

«¿HACIA UNA ARMONIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EUROPA?»

Guillermo Palao Moreno¹

I.- La Mediación Familiar en Europa: un sector maduro para la aproximación legislativa

La Mediación Familiar constituye una alternativa para la gestión de los conflictos familiares relativamente reciente o novedosa en el continente europeo. Sobre todo si la comparamos con la larga experiencia atesorada en la materia por otros países del continente americano, como es el caso de la pionera Estados Unidos desde los años 60. En efecto, no ha sido hasta los años 80 cuando la práctica de la Mediación Familiar ha sido acogida en distintos países europeos, debiendo esperar a la década de los 90 para encontrarnos con las primeras experiencias legislativas conducentes a dotar a este fenómeno de un marco jurídico adecuado. A este respecto destacan las desarrolladas en señalados países como ha sucedido en Alemania, Francia, Inglaterra o Italia. Iniciativas que, sin embargo, no han sido continuadas por posteriores desarrollos multilaterales, por lo que en la actualidad carecemos de un marco jurídico uniforme en la materia en Europa.

No obstante, y a pesar de su "juventud", considero que nos encontramos actualmente en un buen momento para plantearnos una aproximación legislativa de esta

figura en Europa. Una ordenación viable y aconsejable que, en mi opinión y como explicaré más adelante, no debería pretender una uniformización absoluta de los diferentes ordenamientos estatales en la materia y que, asimismo, debería prestar especial atención a los supuestos de Mediación Familiar que poseen un carácter transfronterizo. Los cuales, por el hecho de la consolidación de las libertades comunitarias -en especial la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad Europea- y la intensificación del fenómeno migratorio, se están multiplicando en el viejo continente.

En esta línea, considero que esta idea se encuentra avalada, no sólo por los beneficios que el empleo de fórmulas "autocompositivas" reporta a las relaciones de familia, sino también, entre otros, por los siguientes hechos:

1) En primer lugar, por la creciente e importante acogida que este mecanismo de resolución de las controversias familiares está teniendo en los distintos países europeos, ante el incremento de los conflictos de familia en las sociedades occidentales (WALKER). Una llamativa aceptación, enmarcada en un movimiento global tendente a facilitar el acceso a la justicia de los particulares (BARONA VILAR, CAPPELLETTI,) que ha traído consigo un significativo cambio en la mentalidad y for-

¹Profesor titulado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia, España.

ma de aproximarse a este tipo de situaciones. Y ello, al ofrecer un mecanismo pacífico de resolución los conflictos de familia, enmarcado en la cultura de la transacción y del pacto, donde las partes son los verdaderos protagonistas del resultado.

Elementos que, sin lugar a dudas, garantizan la reducción de la intensidad de los conflictos familiares, así como un alto nivel en la colaboración entre las partes implicadas que redundan en el cumplimiento pacífico y en la duración de "su" acuerdo, siendo beneficioso no sólo para las mismas partes implicadas -y en particular para los hijos-, sino también para el propio Estado -al reducir el nivel de conflictividad social y aliviar la sobrecarga de la Justicia- (BABU, BARONA VILAR, CRETNEY y MASSON, FILION, GREIF, MEJÍAS GÓMEZ, RENCHON, RIPOL-MILLET, SINGER, TENA PIAZUELO, TORRERO MUÑOZ).

2) En segundo lugar, y reflejo de lo anterior, por el hecho de que numerosos Estados cuentan ya con un marco normativo *ad hoc*, encontrándose en la actualidad otros en proceso de elaboración del suyo propio -como es el caso de distintas comunidades autónomas españolas- (BARONA VILAR, MARTÍN CASALS, RIPOL-MILLET, VILLAGRASA ALCAIDE y VALLRIUS). Un dato que ha permitido que se produzca durante los últimos años una cierta discusión en la ciencia jurídica europea al respecto y que, a su vez, ha tolerado contrastar los resultados alcanzados en la práctica con respecto a las distintas experiencias legislativas estatales. Elementos

que, en definitiva, han propiciado un proceso de maduración de la institución durante las últimas 2 décadas y que permite avanzar la conveniencia de aproximar las legislaciones europeas en la materia, para evitar los inconvenientes y limitaciones que se pueden derivar de una actuación aislada de los Estados en este sector.

3) En tercer lugar, y como consecuencia de lo anteriormente expuesto, sobresale el decisivo espaldarazo que supone para la Mediación Familiar, la atención que se le ha prestado desde distintas organizaciones internacionales de ámbito europeo -señaladamente el Consejo de Europa y la propia Comunidad Europea-, en vistas a su armonización legislativa desde una perspectiva multilateral. Iniciativas que, no sólo son susceptibles de propiciar una superación de las barreras que impone la disparidad legislativa en la materia -como consecuencia de actuación individualizada de los distintos países europeos-, sino que igualmente solventarán las restricciones existentes en las propuestas estatales a la hora de atender a este fenómeno con repercusiones crecientemente transfronterizas en Europa.

2.- La labor desarrollada por el Consejo de Europa: la Recomendación No. R (98) 1, sobre Mediación Familiar.

Desde una perspectiva europea la Recomendación del Consejo de Europa No. R (98) 1, sobre Mediación Familiar (Council of Europe, *Texts of Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to member States on Family Mediation and its Explanatory Memorandum*, DIR/JUR (98)

4) adoptado por el Comité de Ministros el 21 de enero de 1998, constituye una primera y fundamental aproximación a la temática analizada. En este sentido, y a pesar de no contar con un carácter obligatorio para los Estados miembros del Consejo de Europa, esta importante iniciativa destaca por constituir una inicial y profunda reflexión de la problemática jurídica que plantea la práctica de la Mediación Familiar en Europa, siendo un elemento esencial para orientar en el futuro a los distintos países en su labor de establecimiento de un régimen jurídico propio para cada uno de ellos, como un primer paso para el desarrollo de un marco común para todos ellos en el continente europeo.

Junto a su carácter pionero, son muchos e interesantes los aspectos contenidos en la mencionada Recomendación, sobresaliendo de entre ellos los siguientes que paso a comentar:

1) Para empezar, la Recomendación del Consejo de Europa resalta la importancia que está adquiriendo el empleo de la *Mediación Familiar ante el aumento de las disputas familiares en las sociedades occidentales*, aconsejando su empleo -frente al recurso a los tribunales ordinarios- para los Estados miembros del Consejo de Europa (WALKER). Una apuesta por la gestión de los conflictos familiares por mecanismos distintos de aquellos más tradicionales de carácter "adversarial" -aunque no excluyente sino complementaria-, que está llamada a jugar un importante papel con respecto a cuestiones tales como: la reducción de los costes -sociales, económicos y emociona-

les- que implica una concepción "jurisdiccionalista" de esta problemática, así como una verdadera solución de los conflictos familiares -incrementados, en ocasiones, por el hecho de acudir a mecanismos de naturaleza jurisdiccional- por medio de un procedimiento flexible que no sólo garantiza la privacidad, sino que también propicie la continuidad de las relaciones de familia tras la ruptura de la pareja (BERNAL SAMPER, ESCRIVÁ IVARS, MEJÍAS GÓMEZ, SEJJAS QUINTANA, RICHARDS. Parcialmente en contra, GUILARTE GUTIERREZ).

2) Junto a ello, sobresale de la Recomendación No. R (98) 1, el establecimiento de una serie de principios -ya empleados en la mayor parte de los Estados europeos y fácilmente asumibles por aquellos países que aún no cuentan con una normativa al respecto- que, sin lugar a dudas, deberían ser tomados en consideración en cualquier iniciativa legislativa futura en la materia.

a) De este modo, para empezar, en la misma se aconseja que se establezcan en los ordenamientos estatales mecanismos legales necesarios que favorezcan el acceso a este mecanismo de resolución de controversias, aunque persuadiendo de su carácter voluntario y no obligatorio, en todo caso (BARONA VILAR, JORDÁN VILLACAMAPA).

b) Además de ello, en la Recomendación del Consejo de Europa se dispone que, durante el proceso de Mediación Familiar, deberían presidir la actuación del mediador una serie de principios al condu-

cir el conflicto que se le presenta (BABU, BARONA VILAR, ESCRIVÁ IVARS, PARKINSON). Así, por una parte, el mediador familiar debería actuar con imparcialidad durante las distintas sesiones que compongan el proceso de mediación, así como con neutralidad frente al resultado -el cual dependerá en exclusiva del deseo de los contendientes-, procurando el respeto del equilibrio negociador de las partes, sobre todo cuando ha habido violencia previa en la familia. Por otra parte, esta persona ha de proveer de suficiente información a las partes -lo que, en ningún caso, supone su asesoramiento jurídico-, al igual que defender la privacidad y la confidencialidad del proceso, atender prioritariamente al interés de los menores afectados, así como tendrá que abstenerse en asistir legalmente a las partes -pudiendo recomendar que, por su parte, los contendientes sean asistidos por profesionales.

3) Por otro lado, en la Recomendación de 1998 se aconseja que, junto a facilitar un acceso voluntario a la Mediación Familiar, los Estados deben regular su organización -ya sea vinculando la práctica de la Mediación Familiar al sector público, al privado o a ambos-, así como disponer de mecanismos que prevean la habilitación de determinados profesionales que accedan a la prestación de este tipo de servicios en las mejores condiciones (BARONA VILAR, MARTÍN CASALS). A este respecto, se destaca la necesidad de establecer procedimientos de selección, formación y cualificación de los mismos para garantizar los mejores resultados en la gestión de conflictos de una naturaleza tan compleja como los

que se suscitan en el ámbito familiar -y de manera especial cuando el conflicto posea una naturaleza transfronteriza. Junto a ello, y también vinculado al inicio del proceso de Mediación, el Consejo de Europa se refiere a la especial atención que merece el contrato de mediación -acuerdo en virtud del cual dará comienzo la Mediación Familiar-, debiendo establecer los Estados mecanismos que garanticen su eficacia.

4) Uno de los aspectos más significativos, desde el punto de vista jurídico, lo componen las referencias que la Recomendación realiza acerca del proceso de Mediación Familiar. En este sentido destaca, junto al establecimiento -antes expuesto- de los principios que deben informar al mismo, la necesidad de que los Estados dispongan los cauces pertinentes que posibiliten la homologación judicial del acuerdo de mediación -también conocido como acta final de la mediación- alcanzado entre los contendientes incluso de forma parcial y no global con respecto a todos los aspectos del conflicto familiar (LLOYD).

Con relación a ello posee una especial importancia la necesidad de regular con claridad las relaciones que deben existir entre el proceso de mediación y la autoridad judicial (FARINHA). Vinculación que debe estar presidida por la más absoluta autonomía entre ambos mecanismos de resoluciones de las controversias -pudiendo optar las partes por cualquiera de ellos-, como punto de partida, pero que necesariamente se encontrarán en ciertos momentos decisivos -como son la adopción de medidas urgentes o provisionales, así como la

homologación del acuerdo de mediación por la autoridad judicial- y que exigirán la cooperación entre ambos (ALMAGRO NOSETE, GUILLAUME-HOFNUNG). Una colaboración que se podrá dar: con anterioridad al inicio de la actuación del juez -y, por tanto, al margen del mismo-, durante el procedimiento judicial -pudiendo paralizarlo para proceder a la Mediación- o con posterioridad de la actuación judicial -con el objeto de facilitar la gestión de las relaciones familiares con posterioridad de dictarse la sentencia judicial, adaptándolas a las nuevas circunstancias que pudieran surgir tras ella sin necesidad de acudir de nuevo al juez para modificar dicha decisión.

5) Por último, hay que subrayar la atención que dedica de manera especial, a aquellos complejos supuestos teñidos de una naturaleza internacional, en los que se plantea un proceso de Mediación Familiar. Sobre este particular, la Recomendación aconseja vivamente el empleo de este mecanismo para aquellos conflictos que posean dicho carácter en general -contemplando incluso la posibilidad de que las partes escojan el país donde acudir a los servicios de Mediación- y fundamentalmente aquellos en los que se trate de gestionar la custodia y derechos de visita cuando los padres viven en diferentes Estados. Sobre todo en aquellas situaciones en las que pudieran surgir problemas a la hora de reconocer decisiones extranjeras en materia de guardia y custodia o derechos de visita. Y ello, salvo en los supuestos en los que se haya procedido a un traslado ilícito de un menor siendo recomendable, en tales casos, acudir a los Convenios internacionales diseñados para

atender a los mismos (DZIALUK). Igualmente, la Recomendación estima que la Mediación Familiar constituye un mecanismo útil para atender a las situaciones en las que se producen modificaciones en las circunstancias que rodean a los padres con posterioridad a una resolución judicial -como sería el hecho de que el padre que ostenta la custodia tuviera que residir en un país distinto de donde venía haciéndolo dificultando el acceso del otro progenitor a los hijos-, con el objeto de adaptar a las nuevas condiciones y reorganizar pacíficamente las relaciones.

3.- Las posibilidades existentes en el actual marco comunitario europeo para la Mediación Familiar.

El Derecho de familia ha recibido un trato insuficiente, sino inexistente, por parte de la Comunidad Europea hasta fechas recientes. Esta inactividad, se justificaba por el hecho de que el objetivo primordial de esta organización internacional ha sido, fundamentalmente, la creación de un Mercado Único de bienes, servicios y capitales no entrando las relaciones de familia en su ámbito material de actuación. Esta actitud, tildada por algunos de "mezquina" con razón, ha dado un importante giro tras la aprobación del Tratado de Amsterdam en 1997, por el que se modifica -entre otros- el Tratado de la Comunidad Europea. De esta reforma destaca, por lo que a nosotros respecta, la introducción en este Tratado de un Título IV denominado "*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*", por medio del cual se "comunitariza" la coopera-

ción judicial en materia civil entre los Estados miembros de la Comunidad Europea y deja de tener un tratamiento intergubernamental.

En definitiva, de esta breve aproximación destaca el hecho que la Comunidad se ha dotado recientemente de la competencia necesaria para ordenar, en determinados supuestos, las -crecientes en número- relaciones de familia que se produzcan en el interior de la misma -lo que ha permitido a algunos autores preguntarse sobre la posible elaboración de un "Derecho europeo de familia"-, movida por favorecer la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad Europea (MARTINY). De esta forma, a partir del año 1997, el Derecho de familia es susceptible de regulación por parte de la Comunidad Europea, en virtud del tenor del artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea (tras la modificación operada por el de Amsterdam), afectando esta competencia igualmente a la materia que nos ocupa. Así, el citado precepto admite que la Comunidad adopte las medidas que considere adecuadas en el "ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza", "en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior". Acciones entre las que se pueden encontrar:

- "a) mejorar y simplificar:...el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;" o
- "b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Esta-

dos miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción".

En mi opinión este precepto, al margen de la importancia que posee en general para los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros de la Comunidad, es susceptible de afectar directamente a la ordenación de la Mediación Familiar por parte de la Comunidad Europea, posibilitando la aproximación legislativa de esta figura en su seno. En este sentido, no es sorprendente que esta Organización Internacional haya incluido, entre las medidas a adoptar en los cinco años posteriores a la entrada en vigor del Tratado (de Amsterdam), en el ámbito de la "cooperación judicial en materia civil" (*Plan de acción del Consejo y de la Comisión, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, D.O.C.E. núm. C 19, de 23 de enero de 1999*), el

"Estudio de la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales".

Llegando incluso a plantearse:

"la posibilidad de mediación para resolución de conflictos familiares".

Sin duda esta previsión posee una importancia de primer orden, pudiendo aventurar una acción legislativa que abre interesantes perspectivas para la ordenación

de la Mediación Familiar en el interior de la Comunidad Europea. Una alternativa que encuentro viable y altamente positiva.

4.- Propuestas para la ordenación de la Mediación Familiar en Europa.

De lo visto hasta el momento se puede deducir el interés, conveniencia y viabilidad que existe en la actualidad en dotar a la Mediación Familiar de un marco jurídico armonizado en Europa, siendo la Comunidad Europea una sede privilegiada para llevar a cabo dicha labor. Por ello, entiendo que el camino iniciado por el Consejo de Europa —y siempre tomando en consideración el importante trabajo elaborado por esta Organización Internacional— debería ser continuado por la Comunidad Europea. Una aproximación legislativa que debería realizarse de forma coordinada con la previsible elaboración por parte de los Estados miembros de sus propias respuestas estatales. En este sentido, y teniendo presente que a la iniciativa comunitaria puede seguir una actuación legislativa de las instituciones comunitarias, me permito realizar las siguientes propuestas de *lege ferenda*:

1) Para empezar, el posible texto que emanara de las instituciones comunitarias en la materia debería tomar en consideración otras iniciativas internacionales existentes en materia de Derecho de familia y, desde la óptica del legislador comunitario, fundamentalmente aquellas ya existentes o previstas que incidieran en la ordenación de la Mediación Familiar. Muchas de las cuales ya obligan a los Estados miembros de la Comunidad Europea, tal y como es el caso

de las normas que, con un ámbito universal o regional, se ocuparan de los distintos aspectos que pueden ser objeto de acuerdo en un proceso de Mediación Familiar entre las partes: las relaciones paterno-filiales, el régimen de guarda y custodia y el de visitas, la protección de los menores, la disolución del régimen económico conyugal y el régimen de alimentos. En esta línea destacan, junto a la trascendental y abundante labor desarrollada por organizaciones como el Consejo de Europa o la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, la propia actividad comunitaria en la materia.

En esta línea y por lo que hace a la actividad desplegada por la Comunidad Europea, cabe subrayar la incidencia que puede tener el reciente Reglamento (CE) núm. 1347/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (*D.O.C.E. L 160*, de 30 de junio de 2000, pp. 19 y ss.). Ya que, en virtud de su artículo 1.2, se prevé la equiparación entre los procedimientos judiciales en materia de disolución matrimonial con otro tipo de decisiones no jurisdiccionales como serían:

“los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros”,

Pudiendo tratarse los procesos de Mediación Familiar de uno de estos procedimientos, si en dicho Estado se contemplara dicha equivalencia, entrando esta figura en su ámbito de aplicación. Con lo que las pre-

visiones relativas a extremos tales como: el reconocimiento de decisiones relativas a la Mediación Familiar en otro Estado parte (artículos 14 y siguientes del Reglamento), la litispendencia (artículo 11 del Reglamento) o el establecimiento de medidas cautelares en un procedimiento de Mediación Familiar con elementos extranjeros (artículo 12 del Reglamento), se extendería también a los procedimientos de Mediación Familiar –con un carácter administrativo principalmente- que los Estados parte contemplaran y equipararan a los judiciales.

2) Junto a ello, considero que la aproximación legislativa recomendada debería ser de mínimos –conforme al principio de subsidiariedad comunitario y el respeto de la identidad cultural de los ordenamientos jurídicos estatales-, permitiendo que los Estados miembros conserven las especialidades que les son propias o adapten esta institución a sus ordenamientos estatales respectivos. En este sentido, aunque pudiera resultar compleja una unificación total de la figura, sí que se debería contemplar la aproximación legislativa de determinados extremos:

a) En primer lugar, consideraría necesaria la inclusión de unos principios comunes a todos los Estados en materia de Mediación Familiar. A este respecto, estimo que los principios establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de 1998 -a los cuales me he referido con anterioridad- se encuentran lo suficientemente extendidos entre los ordenamientos de los Estados miembros, como para que no haya de plantear problemas su asunción por los

mismos.

b) A esta incorporación debería acompañar, en mi opinión, una aproximación legislativa con respecto a ciertos aspectos que deberían ser comunes a todos los Estados miembros. Tal y como es el caso del régimen jurídico de los contratos de Mediación Familiar –su naturaleza jurídica, sus elementos, su contenido y la forma del mismo- (ESCRIVÁ IVARS, ORTEMBERG, ORTUÑO MUÑOZ, TORRERO MUÑOZ) y el acuerdo de mediación familiar –su naturaleza jurídica, sus elementos, su contenido, su forma y sus efectos- (ORTUÑO MUÑOZ, TORRERO MUÑOZ). Pudiendo incluso incorporarse modelos y formularios plurilingües al respecto, que faciliten su utilización y su circulación entre los distintos Estados.

3) Por otro lado, estimo que se podría reservar a los Estados la regulación de otros aspectos de la Mediación Familiar, aunque estableciéndose ciertas líneas directrices o recomendaciones mínimas para evitar una disparidad legislativa excesiva, así como recomendando su coordinación:

a) En primer lugar, los Estados podrían concretar el ámbito de la Mediación Familiar, regulando a qué tipo de conflictos familiares va dirigida –global o parcial- y los tipos de mediación admitidos –simple o co-mediación. Eso sí, también sería aconsejable que ofrecieran una postura suficientemente amplia que permitiera la circulación de decisiones entre los distintos Estados, así como sería preferible que tuviera un ámbito global en aquellos supuestos que tuvieran

una naturaleza internacional (WALKER).

b) Igualmente, en segundo lugar, cada Estado ordenaría individualmente aspectos de especial importancia como son las exigencias de carácter formativo previo y aquellas relativas a la obtención de la titulación, por medio de la cual la Administración habilitara a una persona para actuar como mediador familiar. Este es un aspecto de especial interés (BARONA VILAR, MARTÍN CASALS), sobre todo cuando el mediador vaya a actuar en mediaciones con un carácter transfronterizo (WALKER), siendo una materia en la que los Estados europeos deberían coordinarse de forma mínima.

c) En tercer lugar, también los Estados se encargarían de diseñar la organización de la Mediación Familiar y la regulación del proceso de Mediación, aunque sería recomendable que su desarrollo fuera de la sede judicial (SEIJAS QUINTANA). Sin embargo, por un lado se debería exigir para todos los Estados que respetaran el carácter voluntario que debe presidir el recurso a la Mediación en todo caso (BARONA VILAR, GUILARTE GUTIÉRREZ, JORDÁN VILLACAMPA, MARTÍN CASALS, VILLAGRASA ALCAIDÉ y VALL RIUS, WALKER. Parcialmente en contra, MEJÍAS GÓMEZ y ORTUÑO MUÑOZ). Así como, por otro lado, se habría de invitar a que los Estados incorporaran mecanismos que facilitasen la coordinación entre la actuación del organismo encargado de la Mediación y la autoridad judicial —previamente, durante y con posterioridad de la actuación judicial—, destacando el hecho de que el ordenamien-

to ha de permitir la homologación judicial de los acuerdos de Mediación Familiar que se alcancen (FARINHA).

4) Por último, la aproximación legislativa a la que estoy haciendo referencia debería alcanzar a determinados aspectos relativos a la Mediación Familiar en aquellas situaciones con un carácter internacional. Unos supuestos, normalmente vinculados a situaciones de ruptura matrimonial, cada vez más frecuentes por la fuerte internacionalización de las relaciones de familia que se manifiesta en los Estados comunitarios por efecto de los movimientos migratorios, que los Estados no pueden ordenar adecuadamente por sí solos (WALKER).

a) Con relación a ello, y junto a la necesaria coordinación con otros textos internacionales que se ocupen de materias afines o vinculadas a la Mediación Familiar —como ya he apuntado previamente— habría de contemplarse la accesibilidad de los extranjeros a este tipo de mecanismos con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva a todas las personas nacionales o extranjeras. Vinculado a esta cuestión se encontraría, igualmente, la conveniencia de que se contemplara el creciente carácter multicultural que están adquiriendo las sociedades europeas para la gestión de este tipo de conflictos teñidos de un lato componente de “particularismo” (BUCHER, DÉPREZ, JIMÉNEZ y MAAMMAR, SÁNCHEZ LORENZO)

b) Además, estimaría conveniente que se otorgue la mayor amplitud posible a

las partes para la ordenación de sus acuerdos de mediación, permitiendo un amplio juego de la autonomía de la voluntad –material y conflictual-, en línea con el importante papel que está desempeñando en la actualidad la autonomía de la voluntad en la regulación de las relaciones de familia –tanto internas como internacionales- (CARLIER, GANNAGÉ, JAYME, SÁNCHEZ LORENZO, SEIJAS QUINTANA, VON OBERBECK). Así, las partes no sólo estarían habilitadas para acudir a las instituciones de Mediación Familiar del Estado que estimaran más apropiado –ya sea porque estiman que sus intereses serán mejor atendidos, el procedimiento responda mejor a sus expectativas o se trate de un territorio neutral para los contendientes- (como señala la Recomendación de 1998), sino que también construirían su acuerdo según sus deseos –desde una perspectiva material-, así como acudirían al ordenamiento estatal que eligieran –desde un punto de vista conflictual.

Dicha amplitud, sin embargo, habría de verse limitada por el carácter indisponible que poseen ciertas materias para las partes en los conflictos de familia, como serían todas aquellas que atienden a proteger el interés supremo del menor, aplicable tanto en situaciones de naturaleza interna como internacional –interés sancionado desde una perspectiva internacional en textos como la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 1989-. Además, se debería prever una respuesta conflictual para aquellas situaciones en las que los contendientes no eligieran un ordenamiento aplicable que, en mi opinión, debería encontrar-

se vinculada a las soluciones contempladas para la regulación de las disoluciones matrimoniales de carácter heterogéneo.

c) Otro aspecto de gran interés que debería contemplar la iniciativa comunitaria, sería el reforzamiento de los instrumentos de cooperación que ha de existir entre las autoridades estatales encargadas de gestionar la Mediación Familiar. En este sentido hay que destacar la especial necesidad de colaboración entre las mencionadas entidades –facilitadas por las nuevas tecnologías-, en aquellos conflictos de familia en los que se encuentre presente un elemento de extranjería (BUCHER). Debido a las dificultades que generaría en su gestión si los contendientes se encontraran residiendo en distintos Estados. Una cooperación que debería promover la comunicación e intercambio de información de tales organismos y que debería partir de textos como el recientemente aprobado Reglamento (CE) núm. 1248/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*D.O.C.E.* L 160, de 30 de junio de 2000, pp. 37 y ss.).

d) Para finalizar, considero que igualmente debería incluirse previsiones relativas a facilitar la eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación familiar alcanzados en otro Estado (WALKER), e incluso para las medidas provisionales adoptadas por otras autoridades extranjeras (FARINHA). Se trataría, por tanto, de dotar de un marco apto para el reconocimiento y ejecución de tales acuerdos, así como faci-

litar su circulación en el interior de los Estados miembros y su acceso a los respectivos Registros Civiles estatales. Y ello, en consonancia con el objetivo último de garantizar la libre circulación de personas en el interior de la Comunidad Europea.

Bibliografía

- BABU, A., "La médiation familiale ou la "rupture sans perdant", en AA.VV., *La médiation...*, op.cit., pp. 199 y ss.

- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflicto. "Alternative dispute resolution" (ADR) y Derecho procesal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

- BERNALSAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Colex, 1998.

- BUCHER, A., "La famille en droit international privé", *R. des C.* 2000 (283), pp. 9 y ss.

- CAPPELLETTI, M., "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", *M.L.R.* 1993, pp. 282 y ss.

- CARLIER, J-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992.

- CRETNEY, S.M. y MASSON, J.M., *Principles of Family Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997.

- DÉPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques", *R. des C.* 1988-IV, pp. 9 y ss.

- DZIALUK, I., "General Report", en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, op.cit., pp. 113 y ss.

- ESCRIVÁ IVARS, J., "Aproximación al estudio de la mediación familiar como fórmula alternativa de resolución de conflictos", en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte*, Castellón, Diputación de Castellón, 1999, T. I, pp.291 y ss.

- FARINHA, A., "Relationship between Family Mediation and legal proceedings", en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, op.cit., pp. 69 y ss.

- FILION, L., "Les pluies acides, les nuages gris et le ciel bleu de la médiation familiale", en AA.VV., *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits*, Zurich, Schulthess, 1992, pp. 23 y ss.

- GANNAGÉ, P., "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev.crit.dr:internat.privé* 1992, pp. 425 y ss.

- GIMÉNEZ, C. y MAAMMAR, F., "Mediación Familiar en contextos multiculturales", en AA.VV., *Congreso Internacional de Mediación Familiar celebrado en Barcelona en octubre de 1999*, Pamplona, Aranzadi, pp. 257 y ss.

- GUILARTE GUTIÉRREZ, "La mediación familiar: panacea cuestionable", *Revista de Derecho de Familia* 2000, n° 6, pp. 29 y ss.

- GUILLAUME-HOFNUNG, M., *La médiation*, París, P.U.F., 1995.

- GREIF, J., "Conciliación, mediación, arbitraje como formas alternativas de solucionar conflictos de familia", *Revista uruguaya de Derecho procesal* 1995, pp. 43 y ss.

- JAYME, E., "Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato", *Rivdir:int.pr:proc.* 1993, pp. 295 y ss.

- JAYME, E., "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", *R. des C.* 2000 (282), pp. 9 y ss.

- JORDÁN VILLACAMPA, M^oL., "La mediación familiar: recurso voluntario u obligatorio", *Il diritto ecclesiastico* 1999, pp. 736 y ss.

- LLOYD, M., "The status of mediated agreements and their implementation", en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, op.cit., pp. 87 y ss.

- MARTÍN CASALS, M., "La

mediación familiar en Derecho comparado: principios y clases de mediación familiar en el Derecho europeo (Inglaterra, Francia y la Recomendación (98) 1), en AA.VV., *Congreso Internacional de Mediación Familiar...*, op.cit., pp. 7 y ss.

- MARTINY, D., "Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?", en AA.VV., *Towards a European Civil Code*, La Haya y otros, Kluwer, 1998 (2ª ed.), pp. 151 y ss.

- MEJÍAS GÓMEZ, J.F., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos", en ESCRIBANO MORA, F., *Evitación del proceso*, Madrid, C.G.P.J., 1997, pp. 299 y ss.

- ORTEMBERG, O.D., *Mediación familiar. Aspectos jurídicos y prácticos*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

- ORTUÑO MUÑOZ, "La mediación familiar intrajudicial (un reto para la práctica del Derecho de familia)", *Revista de Derecho de Familia* 2000, n° 7, pp.43 y ss.

- PARKINSON, L., "Techniques de la médiation familiale", AA.VV., *La médiation...*, op.cit., pp. 251 y ss.

- RENCHON, J-L., "La médiation familiale comme reponses aux impasses du traitement judiciaire de la séparation conjugale", en AA.VV., *La médiation...*, op.cit., pp. 287 y ss.

- RICHARDS, CH., "Family Mediation-The D Word, Family Conflict, Couples' Conflict and the Rest", *Family Law* 1999, pp. 836 y ss.

- RIPOL-MILLET, A., *Separació i divorci: la mediació familiar*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1994.

- SÁNCHEZ LORENZO, S., "Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz* 1996, pp. 149 y ss,

- SEIJAS QUINTANA, J.A., Mediación. Juces y leyes”, en AA.VV., *Congreso Internacional de Mediación...*, *op.cit.*, pp. 100 y ss.

- SINGER, L.R., *Resolución de conflictos*, Barcelona, Piados, 1996.

- TENA PIAZUELO, I., *La reconciliación de los cónyuges en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, Centro de estudios registrales, 1999.

- TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia. Criterios para una mediación familiar*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 1999.

- TORRERO MUÑOZ, M., “La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”, *A.C. n° 23*, 5 al 11 de junio de 2000, pp. 857 y ss.

- VILLAGRASA ALCAIDE, C. y VALLRIUS, A.Mª., “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley n° 5049*, de 9 de mayo de 2000, pp. 1 y ss.

- VON OVERBECK, A.E., “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, en AA.VV., *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bruselas, Université catholique de Louvain, 1993, pp. 619 y ss.

- WALKER, J., “Introduction to Family Mediation in Europe and its special characteristics and advantages”, en AA.VV., *Family Mediation in Europe*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2000, pp. 21 y ss.

ANEXO

RECOMENDACIÓN N° R (98)1

DEL COMITÉ DE MINISTROS A LOS
ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA
MEDIACIÓN FAMILIAR

(Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros)

1.- El Comité de Ministros, visto el artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa;

2.- Reconociendo el número creciente de conflictos familiares, particularmente los que resultan de una separación o divorcio, y haciendo notar las consecuencias perjudiciales de los conflictos para las familias y el coste social y económico expuesto por los estados;

3.- Considerando la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor y de su bienestar, consagrado en los tratados internacionales, teniendo en cuenta notablemente, los problemas que entraña, en materia de guarda y derecho de visitas, una separación o un divorcio;

4.- Teniendo en cuenta el desarrollo de vías de solución amistosa de los conflictos y el reconocimiento de la necesidad que existe de reducir los conflictos en interés de todos los miembros de la familia;

5.- Reconociendo las características

específicas de los conflictos familiares, a saber:

- El hecho de que los conflictos familiares implican a personas que, tienen relaciones interdependientes que continuarán en el tiempo

- El hecho de que los conflictos familiares surgen en un contexto emocional difícil que los agrava;

- El hecho de que la separación y el divorcio tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, especialmente sobre los niños;

6.- Remitiéndose a la Convención Europa sobre el ejercicio de los derechos de los niños, y en particular el artículo 13 de dicha Convención que trata de la puesta en funcionamiento de la mediación o de otros métodos de resolución de conflictos relativos a los niños;

7.- Teniendo en cuenta los resultados de la búsqueda en lo concerniente al uso de la mediación y de las experiencias constituidos en este tema en distintos países, que evidencian que recurrir a la mediación familiar puede, si llega el caso:

- Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia;

- Reducir los conflictos entre las partes en litigio;

- Dar lugar a acuerdos amistosos;

- Asegurar la continuidad de las

relaciones personales entre padres e hijos;

- Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para los implicados y los Estados;

- Reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos;

8.- Subrayando la internacionalización creciente de las relaciones familiares y los problemas específicos asociados a este fenómeno;

9.- Conscientes del hecho de que un cierto número de Estados tienen en perspectiva la puesta en funcionamiento de la mediación familiar;

10. Convencidos de la necesidad de recurrir más a la mediación familiar, 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 vista a la obtención de acuerdos comunes,

11.- Recomendamos a los gobiernos de los Estados miembros:

I.- instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente;

II.- adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la puesta en marcha de los principios siguientes para la promoción y la utilización de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares.

PRINCIPIOS SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

I.- Campo de aplicación de la mediación

a.- La mediación familiar trata de los conflictos que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, que estén unidos por lazos de sangre o matrimonio, y entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares, semejantes a las determinadas por la legislación nacional.

b.- Sin embargo los Estados son libres de determinar cuáles son las cuestiones o los casos cubiertos por la mediación familiar.

II.- Organización de la mediación

a.- La mediación no debe, en principio, ser obligatoria.

b.- Los Estados son libres de organizar y poner en marcha la mediación de la forma que estimen apropiada, bien sea por la vía del sector público o del sector privado.

c.- Sin perjuicio de la forma en la que la mediación esté organizada y puesta en funcionamiento los Estados deberían velar para que existan mecanismos apropiados que aseguren su existencia:

- procedimientos para la selección, la formación y la cualificación de los mediadores,

- las normas de "buena práctica" que

deben ser elaboradas y seguidas por los mediadores.

III.- *Procesos de mediación*

Los Estados deben velar por la existencia de mecanismos apropiados a fin de que el proceso de mediación se desarrolle conforme a los principios siguientes:

I.- el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes;

II.- el mediador es neutral respecto al resultado del proceso de mediación;

III.- el mediador respeta los puntos de vista de las partes y preserva su legalidad en la negociación;

IV.- el mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes;

V.- las condiciones en las cuales se desarrolla la mediación familiar deben garantizar el respeto a la vida privada;

VI.- las discusiones que tienen lugar durante la mediación son confidenciales y no pueden ser posteriormente utilizadas, salvo acuerdo de las partes o en el caso de estar permitido por el Derecho nacional;

VII.- el mediador debe, en los casos adecuados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de recurrir al consejo conyugal o a otras formas de consejo como modos de regular los problemas conyugales o familiares;

VIII.- el mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el

interés superior del niño debiendo alentar a los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debiendo apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y la necesidad que tienen de informarles y consultarles;

IX.- el mediador debe poner una atención particular a la cuestión de saber si ha tenido lugar entre las partes o es susceptible de producirse en el futuro, a los efectos que de puede tener sobre la situación de las partes en la negociación, y a examinar si, en estas circunstancias, el proceso de mediación es adecuado;

X.- el mediador puede facilitar informaciones jurídicas, pero no debe dar consejo jurídico. Debe, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado u otro profesional competente.

IV.- *El estatuto de los acuerdos de mediación*

Los Estados deben facilitar la aprobación de los acuerdos de mediación por la autoridad judicial u otra autoridad competente a la que las partes lo soliciten y facilitar los mecanismos de ejecución de estos acuerdos conforme a la legislación nacional.

V.- *Relación entre la mediación y los procedimientos ante la autoridad judicial u otra autoridad competente*

a.- 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;

b.- Los Estados deben establecer mecanismos con vistas a:

I. permitir la interrupción de los procesos judiciales pendientes a fin de instaurar la mediación;

II. asegurar que en este caso la autoridad judicial u otra entidad competente conserve el poder de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes o sus hijos, o su patrimonio;

III. informar a la autoridad judicial u otra autoridad competente de que las partes cumplen o no la mediación y si han llegado o no a un acuerdo;

VI.- Promoción y acceso a la mediación

a. Los Estados deben promover el desarrollo de la mediación familiar, especialmente por la vía de programas de información dispensados al público para permitir una mejor comprensión de este modo de acuerdo amistoso de litigios familiares.

b. Los Estados son libres de establecer métodos en los casos concretos para facilitar la información pertinente sobre la mediación como forma alternativa de arreglo de los conflictos familiares (por ejemplo estableciendo la obligación para las partes de buscar un mediador), permitiendo a las partes examinar si es posible y apropiado para ellas instaurar una mediación sobre las cuestiones que son objeto de litigio.

c. Los Estados deberán, igualmente esforzarse en adoptar las medidas necesarias para permitir a las partes el acceso a la mediación familiar, comprendiendo la mediación internacional, a fin de contribuir al desarrollo de esta forma de acuerdo amistoso de los conflictos familiares.

VII.- Otros modos de solución de los conflictos

Los Estados pueden examinar la oportunidad de aplicar de modo apropiado, a los otros modos de solución de los conflictos, los principios relativos a la mediación contemplados en la siguiente recomendación.

VIII.- Cuestiones internacionales

a. Los Estados deberán, cuando sea apropiado, analizar la oportunidad de poner en marcha mecanismos de mediación en los casos en que se presente un elemento de extrañeza, especialmente para todas las cuestiones concernientes a los niños, y en particular aquellas relativas a la guarda y al derecho a visita cuando los padres viven o van a vivir en Estados diferentes.

b. La mediación internacional debe ser considerada como un proceso apropiado para permitir a los padres organizar o reorganizar la guarda y el derecho a visita, o regular las discrepancias debidas a las decisiones sobre estas cuestiones. Sin embargo, en el caso de un desplazamiento sin derecho o de la retención de niño, la mediación internacional no debe utilizarse si ello supone riesgo de retrasar el retorno

rápido del niño.

c. Todos los principios expuestos son aplicables a la mediación internacional.

d. Los Estados deberán, en la medida de lo posible, promover la cooperación entre los servicios de mediación familiar existentes a fin de facilitar la utilización de la mediación internacional.

e. Teniendo en cuenta las características de la mediación internacional, los mediadores internacionales deberán tener una formación complementaria específica.