogadicto, el progenitor que maltrata emocional o físicamente a los niños, el progenitor que se encuentra en la cárcel, cuando uno de los progenitores ha fallecido, cuando los padres tienen un sistema de valores diferente...”. En ocasiones son los propios padres los que colocan a los niños en situaciones verdaderamente problemáticas desde el punto de vista psicológico como es: el niño espía a través del cual la pareja pretende tener información de la expareja; el niño dividido; el niño mensajero; el niño víctima del sacrificio de su madre/padre; el niño manipulado...

El mediador debe focalizar los objetivos, la relación y la autoestima de las partes, debiendo tener en cuenta los estilos de respuesta de los sujetos: agresivos, pasivos, asertivos... y sus actitudes ante el conflicto: competitivo, colaborativo, de evasión, de acomodación, de compromiso y negociación... Ante personalidades agresivas será conveniente acudir a los “caucus” en mediación, es decir, reuniones de forma individual, confidenciales y privadas con una de las partes para evitar que se sienta intimidada, siendo, por consiguiente, una excepción a las sesiones

<sup>26</sup> LAUROBA LACASA, E.: “Instrumentos para”, cit., p. 11.

<sup>27</sup> CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C., *Manual de especialización en mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 60 ss.

conjuntas. Cabe aclarar que me refiero a actitudes agresivas que no supongan violencia familiar; en dichos casos, como es sabido de acuerdo con el art. 87 ter.5 LOPJ: "está vedada la mediación".

En mediación se deben tener en cuenta los roles que terceros pueden asumir ante un conflicto<sup>28</sup>. En primer lugar, encontramos los terceros que se involucran en el conflicto: el tercero aliado a una de las partes, el tercero protector de una de las partes, el tercero opresor el cual sólo mira por su interés y provoca un mayor conflicto entre las partes, el tercero beneficiado o aprovechado por la situación de la cual intenta sacar rédito. Y, en segundo lugar, los terceros que no se involucran en el conflicto: el tercero indiferente, disuasor, moderador, decisor...

Siendo fundamental que el mediador tenga presente, en todo momento, los roles de género que se derivan, por ejemplo: "en el ejercicio de la autoridad en el seno de la familia, el desarrollo de las funciones de cuidado de los menores y mayores, los temas financieros"<sup>29</sup>. El papel del mediador es un elemento imprescindible y como manifiesta Corvo López<sup>30</sup> "es importante: 1) corregir los errores basados en creencias sobre roles (madre cuidadora y padre pagador y visitante); 2) resaltar el valor de la patria potestad disminuyendo el de la guardia y custodia; 3) fomentar el cuidado conjunto de los hijos como derecho-necesidad de éstos; 4) sacar a la luz los miedos de las partes." Todo ello en aras de una parentalidad positiva, siendo el objetivo la consecución de la corresponsabilidad parental, que implica que ambos progenitores se involucren por igual en el cuidado de los menores. En este sentido encontramos la Recomendación (2006) 19, del Comité de ministros del Consejo de Europa a los estados miembros sobre políticas de apoyo a la parentalidad positiva.

#### 4. El coordinador parental.

Cuando en el seno familiar; y particularmente en las crisis de pareja, el nivel de conflictividad es elevado es adecuado acudir a otras figuras como el coordinador de parentalidad. Dicha figura surgió en los años 90 en Estados Unidos donde se acude a la misma como facilitadores de coparentalidad ("Parenting Coordination"). Su actuación es también voluntaria, aunque siempre intrajudicial y no confidencial

28 Véase SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M.: *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 72.

29 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "El género y su presencia", cit., p. 757 y 760, así la autora considera que el mediador "debe ser parcial para lograr la imparcialidad, para conseguir que el principio de autodeterminación se cumpla. Se trata de fin y al cabo de reequilibrar el poder". GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F.: "Aspectos psicosociales", cit., p. 287, la perspectiva de género: "implica desarrollar un conjunto de estrategias, propuestas e instrumentos presentes de forma transversal en todas las actuaciones realizadas, que permitan acercarse a la realidad, cuestionando las relaciones de poder que se establecen entre los hombres y las mujeres y en las relaciones sociales".

30 CORVO LÓPEZ, F.M.: "Los hijos menores ante la mediación familiar", *Derecho y familia en el Siglo XXI* (dir. R. HERRERA CAMPOS y M.A. BARRIENTOS RUÍZ), Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, p. 268.

debido a que otorga la información al Tribunal, al tratarse de un colaborador o auxiliar del juzgado (salvo si son las partes que requieren sus servicios y lo contratan). Dicha figura está centrada en las necesidades del menor siendo el objeto su protección, dispone de cierta autoridad, podrá concretar las actuaciones futuras en relación con la corresponsabilidad en un informe que concrete las medidas que se puede reflejar en un plan de parentalidad consensuado (o plan de ejercicio de la potestad parental, como recogía en Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de julio de 2014). El propio plan de parentalidad puede “prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan”, en este sentido, art. 233-9 CCCat.

La intervención del coordinador parental es a largo plazo a los efectos de conseguir sus objetivos realizando una fase no sólo inicial, de implementación, sino también una fase de mantenimiento y seguimiento, puede realizar recomendaciones al juez al actuar de forma más estrecha con él, en cambio, el mediador sólo informa al juez sobre los acuerdos<sup>31</sup>. A su vez, el coordinador puede acudir al entorno del menor y comprobar el parecer de profesores, tutores, allegados, en cambio, el mediador tiene más reducido su ámbito de actuación exclusivamente al núcleo familiar. Estando reconocida su actuación por medio del art. 158.6 CC y el art. 2 LOPJM y, de acuerdo con la normativa autonómica en el CCCat encontramos el art. 236.3.

Una sentencia interesante sobre el particular es la STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2015 por la que el Tribunal establece que el coordinador es: “un auxiliar o colaborador del juez en la implantación efectiva de las nuevas medidas con facultades de gestión del conflicto, de mediación, de reconducción de la familia hacia la normalización de una situación en un clima pacífico que permita que en un tiempo razonable la familia acepte las nuevas pautas y sea capaz de autogestionarlas. En algunos casos el coordinador parental puede tomar decisiones vinculantes para la familia.”

Todo ello es sumamente satisfactorio para las partes, para los operadores jurídicos y, en general, para el sistema judicial al reducir la litigiosidad entre los progenitores y con ello la carga emocional. Y, consecuentemente, disminuye considerablemente las intervenciones de los equipos psicosociales de los juzgados.

---

31 Véase: TERRATS RUIZ, G. y CARMONA I ALGUERO, A.: “Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones”, *Revista de Mediación*, 2019, 12, p. 1; ALBA FERRÉ, E.: “El coordinador parental como mediador ante situaciones de alta conflictividad familiar”, en *Cuestiones actuales en materia de mediación, Familia y Sucesiones*, Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, 2020, p. 255; GARCÍA-HERRERA, A.: “Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad”, *InDret*, abril 2016, p. 18, “permite a los padres en conflicto aprendan a separar el rol de pareja del rol parental, se hagan más conscientes del impacto del divorcio en los hijos y de las consecuencias emocionales del re-litigio y adquieran nuevas habilidades de comunicación y gestión de emociones.”

## 5. La actuación del juez y del mediador.

La actuación del juez recomendando una resolución alternativa de conflictos, es decir, un sistema "multi-door" es fundamental, por ejemplo: la invitación a la mediación familiar y, concretamente, a la sesión informativa previa para que tengan conocimiento y constancia de la mediación, amparándose en el art. 158.6 CC. Y, tal como recoge el ALMEP como vía previa y requisito de procedibilidad, paso previo necesario para posteriormente poder entablar la correspondiente acción (art. 1.3.). En ocasiones con una sesión informativa, ya se acercan posturas o incluso se llega a un entendimiento. El éxito de la mediación intrajudicial dependerá de las técnicas de mediación (tipo de preguntas, técnicas de comunicación...), de las dotes y habilidades expositivas y explicativas del equipo de mediadores, que pueden conseguir que se opte por la continuación con el proceso de mediación, al ser quienes explican las bondades de la misma.

O, por el contrario, quizá a una de las partes le "chirría" la voz del otro debido al estado de confrontación en la que se encuentran o, uno de ellos está totalmente "enganchado" emocionalmente al otro, por lo que necesita de un proceso más largo que una simple sesión informativa para acercar posturas. Por consiguiente, nos podemos encontrar ante problemas psicológicos o psiquiátricos de gran calado derivados de la relación familiar que requieran un tiempo y un tratamiento al margen de la mediación. Sólo en el caso de estar sanadas las partes, se podrá afrontar la mediación. A partir de ese momento será fundamental trabajar con las percepciones de las partes, las cuales derivan de sus sentimientos, creencias, valores y modo de afrontar el conflicto; para pasar a comprobar los posicionamientos de las mismas; sus intereses y deseos; las necesidades expresadas por ambas partes y los recursos con que contamos<sup>32</sup>.

Se adoptará una solución integral, acudiendo a la raíz del conflicto, gestionando el conflicto, realizando un cambio de paradigma donde lo fundamental sea el respeto, la reparación y, en casos de crisis de pareja con hijos menores los vínculos afectivos hacia ellos sustentados en la corresponsabilidad de las partes. Siendo totalmente diversa la forma de afrontar una crisis matrimonial con hijos mayores donde la percepción de la situación e inseguridades serán diversas al deberse centrar, en estos casos casi de forma exclusiva, en cuestiones patrimoniales. En cualquier caso, las partes deben tomar conciencia de la situación de conflicto, tener una buena disposición al diálogo y asumir voluntariamente la mediación.

Por ello, hemos pasado de un proceso judicial adversarial, donde el juez resuelve el proceso identificando al responsable, constatando hechos probados y aplicando la ley, a un juez que tiene que "supervisar el proceso de reorganización

32 Véase SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M.: *Mediación y solución de conflictos*, cit., p. 62 ss.

de la familia, gestionar los conflictos en curso...tiene cabida la “therapeutic jurisprudence”<sup>33</sup>. Adquiriendo de cada día más importancia la justicia terapéutica.

El mediador debe centrar el proceso en la creación de un entorno familiar sano, dejar el sistema de confrontación, para pasar a una dinámica colaborativa, participativa, basada en la persona (en las emociones y circunstancias personales) y no exclusivamente en la ley. El mediador, como ya hemos manifestado, sólo asistirá o ayudará a las partes en el proceso de toma de decisiones, siendo ellos los que concretan el acuerdo. Se ha comprobado que la ley, el derecho positivo, no es suficiente para solventar todos los conflictos familiares, aunque, tampoco lo podemos soslayar u obviar porque ello supondría actuar al margen de la seguridad jurídica y el sistema establecido.

Cabe recordar que los mediadores, en todo momento, deben tener en cuenta la deontología de su profesión, debiendo otorgar un servicio profesional de calidad; para ello se necesita una buena formación y sustentarse en toda una serie de principios que, a falta de Código deontológico, nos lleva a los principios propios del proceso de mediación ya conocidos<sup>34</sup>. El mediador debe tener presente, en todo momento, que él no dirime, que él no es un juez, ni es abogado de ninguna de las partes, ni de las dos conjuntamente, que lo único que debe conseguir es una mejor composición o autocomposición y un acuerdo que surja de las propias partes (vía autocompositiva) a los efectos de su cumplimiento y de su necesidad de relación en el futuro derivado de la existencia de menores.

Siendo en ocasiones muy necesarios los programas educativos parentales, es decir, programas de apoyo para crear conciencia en los progenitores de la importancia de su actuación, así “se les enseñan a responsabilizarse de sus obligaciones, para alcanzar una labor coparental armónica y equilibrada”<sup>35</sup>.

#### IV. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA MEDIACIÓN FAMILIAR.

Al margen de los principios implícitos en toda mediación como son: el principio de voluntariedad, principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, principio de neutralidad, principio de confidencialidad, principio de buena fe, principio de inmediatez, principio de flexibilidad, al centrarnos en el ámbito de la mediación familiar debemos acudir irremediabilmente y con carácter prioritario al: interés del menor. En las siguientes páginas me centro en dicho principio, en relación con la mediación derivada de los conflictos de crisis

33 LAUROBA LACASA, E.: “Instrumentos para”, cit., p. 9.

34 Véase GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F.: *Mediación*, cit., p. 294 en especial apartado: “5.1. Aspectos deontológicos de la mediación familiar”.

35 FARIÑA RIVERA, F.: “La justicia”, cit., p. 114.

de pareja, dejando al margen otras mediaciones familiares, como pueden ser: las derivadas de conflictos intergeneracionales, en los que la figura del menor también debe situarse en el centro del sistema.

Como premisa básica debemos partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, la cual proclama el interés del menor en el art. 3. La Recomendación R (98), I, de 21 de enero de 1998, sobre mediación familiar del Consejo de Europa, a partir de la cual se fue adaptando y desarrollando la normativa referente a la mediación en nuestro país; al tratar la mediación en las crisis de pareja en el Principio III concreta: "El mediador tendrá como objetivo principal, el bienestar y el interés superior del menor e instigará a los padres a concentrarse en las necesidades del menor y recordará a los padres su responsabilidad primordial el bienestar de sus hijos y la necesidad que tienen de informarles y consultarles."

En nuestro Ordenamiento, el interés del menor no se recoge de forma expresa en la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, si bien, se trata de un derecho que debe impregnar todo el Ordenamiento Jurídico. El legislador hacía referencia a dicho principio en la Ley 15/2005, a través de la cual –como hemos manifestado– se intentó implantar la mediación, en particular la Exposición de Motivos establecía: "Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el dialogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por la vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral."

En cambio, sí encontramos dicha referencia expresa en distintas leyes autonómicas de mediación: la Ley de Castilla y León, en el art. 4.3. y en el art. 7 c) hace referencia a que se debe: "Tener en cuenta los intereses de los menores...", siendo la formulación un tanto difusa, porque no sólo se debe "tener en cuenta" sino que según el art. 2 LOPJM debe ser "una consideración primordial", es decir, su entidad es mayor. Adecuada es la fórmula que utiliza la Ley de Mediación familiar de Cataluña que en el art. 6.2 se refiere a: "Los acuerdos que se adoptan, si hay hijos, han de dar prioridad al interés superior y al bienestar de los hijos y, por consiguiente, establecer las soluciones más apropiadas para todos los aspectos referidos a la vida y al desarrollo de la personalidad de los hijos"; al igual que la Ley valenciana, entre otras<sup>36</sup>, art. 21.3: "En todo caso, los acuerdos que se adopten

36 La Ley de mediación familiar de Galicia se refiere al mismo en el art. 6.3. y 8.3; la Ley de mediación familiar Canaria en el art. 4.5; la Ley de mediación familiar de Madrid en el art. 4 f); art. 21 de la Ley de mediación familiar de las Islas Baleares; la Ley de mediación de País Vasco, arts. 5.2 y 6.2; Ley de mediación de Andalucía, arts. 1.2, 3 y 16 d); Ley de mediación de Aragón, art. 5, 15.2 y 17...

deben tener como prioridad el interés superior del menor, de las personas incapacitadas y el bienestar de los hijos.”

Por tanto, el interés del menor actúa como objetivo y límite de la actuación del mediador, debiendo estar presente en todo momento. El mediador debe velar para que en cualquier actuación, adopción de medida, acción o decisión se valore, respete y tome en consideración el mismo. Siendo, en consecuencia, dicho principio un límite para todos los acuerdos que se puedan adoptar en mediación familiar<sup>37</sup>. Y todo ello porque, en ocasiones, los progenitores pierden la objetividad de la situación en la que están involucrados.

En mi monografía sobre la configuración del interés del menor<sup>38</sup>, realizo un análisis exhaustivo del término y del art. 2 LOPJM, que fue reformado en el año 2015 por las leyes de infancia y adolescencia (Ley 26/2015, de 28 de julio y Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio). El legislador define el interés del menor como una “consideración primordial” del Ordenamiento Jurídico, esto significa que no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. Y, a su vez, que los intereses del niño tienen máxima prioridad. Es sabido, y cabe recordar, que de acuerdo con la Observación General núm. 14 (2013) del Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas el interés del menor tiene una triple consideración: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento.

El sistema por el cual optó el legislador en las leyes de la infancia y adolescencia de 2015, es otorgar una serie de pautas para concretarlo, dejando al margen de lo posible la arbitrariedad y salvaguardando con ello la seguridad jurídica, determinando una serie de criterios y elementos para su concreción. Aunque, se debe partir de la premisa que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado por ello, debemos acudir a aquellas zonas que fija la doctrina en estos conceptos como es: el núcleo fijo o zona de certeza, la zona de certeza negativa y la zona intermedia o de incertidumbre. A pesar de ello, el legislador con la reforma del art. 2 LOPJM ha otorgado a los operadores jurídicos y a cualquier sujeto que deba tratar con menores, una serie de criterios y elementos a los efectos de poder identificarlo ante una controversia particular, por ello, califico al interés del menor a partir de dichas leyes como “concepto jurídico relativamente indeterminado”.

En este sentido el art. 233-6 del CCCat de acuerdo con la reforma efectuada por la Ley 9/2020, de 31 de julio de modificación del Libro Segundo del CCCat

37 CORVO LÓPEZ, FM.: “Los hijos”, cit., p. 263.

38 Véase VERDEIRA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019.

expresamente en el apartado 8 hace alusión al interés del menor: “Los acuerdos alcanzados en la mediación respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental se consideran adecuados para los intereses del menor. La falta de aprobación por la autoridad judicial debe fundamentarse en criterios de orden público y de interés del menor.” Llama la atención que el legislador catalán se refiere a los “intereses del menor” por lo que dicha alocución no parece identificarla con el interés del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, en cambio, en el Preámbulo de la referida Ley se refiere al “interés del menor” en distintas ocasiones: “De forma particular, la iniciativa también pretende proteger a los niños afectados por el conflicto, el interés superior que le es propio y su derecho a mantener las relaciones personales con sus progenitores y con otros miembros de la familia. Se convierte, por tanto, en una manifestación del artículo 3 de la Convención sobre los derechos de los niños, adoptada por Naciones Unidas en 1989, el cual obliga a los estados a adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que sean adecuadas para asegurar a los niños toda la protección y la atención necesarias para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y los deberes de los padres.”

Recordando siempre que los primeros y principales destinatarios del interés del menor son los progenitores quienes en el ejercicio de su potestad parental deben tener en cuenta, en todo momento, el bienestar del menor globalmente entendido; salvaguardado su dignidad y permitiendo su libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, como manifiesta Corvo López<sup>39</sup>, “si el proceso de mediación está presidido por la prevalencia del interés superior de los hijos, no puede ser un proceso caracterizado por el valor de la neutralidad cuando el mediador, apreciando la existencia de un interés superior digno de protección, actúe en el mismo condicionado inevitablemente por su protección y salvaguarda.” Por tanto, la neutralidad se debe referir a las relaciones entre el mediador y los dos cónyuges, no entre el mediador y el menor quien debe hacer valer en todo momento la protección del menor y el interés del menor como una “consideración primordial” (art. 2 LOPJM) al margen de la voluntad, deseos e intereses de las partes.

## **I. Participación activa de los menores o meros sujetos de protección.**

La figura del menor ha adquirido un mayor protagonismo en todos los aspectos de su esfera jurídica siempre en atención a su madurez (con anterioridad a las reformas de 2015 se hacía referencia a suficiente juicio). Tal como establece la Exposición de Motivos de la LOPJM al tratarse de “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social”.

<sup>39</sup> CORVO LÓPEZ, FM.: “Los hijos”, cit., p. 264.



Sujetos activos, no sólo objetos de protección como pretende determinado sector doctrinal que considera que los menores no deben tener conocimiento de lo acontecido en la mediación. Por consiguiente, la clave del actual sistema es promover la autonomía progresiva de los menores de edad.

Siendo “el interés del menor” un concepto limitativo e informador de otras instituciones que nos lleva a precisar el contenido de las mismas, por tanto, en sede de mediación nos servirá para imponer límites a las partes y el mediador sabrá hasta dónde puede actuar, funcionando como un límite para los operadores jurídicos, debiendo dejar al margen su percepción o consideración de autoridad o de superioridad respecto a los menores. La ventaja de la mediación familiar en relación con el interés del menor es que podremos alcanzar dicho objetivo de una forma más plausible: “permite una valoración de las circunstancias y de los intereses en juego alejada de una actitud obstruccionista por parte de los padres o titulares de la guarda que difícilmente puede superarse con medidas rígidas establecidas coactivamente.”<sup>40</sup>

Se debe realizar una determinación del concepto “in concreto”, de acuerdo con todos los datos aportados al supuesto particular, sobre el cual se debe pronunciar el operador jurídico<sup>41</sup>. Es decir, sobre un niño o adolescente concreto y particular, de acuerdo con sus circunstancias particulares, se debe individualizar al extremo la situación del menor. Como se ha manifestado teniendo en cuenta: “la personalidad del menor, la existencia de tipologías de familia, o de padres conflictivos, también la educación recibida por los niños y adolescentes...la pertenencia o no a un determinado grupo o etnia...”<sup>42</sup>.

#### A) *Derecho del menor a ser oído y escuchado.*

El art. 9 LOPJM reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, con una redacción más detallada establece: “I. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.”

40 En este sentido BELLOSO MARTÍN, N.: “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la jidoneidad? De la mediación familiar”, *Anuario de la facultad de derecho*, Universidad de Alcalá, X, 2017, p. 31.

41 Como manifiesta BELLOSO MARTÍN, N.: “La concreción”, cit., p. 3, manifiesta que: “la capacidad de previsión del legislador nunca podrá abarcar las particularidades de cada caso concreto.”

42 COBAS COBIELLA, ME.: “Mediación familiar”, cit., p. 756.

La inclusión en el art. 9 LOPJM de la referencia expresa a la "mediación", no es algo novedoso sino que se debe tener en cuenta que tal previsión se recogía por las distintas leyes autonómicas sobre el particular<sup>43</sup>.

Se debe diferenciar la participación activa de la participación pasiva del menor en la mediación familiar. Es decir, su participación como parte en la mediación o su intervención como simple receptor de los acuerdos adoptados por las personas de su entorno, fundamentalmente por sus progenitores que -en teoría- son las personas que mejor conocen al menor y desean que alcance su libre desarrollo de la personalidad<sup>44</sup> lo que, en ocasiones, es discutible<sup>45</sup>.

Siendo de cada día más imperativo respaldar una abogacía de la niñez de acuerdo con el art. 24.2 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Se debe tratar de abogados con una sensibilidad particular, especializados en menores lo que garantizará su defensa. En este sentido, se manifiesta que "el niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo y que, además, prevalecerá el interés superior de las personas menores de edad cuando interactúan con el sistema de justicia."<sup>46</sup> En el ámbito penal dichas cuestiones se encuentran más desarrolladas, en este sentido encontramos el art. 22 de la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores que establece concretamente en el apartado 1 b) de dicho art. 22: "Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración." Derechos desarrollados por la Directiva Europea 2016/800/UE de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en procesos penales, siendo el objetivo establecer unas normas mínimas comunes.

43 Es el caso de la el art. 3, 9 b) y 21.3 de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar de Valencia (parcialmente derogada por la Ley 24/2018, de 5 de diciembre); el art. 6 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo reguladora de la mediación familiar de Galicia; el artículo 3 de la Ley 15/2003, de 18 de abril de mediación de las Islas Canarias; el art. 3.3 de la Ley 4/2005, de servicio social especializado de mediación familiar de Castilla La Mancha; art. 8.1 de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de la mediación familiar de la Comunidad de Madrid; art. 5.2 y 6.2 de la Ley 1/2008 de 8 de febrero, de mediación familiar del País Vasco; art. 1.2, 3 y 16 d) de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 5, 15.2 y 17 c) de la Ley 9/2011, de 24 de marzo de mediación familiar de Aragón.

44 Véase VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración del interés del menor*, cit., p. 135 ss, donde trato el libre desarrollo de la personalidad desde el punto de vista de la necesidad de promover la autonomía de los menores.

45 DÍAZ CAPPA, J.: "Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación" [http://weib.caib.es/IIIjornades\\_menors/documents/castellano/ponencia\\_cast\\_jdiazcappa.pdf](http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf), p. 6, (consultado mayo 2021) diferencia entre: "Mediación con menores. Mediación para menores" para referirse al menor como beneficiario de la mediación o al menor como parte del proceso mediador: "ello resulta del concepto amplio de conflicto familiar (objeto de la mediación) que venimos manejando, y que determina, a su vez, necesariamente, la necesidad de evaluar la capacidad general y concreta de un menor para adquirir y desarrollar eficazmente tal posibilidad (a modo de derecho)."

46 MARTÍN DÍZ, F.: "Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño", *Anuario de justicia de menores*, 2019, núm. 19, p. 52.

Aunque, como es sabido no es extensible al proceso civil (párrafo 17 de la Directiva) y en el proceso penal nos podemos situar ante el menor: infractor o víctima. Por ello, cada proceso debe ser “un traje a medida” para cada menor, de acuerdo con: su madurez, desarrollo evolutivo y circunstancias.

Así, la doctrina se encuentra dividida en torno a la cuestión de si los menores deben participar activamente en la mediación. Un sector considera que no se les debe hacer partícipes: porque el conflicto se debe centrar sólo en la pareja y ser ellos los que adopten el acuerdo, para evitar males mayores a los menores, porque el convenio regulador es un acto contractual al margen del parecer de los menores... Con carácter general, mi opinión es partidaria a la participación de los menores en el proceso de mediación entre otros motivos, porque así se recoge en la normativa internacional y nacional y debido a la flexibilidad del proceso, donde podrán aportar hechos significativos y les ayudará a afrontar la nueva situación. Por consiguiente, siguiendo a EEUU, quienes tienen más experiencia en MASC, salvo circunstancias extraordinarias debidamente acreditadas deben participar los menores, siempre de acuerdo con su capacidad, individualizando y concretando los casos al extremo.

Debiéndose tener en cuenta, que tal derecho de los menores aparece contemplado expresamente en el art. 2 LOPJM, en particular, en el párrafo 5 al tratar el interés del menor como norma de procedimiento. Siendo reflejo del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del niño de 1989. Las partes en el proceso de separación o divorcio son los cónyuges, no teniendo la consideración de parte los menores<sup>47</sup>, sino que son simples espectadores los cuales serán oídos y escuchados pero las repercusiones de las decisiones de sus progenitores recaerán directamente sobre ellos, es decir, son los auténticos protagonistas en la sombra y, por consiguiente, deben estar involucrados en función de su madurez. Estando presentes inconscientemente o conscientemente en todo el proceso de mediación al deberse adoptar todos los acuerdos teniendo como base su interés. En este sentido se ha manifestado que son los receptores indirectos de la mediación o los verdaderos beneficiarios siendo los destinatarios principales de la misma<sup>48</sup>. Esto

47 Aunque la Ley 15/2009, de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña establece en el art. 4: “Personas legitimadas para intervenir en un procedimiento de mediación. 1. Pueden intervenir en un procedimiento de mediación e instarlo las partes 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.” La Ley 1/2011, de 28 de marzo de Cantabria concreta: “Las personas menores podrán intervenir en la mediación en la medida en que, conforme a la legislación sustantiva, ostenten capacidad para disponer del objeto del conflicto.” Y, la Ley 24/2018, de 5 de diciembre de Valencia, art. 22.2: “Las personas menores de edad y las personas con capacidad modificada judicialmente podrán intervenir en los procedimientos de mediación en la medida en que según la normativa vigente tengan capacidad para disponer del objeto del conflicto. En su defecto, podrán intervenir a través de sus legales representantes.”

48 COBAS COBIELLA, M.E.: “Menores y mediación en el ámbito familiar”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 3, p. 758 y 763 quien manifiesta que “no es lo mismo ser oído, a ser un sujeto activo

nos conduce a la posibilidad de afrontar la mediación como un sistema centrado en los propios menores ("Focused-child mediation") o una mediación que incluya a los menores con un papel más activo ("Inclusive-child mediation")<sup>49</sup>.

La participación del menor es fundamental no sólo por la necesidad de ser oído, sino porque gracias a su intervención el mediador dispondrá de más información sobre el conflicto proveniente de un sujeto que puede aportar datos y detalles. Incluso el mediador y los progenitores podrán comprobar o constatar sus necesidades: tanto materiales como afectivas y con ello, las carencias. Y, al estar presentes los menores, puede ocasionar que las partes en conflicto se inhiban de realizar determinados reproches. En el proceso de mediación podrán vislumbrarse cuestiones desagradables, reproches mutuos, divergencias e incluso información respecto, por ejemplo, a relaciones de sus progenitores con terceros, no siendo necesario que el menor disponga de dicha información. Todo ello se debe tratar con cautela porque tanto puede operar: a favor como en contra de la mediación, porque para llegar a una solución que otorgue continuidad, que fomente la cultura de la paz, es adecuado desprenderse de determinado lastre emocional. Aunque, las partes en la mediación familiar deben tener muy presente el interés de la familia<sup>50</sup>.

Por ello, se viene cuestionando la conveniencia de hacer partícipe a los menores en un proceso de mediación donde en determinados casos se ventilarán intimidades de la pareja que no es oportuno que tengan conocimiento, sino que es preciso un referente fuerte, como son sus progenitores, que sepan educarlos y con ello, que tomen decisiones firmes en torno a su persona. En consecuencia, un menor no tiene porqué asumir determinadas responsabilidades derivadas del malestar de sus progenitores o personas de su entorno en quienes confía, no quiere involucrarse y necesita una dirección segura e invariable en su vida a la que aferrarse. Y, se debe evitar implicar a los menores en situaciones que puedan suponer un conflicto de lealtades, siempre salvaguardando la confidencialidad de las entrevistas. Así, por un sector se considera que al igual que constante matrimonio son los progenitores los que toman acuerdos en bien del menor, igualmente debería acontecer en sede de mediación. A su vez, el mediador no puede trincar la autoridad parental y la imagen que el menor dispone de sus progenitores.

---

dentro de la mediación, son situaciones distintas con consecuencias diferentes".

49 En este sentido LAUROBA LACASA, E.: "Instrumentos para", cit., p. 17 recoge distintas propuestas para integrar a los menores en la mediación: "1. El mediador de los progenitores habla también con los menores y luego se lo comunica a aquellos...2. Un comediador habla con los menores y luego informa al otro mediador y a los progenitores. 3. Un profesional diferente, experimentado en trabajar con menores, habla con ellos y luego informa al mediador y a los progenitores. 4. Los niños participan en un workshop con otros niños y sus opiniones son comunicadas a los padres por el mediador..."

50 En este sentido véase VERDERA IZQUIERDO, B.: "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores", AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (dir. M.V. MAYOR DEL HOYO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, p. 519.

En cualquier caso, siempre se deberá analizar por los expertos correspondientes si dicho menor ha sido manipulado o influenciado por una de las partes. Por tanto, no se pueden realizar afirmaciones generalistas sino que se debe analizar cada familia “in concreto” y cada menor particularmente, en función de sus capacidades.

Así, en el ámbito familiar es adecuado acudir a mediación donde el menor podrá intervenir<sup>51</sup> de forma algo más relajada que en un proceso de divorcio y se conseguirá que exprese sus verdaderos deseos y anhelos, pudiéndose considerar él mismo “parte” de dicha mediación<sup>52</sup>, aunque es sabido que no es “strictu sensu” parte de dicha mediación sino tan sólo un “tertius dolens”, es decir, un sujeto sobre el cual recaerán las consecuencias. Como manifiesta Villagrasa<sup>53</sup> “la mediación cumple con una vía más que idónea para canalizar tal opinión expresada por las personas menores de edad, sobre su vida, y de conformidad con sus derechos, aunque encuentra no pocos escollos, lo que se ha calificado de adultrocentrismo”, al no tener sujetos, actitudes ni medios preparados para relacionarse adecuadamente con menores.

Corvo López<sup>54</sup>, recoge discusiones doctrinales en torno a la conveniencia de ser escuchados en los procesos de mediación: “En contra de que se involucre a los niños en el proceso se arguye entre otras cosas que: a) ello minaría la autoridad y poder de decisión de los padres y que influiría en la neutralidad e imparcialidad del mediador; b) la presencia de los hijos puede constituir un elemento perturbador por cuantos éstos nada tiene que ver con los problemas de los padres; no han intervenido en su gestación y no tiene recursos para solucionarlos, por lo que no deben conocer las divergencias y detalle íntimos que inevitablemente saldrán a la luz en las sesiones de medicación; c) cuando existen desacuerdos entre los padres respecto a lo que es mejor para los hijos, llamarles a mediación no es la mejor solución pues ellos necesitan que sus padres, como adultos que son, sepan qué es lo mejor para ellos.”

51 <https://www.afccnet.org/resource-center/resources-for-families/categoryid/1> (consultado abril 2021). Página de la “Association of family and conciliation courts” donde se recogen técnicas y materiales para abordar la comunicación con menores en tales supuestos.

52 VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “La mediación como medio de resolución de conflictos para los menores de edad”, en *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, (coord. M.P. POUS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI y F. YÁÑEZ), Exlibris ediciones, Uned, Madrid, 2009, p. 19; HINOJAL LÓPEZ, S.: “Los menores ante la mediación”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2005, núm. 5, p. 147; PÉREZ VALLEJO, A.M.: “La mediación familiar como instrumento al servicio del interés superior del menor”, *Derecho y familia en el siglo XXI* (coord. R. HERRERA CAMPOS y M.A. BARRIENTOS RUÍZ), vol. 1, 2011, p. 327; GARCÍA PRESAS, I.: “Los menores y la legislación de las comunidades autónomas relativa a la mediación familiar”, *Derecho y familia en el siglo XXI*, (coord. R. HERRERA CAMPOS y M.A. BARRIENTOS RUÍZ), vol. 1, 2011, p. 243.

53 VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Los menores en los procesos de mediación”, *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del Siglo XXI*, Reus, Barcelona, 2019, p. 227.

54 CORVO LÓPEZ, FM.: “Los hijos”, cit. 273, en este sentido también se expresa COBAS COBIELLA, ME.: “Menores y mediación”, cit., p. 757 y 764, quien considera “...en ocasiones la no presencia del menor puede facilitar que se logre con más éxito la protección de sus intereses con las medidas o el acuerdo a que se llegue en mediación... si bien un niño de 12 años puede ser oído, escuchado y tenido en cuenta, ello no significará que en cualquier conflicto familiar pueda participar como sujeto activo de la mediación.”

## B) Derecho del menor a ser informado.

El derecho del menor a ser informado se recoge en la Observación general núm. 14 (2013): "Proporcionar a los niños información adecuada utilizando un lenguaje que puedan entender, así como a sus familiares y cuidadores, para que comprendan el alcance del derecho protegido por el artículo 3, párrafo 1, crear las condiciones necesarias para que los niños expresen su punto de vista y velar por que a sus opiniones se les dé la importancia debida". En el art. 5 LOPJM: "Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo." El art. 9.1.2. LOPJM establece: "informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión". Y, también específicamente en el art. 2.5 a) LOPJM, al tratar el interés del menor como una garantía del proceso. Así, se trata de un "prius", un paso previo o fase de preparación para que pueda conformarse una visión de la realidad sobre la cual debe ser escuchado. En consecuencia, el mediador debe salvaguardar el referido derecho de información de los menores.

Se debe llevar a cabo una labor tranquilizadora de los menores informándoles, de acuerdo con su capacidad, de cómo será la nueva situación y en qué medida les podrá afectar en su vida diaria en distintos aspectos: sus actividades extraescolares, vivienda, traslados, relaciones con otros familiares... Se les debe familiarizar con la nueva situación y ponerles de relieve que no se trata de una situación pasajera. Informales sobre qué es un proceso de mediación e incluso informales sobre sus propios sentimientos y cómo gestionarlos.

Lo adecuado sería informarle en un primer momento (en la fase preliminar de apertura o recepción) sobre la existencia de un proceso de mediación y, al final del mismo informarle de los acuerdos adoptados para que el menor se pueda pronunciar al respecto y, en su caso, las partes puedan modificar los acuerdos adoptándolos a la intervención del menor, pero sin hacerle responsable de dichos acuerdos. Rol que deben adoptar, en todo momento los adultos en los que el menor debe confiar y siendo los progenitores quienes deben actuar a partir de su responsabilidad parental (art. 154 CC). Por tanto, las fases de información e identificación del conflicto donde el mediador debe valorar el grado de malestar o confrontación entre las partes y la fase de negociación quedarían al margen de la intervención directa del menor.

Las partes, es decir los progenitores, conjuntamente con el mediador deben concretar, con carácter previo, en qué momento pueden intervenir y que información particular se les transmitirá. Ahora bien, como se ha manifestado, esta opción supone "una falta de respeto a la autonomía progresiva del niño, toda vez que se decide por él, nunca pudiendo ejercer por sí mismo sus derechos, en este caso, su derecho a ser oído, por no tener siquiera la oportunidad de decidir

autónomamente si ejércele o no.”<sup>55</sup> Es decir, debemos desterrar la concepción del menor como sujeto necesitado de una protección particular y paternalista, para pasar a la concepción del menor como sujeto de derecho, quien debe participar de acuerdo con su madurez de forma autónoma, a pesar de que ello suponga –en ciertos casos- un gran lastre para los menores quienes, como he manifestado, necesitan referentes firmes.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

En consecuencia, debido al gran componente emocional y ético de los conflictos derivados del Derecho de familia, es fundamental adecuar la problemática para otorgar una solución global a través de la mediación. Todo ello en virtud del concreto y particular menor a quién se le otorgará audiencia lo que conlleva que las partes asuman la responsabilidad de la solución finalmente adoptada.

Conducirá a evitar o aminorar una serie de consecuencias en la sociedad derivadas, en muchos casos, de rupturas mal gestionadas como pueden ser: la necesidad de intervención de servicios sociales o sociosanitarios, niñas con depresión o anorexia consecuencia de falta de gestión del conflicto por sus progenitores que repercute en ellas, incluso conductas delictivas o comportamientos adictivos derivados de menores que crecen en familias totalmente desestructuradas en las cuales los progenitores no han sabido cumplir su función de padres... Y todo ello derivado de la sociedad actual donde uno de los derroteros es el individualismo en contra de principios y valores básicos del Derecho de familia como puede ser la solidaridad familiar.

---

55 Véase, ALARCÓN CAÑUTA, M.: “Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación”, *Revista Ars boni et aequi*, vol. II, 2015, núm. 2, p. 34.

## BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CAÑUTA, M.: "Conveniencia de la participación de los niños en el proceso de mediación", *Revista Ars boni et aequi*, vol. II, 2015, núm. 2, p. 11.

ALBA FERRÉ, E.: "El coordinador parental como mediador ante situaciones de alta conflictividad familiar", en *Cuestiones actuales en materia de mediación, Familia y Sucesiones*, Wolters Kluwer, Bosch, Madrid, 2020, p. 255.

BELLOSO MARTÍN, N.: "La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la idoneidad? De la mediación familiar", *Anuario de la facultad de derecho*, Universidad de Alcalá, X, 2017, p. 31.

BUSCH, R.A. Y FOLGER, J.P, *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Barcelona, Granica, 1996.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C, *Manual de especialización en mediación civil y mercantil*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2018.

COBAS COBIELLA, M.E.: "Mediación familiar. Algunas reflexiones sobre el tema", *Revista Boliviana de derecho*, 2014, núm. 17, p. 48.

COBAS COBIELLA, M.E. "Menores y mediación en el ámbito familiar", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, agosto 2020, núm. 3, p. 735.

CORVO LÓPEZ, F.M.: "Los hijos menores ante la mediación familiar", *Derecho y familia en el Siglo XXI*, (directores: R. HERRERA CAMPOS Y M.A. BARRIENTOS RUÍZ), Editorial Universidad de Almería, Almería, 2011, p. 268.

DÍAZ CAPPÀ, J.: "Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación" [http://weib.caib.es/IIIjornades\\_menors/documents/castellano/ponencia\\_cast\\_jdiazcappa.pdf](http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf), p. 1, (consultado mayo 2021).

FARIÑA RIVERA, F. y otros: "La justicia terapéutica en procesos de ruptura de pareja: el papel del psicólogo", en *Aportaciones a la psicología jurídica y forense desde Iberoamérica*, editorial El manual moderno, México, 2014, p. 113.

GARCÍA GARCÍA, L.: *Mediación familiar. Prevención y alternativas al litigio en los conflictos familiares. I. Persona y familia*, Dykinson, Madrid, 2003.

GARCÍA-HERRERA, A.: "Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad", *InDret*, abril 2016, p. 1.



GARCÍA PRESAS, I.: “Los menores y la legislación de las comunidades autónomas relativa a la mediación familiar”, *Derecho y familia en el siglo XXI*, (coord. R. HERRERA CAMPOS Y M.A. BARRIENTOS RUÍZ), vol. I, 2011, p. 243.

GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F.: “Aspectos psicosociales”, en *Mediación familiar*, (dir. E. SOUTO GALVÁN), Dykinson, Madrid, 2012, p. 272.

HINOJAL LÓPEZ, S.: “Los menores ante la mediación”, *Cuadernos de derecho judicial*, 2005, núm. 5, p. 147.

LAUROBA LACASA, E.: “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?”, *InDret*, octubre 2018, p. 4.

MARTIN DIZ, F.: “El derecho fundamental a justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de derecho político*, núm. 106, 2019, p. 37.

MARTIN DIZ, F.: “Una necesidad emergente en justicia: la figura del abogado del niño”, *Anuario de justicia de menores*, 2019, núm. 19, p. 51.

MORILLAS FERNÁNDEZ, M.: “La mediación familiar. Derecho de familia y mediación familiar”, en *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, (coord. J.L. MONEREO PÉREZ y otros), Tecnos, Madrid, 2015, p. 224.

ORTUÑO MUÑOZ, P.: “La mediación en el ámbito familiar”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, enero 2013, núm. 29, p. 1.

PARRA LUCÁN, M.A.: “Límites a la autonomía de la voluntad y derecho de familia”, *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del siglo XXI*, Reus, Madrid, 2019, p. 211.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T.: “Aspectos contractuales de la mediación familiar”, en *Derecho y familia en el Siglo XXI*, (R. HERRERA CAMPOS Y MA. BARRIENTOS RUIZ, eds), Almería, Editorial Universidad de Almería, 2011.

PÉREZ VALLEJO, A.M.: “La mediación familiar como instrumento al servicio del interés superior del menor”, *Derecho y familia en el siglo XXI*, (coord. R. HERRERA CAMPOS Y M.A. BARRIENTOS RUÍZ), vol. I, 2011, p. 327.

RUBIO PERAL, A.: “El conflicto”, en *Mediación familiar: experto en gestión de conflictos*, (dirigido por T. CENDRERO MELGUISO), Formación Alcalá, 2020.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: "El género y su presencia en los procesos de mediación familiar", en *Mujer como motor de innovación y cambio social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 755.

SINGER, J. B., "Dispute resolution and the postdivorce family: implications of a paradigm shift", *Family Court Review*, vol. 47, núm. 3, p. 363.

SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M.: *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007.

TERRATS RUIZ, G. y CARMONA I ALGUERÓ, A.: "Características del rol del coordinador de parentalidad y sus diferencias con otras intervenciones", *Revista de Mediación*, 2019, 12, p. 1.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "El derecho/obligación de oír y escuchar a los hijos menores en la mediación familiar", en *La maternidad y la paternidad en el Siglo XXI*, (dir. S. TAMAYO HAYA), Comares, Granada, 2015, p. 285.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor: de la discrecionalidad a la concreción*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019.

VERDERA IZQUIERDO, B.: "El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores", AA.VV.: *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, (dir. M.V. MAYOR DEL HOYO), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017, p. 519.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "La mediación como medio de resolución de conflictos para los menores de edad", en *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*, (coord. M.P. POUS DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI Y F. YÁÑEZ), Exlibris ediciones, Uned, Madrid, 2009, p. 19.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Los menores en los procesos de mediación", *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del Siglo XXI*, Reus, Barcelona, 2019, p. 227.