

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA GESTIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES EN PAÍSES CON EXPERIENCIA MEDIADORA *

Capítulo de Libro: *La protección del menor en las rupturas de pareja*, Navarra, 2009, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 441-456.

MERCEDES SOTO MOYA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

SUMARIO.- 1. INTRODUCCIÓN.-2. MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL REINO UNIDO.-3. MEDIACIÓN FAMILIAR EN FRANCIA.- 4. MEDIACIÓN FAMILIAR EN EEUU.-5. MEDIACIÓN FAMILIAR EN CANADÁ.- 6. LEGISLACIÓN EUROPEA.- 6.1. Recomendación R (98) sobre la mediación familiar.- 6.2. Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. 7. VALORACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación es una estrategia de intervención que tiene como fin conseguir una salida pacífica a los conflictos generados en la convivencia familiar. En este proceso las partes en disputa pretenden resolver sus diferencias negociando con la ayuda de una tercera persona, el mediador, que facilita la búsqueda de soluciones permaneciendo neutral y sin ejercer ningún tipo de poder en las decisiones que se adoptan. El fundamento de la mediación es la negociación, y la tarea del mediador consiste en

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de excelencia (SEJ-3517) "La Mediación Familiar como alternativa en la resolución de conflictos: su implantación en Andalucía", subvencionado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.

introducir algunas características especiales para modificar el enfoque basado en la confrontación que plantea la negociación como un campo de batalla, y orientarla hacia la solución del problema¹. Según la definición de L. MARLOW es “un procedimiento imperfecto, que emplea una tercera persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas, a concluir un acuerdo imperfecto, en un mundo imperfecto”².

La mediación familiar supone cuestionar el modelo tradicional y legal vigente, para los casos de separación o divorcio. Este modelo tiene su base en la dinámica ataque-defensa, o lo que es lo mismo, gana-pierde³. El procedimiento judicial nunca resuelve el conflicto, sino que, por el contrario, lo eterniza⁴. Todavía no se conoce un solo caso en el que, tras la sentencia adversa, el ciudadano que ha perdido el pleito comprenda cuánta razón tenía la otra parte y alabe al Juez por su equidad y sentido de la justicia. Quien ha perdido un pleito, por el contrario, ve incrementado el rencor hacia la otra parte y la desconfianza ante el sistema judicial. Si bien esto es inevitable en otras esferas del Derecho, al ser consustancial con el Estado democrático que las disputas obtengan una resolución judicial fundada en criterios objetivos, en materia de Derecho de familia los intereses en juego, la naturaleza subjetiva de las pretensiones y la dimensión extralegal de todo el proceso de ruptura de una pareja requieren otra metodología de enjuiciamiento, que potencie las soluciones de consenso, que ayude a los miembros de la pareja a encontrar la racionalidad del discurso litigioso, y que preserve los intereses de las personas que, no siendo partes directas del conflicto, van a resultar afectadas por sus consecuencias, como son los hijos⁵.

Las crisis matrimoniales, y las dificultades que de ellas se derivan, tanto económicas, como emocionales, y sobre todo las consecuencias para los hijos no son privativas de España sino “patrimonio de la humanidad”. Precisamente por eso, en los últimos veinte años se ha incrementado el interés por encontrar nuevas vías de gestión

¹ GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M. P. y SANCHEZ URIOS, A., “La mediación familiar como forma de respuesta a los conflictos familiares”, *Portularia*, núm. 4, 2004, pp. 261-268.

² MARLOW, L., *La mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Ed. Granica S.A., Barcelona, 1999.

³ GARCÍA GARCÍA, L., “En los conflictos familiares ¿porqué deberíamos acudir a la mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales?”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 14, enero 2002, pp. 55-74.

⁴ Muchas son las acusaciones que se vierten contra el modelo de justicia contemporáneo: su lentitud, ineficacia, coste económico, rigidez o formalismo excesivo de su actividad...etc.

⁵ ORTUÑO MUÑOZ, P., “La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 7, abril 2000, pp. 43-66.

de los conflictos familiares, diferentes de las judiciales. Una de estas vías ha sido la mediación familiar, que cuenta actualmente con normativa específica en muchos países. El recurso a la mediación familiar como alternativa al proceso contencioso surge en el seno del Derecho de familia anglosajón, estableciéndose primero en EEUU, después en Canadá y a continuación en el Reino Unido. Estas normativas, a pesar de basarse en principios similares (confidencialidad, voluntariedad, interés superior del hijo...), acogen respuestas parcialmente distintas entre sí. En este estudio se analizará brevemente la experiencia mediadora en algunos países, como el Reino Unido, Francia, EEUU y Canadá, tratando una serie de puntos esenciales tales como si en estos países la mediación familiar está regulada por ley o no, si además del mediador los solicitantes van a necesitar un abogado, cómo influyen en el proceso los principios de confidencialidad y voluntariedad, y también la forma en que se elige al mediador y en qué momento se puede acudir a él. Por último, se pondrán de relieve las opciones que se han planteando tanto en el Consejo de Europa como en la UE con la nueva Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de mayo de 2008⁶.

2. MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL REINO UNIDO

En el **Reino Unido** la mediación familiar se ha convertido en una institución omnipresente, a la que se atribuye un enorme potencial para conseguir los principios que inspiran la legislación sobre disolución del vínculo matrimonial⁷. El legislador ha considerado la mediación como el pilar fundamental sobre el que se sustenta el sistema de divorcio (*Family Law Act*, 1996)⁸.

Esto no quiere decir que la mediación no fuera un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos familiares en este país hasta 1996⁹. Ya en 1974, poco después de la entrada en vigor de la “*Divorce Reform Act*”, en 1969, el Comité de familias

⁶ Directiva 2008/52 de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOCE L 136).

⁷ BOND, T., BRIDGE, J., MALLENDER, P. y RAYSON, J., *Blackstone's Guide to the Family Law Act 1996*, Blackstone Press Limited, London, 1999, pp. 44-57.

⁸ Vid. ROBERTS, S., “Family Mediation After the Act”, *Child and Family Law Quarterly*, núm. 13, 2001, pp. 265-273.

⁹ Para un análisis del desarrollo de la mediación familiar en el Reino Unido véase, ROBERTS, M., “Family Mediation: The Development of the Regulatory Framework in the United Kingdom”, *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 22, núm. 4, 2005, pp. 209-526.

monoparentales (*Comité of One-Parent Familias*) señaló que la mediación sería recomendable para asistir a las familias que se divorciaran¹⁰. No obstante, los sucesivos gobiernos no llevaron a la práctica esta recomendación, y la mediación se fue forjando en el sector privado¹¹. Desde mediados de los años setenta varias organizaciones comenzaron a implantar servicios de mediación en diferentes partes del Reino Unido. Entre ellas dos de las más importantes son la *Family Mediators Association* y la *National Family Mediation*¹². De este modo la mediación familiar comenzó a ser una realidad en el Reino Unido en los años 70, gracias a asociaciones privadas preocupadas por asuntos relativos a la familia, si bien es cierto que hasta 1996 no se introdujo en la legislación una regulación de la misma. Concretamente en las Sec. 26-29 de la Parte III, de la *Family Law Act*, que entraron en vigor el 21 de marzo de 1997.

Los principios de voluntariedad y confidencialidad son la base de la mediación familiar en el Reino Unido, y están presentes durante todo el proceso¹³. El primero de ellos prohíbe utilizar lo que se diga durante las sesiones en un posterior proceso contencioso, a no ser que las partes acuerden lo contrario. Cuando la mediación familiar se refiere a los hijos, no es posible ofrecer una garantía absoluta de confidencialidad, ya que la mediación puede revelar información sobre aspectos de la protección del niño que requieran la adopción de medidas concretas. En este caso el mediador tiene que asegurarse de que la policía y los servicios sociales son avisados¹⁴.

El principio de voluntariedad presenta unas características singulares en el Reino Unido habida cuenta de que depende de los medios económicos del solicitante. La Sec. 29 de la *Family Law Act* dispone que el Estado no concederá el beneficio de la justicia gratuita, en un procedimiento judicial de divorcio, si la Comisión de Asistencia Jurídica estima que, según las circunstancias concurrentes, hubiera sido posible y apropiado someter la resolución del conflicto a la mediación familiar. De conformidad con los

¹⁰ En concreto en este documento “se hacía público y oficial que la mediación podía ser aplicada en sustitución del sistema litigioso para afrontar disputas matrimoniales e incentivar la cooperación entre las partes durante la tramitación o después del divorcio”. *Vid.* VERDÚN, J., “La mediación familiar en España e Inglaterra”, *Revista de Treball Social*, núm. 154, 1999, pp. 83-150, p. 97.

¹¹ WALKER, J., “The development of Family Mediation”, Lord Chancellor’s Department, Londres, 2001, <http://www.dca.gov.uk/family/fla/chap18.pdf>.

¹² WALKER, J., “The Development of Family Mediation”, *Publications of the Department for Constitutional Affairs*, 6 de noviembre de 2003, pp. 401-412.

¹³ GIAIMO, G., “La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, octubre-diciembre 2001, pp. 1606-1641.

¹⁴ *Vid.* AA.VV., *Blackstone’s Guide to the Family Law Act 1996*, Blackstone Press Limited, London, 1999.

requisitos establecidos en el *Community Legal Service Funding Code*, en el marco de la ley sobre el acceso a la justicia de 1999 (*Access to Justice Act*), los que pretendan obtener una ayuda económica pública en un proceso judicial sobre un asunto familiar, deben acudir primero a la mediación¹⁵. Esto supone una vía indirecta para constreñir al más necesitado económicamente, lo cual infringe el principio de voluntariedad, porque vincula la no realización de la mediación a un perjuicio económico, y es discriminatorio ya que sólo afecta a las clases más desfavorecidas. Es decir, ante la pregunta de si la mediación es obligatoria o no, se puede contestar que depende. Para aquellos que tienen recursos económicos suficientes, la cuestión de la obligatoriedad no es relevante. La obligación implícita aparece en aquellos que no tienen recursos. Para la persona que pretenda gozar del beneficio de la asistencia jurídica gratuita es obligatorio acudir a una sesión informativa con el mediador que deberá determinar: a) si atendiendo a las circunstancias del caso es posible la mediación; y b) si la mediación puede tener lugar sin que exista miedo, violencia o intimidación infringido por una de las partes a la otra. En este caso la mediación no tendrá lugar (Sec. 27.7 a.)¹⁶.

Una cuestión que preocupa a los solicitantes en la mayoría de las ocasiones es, si además del mediador, necesitan un abogado. En el *Community Legal Service* se ha creado un nuevo nivel de asistencia, *Help with Mediation*, para ayudar a los que necesitan asistencia jurídica en un proceso de mediación familiar, al objeto de hacer posible que los que tengan derecho a financiación pública reciban asistencia jurídica de un abogado durante y después de la mediación familiar. Se recomienda acudir a un abogado antes que al mediador, para que éste informe sobre la situación jurídica exacta, sobre todo en la parte económica. El problema de no tener un abogado es que el mediador puede dar información general acerca de la legislación aplicable al caso, pero no puede dar consejo profesional individual sobre la mejor forma de llevar el proceso. Por eso es conveniente contratar sus servicios tanto antes, como durante y al final de ella, porque si se llega a algún acuerdo durante las sesiones de mediación éste tiene que ser formalizado ante el tribunal, y para eso es imprescindible la presencia del abogado.

¹⁵ Algo parecido sucede en España con la 1/2001, de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña (DOGC núm. 3355, de 26 de marzo de 2001). El que desee recibir un servicio de mediación de la Administración habrá de ceñirse a la regulación y control establecidos por la Ley si la menos una de las partes es beneficiaria del Derecho de asistencia jurídica gratuita y quiere también beneficiarse de la mediación gratuita.

¹⁶ RODGERS, M. E., "The Family Law Act 1996 and Divorce", *Blackstone's Cases & Materials*, Blackstone Press Limited, London, 1998, pp. 75-103.

Y es que al final de la mediación se obtiene un resumen escrito de las decisiones que se han tomado durante las sesiones. Este documento no es jurídicamente vinculante y por eso es necesario acudir al Tribunal para ratificarlo. Los acuerdos logrados por mediación familiar son objeto de resoluciones consensuadas (*consent orders*) que son validadas por un órgano jurisdiccional, que es competente para ejecutarlas. El acuerdo alcanzado en el marco de la mediación familiar que no va acompañado de una orden judicial no puede ser ejecutado.

En el Reino Unido se puede acudir al mediador familiar en cualquier momento, viviendo todavía con la pareja, estando separados o incluso divorciados, y habiendo iniciado o no el procedimiento judicial. Es decir, siempre y en cualquier momento que la pareja considere que puede serles de ayuda. Ahora bien ¿cómo se elige al mediador? La elección la realiza la persona que solicite sus servicios. El problema es que no hay una asociación de mediadores oficial y única para toda Gran Bretaña a la que dirigirse, sino varias, aunque la mayoría de los mediadores pertenecen a la *UK College of Family Mediators*¹⁷. Existe total libertad de elección, a no ser que el solicitante/s gocen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita; en este caso el mediador deberá ser seleccionado de entre los que figuren en una lista que configura la comisión de asistencia jurídica gratuita. Las partes que reciben ayuda económica pública para la mediación familiar no pueden elegir libremente cualquier mediador, sino que deben acudir necesariamente a mediadores cualificados que reúnan los requisitos establecidos por la *Legal Services Commission*, que son los únicos que pueden hacer una mediación familiar financiada con los fondos públicos. Por lo que respecta a las tarifas, no hay una standard, sino que cada mediador tiene la suya, normalmente por horas. En cuanto a la duración de la mediación, obviamente depende de las circunstancias de cada caso, pero la media está entre 2 y 4 sesiones de una hora y media cada una aproximadamente¹⁸.

3. MEDIACIÓN FAMILIAR EN FRANCIA

En Francia la mediación familiar se implanta y desarrolla en los años 80, a partir de la experiencia de Québec (Canadá), en concreto en 1986, cuando un equipo de

¹⁷ SCOULAR, J., "Process Notes: Mediation in Family Disputes", *Family Dynamics. Contemporary Issues in Family Law*, Butterworths, Scotland, 2001, pp. 205-229.

¹⁸ AA.VV., "Family Mediation. Dealing with Relationship Breakdown without Going to Court", *Legal Services Comisión*, CLS information leaflet n°. 24.

consejeros matrimoniales y terapeutas recibieron entrenamiento en mediación por parte del Instituto de Mediación Familiar de Montreal¹⁹. Por tanto se inició como una práctica privada en el seno de asociaciones preocupadas por asuntos familiares, igual que en el Reino Unido²⁰. En Francia se produjo el reconocimiento legislativo de la mediación en el año 1995, mediante la Ley 125/1995 de 8 de febrero relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo, (concretamente en el artículo 21). Esta ley fue desarrollada en 1996 mediante el Decreto 96-652 de 22 de julio, relativo a la conciliación y a la mediación judicial. Esta regulación no se refiere sólo a la mediación familiar, ni tampoco la incluye en toda su extensión, ya que queda fuera la mediación extrajudicial; pero ambos textos tienen una gran importancia en la medida en que indican al juez que puede intervenir de un modo distinto al de la resolución del caso mediante una decisión emanada de su autoridad, y aunque parten del consentimiento previo de las partes, otorgan al juez un enorme protagonismo²¹.

El 5 de marzo de 2002 entró en vigor en Francia la “Ley sobre la autoridad parental”²², que introdujo en el Código Civil francés (art 373.2.10) el siguiente precepto: “en caso de desacuerdo, el juez tratará de conciliar a las partes. Al efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad, el juez podrá proponerles una solución de mediación y, tras haber obtenido su conformidad, designar un mediador familiar al efecto. Asimismo, podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida”. Éste es el primer texto legislativo en el que se hace referencia expresa a la mediación familiar, un gran paso en aras a conseguir una regulación como la que está planteando la UE, y que se analizará más adelante. Además, desde el 2 de diciembre de 2003, ya existe en Francia un “Diploma estatal para la mediación familiar,”²³ que atribuye las competencias necesarias al que lo obtiene para intervenir como mediador en situaciones de crisis matrimoniales a fin de favorecer la reconstrucción del entorno

¹⁹ Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “La mediación familiar: algunas experiencias en el Derecho comparado internacional”, *Estudios sobre mediación: la Ley sobre Mediación Familiar en Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Castilla y León, 2006, p. 84.

²⁰ CARDIA-VONÈCHE, V. y BASTARD, B., “La Médiation Familiale una pratique en avance sur son temps ?”, *Recherches et Prévisions*, núm. 70, 2002, pp. 19-29.

²¹ VILLAGRASA ALCAIDE, C., y VALLS RIUS, A. M., “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *Diario la Ley*, de 9 de mayo de 2000, pp. 1-11.

²² Loi 2002-305 du 4 mars 2002, “Loi relative à l’autorité parentale”.

²³ Décret n° 2003-1166, de 2 de diciembre de 2003. Journal Officiel n° 284, de 9 de diciembre de 2003. Desarrollado por Arete du 12 février 2004, relatif au diplôme d’État de médiateur familial. J.O. n° 49 de 27 de febrero de 2004.

familiar y de ayudar a la búsqueda de soluciones que respondan a las necesidades de cada uno de los miembros de la familia. Para obtener el diploma es necesaria una formación de 560 horas, de las que 70 serán de formación práctica, que deberá completarse en un máximo de 3 años. En el Decreto se especifica absolutamente todo, las horas que deben ser dedicadas a cada bloque, los contenidos de los mismos, los trabajos que tendrán que realizar los alumnos.....De este modo se consigue una formación uniforme para todo el país, y sólo se podrán ejercer funciones de mediador familiar habiendo obtenido este diploma.

También hay que resaltar la Ley de 26 de mayo de 2004 sobre la reforma del divorcio (en vigor desde el 1 de enero de 2005), que ha introducido la mediación entre las medidas prioritarias que el juez puede acordar en los conflictos familiares, integrando así la mediación en el procedimiento de divorcio y obligando a las partes a acudir, por lo menos, a la sesión informativa²⁴.

4. MEDIACIÓN FAMILIAR EN EEUU

Por lo que respecta a **EEUU**, la situación es muy diferente a la del Reino Unido o Francia. No existe una regulación única para todo el país, sino que hay más de 2500 leyes que hacen referencia a la mediación. A esto hay que sumar todas las normas de los tribunales, las regulaciones administrativas, las órdenes ejecutivas, y las decisiones judiciales. Esta gran cantidad de normas, que forman una especie de Babel legal, impiden su análisis pormenorizado y, además, producen una serie de contradicciones y antinomias, que crean conflictos normativos y judiciales²⁵. Muchas leyes de mediación están pobremente redactadas, son ambiguas, incompletas e internamente inconsistentes. Incluso existen discrepancias sustanciales entre leyes de un mismo Estado que pretenden acometer propósitos similares. Con todo esto, no es difícil imaginar que existan amplias diferencias de Estado a Estado²⁶. La necesidad de establecer criterios

²⁴ Para un análisis mas extenso de esta Ley véase, LECLERCQ, V., “La mediation familiale dans la loi du 26 mai 2004”, *Droit de la famille*, 2004, pp. 12-14. El autor critica que la Ley no incida en aspectos como la confidencialidad en el proceso de mediación, o la fuerza ejecutiva del acuerdo adoptado por las partes en dicho proceso.

²⁵ HUGHES, H., “La protección institucionalizada de los mediadores en los Estados Unidos: una breve mirada a través del Acta Uniforme de Mediación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, pp. 699-729, pp. 702.

²⁶ Vid. MARLOW, L., *Mediación Familiar: una práctica en busca de una teoría, una nueva visión...*, loc. cit.

homogéneos sobre esta institución hizo que miembros de la magistratura, juristas, Universidades..., elaboraran la *Uniform Mediation Act*²⁷, como una recomendación para unificar criterios legislativos. El documento clarifica conceptos fundamentales como qué ha de entenderse por mediación, los principios fundamentales que deben aplicarse a ésta (neutralidad, imparcialidad, confidencialidad), quién puede ser mediador...²⁸ No obstante, no deja de ser una mera recomendación para unificar el gran número de leyes existentes en EEUU sobre mediación familiar. Pueden apuntarse, en opinión de N. BELLOSO MARTÍN, dos razones que explican el gran crecimiento de la mediación familiar en este país. En primer lugar, el incremento de separaciones y divorcios y la percepción de que la ruptura conyugal comenzaba a verse, no sólo como un hecho con repercusiones jurídicas sino, principalmente, como un elemento perturbador a nivel personal y familiar. En segundo lugar, el deseo de los norteamericanos de no dejar el control de temas tan personales en manos del sistema jurídico-judicial²⁹.

Las diferencias abismales entre unos Estados y otros posibilitan la aparición de situaciones contradictorias. Algunos Estados admiten la confidencialidad como deber y derecho del mediador, de manera que éste queda amparado por un secreto profesional absoluto que le permite negarse a revelar la información obtenida, y el contenido de las conversaciones y debates habidos durante la negociación. Sin embargo, otros Estados no reconocen este alto grado de confidencialidad. La consecuencia es que si se sustancia un pleito sobre la materia objeto de mediación en un Estado donde no se reconoce el principio de confidencialidad, la parte o el mediador pueden ser obligados a testificar, aunque el proceso de mediación se haya desarrollado en un Estado donde sí existía la confidencialidad.

Las discrepancias de Estado a Estado pueden se ponen también de relieve al analizar el principio de voluntariedad. En California, por ejemplo, la mediación familiar es obligatoria (mediación imperativa), y una práctica común en todos los procesos de divorcio, constituyendo un trámite más que necesariamente han de realizar las parejas que desean romper su vínculo matrimonial. El Estado de California, estableció esta

²⁷ Disponible en <http://www.pon.harvard.edu/guests/uma/>

²⁸ GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, p. 204.

²⁹ BELLOSO MARTÍN, N., "La mediación familiar: algunas experiencias en el Derecho comparado internacional", *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de...*, loc. cit., pp. 83-109.

obligatoriedad a través de la *Mandatory Mediation Act* en 1981³⁰. La razón de esta obligatoriedad es que en este Estado se comenzó a registrar un índice de divorcios superior al 50% de los matrimonios y se consideró que, sobre todo en los temas relacionados con la custodia y la visita de los hijos debía imponerse la “mediación imperativa”. En Alaska, sin embargo, se ha establecido una primera sesión obligatoria de mediación en los procesos familiares, pero esta exigencia concluye una vez finalizada la misma.

5. MEDIACIÓN FAMILIAR EN CANADÁ

En **Canadá**, país pionero, junto con EEUU en ofrecer servicios de mediación familiar, el primer paso en la mediación es la realización de una investigación rigurosa para determinar la existencia de abuso físico o mental a la esposa, con el propósito de establecer si el caso es apto para la mediación o no. Una vez que se ha constatado que no existe abuso, el proceso continúa con una entrevista de las partes con el trabajador social del centro de mediación, que determina si los interesados deben asistir a la primera sesión orientativa de mediación o deben optar por algún otro proceso para resolver su disputa matrimonial. Si el trabajador social estima que la pareja es apta para la mediación, éstos asisten a la primera sesión orientativa, donde se fijará un calendario de reuniones, en función de los asuntos sobre los cuales es necesario adoptar algún acuerdo. Después de esto la pareja se reúne con un abogado, que les informa sobre lo establecido por la ley y el proceso judicial, señalando los deberes y derechos de los interesados con respecto a la tutela de los hijos, derechos de visita, etc. En la última parte del proceso, es cuando comienzan las sesiones con el mediador, cuya duración no podrá ser superior a 7 horas. La mediación puede ser “abierta” o “cerrada”, y los interesados deben optar por escrito por una de estas modalidades antes del inicio del proceso. En la primera de ellas, el mediador incluye una declaración de los acuerdos logrados, pudiendo agregar la información que estime pertinente. En la segunda, el mediador prepara un informe para el tribunal en el cual se limita a señalar los acuerdos logrados y los asuntos sobre los cuales no se llegó a un acuerdo, pero no puede adicionar ningún otro tipo de información. Sin embargo, ni en la modalidad de

³⁰ SEHER, A., *Mediating Real Estate Dispute*, Weiss&Weissman, California, 1997; www.wvlaw.com/mediate.htm.

mediación abierta, ni en la cerrada, el mediador puede incluir recomendaciones, opiniones o evaluaciones del proceso³¹.

El principio de voluntariedad no actúa con la misma intensidad en las diferentes provincias³². Así, en Ontario la participación en el proceso de mediación es voluntaria, y las partes pueden retirarse del mismo en cualquier momento; en cambio, en Québec, los arts. 814.2 a 814.14 de su Código de procedimiento civil establecen que el Tribunal deberá requerir que las partes participen en una sesión de información sobre la mediación, en unos supuestos predeterminados: cuando exista una disputa sobre la tutela de los niños, los derechos alimenticios, o los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio, es decir, prácticamente en todas las situaciones que tienen relación con la crisis matrimonial va a ser obligatoria la sesión informativa. En ella se les explicará a los interesados la naturaleza y objetivos de la mediación, el desarrollo probable del proceso, y el rol del mediador. Al final de la sesión ellos decidirán si desean iniciar el proceso de mediación, y si lo harán con ese mediador o con otro. Una vez iniciada la mediación cualquier parte puede terminar el proceso, sin la necesidad de justificar su decisión. También lo puede hacer el mediador siempre que estime que seguir el proceso podría ser contraproducente. Si alguna de las partes no acude a las sesiones de mediación sin justificar su ausencia, podrá ser obligada a pagar todos los gastos del proceso.

6. REGULACIÓN EUROPEA

Recomendación R (98) sobre la mediación familiar

Por último, parece imprescindible hacer referencia a los instrumentos surgidos en Europa a partir de 1998, que corroboran la idea de que la mediación familiar es un mecanismo para la resolución de conflictos que está en auge, y cuya utilización va a ser cada vez más frecuente, aunque para algunos autores sea una panacea cuestionable³³. Estos documentos son la Recomendación R (98), sobre mediación familiar del Consejo

³¹ GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares...*, loc. cit..

³² Vid. CONNELLY, J. y LOISEAU, V., "Mediación familiar, a partir de los tribunales, en EEUU y Canadá", disponible en <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/68.pdf>.

³³ Vid. GUILARTE GUTIERREZ, V., "La mediación familiar: panacea cuestionable", *Revista de Derecho de Familia*, nº 6, enero 2000, pp. 29-44; SCHWIDICH, N., "Mediation als Königsweg? Die Scheidungsrechtsreform in Engalnd und Wales, *Familie und Recht*, nº 3, pp. 222-228.

de Europa, y la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Por medio de la R (98), el Consejo de Europa insta a los gobiernos de los Estados miembros instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente, y adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios que se enumeran en la Recomendación. Y todo ello para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares. En la Recomendación se señala que los Estados deben velar para que existan mecanismos para la selección y la formación de los mediadores, y se establecen las características esenciales del proceso de mediación: la mediación no debe ser, en principio, obligatoria; el mediador tiene que ser imparcial; las discusiones que tengan lugar durante la mediación tienen que ser confidenciales; se tiene que tener en cuenta el interés superior del niño.....etc. Además en la Recomendación se establece que los Estados deberán reconocer la autonomía de la mediación y la posibilidad de que ésta haya tenido lugar antes, durante o después de un proceso judicial.

Por lo que respecta a su obligatoriedad, las recomendaciones del Consejo de Europa tienen un valor político, pero en ningún momento jurídico, aunque se podría decir que sí ético, ya que sus órganos no tienen poder de decisión obligatorio respecto a los Estados que la componen³⁴. Para los 47 Estados que forman parte del Consejo de Europa no supone una merma de soberanía formar parte de él, como si ocurre con los Estados que forman parte de la UE³⁵.

³⁴ El Consejo de Europa es una organización de carácter intergubernamental. No tiene nada que ver con la UE. Tiene su sede en Estrasburgo. Fue la primera organización política europea establecida tras la 2ª Guerra Mundial (España entró a formar parte en 1977). Los órganos del Consejo de Europa son el Comité de Ministros y la Asamblea Consultiva. Los representantes en el Comité de Ministros son los Ministros de Asuntos Exteriores de cada uno de los países. Y sus conclusiones podrán revestir la forma de recomendaciones a los gobiernos.

³⁵ DÍEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 1997, pp. 411-417.

Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 21 de mayo de 2008.

Esta Directiva es el instrumento jurídico con el que la UE pretende proporcionar las herramientas necesarias para que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros promuevan la mediación. En su Exposición de motivos la define como “una manera más rápida, simple y rentable de solucionar los conflictos, y que permite tener en cuenta más aspectos de los intereses de las partes. Ello aumenta las posibilidades de alcanzar un acuerdo que respetarán voluntariamente y preserva una relación amistosa y sostenible entre ellos”. No obstante, la Comunidad no tiene competencias para promover directamente la mediación en los Estados miembros, lo único que puede hacer es obligarlos a “permitir a los órganos jurisdiccionales sugerir la mediación entre las partes”. Antes de la Directiva, la UE elaboró un Libro Verde sobre las “modalidades alternativas de resolución de conflictos en materia civil y mercantil”, que se refería a la mediación familiar en el apartado 2.2.2³⁶. En él se exploraba y examinaba desde una perspectiva muy general la posibilidad de las soluciones alternativas a la resolución de litigios en la Unión y se abrió una amplia consulta tanto a los Estados miembros como a las partes interesadas. Dos años después, con la información obtenida, se elaboró una Propuesta de Directiva³⁷, que se centraba en la mediación transfronteriza y marcaba unos objetivos tendentes a salvaguardar las características propias de los derechos nacionales: una norma de mínimos³⁸.

La Directiva que finalmente ha sido aprobada, concreta también sus objetivos en la mediación familiar transfronteriza. La mundialización de la economía y la

³⁶ El mecanismo comunitario de elaboración normativa tiene habitualmente como punto de partida una amplia consulta sobre las cuestiones, predominantemente jurídicas, que plantea el nuevo instrumento jurídico que se pretenda elaborar y que sirve de apoyo a la preparación definitiva de las medidas legislativas que se adopten. Este es por tanto el sentido y razón de existir de los denominados en el ámbito comunitario europeo «libros verdes». Un Libro Verde es un documento de consulta que la Comisión distribuye a todos los sectores interesados para que redacten sus consideraciones, las cuales se tendrán en cuenta para elaborar acciones concretas en forma de Libro Blanco. Es un documento preparatorio, que no vincula jurídicamente a los Estados, pero sí puede dar una idea de las materias en las que va a legislar la UE en un futuro bastante cercano. Véase, MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *La Ley*, Núm. 6480, jueves, 11 de mayo de 2006.

³⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM (2004) 718].

³⁸ Para un análisis de la Propuesta véase, ÁLVAREZ MORENO, M. T., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles: algunas cuestiones suscitadas la hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, 2005, pp. 243-304.

consolidación de determinados sistemas de integración regional -como la Unión Europea-, han traído consigo un aumento de los movimientos migratorios transfronterizos y la movilidad internacional de las personas. Unos hechos que han afectado profundamente a las relaciones familiares, incrementando los supuestos en los que se encuentra presente un elemento extranjero. De ahí la importancia de fomentar la mediación familiar transfronteriza, que ofrece a las partes un mecanismo pacífico de resolución de los conflictos de familia enmarcado en la cultura del pacto, en el que las partes son los verdaderos protagonistas del resultado. Una circunstancia que garantiza el cumplimiento pacífico de lo acordado, así como la duración de “su” acuerdo. Además la flexibilidad y privacidad que se predica de la mediación familiar permite, tanto adaptarlo a las circunstancias del caso (diferencias culturales, varios ordenamientos afectados.....), como reducir costes y tiempo³⁹.

Estos beneficios resultan especialmente interesantes en los supuestos con elemento/s extranjero/s. Y eso debido a que se ofrece un marco jurídico seguro y previsible para las partes, se facilita la integración de los inmigrantes que residen en un determinado Estado, y se garantiza la eficacia extraterritorial de los acuerdos consensuados. Algo que incluso puede reducir el número de sustracciones internacionales de los hijos menores por uno de los progenitores, ya que un acuerdo de mediación familiar internacional en materia de derecho de visitas tendría un alto grado de cumplimiento, por haber sido adoptado de común acuerdo entre los padres, ante la posible decisión de cualquiera de ellos de abandonar el país donde se situaba el domicilio conyugal previamente.

En realidad se trata de una Directiva que no obliga a los Estados prácticamente a nada. La extensa utilización de expresiones como “los Estados promoverán”, o “fomentarán” acredita la calificación de “directiva de mínimos”. Estas características son propias de una norma comunitaria que intenta ser compatible con las legislaciones ya existentes de los Estados miembros, y cuya imperatividad es muy reducida. La insuficiencia intrínseca de estas normas de carácter mínimo tiene que ser salvada por la colaboración de la normativa estatal, lo cual a su vez implica una diversidad jurídica en

³⁹ PALAO MORENO, G, “La mediación familiar...”, *loc. cit.*

la transposición de la Directiva entre los Estados miembros⁴⁰. Además, no se trata de una Directiva detallada⁴¹, *cuasi* reglamento, sino que se ha optado por un método de armonización muy flexible, que deja un amplio margen de actuación. La flexibilidad puede dar lugar a que la armonización sea mínima⁴². Así, por ejemplo, define al mediador” como toda persona que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, con lo que no excluye ningún colectivo profesional, aunque por lo menos exige en el art. 4 que el mediador tenga una mínima formación que tiene que ser fomentada por los Estados miembros.

La Directiva obvia algunas cuestiones básicas como la responsabilidad exigible a los mediadores (elaboración de un Código ético o Deontológico)⁴³, el procedimiento que ha de seguir la mediación, la actividad profesional de mediador la definición de los modelos de mediación, el régimen de impugnabilidad de los acuerdos, la capacidad para poder ejercer como mediador...etc⁴⁴. A pesar de su falta de obligatoriedad y las lagunas existentes, la virtualidad de la Directiva radica en que, por lo menos, promueve la mediación en los Estados miembros, exigiéndoles asegurar que el acuerdo alcanzado sea homologado por un órgano jurisdiccional. Además, pone de manifiesto, la intención de la UE de comenzar a legislar en este ámbito y es la primera norma europea que regula un modo de solución de litigios que prescinde de la intervención de un Juez. Con ella se ha dado un paso importante para la desjudicialización de la vida de los ciudadanos, y, sobre todo, para el fortalecimiento de la sociedad civil⁴⁵.

⁴⁰ ARENAS HIDALGO, N., *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Huelva, Universidad de Huelva, 2005, p. 93.

⁴¹ Hay ocasiones en que la distinción entre reglamento y directiva puede ser desmitificada, ya que muchas veces cabe en la directiva una redacción de detalle que conlleve los contenidos propios de un reglamento. Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, p. 41. En expresión de VALLEE, C. (“Comentario al arrêt Cohn-Bendit”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1979, pp. 834-848), se trataría de directivas « disfrazadas ».

⁴² Vid. JUNGE, K., *Flexibility, Enhanced Cooperation and the Treaty of Amsterdam*, Londres, Kogan Page, 1999.

⁴³ Existe un código deontológico específico para mediadores promovido por la Comisión de la Unión Europea en una conferencia organizada en Bruselas en 2004 con motivo de su puesta a disposición a las organizaciones y profesionales que se dedican a la mediación. Este Código establece varios principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad. Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

⁴⁴ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, P., “El Proyecto de Directiva europea sobre la mediación”, *El abogado ante la mediación en procesos de familia: experiencias diversas*, Comisión Arbitraje y Mediación del Foro para la Justicia. Consejo General de la Abogacía Española, Madrid, 2007. Disponible en http://cgae.iuriline.net/jmf/recursos/pdf/4_foro_jornadas_2.pdf.

⁴⁵ PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, *Diario La Ley*, Nº 6958, Sección Actualidad Legislativa Comentada, del 2 al 10 Jun. 2008.

7. VALORACIÓN

La mediación es un mecanismo que comporta numerosas ventajas para la resolución de un conflicto familiar, y así lo han entendido países como el Reino Unido, Francia, Estados Unidos o Canadá, entre otros muchos, al integrarlo en sus respectivas legislaciones (con mayor o menor acierto, como se ha visto). ¿Lo hará alguna vez España o por el contrario obviará no sólo el avance de la mediación en otros países sino incluso la Recomendación que ha realizado el Consejo de Europa y la legislación de la Unión Europea? El tiempo lo dirá. Por ahora, sólo algunas Comunidades Autónomas han legislado sobre la cuestión, acción que se considera muy positiva pero que puede no sólo invadir competencias exclusivas del Estado⁴⁶, sino crear una especie de Babel legal al estilo estadounidense. Quizás sería deseable disponer de una Ley estatal de mediación que estableciera, por lo menos, unos criterios comunes para todas las Comunidades Autónomas⁴⁷. La aprobación de la Directiva 2008/52, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles ofrece la posibilidad de que al llevar a cabo su transposición se pueda plantear de nuevo la conveniencia de elaborar una ley estatal, aunque, como se ha expuesto, la UE ha elaborado una Directiva en la que las exigencias para los Estados son mínimas, y no obligan prácticamente a nada.

⁴⁶ OROZCO PARDO, G. (“Notas acerca de la mediación en el Derecho español: Comentario a la ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la protección institucionalizada de los mediadores en los Estados Unidos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5, 2002, pp. 731-755, p. 749) que señala como ejemplos de esta intromisión la mediación gratuita, la regulación de los aspectos esenciales del estatuto profesional del mediador familiar, etc.

⁴⁷ A favor de una ley estatal, por ejemplo, PÉREZ JIMÉNEZ, M. T., “La mediación familiar: perspectiva contractual”, *Aranzadi Civil*, N° 3, 2006, pp. 2559-2573. En desacuerdo, MARTÍN CASALS, M., “Líneas generales de la mediación familiar en España”, *Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor*, Aranzadi, 2008, pp. 25-42.