

Mediación intrajudicial: Concepto y criterios para su implementación en la Administración de Justicia¹

Vicente J. IBAÑEZ VALVERDE

Pilar de LUIS CABARGA

Antonio COY FERRER

Fe BENITO CASTRO

Juzgados de Familia

Resumen

El trabajo pretende reflexionar sobre el concepto de *mediación preceptiva*, o *mediación familiar intrajudicial*. Se presenta, en primer lugar, la situación y características de los Servicios de Mediación Intrajudicial en diversos países y, a continuación, se recoge las opiniones favorables al concepto formuladas en España. Posteriormente se presentan los resultados de un muestreo de cien casos atendidos por el Servicio de Psicología de los Juzgados de Familia, describiendo su tipología y características, y señalando los criterios de selección para la aplicación en ellos de técnicas mediacionales, así como los resultados obtenidos de las mismas. Finalmente se efectúa una valoración positiva de esos resultados, coincidentes en buena medida con los de otros autores, señalando la posible conveniencia de generalizar la aplicación de este tipo de técnicas dentro de la Administración de Justicia.

Palabras clave: Juzgados de Familia, separación, divorcio, guarda y custodia, mediación intrajudicial, mediación preceptiva.

Abstract

The paper intends to reflect upon the concept of «Mandatory Mediation» or court-connected family mediation. First, the situation and characteristics of the court-connected mediation services in different countries are presented. Next, opinions voiced in Spain favouring this practice are quoted. Results of a sample study carried out over one hundred cases attended at the Psychological Units of the Family Courts are shown. Types and characteristics of cases, as well as selection criteria for the use of mediation techniques and the results obtained, are presented. Outcomes, coincident with those of other authors, were positively valued. The possible convenience of generalizing the use of these techniques within the Legal System is pointed out.

Key words: Family Courts, separation, divorce, child custody, mediation, court-connected mediation, mandatory mediation.

Dirección del primer autor: c/Villagarcía, 4. 5º A. 28011 Madrid.

¹ Comunicación presentada a la *Fourth European Conference of Law and Psychology*. Barcelona, 6-9 de Abril de 1994.

El marco de referencia del Symposium al que se presentó esta ponencia aludía a las «*Bases para establecer un modelo mediacional de intervención judicial*», pero ¿qué entendemos por mediación? o ¿a que tipo de mediación nos estamos refiriendo? En el mismo Congreso hubo otras muchas referencias al concepto general de mediación, a las razones y motivos de la misma aplicada a los conflictos familiares; y a las ventajas que reporta frente al modelo contencioso de resolución de este tipo de pleitos. Es mucha la investigación y la literatura dedicada al análisis, y también a la crítica, del tema.

Asumiendo, por lo tanto, que nuestro objetivo debe ser mucho menos ambicioso, vamos a intentar en este trabajo introducir un elemento más en la amplia corriente de reflexión dedicada durante los últimos años a la aplicación de medios alternativos al contencioso para la resolución de los pleitos de familia.

Si diseñamos un continuo, puramente hipotético, con la «felicidad de pareja» en un extremo, etapas como la terapia de pareja o asesoramiento en caso de crisis -la mediación pre-judicial «pura», en la denominación de Cohen (1991)- para llegar a la separación o divorcio «litigioso» en el otro extremo, estaríamos dejando sin cubrir un espacio excesivamente amplio entre los dos últimos estadios del proceso, que sería el que hace referencia precisamente a la posibilidad de establecer de un modelo de intervención mediacional judicial.

Para centrar la cuestión, comenzaremos señalando que el Estado Norteamericano de California, pionero en el tema de la mediación como en tantos otros, tiene vigente desde el 1 de enero de 1981

una *Mandatory Mediation Act*, legislación incluida en el Código Civil del Estado (CA Civil Code, Sec. 4607) y que obliga al sistema judicial a poner a disposición de las partes un servicio preceptivo de mediación para todos aquellos pleitos en que se planteen cuestiones relativas a custodia y visitas en el contexto de la separación o divorcio.

Este paso por el sistema «obligatorio» de mediación, distinto de la mediación pre-judicial voluntaria, es previo en todo caso a la resolución judicial alternativa. Lógicamente, al igual que ocurría al inicio de la extensión del movimiento favorable a la mediación, este nuevo concepto también ha concitado no pocas críticas, entre las que cabe señalar como más significativa la de Grillo (1991) en el artículo titulado «*La alternativa de la mediación: Peligros del proceso para las mujeres*»; y encendidísimas defensas, como la citada de Cohen (1991), o las de Shattuck (1988), Rosemberg (1992), Saposnek (1992) o Duryee (1992), en su mayoría dedicadas a contestar los argumentos de Grillo.

Variaciones sobre un mismo tema

En oposición a los servicios de mediación enteramente independientes del sistema judicial, que serían el modelo más parecido al que hasta ahora se ha venido intentando implantar en nuestro país, todavía muy escasamente, como señala Coy (1994) en el capítulo dedicado a mediación de un libro recién publicado; el modelo de *mediación preceptiva* integrado en el sistema judicial toma diferentes formas, dependiendo de los lugares en que se aplica, con variaciones incluso dentro del propio Estado de

California, aún a pesar de haber adoptado el Consejo Judicial en 1990 unos «Estándares unificados para la práctica en los servicios judiciales de mediación en pleitos sobre custodia y visitas»; así Ricci, Depner y Cannata (1992) señalan la existencia de tres tipos principales de estructuración del Servicio de Mediación Judicial (o *Court Connected*): Servicios contratados directamente por el tribunal con profesionales ajenos, en 18 de los Tribunales Superiores del Estado; servicios delegados a los departamentos de «probation»² del propio órgano en 14 de los Tribunales; y servicios de mediación integrados en la estructura del propio Tribunal Superior en 23 de los mismos. A partir de esa variedad, existen numerosas otras diferencias de matiz entre los distintos modelos de adscripción, que se recogen en el trabajo citado y que van desde quien es el destinatario final de la información del mediador (directamente el Juez de Familia en la inmensa mayoría); hasta la cuestión, de gran importancia para nuestro posterior análisis, de si el mediador debe o no formular recomendaciones sobre custodia y visitas en los casos en que los interesados no lleguen a alcanzar un acuerdo como resultado del proceso de mediación. En 21 de los Tribunales Superiores citados no se permite al mediador formular ese tipo de recomendaciones; mientras en 12 si se permiten recomendaciones con ciertas restricciones, en otros 20 las recomendaciones son permitidas sin ningún tipo de limitación.

Este estadio intermedio de mediación, asentado entre la pre-judicial y el procedimiento contencioso, toma denominaciones diferentes en otros países; así Charlesworth (1991) describe la existencia en Australia de procedimientos de «conciliación» en pleitos familiares donde los *consejeros del tribunal (court counselors)*, que deben acreditar formación suficiente en ciencias del comportamiento, son funcionarios del juzgado responsables de instar a las partes a llegar a acuerdos en materias relacionadas con los niños. Mientras Garwood (1991) señala que en Suecia la «conciliación» (de nuevo la misma denominación) está disponible por dos vías, una la *Family Counselling Bureau*, un departamento independiente de los tribunales y del sistema legal, y otra los departamentos de bienestar social municipales que, a través de unidades especializadas conectadas con los órganos judiciales, ofrecen a las parejas la posibilidad de intentar la conciliación en lugar de preparar un informe de evaluación para el tribunal.

Por su parte McCarthy, Simpson, Corlyon y Walker (1991) efectúan un análisis de la situación de la mediación en Gran Bretaña, describiendo la existencia de cuatro categorías de servicios de mediación, variables en función del nivel de dependencia directa del órgano judicial. En la *Categoría A*, directamente dependiente del tribunal, el inicio de la mediación es introducido por el propio juez, asistido del *welfare officer*³ del tri-

² Modelo que tiene relación con el sistema de *Welfare Officers* vigente en el Reino Unido, al que ya aludíamos en nuestra comunicación al anterior congreso de la EPLA (Ibáñez, V.J. y de Luis, P., 1992).

³ Recuérdese la referencia en nota 2 al sistema británico de los *welfare officers* mencionado por Ibáñez y de Luis (1992) en su comunicación al anterior congreso de la EPLA.

bunal en su condición de «oficial de conciliación». En la *Categoría B*, también dependiente directamente del tribunal, la diferencia estriba en que no está presente el juez ni el secretario judicial, siendo el proceso controlado predominantemente por el *funcionario de conciliación*. En la *Categoría C* se trata de programas independientes, pero con cierta conexión con el sistema de *probation*, en los que el proceso de mediación tiene lugar fuera del tribunal, aunque pueden estar bajo su supervisión y tienen cierto parecido con la categoría anterior. Y finalmente la *Categoría D*, se trata de programas enteramente ajenos al control judicial, de participación completamente voluntaria para las partes, y en las que la «autoridad» es mucho menos evidente. Lógicamente, los objetivos de los procesos de mediación desarrollados son también diferentes, desde los más limitados de los servicios intra-judiciales, en los que normalmente solo se plantean objetivos relacionados con la custodia y visitas, hasta los más amplios de los servicios independientes, que suelen intentar incluir en la agenda de la negociación otros aspectos complementarios, como las cuestiones económicas, de residencia, etc..

Una voz en el desierto

Como es de sobra conocido, mientras a principios de los años ochenta crecía, en diversos países, el movimiento en favor de la mediación y en California se dictaba una legislación que la convertía en preceptiva, en España por esa

época se daban los primeros pasos para institucionalizar el divorcio y para introducir un procedimiento que eliminase la «culpabilidad» y permitiese a las partes la posibilidad de acudir de mutuo acuerdo a los pleitos de familia⁴. Aún cuando este último supuso un claro avance de la filosofía subyacente al tratamiento de los pleitos de familia, en el sentido de considerar como más positivo el procedimiento consensual que el litigioso, el paso se limitó a dejar abierta la posibilidad, no a establecer un sistema activo para potenciarla. A pesar de ello algunos ya planteamos (Ibáñez *et al.*, 1982), en aquella primerísima época, la conveniencia de estructurar los Juzgados de Familia con sistema de promoción activa del mutuo acuerdo entre la partes, atendido por técnicos especialistas, cuyo objeto se definía como el de ofrecer «...una asesoría técnica en el inicio de todo proceso de separación o divorcio, con el fin de reducir el encono y las tensiones derivadas del propio proceso..., y favorecer en la medida de lo posible el mutuo acuerdo entre las partes, con los efectos beneficiosos que esto conlleva». (Ob.cit., pág.227).

Este planteamiento fue elevado al Poder Judicial por medio de una ponencia, que lo incluía, presentada en las *Primeras Jornadas de Derecho de Familia* organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. El resultado del movimiento que con ello se iniciaba cristalizó, poco después, en otro significativo paso dado por las autoridades españolas, al que también hemos hecho referencia en nu-

⁴ Ley 30/81, de 7 de Julio, de Modificación del Código Civil, que introduce el divorcio, inexistente desde la IIª República, así como una serie de modificaciones de procedimiento, entre ellas la Disp. Adicional 5ª, que regula el trámite de Mutuo Acuerdo.

merasas ocasiones (Ibáñez, 1984; Ibáñez y de Luis, 1990, 1992; de Luis e Ibáñez, 1987), consistente en que se dotó a los Juzgados de Familia de una plantilla estable de especialistas asesores de los magistrados, lo que desde luego vino a significar un planteamiento de vanguardia en el diseño de este tipo de órganos, que desde el principio hasta la actualidad ha sido reconocido, de modo prácticamente unánime, como una de las mejores soluciones a la necesidad de dictar resoluciones con el más profundo conocimiento de las cuestiones personales en los pleitos familiares.

Sin embargo este avance no ha ido acompañado de un movimiento institucional claro en favor de la mediación, a pesar de que la pionera llamada a que aludíamos al principio de este apartado no ha sido la única, como demuestran los numerosos trabajos Coy (1985, 1986, 1989, 1993) y de otros pocos convencidos que, curiosamente, formamos parte mayoritariamente de la plantilla de técnicos de la Administración de Justicia, quizás precisamente por nuestro conocimiento de primera mano de las dificultades que los procedimientos contenciosos provocan en las familias. De hecho la historia de los pocos Servicios de Mediación que existen en España (Coy, 1994) es muy corta y, siempre, ubicada fuera del propio sistema judicial.

Es más, cuando en las *Segundas Jornadas de Derecho de Familia*, organizadas

nuevamente por el Consejo General del Poder Judicial en 1989, volvimos a plantear en una ponencia la cuestión de la mediación intrajudicial (Ibáñez, 1988), varios representantes de la carrera judicial y de la abogacía mostraron su más rotunda oposición al planteamiento. En el momento actual parece, sin embargo, estar tomando cuerpo un movimiento favorable a la mediación dentro de la judicatura, muy especialmente entre los jueces especialistas en Derecho de Familia, como demuestran los trabajos de Ortuño⁵ o las recientes manifestaciones de varios otros autorizados Jueces de Familia en medios de comunicación, abogando expresamente por un deslizamiento hacia una intervención mediacional, llevada a cabo dentro del sistema judicial por los propios técnicos adscritos a los juzgados.

Un intento

Este movimiento favorable explica (y a la vez se explica por) los intentos que desde hace tiempo se están llevando a cabo dentro de algunos de los propios Equipos Técnicos de los Juzgados de Familia de aplicar estrategias mediacionales en sus intervenciones; dentro del marco de libertad de actuación a que aludíamos recientemente⁶, que a su vez se asienta en las opiniones de algunos significados Jueces de Familia⁷ en el sentido de que lo fundamental en este tipo de pleitos es dictar resoluciones

⁵ Como Juez de Familia, Ortuño ya presentó una ponencia en favor de la mediación en la tercera y más reciente ocasión en que han tenido lugar las *Jornadas Sobre Derecho de Familia* organizadas por el Consejo General del Poder Judicial.

⁶ Entrevista a V.J. Ibáñez, publicada por *La Balanza* nº XVI, 1ª quincena de Marzo de 1994, publicación del Decanato de los Juzgados de Madrid.

⁷ p.ej. R.Belo González, Juez de Familia de Madrid durante varios años, y actualmente Magistrado en su Audiencia Provincial.

ajustadas a las necesidades de la familia y que, al mismo tiempo, tengan las máximas probabilidades de ser efectivamente cumplidas, sin producir problemas en la fase de ejecución.

A continuación vamos a presentar algunos datos estadísticos de ese tipo de intervenciones, que no pretendemos en absoluto rigurosos ni definitivos; se trata, como anuncia el título de este apartado, de un intento, cuyos resultados a nuestro juicio son alentadores y que, en todo caso, proponemos como justificación de la reflexión que sobre este tipo de actuación pretendemos introducir. No es, pues, nuestra intención presentar datos exhaustivos, sino ofrecer un apunte de las tendencias y posibilidades de la cuestión.

Hemos efectuado para ello un muestreo de los cien últimos casos encomendados al psicólogo del Juzgado de Familia nº 22 de los de Madrid para su evaluación. De ellos, como puede verse

en la figura 1, el 35% eran procedimientos de medidas provisionales; el 5% separaciones; divorcios el 17%; el 13% lo constituían solicitudes de modificación de medidas; un 7% solicitudes de guarda y custodia y otro 4% de régimen de visitas -ambos- en procedimientos entre parejas no casadas; y el 14% de los casos eran procedimientos derivados de la Ley 21/87 sobre Adopción y Acogimiento Familiar, en que una de las partes era la Comunidad Autónoma de Madrid (C.A.M.). La solicitud de intervención del técnico se distribuye, en esta muestra general, de modo muy equilibrado, siendo el 51% de las demandas formuladas por las partes litigantes (incluyendo las efectuadas por el ministerio fiscal) y el 49% restante cursadas directamente por el juez («para mejor proveer»).

El objeto de la intervención del psicólogo, en el 14% de casos con la C.A.M. como parte, agrupaba dictámenes tanto

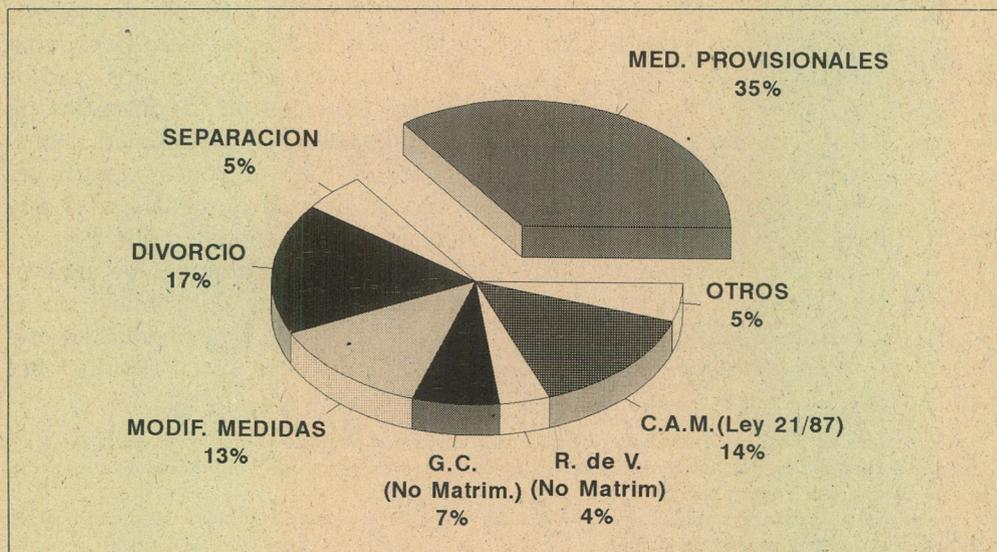


Figura 1. Tipos de procedimientos según la demanda ante el Juzgado.

sobre solicitudes de adopción y de acogimiento familiar como sobre impugnaciones de acuerdos de tutela dictados por los servicios correspondientes. Hay un 8% de casos denominados «especiales», que incluyen evaluaciones en supuestos de abuso de menores, de regímenes de visitas en que concurrían circunstancias excepcionales, privaciones de patria potestad en casos de comportamientos delictivos y otros asuntos en que se daban antecedentes de grave patología en uno de los dos progenitores. Un 15% de los casos conforma la categoría denominada «otros», en que se incluyen las intervenciones en fase de ejecución de sentencia o las solicitadas por otros juzgados, por vía de exhorto por ejemplo. Finalmente, el 10% de los casos encomendados tenían por objeto la evaluación y eventual diseño del régimen de visitas con el progenitor no custodio, y el 53% restante la evaluación

de las alternativas de guarda y custodia (Ver figura 2).

Es fácil asumir que en ninguno de los dos primeros grupos, es decir los denominados «especiales» y los que tienen a la C.A.M. como parte, admiten posibilidad alguna de intervención mediacional por sus propias características. Ello nos deja, por lo tanto, con un total de 78 casos con objetivo relacionado con guarda y custodia, régimen de visitas o cuestiones relacionadas, que serían en los únicos en que se podrían intentar poner en juego estrategias mediacionales.

Los criterios para seleccionar en que casos intervenir desde la perspectiva mediacional son una cuestión de máxima importancia en este trabajo, a los que nos dedicaremos en detalle más tarde. Baste ahora con decir que de todos ellos se descartó *a priori* el intento en un 74%, tras el estudio de los documentos del procedimiento o las sesiones iniciales, en función

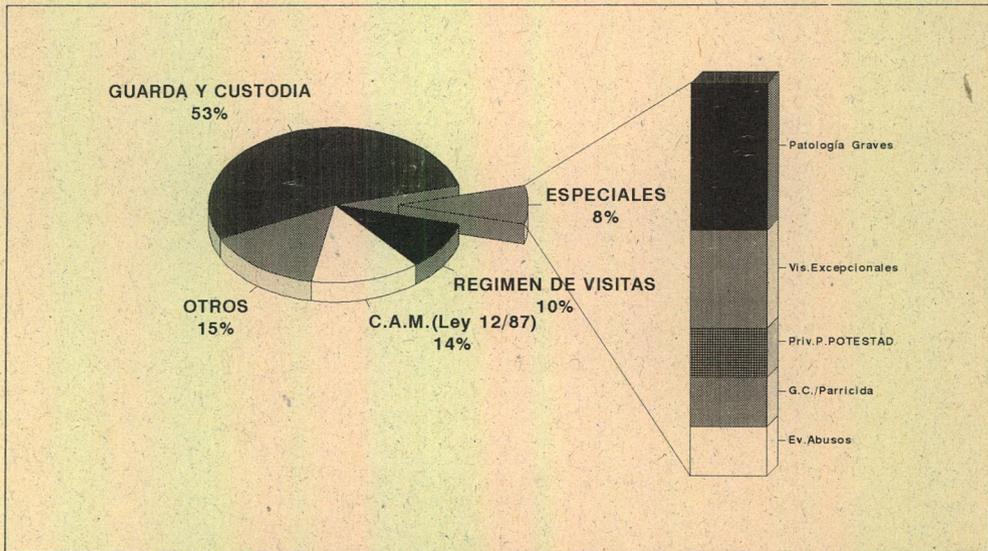


Figura 2. Distribución del tipo de casos en función de la solicitud de evaluación.

de la convicción de un grado muy elevado de improbabilidad de cualquier tipo de acuerdo entre los litigantes. (Ver figura 3).

Nos queda pues un 26% de casos en los que se intentó mediar entre las partes, cuya distribución en función del tipo de procedimientos es la siguiente: 5% en procedimientos de guarda y custodia no matrimonial, 5% en procedimientos de separación, 10% en procedimientos de modificación de medidas, 20% en divorcios, y un amplio 60% en procedimientos

de medidas provisionales (figura 4). Entre estos procedimientos las solicitudes de intervención variaron, desde los porcentajes anteriores, hasta un 30% de peticiones del juez «para mejor proveer» frente a un 70% de peticiones a «instancia de parte» (figura 5); estando la distribución de objetos de intervención aún más polarizada, con un 95% sobre atribución de guarda y custodia, frente a solo un 5% de intervenciones en procedimientos sobre régimen de visitas (figura 6).

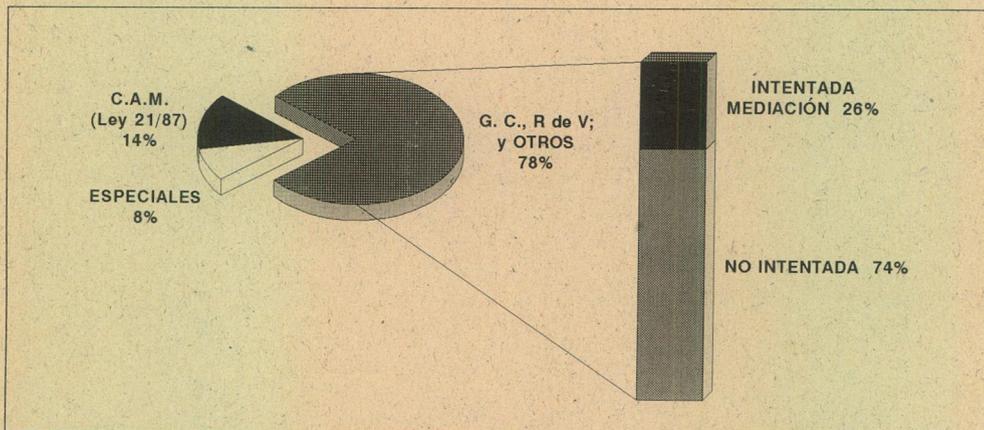


Figura 3. Distribución de la muestra en función de la posibilidad de mediación.

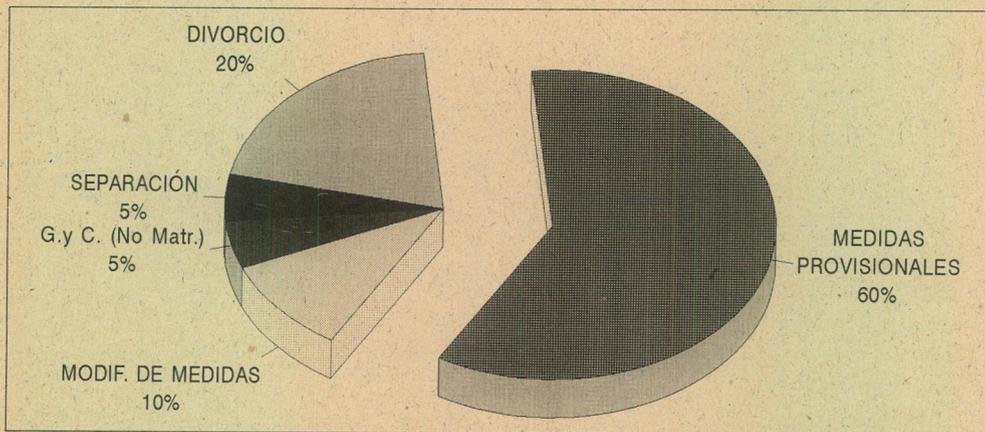


Figura 4. Distribución de los tipos de procedimientos en los que se aplicaron técnicas medicionales.

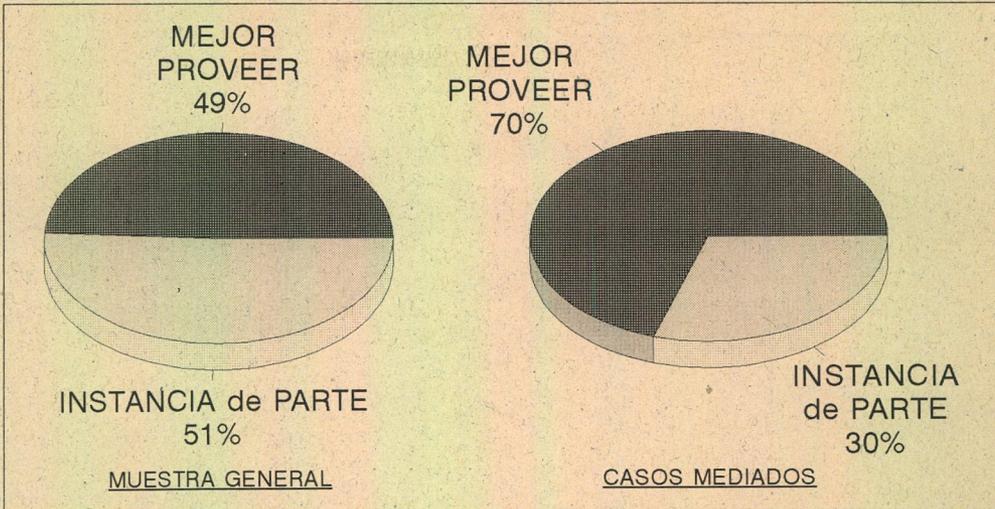


Figura 5. Solicitudes de intervención en la muestra general y en los casos mediados.

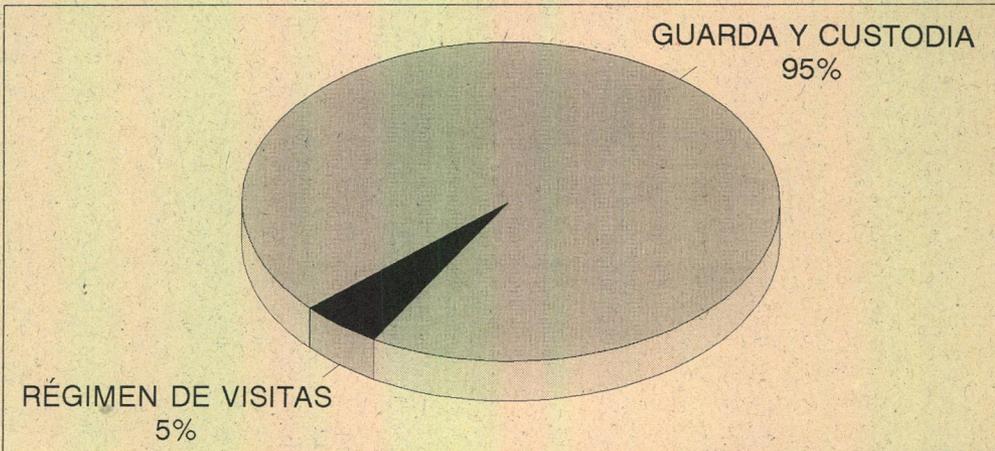


Figura 6. Distribución de los casos mediados en función del objeto de la evaluación.

Tenemos ahora que definir los criterios de valoración del resultado del proceso de mediación, que se dividen en tres categorías: consideramos *resultado negativo* del proceso cuando, a pesar de la intervención, no conseguimos alcanzar ningún acuerdo entre las partes; denominamos *éxito parcial* a aquellos casos en que alcanzamos acuerdos con-

cretos entre los litigantes sobre custodia o régimen de visitas, pero no un plan global para presentar al juez respecto de los hijos; y consideramos *éxito completo* en aquellos casos en que, como resultado de la intervención del psicólogo en su papel de mediador, se consiguió alcanzar un completo acuerdo entre ambos padres relativo a la guarda y custodia y régimen

de visitas de sus hijos, reflejado en plan detallado, recogido en un documento presentado al juez por el psicólogo en lugar del habitual informe valorativo de evaluación. Pues bien, en esta pequeña muestra susceptible de aplicación de técnicas mediacionales se obtuvieron *resultados negativos* solo en un 15% de casos, y en todos ellos a causa de una no prevista hostilidad extrema entre los litigantes (o de uno contra el otro)⁸, *éxito parcial* en un 30% y se alcanzó el *éxito completo* en el 55% de los casos (figura 7).

En un estudio más detallado de éstos resultados, cabe señalar que en los pocos casos en que el objeto de intervención era la fijación o recuperación de un régimen de visitas con el progenitor no custodio, se obtuvo *éxito completo* y, en esta misma categoría, se consiguieron pactos relativos al régimen de visitas citados como *éxito parcial*- en todos los

casos en que ese era un objetivo específico, aunque no se consiguiera completar el acuerdo en otros temas.

El resto de los casos tenía como objeto de la intervención la guarda y custodia de los hijos, y es en este grupo en el que se encuentran todos los que alcanzaron *resultados negativos* del proceso de mediación; en estos casos, el 15% del total, hubo de formularse una recomendación alternativa y, en la totalidad de ellos ésta fue en la línea de la custodia materna (figura 8). Adentrándonos ya, quizás, en el terreno de las explicaciones tentativas, cabe señalar que en este grupo se encontraban la mayoría de los casos en que la solicitud inicial de intervención había sido formulada por el juez «para mejor proveer».

Sin embargo la distribución de los resultados de la mediación en los otros dos grupos, de *éxito parcial* y *éxito*

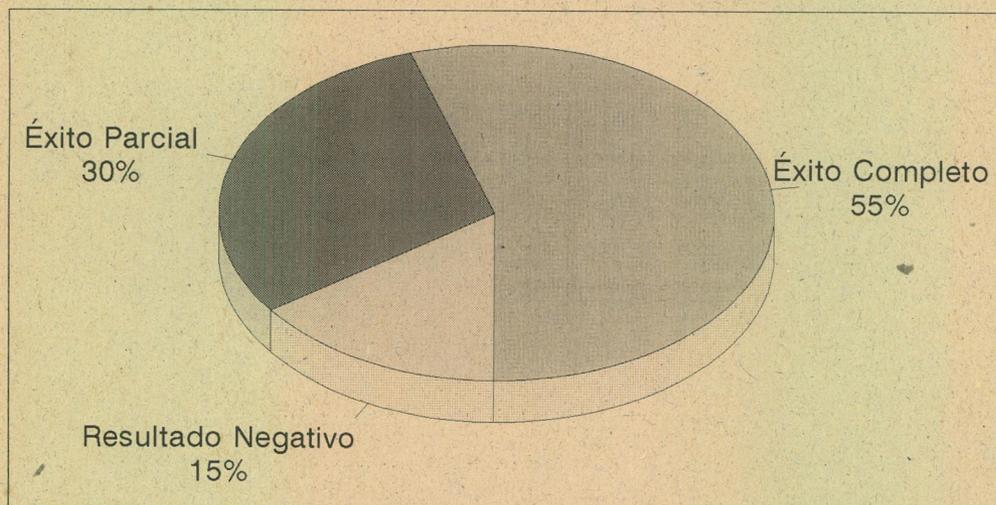


Figura 7. Resultados de la mediación. Distribución de casos en que se aplicaron técnicas mediacionales.

⁸ Recuérdese que M.Elkin (1983) señala como criterios de contraindicación de la mediación y de la custodia compartida, la incapacidad de los padres de separar sus roles de padres/esposos y sus necesidades de las de sus hijos.

completo, que conjuntamente agrupan el 85% de los casos, ofrece un panorama netamente diferente (como puede verse en la figura 9); con un 6% de los casos en que se suspende el procedimiento de separación, para intentar una reconcilia-

ción o al menos cuestionársela; el 13% que, como decíamos antes, acuerda iniciar o reinstaurar las visitas con uno de los progenitores. Y las guardas y custodias de los hijos repartidas en un 38% de la muestra total para las madres (lo que

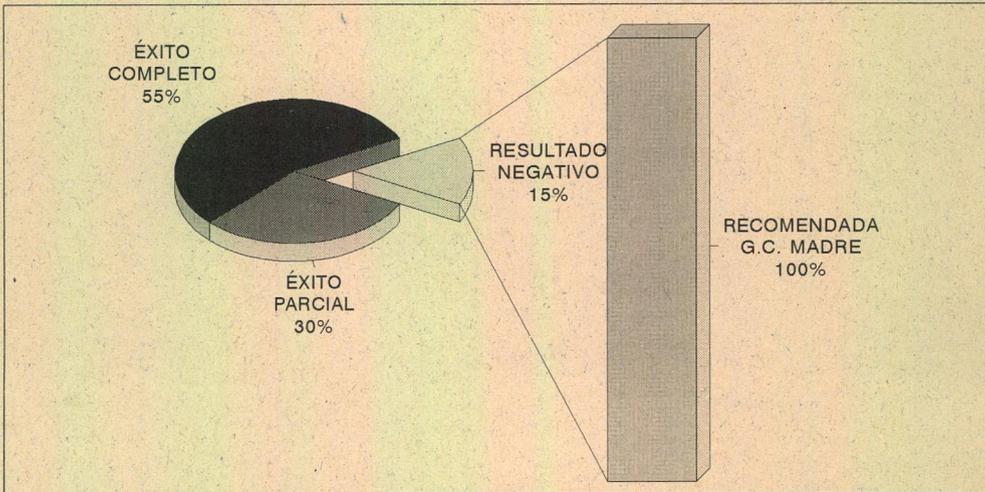


Figura 8. Resultado de la aplicación de técnicas madiacionales en casos en que no se obtuvo éxito alguno.

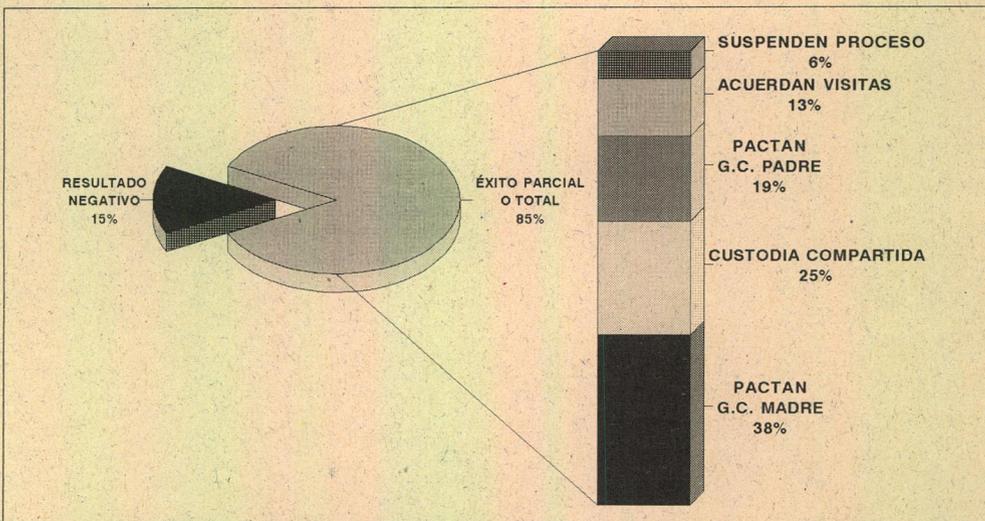


Figura 9. Resultados de la aplicación de mediación en los casos en que se obtuvo éxito completo o parcial.

significa un 46% de los acuerdos sobre custodia exclusivamente), un 19% para los padres (que se traduce en un 23% de los casos de custodia) y un 25% repartidas o compartidas (que hacen un 31% de su subtotal específico), estos porcentajes varían ligeramente entre los dos subgrupos de éxito, *completo* y *parcial*, pero siendo básicamente coincidentes. Si comparamos estos datos con los de las recomendaciones alternativas de guarda y custodia en la muestra general (figura 10) vemos como coincide el porcentaje de propuesta de custodia paterna (23%), pero hay una importante variación hacia custodias compartidas o repartidas en las pactadas (31%) frente a las de la muestra general (15%) en las que -no debe pasarse por alto- también están incluidas aquellas; y, en sentido inverso, se observa un notorio desplazamiento desde un 62% de recomendaciones no consensuadas de custodia materna, hasta un 42% en el caso de las pactadas por los interesados.

Los criterios

Haynes y Haynes (1989) -citados por Cohen, 1991, p.43- proponen una serie de condiciones para la efectividad de los procesos de mediación, entre las que cabe señalar:

- Niveles moderados de conflicto: cuanto peores sean las relaciones entre las partes, más difícil conseguir éxito en la mediación.
- Motivación para alcanzar un acuerdo: baja motivación para resolver el problema está asociada con escasa probabilidad de acuerdo.
- Obligatoriedad de la mediación: las tasas de acuerdo son más bajas cuando las partes no se muestran animadas para la mediación o no confían en el mediador.

Según esto, los intentos de mediación efectuados dentro de la estructura judicial contenciosa en que se asientan

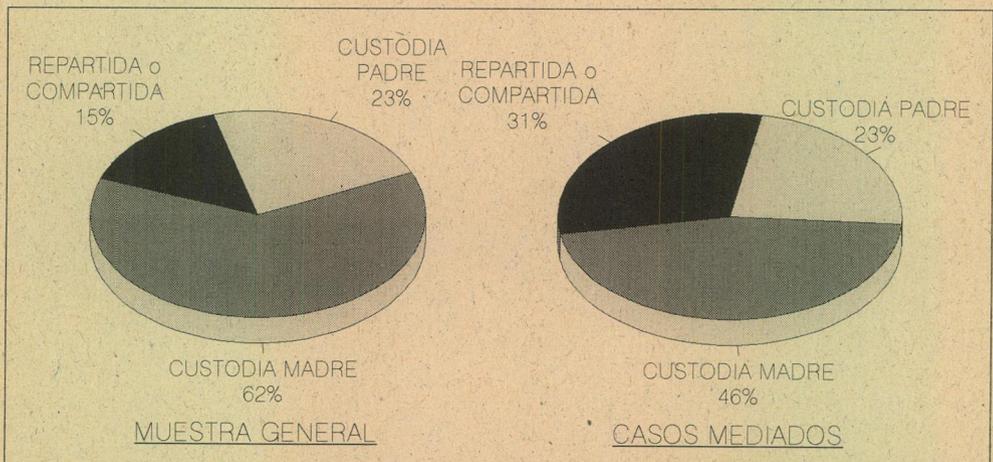


Figura 10. Recomendaciones de guarda y custodia comparando la muestra general con los casos mediados.

los Equipos Técnicos de los Juzgados de Familia, y puesto que no se trata sino de un intento (como venimos afirmando a lo largo del texto) y no de un sistema preceptivo como los descritos anteriormente, se han tenido que efectuar seleccionando aquellos casos en que se pudiera esperar, cuando menos, un nivel moderado de aceptación del método.

La estrategia para seleccionarlos pasa por el tradicional estudio previo del expediente judicial, eliminando de antemano aquellos casos en que en la llamada «anamnésis pública» del caso (Ibáñez y de Luis, 1990) se hayan detectado indicios de la existencia de antecedentes de violencia familiar, abuso de alcohol u otras drogas, maltrato o abuso de los hijos, etc., criterios tradicionalmente citados en la literatura como contraindicaciones para el éxito de la mediación (Elkin, 1983; Cohen, 1991); incluyendo además un criterio ya formulado en nuestro trabajo inicial (Ibáñez *et al.*, 1982; p.224) relativo a la «*constante de tensiones y enfrentamientos... derivados del propio proceso*», que nos hizo no intentar estrategias mediacionales en aquellos casos en que el procedimiento aparezca gravemente enconado entre las partes.

Con tan rigurosos criterios de selección negativa *a priori* de los casos en que desde el principio se planteaba a las partes la posibilidad de actuar de un modo distinto del puramente evaluativo, se explica la reducción del número de aquellos en que se intentó mediar, como se recordará de los porcentajes presentados en la figura 3 (26% del total de los «posibles»). Analizar la características de los restantes, es decir aquellos que parecieron ofrecer buenas posibilidades de

resultado positivo, ofrece un perfil bastante claro:

- La gran mayoría son asuntos de *medidas provisionales*, es decir, muy al principio del pleito, cuando en la mayor parte de los casos los cónyuges todavía conviven y, por tanto, no existe una historia previa de separación y de enfrentamientos entre las partes.
- Los datos revelan además una significativa proporción de solicitudes de *instancia de parte*, y además ya hemos señalado como la mayoría de los de *mejor proveer* en los que se intentó mediar se encontraban en el grupo de los de *resultado negativo* del proceso. Lo cual complementa el criterio anterior, en el sentido de que las solicitudes de intervención para *mejor proveer* se efectúan por el juez con el procedimiento prácticamente finalizado, con lo que el incremento de tensión intra-proceso ha tenido muchas más opciones de producirse; además de que suele ser precisamente en los asuntos más complejos en los que los jueces acuerdan a su propia instancia la práctica de pruebas periciales psicológicas.
- Encontramos también que son susceptibles de intervención mediacional con probabilidades de éxito aquellos asuntos de «larga duración» (divorcios, modificaciones de medidas, etc.) en que existe un antecedente previo de acuerdo entre los interesados, aunque se haya quebrado por razones ulteriores, motivando una demanda contenciosa; ello concordaría con el segundo de los criterios de Haynes y Haynes que hemos

citado más arriba, en el sentido de constatar la existencia previa de motivación para el acuerdo, que puede aprovecharse para ser recuperada con posterioridad.

- En línea con lo anterior, se intentó aplicar estrategias mediacionales en todos aquellos casos en que durante los primeros momentos de la exploración individual se constató la presencia de los criterios tan repetidamente citados, a saber: existencia de puntos de acuerdo, planteamientos sobre la necesidad e importancia de ambas figuras parentales (copaternidad), capacidad de los padres de separar sus necesidades de las de sus hijos, deseo de los padres de no implicar a los hijos en el conflicto, etc..
- Por último debemos señalar que se intentó también mediar en otro tipo de asuntos, con características apriorísticas menos positivas, que hacen referencia a aquellos casos en los que se tenía constancia de graves dificultades específicas de los hijos (enfermedades físicas, problemas psicológicos, etc..) que reclaman una importante implicación de ambos progenitores en sus cuidados y educación.

Como puede verse, aparecen unos criterios perfectamente compatibles con los habituales, corta historia y moderados niveles de conflicto, motivación para el acuerdo, etc..

La valoración

Los resultados que hemos presentado coinciden en buena medida con los informados por Cohen (1991, p.42), según los cuales en aproximadamente el 50% de los

casos de mediación preceptiva se consiguió acuerdo completo entre las partes, en aproximadamente el 13% de ellos se alcanzó un acuerdo parcial, en el que las partes pactan parte del plan de custodia, formulando el consejero una recomendación para el resto, no alcanzándose acuerdo en algo más del 30% de los casos, efectuando entonces el mediador una recomendación alternativa al tribunal.

Cohen afirma, en relación al modelo de mediación judicial preceptiva que *„es un proceso que ocurre en un entorno diferente, con diferentes partes y bajo condiciones distintas del entorno, partes y condiciones señaladas por los teóricos. Opera de forma diferente de la mediación «pura» (pre-judicial y no conectada con el tribunal), pero sigue mereciendo el nombre de mediación.»*

Una de las principales críticas de Grillo (1991) al concepto de mediación preceptiva se funda precisamente en el hecho de que, en defecto de acuerdo entre las partes, en más de la mitad de los tribunales de California los mediadores formularán una recomendación alternativa; tales datos coinciden con los facilitados por Ricci *et al.* (1992) que mencionamos en el segundo apartado de este trabajo. Afirma Grillo que en algunos tribunales, tales recomendaciones son rutinariamente seguidas por los jueces, lo cual a su juicio supone un riesgo para aquel que decida no llegar a acuerdos. Pues bien, la situación en que se han desarrollado nuestras intervenciones es muy similar a éstas.

En contestación a esta crítica de Grillo, Saposnek (1992) afirma que el mediador (si tiene que formular una recomendación) lo hace sobre la base de las necesidades de los niños y no de

las necesidades de los litigantes, estando expresamente obligado a la imparcialidad. A su vez Cohen (ob.cit) se muestra claramente favorable al modelo de «recomendación», aportando datos de que tales recomendaciones (cuando deben ser formuladas) son seguidas en San Diego en más de un 98% de los casos por los jueces. Argumenta en favor de este planteamiento que, en los casos en que se solicita recomendación, se requiere que el evaluador sea sometido a una «cross examination» respecto de la misma, con lo que los intereses contrapuestos de los litigantes quedan salvaguardados; este criterio coincide puntualmente con el que tantas veces hemos señalado (p.ej., Ibáñez y de Luis, 1992) con relación a las garantías que, para los intereses de las partes, supone en el sistema español de justicia la obligatoriedad de ratificar a presencia judicial, y con audiencia a las partes, todo informe pericial emitido.

Por otra parte, como señalan Pearson, Thoennes y Vanderkooi (1982) y otros varios autores -citados por Saposnek (1992)- a la mediación voluntaria tienden a acudir personas de niveles sociales, educacionales y económicos más elevados, mientras la mediación preceptiva tiende a cubrir un espectro más amplio de la comunidad, incluyendo padres muy jóvenes o con niveles más limitados de educación formal. Cohen (1992) coincide con este diagnóstico, llegando a afirmar que un número significativo de casos de mediación preceptiva contienen elementos de los que los «puristas» consideran contraindicados para la mediación y, a pesar de ello, se muestra optimista y ofrece resultados alentadores como los que hemos comentado.

En conclusión, el intento de mediación intrajudicial cuyos resultados hemos presentado en este trabajo, y cuyo fundamento hemos intentado comparar con el de los sistemas de mediación preceptiva conocidos, justifica a nuestro juicio la conveniencia, e incluso la necesidad, de cubrir ese amplio espacio al que aludíamos en los primeros párrafos de este trabajo, existente entre los estadios de mediación pre-judicial «pura» y procedimiento familiar contencioso. No se trata en absoluto de pretender que el sistema judicial asuma en su totalidad la promoción del mutuo acuerdo, pero sí de extender esta posibilidad a todo ese segmento de la población que -como hemos señalado- probablemente no acudiría nunca de modo voluntario a un servicio de mediación pre-judicial puro. No existe aún ni la infraestructura, ni probablemente la filosofía que permita extender esta práctica, pero insistimos en ver con ojos optimistas los resultados obtenidos y en apuntar una vez más en la línea de los modos alternativos de actuación.

Referencias

- COY, A. (1985). Algunas consideraciones al trabajo de los psicólogos en los Juzgados de Familia. Comunicación presentada al *IIIer. Congreso Nacional de la A.E.T.C.O.*, Gijón.
- COY, A., BENITO, F. y MARTIN CORRAL, S. (1986). Divorcio: ¿Justicia sin juzgados? *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 3, 86-104.
- COY, A. (1989). La mediación en los procesos de separación y/o divorcio. *Apuntes de Psicología*, 28-29, 15-18.
- COY, A. y BENITO, F. (1993). Fuentes de conflicto en el cumplimiento de las

- sentencias en el derecho de familia. *Anuario de Psicología Jurídica*, 2, 31-42.
- COY A. (1994). Metodos alternativos a la resolución de conflictos en el derecho de familia: la mediación. En M. Clemente (Ed.). *Fundamentos de la psicología jurídica*. Madrid: Pirámide.
- CHARLESWORTH, S. (1991). The acceptance of family mediation in Australia. *Mediation Quarterly*, 8, 4, 267-279.
- COHEN, L. (1991). Mandatory mediation: A rose by any other name. *Mediation Quarterly*, 9, 1, 33-46.
- DURYEE, M. (1992). Mandatory mediation: Myth and reality. *Family and Conciliation Courts Review*, 30, 4, 507-518.
- ELKIN, M. (1983). Family self-determination in divorce: In the best interests of the family. *Conciliation Courts Review*, 21, 1, III-V.
- GARWOOD, F. (1991). Divorce and conciliation in Sweden and Scotland. *Mediation Quarterly*, 8, 4, 293-303.
- GRILLO, T. (1991). The mediation alternative: Process dangers for women. *Yale Law Journal*, 100, 1545-1610.
- HAYNES, J. y HAYNES, G. (1989). *Mediating divorce*. San Francisco: Jossey-Bass.
- IBAÑEZ, V.J. (1984). La función del psicólogo en los Juzgados de Familia. *Papeles del Psicólogo*, III, 16-17, 31-36.
- IBAÑEZ, V.J. (1988). Del peritaje psicológico a la mediación. *Jornadas de estudio sobre algunas instituciones de derecho de familia*. Consejo General del Poder Judicial.
- IBAÑEZ, V.J. y DE LUIS, P. (1990). Los peritajes psicológicos en el derecho de familia. *Encuentros de Psicología*, 17, 16-30.
- IBAÑEZ, V.J. y DE LUIS, P. (1992). Judicial psychology in Spain: Actuation and limits of intervention. *The 3rd European Conference on Law and Psychology*. Oxford.
- IBAÑEZ, V.J., DE LUIS, P., ALAMEDA, I., GONZALEZ DE LARIO, B., JIMENEZ, V., LILLO, J., LOPEZ, M.L. y SALCEDO, C. (1982). Los equipos técnicos en los tribunales de justicia. *Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas*, 9, 221-229.
- LUIS, P. DE e IBAÑEZ, V.J. (1987). Juzgados de Familia: ¿Psicología jurídica o justicia psicológica?, *Papeles del Psicólogo*, 30, 10-13.
- MCCARTHY, P., SIMPSON, B., CORLYON, J. y WALKER, J. (1991). Family Mediation Services in Britain: A comparison of service types. *Mediation Quarterly*, 8, 4, 305-323.
- PEARSON, J., THOENNES, N., y VANDERKOOI, M. (1982). The decision to mediate. *Journal of Divorce*, 6, 17-35.
- RICCI, I., DEPNER, CH.E. y CANNATA, K.V., (1992). Profile: Child Custody Mediation Services in California Superior Courts. *Family and Conciliation Courts Review*, 30, 2, 229-242.
- ROSENBERG, J.D. (1992). In defense of mediation. *Family and Conciliation Courts Review*, 30, 4, 422-467.
- SAPOSNEK, D.T. (1992). Clarifying perspectives on mandatory mediation. *Family and Conciliation Courts Review*, 30, 4, 490-506.
- SHATTUCK, M.T. (1988). Mandatory mediation. En J. Folberg y A. Milne (Eds.). *Divorce mediation: Theory and practice*. Nueva York: Guilford.