

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO DEL CONSEJO DE EUROPA*

FAMILY MEDIATION IN THE FIELD OF THE COUNCIL OF EUROPE

(*) Texto preparado por Marta REQUENA, Letrado de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, responsable de las actividades de derecho de familia

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quisiera agradecer a los organizadores de estas Jornadas sobre el tema de "La mediación para la ruptura de pareja", el haberme invitado, en nombre del Consejo de Europa, a participar en ellas.

En segundo lugar, quisiera precisar que mi intervención se centrará en los orígenes, la preparación y el contenido de la *Recomendación (98) 1 sobre la mediación familiar* adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de Enero de 1998, y que contiene los estándares europeos sobre esta materia configurados en el ámbito del Consejo de Europa. Asimismo haré referencia, cuando exponga los principales contenidos de tal Recomendación, a las discusiones que tuvieron lugar durante la IV Conferencia europea sobre derecho de familia que se celebró en Estrasburgo los días 1 y 2 de Octubre de 1998 sobre el tema de "La mediación familiar en Europa". El objetivo principal de esta Conferencia era difundir en el ámbito internacional los principios rectores de la mediación familiar contenidos en la Recomendación N° R (98) 1 y promover así la instauración y una mayor utilización de esta vía alternativa de solución de conflictos familiares. Esta IV Conferencia posibilitó también un intercambio de puntos de vista y de opiniones entre los profesionales de las diversas disciplinas que de una u otra forma están implicados en los procesos de mediación familiar.

Antes de pasar al análisis de la Recomendación N° R (98) 1 sobre la mediación familiar, permítanme que haga una breve referencia al Consejo de Europa y a sus actividades en el ámbito del derecho de familia.

Como todos ustedes saben, el Consejo de Europa es una organización internacional de carácter intergubernamental creada el 5 de Mayo de 1949 por su tratado constitutivo, el "Estatuto de Londres", y que tiene competen-

cias en los diversos ámbitos de actividad (política, jurídica, cultural y social) excepto en defensa. Los valores fundamentales defendidos por el Consejo de Europa son la democracia plural, la protección de los derechos humanos y la preeminencia del Estado de Derecho.

La sede permanente del Consejo de Europa está en Estrasburgo (Francia). El Consejo de Europa actúa a través de sus órganos que son los siguientes:

- el Comité de Ministros, que es el órgano de decisión, y que está compuesto de los ministros de asuntos exteriores de los 41 Estados miembros, o en las actividades cotidianas, de sus representantes permanentes en Estrasburgo;
- la Asamblea Parlamentaria, que es el órgano deliberante, está compuesta de 582 miembros provenientes de los 41 parlamentos nacionales (no son elegidos por sufragio universal directo para este puesto como es el caso del Parlamento Europeo, sino que son diputados nacionales);
- el Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa, que es el "portavoz" de la democracia local y que está compuesto también de 582 miembros que representan a las colectividades locales de los Estados miembros;
- un Secretariado internacional, que son funcionarios internacionales de los diferentes Esta-

dos miembros (aproximadamente unos 1500 agentes) y que son los encargados de asistir los órganos arriba citados así como los numerosos comités intergubernamentales. El Secretariado actúa bajo la dirección de un Secretario General (en la actualidad el austríaco Walter Schwimmer) elegido por la Asamblea Parlamentaria por un período de cinco años.

Excepcionalmente, la impulsión política puede provenir de las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros. Tal ha sido el caso de la Cumbre de Viena de 1993 y de la Cumbre de Estrasburgo de 1997.

Los trabajos del Consejo de Europa han desembocado en la adopción de una gran cantidad de instrumentos jurídicos internacionales (más de 170) que constituyen la base de "un espacio jurídico común". Por otra parte, el Consejo de Europa ha creado un conjunto de autoridades y de mecanismos en el marco de estos tratados internacionales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituye el ejemplo más significativo. Este Tribunal comprende un número de jueces igual al de los Estados contratantes del *Convenio europeo de derechos humanos*, y es la instancia judicial competente para resolver las demandas introducidas contra un Estado por los particulares, por asociaciones o por otros Estados por violación de los derechos enunciados en el citado Convenio. Asimismo el Consejo de Europa ha puesto en marcha una serie de programas de cooperación para

“ conseguir una union mas estrecha entre sus miembros a fin de salvaguardar y de promover los ideales y los principios que forman su patrimonio común y de favorecer su progreso económico y social” (Artículo 1 del Estatuto de Londres).

Limitado durante cuarenta años a los países de Europa occidental, este proceso de unión se ha ampliado a partir de 1989 y cuando se cumple su cincuenta aniversario el Consejo de Europa cuenta con 41 Estados miembros (incluyendo así prácticamente todos los países de la Europa central y oriental) y se extiende a una población de más de 800 millones de personas. En la actualidad, Armenia, Azerbaijón, Bosnia– Herzegovina y Mónaco han solicitado su adhesión al Consejo de Europa. Estados– Unidos, Canadá y Japón poseen el estatuto de observador en esta organización y recientemente Méjico ha solicitado el estatuto de observador.

El Consejo de Europa fue la primera organización internacional creada en Europa tras la II Guerra mundial. Desde entonces otras organizaciones han aparecido en la escena internacional. Sus actividades y acciones son, en la medida de lo posible, complementarias y se refuerzan mutuamente. En la consecución de sus objetivos, el Consejo de Europa está llamado a colaborar con la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y con la Unión Europea. Al respecto es necesario subrayar particularmente que el Consejo de Europa es una organización internacional totalmente distinta de la Unión Europea (a pesar de la confusión que

crean los nombres, la bandera y demás símbolos propios de ambas organizaciones internacionales y el hecho de que las sesiones del Parlamento Europeo tuvieran lugar hasta 1998 en el hemiciclo del Consejo de Europa). Para diferenciar ambas organizaciones se suele decir que el Consejo de Europa es la organización de “ la Gran Europa” (41 Estados miembros), mientras que la Unión Europea es la organización de “ la Pequeña Europa” (15 Estados miembros).

Respecto a las actividades del Consejo de Europa en el ámbito del derecho de familia, y especialmente en el ámbito de la protección jurídica de los menores, me gustaría subrayar que las actividades desarrolladas por nuestra Organización durante los últimos veinte años han sido particularmente importantes, y no sólo porque el Consejo de Europa ha sido durante mucho tiempo prácticamente la única organización intergubernamental europea que ha tratado el tema del derecho de familia, sino también por la ingente cantidad de actividades llevadas a cabo.

Los Estados miembros han sido los responsables de la elaboración de numerosos instrumentos jurídicos internacionales que tienen como objeto la protección de la familia. Estos instrumentos, ya se trate de convenios vinculantes para los Estados contratantes o de recomendaciones que contienen las líneas directrices dirigidas a los gobiernos de los Estados miembros, pueden tener como objetivos la reforma del derecho interno, la promoción de la armonización de

las leyes nacionales o el establecimiento de un marco para facilitar la cooperación entre los estados y mejorar así la protección jurídica de la familia.

Algunos de estos instrumentos jurídicos internacionales tratan únicamente de cuestiones relativas a los niños (adopción de menores, guarda y custodia, hijos nacidos fuera del matrimonio, ejercicio de los derechos de los menores, etc...), mientras que otros tienen un ámbito de aplicación más amplio (*Convenio europeo de derechos humanos*, la *Carta social europea*, el *Convenio sobre los derechos humanos y la bio-medicina* y el *Convenio europeo sobre nacionalidad*).

Entre estos instrumentos jurídicos internacionales, encontramos la reciente *Recomendación N° R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar*. Esta Recomendación ha sido elaborada por un comité intergubernamental del Consejo de Europa (con representantes de todos los Estados Miembros), el Comité de expertos sobre derecho de familia (CJ-FA), y fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de Enero de 1999.

II. LA RECOMENDACIÓN N° R (98) 1 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

1. Los trabajos preparatorios de la Recomendación N° R (98) 1

La III Conferencia europea sobre el derecho de familia que tuvo lugar en Cádiz (20-22 de Abril de 1995) y que llevaba por título " El derecho de familia en el futuro" , recomendó al Consejo de Europa el examen del tema de la mediación familiar y de otros medios de solución de litigios familiares a la luz de las principales conclusiones de la Conferencia, así como el estudio de la posible preparación de un instrumento jurídico internacional que contuviese los principios rectores de la mediación familiar y de los otros medios de solución de litigios familiares.

Tras esta proposición, se confió al Comité de expertos sobre derecho de familia (CJ-FA) del Consejo de Europa el estudio de la posibilidad de preparar un instrumento jurídico internacional sobre este tema. Este Comité intergubernamental creó a su vez un Grupo de trabajo sobre la mediación y otros medios de solución de conflictos familiares para que estudiase con detalle esta materia. Finalmente, la Recomendación sobre la mediación familiar preparada por este Grupo de trabajo bajo la supervisión del Comité de expertos de derecho de familia fue adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de Enero de 1998 en tanto que Recomendación N° R (98)1.

La primera cuestión que se planteó fue la oportunidad de elaborar un convenio (vinculante jurídicamente para los Estados contratantes) o una recomendación internacional (no vinculante jurídicamente). Tras un estudio de investigación que se encargó a un consultor (la Profesora Janet Walker, directora del " Newcas-

the Centre for Family Studies" del Reino Unido), se llegó a la conclusión de que sería prematuro la elaboración de un convenio internacional puesto que en muchos países no se había introducido aún la mediación familiar y difícilmente se podría esperar un número importante de ratificaciones. Por lo tanto, se pensó que sería mucho más apropiado la elaboración de una recomendación que serviría de pauta y de guía a seguir para aquellos Estados que quisieran introducir este medio alternativo de solución de conflictos familiares o modificar la legislación existente en esta materia.

El estudio de investigación arriba mencionado, se basó esencialmente en las respuestas dadas por los Estados miembros a un cuestionario que se les envió. De las respuestas enviadas (sólo 12 Estados miembros enviaron sus respuestas) se puede deducir lo siguiente:

- la mediación en tanto que medio alternativo de solución de conflictos familiares es relativamente reciente en numerosos Estados y no existe en absoluto en otros (por ejemplo, en Bulgaria, Liechtenstein, Luxemburgo y Rumania);
- En algunos Estados, el recurso a la mediación familiar está previsto durante la separación y el divorcio. En todos los países, la mediación aparece esencialmente destinada a la conclusión de acuerdos relativos a los hijos menores, pero también en casi todos los países se utiliza para solucionar otros conflictos (por ejemplo los relativos a las

cuestiones financieras y patrimoniales);

- la mediación se considera un proceso en el cual las partes participan voluntariamente. En Noruega, sin embargo, es obligatorio el encuentro con un mediador antes de iniciar los procedimientos de separación o divorcio o como condición previa a los procedimientos judiciales relativos a la custodia y al derecho de visita.
- en todos los países, las partes conservan el derecho de recurrir a consejeros jurídicos independientes, pero en general los abogados no asisten a la mediación.

Este estudio también recuerda que en las actuales discusiones sobre la mediación familiar, se olvida fácilmente que en la mayor parte de las comunidades de África, Asia y de América Latina, así como en China y en Japón, se han desarrollado tradicionalmente medios informales de resolución de conflictos a través de la mediación. Por ejemplo, en Japón, con su larga tradición de mediación, se insiste sobre el restablecimiento de la armonía familiar así como sobre las disculpas y el perdón mutuo. Por otra parte, son numerosas las culturas en el seno de las cuales los círculos familiares en sentido amplio han facilitado el ejercicio de la mediación. En definitiva, se pone de manifiesto la utilización de la mediación en las sociedades tradicionales para la resolución de conflictos en el seno de las comunidades o clanes. No hay que olvidar tampoco la larga tradición que tiene la

mediación en el ámbito del derecho internacional público, y su más reciente utilización en materia comercial y en los conflictos laborales.

Durante los trabajos preparatorios de la Recomendación N° R (98) 1 también se puso de manifiesto que el *Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño* de 1996 y elaborado también en el ámbito del Consejo de Europa, establece en su Artículo 13 que, con el fin de prevenir o de resolver los conflictos, y de evitar los procedimientos ante una autoridad judicial que incumben a los menores, los Estados deben promover el establecimiento de la mediación o de cualquier otro medio de solución de conflictos y su utilización para concluir acuerdos amistosos.

Como conclusión de este apartado relativo a los trabajos preparatorios de la Recomendación N° R (98) 1 se puede decir que la utilización de la mediación familiar y de otros medios de solución de conflictos familiares, en tanto que medios de solución alternativos a las decisiones judiciales o administrativas, constituye un proceso relativamente nuevo en los Estados miembros del Consejo de Europa. Dado que no existe ningún instrumento jurídico internacional que defina los principios básicos aplicables a este medio de solución de litigios, el objetivo básico de la Recomendación N° R (98) 1 es el de colmar esta laguna; y sobretodo el de asistir a los Estados que deseen introducir y regular estos medios alternativos de solución de conflictos familiares a través del establecimiento de unos principios rectores que

creen el marco apropiado para tal regulación.

2. Principales contenidos de la Recomendación N° R (98) 1

a) La noción de mediación familiar

La definición de la mediación familiar es uno de los grandes problemas a los que nos enfrentamos cuando hablamos de este medio alternativo de solución de conflictos. En efecto, no sólo la terminología es muy variada y existen una serie de figuras afines (conciliación, consejo familiar, arbitraje, etc...), sino que además los mismos términos tienen significados distintos en los diferentes países.

De hecho, hace aproximadamente una década, los Estados que practicaban "la solución amistosa" de los conflictos familiares hablaban de "conciliación". En realidad si las diferencias entre "mediación" y "arbitraje" son bastantes claras (en el caso del arbitraje el tercero, el árbitro, es elegido por las partes como en la mediación pero a diferencia del mediador, el arbitro tiene el poder de imponer una solución a las partes y la sentencia arbitral tiene fuerza ejecutoria), no ocurre lo mismo en el caso de la "conciliación" o del llamado "consejo familiar" muy utilizado en los países anglosajones. Según una parte de la doctrina, parece que la diferencia principal es que en la "conciliación" el tercero propone una solución a las partes, lo que no ocurre en la mediación, y el término "consejo familiar" designa frecuente-

mente un proceso en el que un tercero neutral ayuda a las partes a superar sus desavenencias con vistas a evitar la ruptura. No obstante, las diferencias expuestas no cuentan con el acuerdo unánime de los diferentes expertos en la materia, incluso éstos se contradicen abiertamente.

A efectos de los trabajos del Consejo de Europa en esta materia y según la Recomendación N° R (98) 1, la mediación familiar es un proceso en el cual un tercero, imparcial y neutro, el mediador, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del litigio con vistas a la conclusión de un acuerdo entre ellas. Según esta definición y de acuerdo con los principios de la Recomendación N° R (98)1, las características principales de la mediación familiar serían las siguientes:

- el mediador es un tercero imparcial y neutro, y por consiguiente no tiene un interés directo en las cuestiones objeto del litigio;
- el mediador no tiene poder alguno para imponer una solución a las partes;
- las partes en conflicto llegan a un acuerdo por sí mismas: las partes en conflicto controlan el proceso de decisión;
- las discusiones que tienen lugar durante la mediación tienen carácter confidencial;
- la mediación es, en principio, un proceso voluntario;

- la mediación es un proceso autónomo de los procedimientos judiciales y por lo tanto puede tener lugar antes, durante o después de los mismos;
- los acuerdos que surgen del proceso de mediación no son, por lo general, jurídicamente vinculantes y no tienen fuerza ejecutoria.

b) El ámbito de aplicación de la mediación familiar

La mediación familiar se aplica, según la Recomendación N° R (98) 1, a todos aquellos conflictos que puedan surgir entre los miembros de una misma familia, ya estén ligados por lazos de sangre o de matrimonio, o entre aquellas personas que tienen o han tenido relaciones familiares.

La acepción de familia utilizada es, pues, muy amplia y comprende no sólo las familias que podríamos llamar tradicionales, si no que también incluye otros tipos de familias (por ejemplo, uniones de pareja de hecho, personas no unidas por ningún tipo de relación amorosa pero que mantienen de hecho relaciones de tipo familiar, etc.).

Respecto a los litigios que se dirimen en el proceso de mediación familiar, son obviamente los litigios familiares. Pero la cuestión estriba en determinar qué conflictos familiares son aptos para someterlos al proceso de mediación: ¿los conflictos de carácter personal? ¿los conflictos patrimoniales? ¿los conflictos de carácter meramente privado entre

los miembros de una familia o también los conflictos que puedan surgir entre el Estado y los particulares (por ejemplo, aquellas medidas tomadas por órganos públicos de protección de la infancia relativas a la separación del niño de su familia y su acogida en un centro de protección de menores)? ¿los conflictos familiares de carácter meramente nacional o cabe también aquellos en los que existe un elemento de extranjería (por ejemplo, un derecho de visita que tiene lugar en el extranjero)? La Recomendación N° R (98) 1, en principio, hace referencia a los conflictos de carácter privado entre los miembros de una familia, relativos a cualquier aspecto (personal y/o patrimonial) del conflicto familiar, y tenga éste o no un elemento internacional. Sin embargo, la Recomendación deja un amplio margen de maniobra a los Estados con el fin de que éstos puedan restringir o ampliar el ámbito de aplicación de la mediación familiar con vistas a evitar injusticias o a proteger uno o varios miembros de la familia (por ejemplo, en los casos de violencia doméstica).

Otra cuestión que ya se planteó durante la IV Conferencia europea sobre derecho de familia, es la de saber si la mediación familiar difiere sustancialmente de otros tipos de mediación, en otras palabras, si es solamente el ámbito de aplicación (los conflictos familiares) lo que confiere a la mediación familiar su especificidad. Al respecto, habría que decir que la mediación familiar contiene alguna especificidad que va más allá de su ámbito de aplicación, en particular el hecho de que la mediación familiar se ocupa de problemas sociales de carácter

familiar que implican relaciones emocionales y personales de naturaleza claramente diferenciada respecto a un litigio comercial por ejemplo. Pero además, la mediación familiar intenta resolver situaciones conflictivas que se van a proyectar hacia el futuro, ya que muchas veces se trata de cuestiones relativas a los hijos que obligan a las partes a mantenerse en contacto durante toda su vida. Por todo, ello la Recomendación N° R (98) 1 enuncia una serie de características específicas de los litigios familiares que deben ser tomadas en consideración en el proceso de mediación familiar, en particular:

- el hecho de que los litigios familiares implican a personas que, por definición, se ven obligados a mantener relaciones interdependientes que se prolongan en el tiempo;
- el hecho de que los litigios familiares surgen en un contexto emocional difícil que exacerba tales conflictos;
- el hecho de que la separación y el divorcio tienen impacto sobre todos los miembros de la familia, y especialmente sobre los hijos.

c) El papel del mediador en el proceso de mediación familiar. La formación del mediador

El mediador, como se ha dicho anteriormente, es un tercero que facilita la discusión entre las partes en conflicto con el fin de ayudarlas a

resolver sus dificultades y de que lleguen, por sí mismas, a un acuerdo.

El mediador debe ser imparcial y permanecer neutral. La imparcialidad del mediador supone que éste no toma partido y que no favorece a ninguna de las partes en detrimento de la otra. La neutralidad del mediador supone que éste no impone ninguna solución a las partes y que no las incita a concluir un acuerdo determinado (son las partes las que deciden qué acuerdos concluir y el papel del mediador es el de facilitar el proceso). En realidad, el principio de imparcialidad se aplicaría al mediador mismo y se refiere a su actitud respecto a las partes, mientras que la neutralidad parece mas asociada al proceso de mediación que al mediador mismo. Y es este segundo aspecto lo que diferencia esencialmente al mediador del juez.

En relación con la cuestión de la imparcialidad hay una serie de obligaciones que se imponen al mediador en aplicación de tal principio:

- el mediador respeta el punto de vistas de las partes y preserva su igualdad en la negociación. Sin igualdad, la búsqueda de un acuerdo común no tiene sentido y puede provocar la multiplicación de contenciosos judiciales. Como un imperativo de la igualdad, el mediador deber prestar especial atención al hecho de la existencia de violencias conyugales;
- el mediador debe hacer respetar el principio contradictorio en relación con el tiempo de

palabra, el enunciado de las diferentes posiciones, etc....

- el mediador debe respetar la vida privada de las partes;
- el mediador puede dar informaciones jurídicas pero no consejos jurídicos, ya que mientras que las primeras conservan intacta la imparcialidad del mediador los consejos suponen una evaluación de las circunstancias particulares y la recomendación de una acción específica que pondría en peligro su imparcialidad respecto a las partes. La función de consejero jurídico es la típica de los abogados, y no es propia de los mediadores.

En relación con la neutralidad, como indica la Recomendación N° R (98) 1, el mediador es neutro respecto al resultado del proceso de mediación. Ahora bien, el mediador debe ser neutro respecto a la solución a alcanzar, pero asumiendo la responsabilidad de promover la comunicación directa y la franqueza entre las partes, equilibrando las fuerzas y reduciendo la intensidad del conflicto. Como ha dicho Haynes " los padres son los negociadores, el mediador es el tercero que facilita la discusión, que dirige el proceso, es responsable de este proceso, pero no de su resultado" . La conducta neutra respecto al proceso implica varias normas de comportamiento:

- el mediador debe escuchar a las partes, ser capaz de reformular los elementos de discusión y asegurarse de que se entienden bien las discusiones;

- el mediador debe concentrarse sobre los intereses en juego y no exclusivamente sobre las diferentes posturas;
- el mediador debe hacer surgir de las partes las diferentes soluciones, precisando que son ellas quienes deben hacer la elección.

La actividad del mediador familiar debe tener siempre en cuenta el interés de los menores, y así el mediador debe ser el garante de tal interés. Para ello, el mediador debe ayudar a los padres a comunicarse sobre sus hijos, más allá de sus diferencias de pareja, de forma que sean capaces de intercambiar sus opiniones sobre las necesidades presentes y futuras de los hijos de ambos. La cuestión de la participación de los hijos durante el proceso de mediación dependerá de las circunstancias específicas de cada caso concreto y el mediador deberá apreciar la oportunidad de tal participación. Al respecto, habría que tener en cuenta que los niños son considerados actualmente como titulares de derechos y no meramente objeto de los derechos de sus padres, y en tal sentido hay que recordar que el *Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño* de 1996 reconoce los derechos procedimentales de los mismos ante los tribunales.

Respecto a la selección, la formación y las cualificaciones de los mediadores la Recomendación N° R (98)¹ deja un amplio margen de maniobra a los Estados en relación con los procedimientos a establecer para formar y seleccionar a los mediadores así como para la defini-

ción de las cualificaciones que deben exigírseles. Sin embargo, el informe explicativo de tal Recomendación precisa que sería deseable que los mediadores dispusiesen de unas cualificaciones y una experiencia previa directamente relacionada con las cuestiones que son llamados a tratar, así como que recibiesen una formación específica en materia de mediación. No obstante, tales criterios de cualificación y experiencia previa deben ser flexibles, aunque la mayor parte de los mediadores sean frecuentemente asistentes sociales, psicólogos o juristas.

Dado que la mediación familiar es un fenómeno relativamente reciente en Europa, sólo algunos países han establecido sistemas de formación permanente de los mediadores. Así en Irlanda donde en 1986 se instauró un Servicio Nacional de Mediación Familiar (que es financiado por el Gobierno irlandés y que depende del Ministerio de Asuntos sociales, comunitarios y familiares) se organiza cada año un programa interno de formación especializada en mediación familiar; al término del programa, el responsable de la formación inscribe a los nuevos mediadores que han obtenido las calificaciones requeridas en el Registro del Instituto irlandés de mediadores; asimismo este Instituto es el encargado de definir las normas a respetar en la práctica de la mediación. La importancia que se otorga a la formación de los mediadores se pone en evidencia a través de la existencia en algunos países (por ejemplo en Suiza) de un "Master europeo en mediación" (este Master comenzó en 1998 y finalizará en diciembre del año 2000).

La profesión de mediador no existe todavía como una profesión autónoma en muchos países europeos, por el contrario son profesionales de otras disciplinas los que ejercen de mediador. Existen al menos cuatro profesiones que han contribuido al desarrollo de la mediación gracias a sus competencias específicas: los sacerdotes, los abogados, los asistentes sociales y los psicólogos: un mediador profesional debe recurrir frecuentemente a las competencias combinadas de los expertos mencionados. No obstante, empieza a perfilarse una clara tendencia a crear la profesión de mediador como una profesión autónoma de las disciplinas conexas.

d) La organización de la mediación y el proceso de mediación

En Europa el principio general es que la mediación es un proceso voluntario y por lo tanto cada una de las partes debe elegir libremente el recurso a la mediación. Diferentes estudios han demostrado que puede ser contraproducente imponer la mediación a las partes, y que los acuerdos surgidos de tal mediación impuesta son susceptibles de ser menos duraderos que si las partes en conflicto han accedido voluntariamente a la mediación. De hecho, en un solo país europeo, Noruega, la mediación es obligatoria. Aunque en otros países (Inglaterra y País de Gales) si bien la mediación como tal no es obligatoria, en el caso de que se solicite un abogado de oficio y la gratuidad de las costas judiciales antes de examinar esta solicitud se impone a los esposos el encuentro

con un mediador para que determine si el conflicto es susceptible o no de someterse al proceso de mediación.

La Recomendación N° R (98) 1 deja completa libertad a los Estados para organizar la mediación como les parezca más apropiado. Por tanto, los servicios de mediación pueden organizarse en el sector público o en el privado, en el ámbito local o nacional, etc.... Cuando los Estados han sido los encargados de la creación de los servicios de mediación, éstos aparecen frecuentemente ligados a un tribunal o a una autoridad administrativa. Cuando la mediación se ha desarrollado al margen de las autoridades públicas, normalmente se ha hecho a través de organizaciones no gubernamentales de protección social o de asistencia a la juventud o en general de asociaciones de diversos profesionales del ámbito jurídico y social.

La mediación se debe desarrollar en privado y las discusiones durante la misma se deben considerar confidenciales. El mediador no debe develar las informaciones obtenidas en el proceso de mediación sin haber obtenido el consentimiento expreso de cada una de las partes o excepcionalmente en los casos autorizados por el derecho interno (obligación de testificar ante un tribunal en determinados casos). No obstante, la confidencialidad, que es un derecho de las partes, no puede ser absoluta puesto que el mediador tiene la obligación de poner en conocimiento de la autoridad competente aquellas informaciones relativas a los malos tratos a menores obtenidas en el curso de la media-

ción. En estos casos, el interés superior del menor es prioritario sobre las consideraciones relativas a la confidencialidad.

La Recomendación N° R (98)¹ no contiene ninguna disposición relativa a la duración del proceso de mediación. Por lo tanto, los Estados deberán decidir la conveniencia de fijar una duración determinada.

e) La relación entre el proceso de mediación y el procedimiento judicial. El estatuto de los acuerdos de mediación

La mediación debería concebirse como un proceso totalmente autónomo de los procedimientos judiciales (o de los procedimientos ante autoridades administrativas en aquellos países en que tales autoridades tienen competencias equivalentes a las judiciales en los litigios familiares). En tanto que proceso autónomo, la mediación puede tener lugar antes, durante o después del procedimiento judicial, aunque parece generalmente admitido que la mediación es mucho más eficaz si tiene lugar antes del procedimiento judicial o en sus inicios que si tiene lugar después del mismo.

No obstante, si la mediación tiene lugar durante el procedimiento judicial se debe interrumpir éste mientras dure el proceso de mediación, se evita así que una de las partes pueda utilizar la mediación como un medio dilatorio del procedimiento judicial. No obstante, durante tal interrupción del procedimiento judicial, la autoridad judicial conserva el poder

de tomar decisiones urgentes relativas a la protección de las partes, de sus hijos, o de su patrimonio. Una vez terminado el proceso de mediación se debe informar a la autoridad judicial de su resultado.

La relación entre el proceso de mediación y el procedimiento judicial no debe ser considerada como concurrente sino que es complementaria, e incluso en aquellos casos en los que a través del proceso de mediación no se consigue obtener un acuerdo y es necesario que los conflictos los resuelva la autoridad judicial, quizás la mediación ha podido servir para reducir la tensión entre las partes así como la conflictividad entre ellas. En todo caso debe tenerse en cuenta que el derecho de acceso a la justicia de las partes, como derecho fundamental de los individuos, no puede nunca ser puesto en cuestión ni antes ni durante ni después del proceso de mediación.

Los acuerdos concluidos al término del proceso de mediación no tienen, en general, un carácter jurídicamente vinculante y en ningún caso son directamente ejecutables, a menos que los mismos hayan sido aprobados o ratificados por una autoridad judicial u otra autoridad competente. Si las partes deciden no solicitar la ratificación o la aprobación del acuerdo de mediación por la autoridad competente, este acuerdo tendrá el mismo estatuto jurídico que cualquier acuerdo de derecho privado y sólo perdurará mientras las partes lo apliquen. Por el contrario, si a petición de las partes el acuerdo ha sido aprobado por la autoridad judicial u otra autoridad competente,

cualquiera de las partes puede presentar una demanda ante tal autoridad si la otra parte no respeta los términos del acuerdo.

Las autoridades judiciales cuando examinen una demanda de aprobación de un acuerdo de mediación, deberán asegurarse del carácter equitativo y razonable del acuerdo y de que garantiza adecuadamente los intereses de las partes y sobre todo de los hijos a su cargo.

f) La promoción y el acceso a la mediación

La Recomendación N° R (98) 1 trata también de la cuestión de la promoción y del acceso a la mediación. Al respecto, se indica que los Estados deberían promover el desarrollo de la mediación familiar en particular a través de programas de información y de difusión general, y ello porque se reconoce el hecho de que en la mayor parte de los países la mediación familiar es una gran desconocida o es erróneamente utilizada. Tales informaciones son especialmente importantes para los abogados y las autoridades judiciales que frecuentemente se ven confrontados a informar a las parejas sobre este medio alternativo de resolución de conflictos familiares.

En muchos países existen informaciones sobre las estructuras de mediación, pero campañas nacionales de información sólo han sido organizadas en Andorra y en Noruega. En Inglaterra y en el País de Gales, la Ley sobre el derecho de familia de 1996 obliga a la persona que desea iniciar un procedimiento

de divorcio a asistir a una reunión de información en la cual se le dan una serie de informaciones orales y escritas sobre diversas cuestiones y entre ellas sobre la mediación familiar.

Si la mediación aparece como un medio alternativo de resolución de conflictos, un principio fundamental será que sea accesible para cualquier persona que desee utilizarla. Los Estados podrían promover el acceso a la mediación por ejemplo financiando directamente las estructuras de mediación u otorgando ayudas financieras a las partes sobre la misma base que en los procedimientos judiciales se designan los abogados y se establece la gratuidad de las costas judiciales.

g) La mediación en los conflictos familiares de dimensión internacional

La mediación ha sido utilizada como método privilegiado de solución de conflictos en numerosos litigios internacionales, especialmente entre Estados diferentes. Por lo tanto, no existen razones para pensar que no sea apta para solucionar conflictos familiares de dimensión internacional. Sin embargo, hay que decir que la mediación familiar internacional es poco corriente en Europa, mientras que es corriente en los procesos de divorcio en Estados Unidos (entre los Estados federados o con Canadá).

La mediación familiar internacional debería ser considerada como un proceso apropiado que permitiría a los padres organizar o reorganizar las cuestiones relativas a la custodia y al derecho de visita, o a controversias surgidas en relación con tales

cuestiones, cuando los padres viven en países diferentes. Tales litigios son a menudo difíciles de resolver dada su naturaleza transfronteriza y a la implicación de varias autoridades judiciales. Las cuestiones que serían aptas para someterse a la mediación familiar serían las siguientes:

- definición de las modalidades de ejercicio del derecho de visita;
- organización del derecho de visita cuando el menor ha sido restituido a su residencia habitual tras un desplazamiento ilegal (por ejemplo el padre o la madre que no tienen la custodia del menor se lo llevan al extranjero fuera del período autorizado de visitas);
- los casos de oposición del menor a la custodia o al derecho de visita.

Sin embargo, la mediación internacional no parece aconsejable en los casos en que ha habido secuestro o retención ilegal del menor por el progenitor que no detenta la guarda y custodia del menor y en tanto en cuanto el procedimiento relativo al retorno del menor esté pendiente. En efecto, en estos casos los convenios internacionales existentes en la materia (en particular el *Convenio europeo sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y de restablecimiento de la custodia de menores* de 1980 del Consejo de Europa, y el *Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores*) serán aplicables y por lo tanto la mediación no parece adecuada.

La mediación internacional puede comportar una serie de especificidades, por ejemplo llevarse a cabo a través de videoconferencia por la imposibilidad de los padres de desplazarse, etc... Asimismo, los mediadores implicados en estos casos en los que existe un elemento de extranjería deberían tener una formación específica que comprendiese el conocimiento de diferentes idiomas, culturas, sistemas jurídicos diferentes, etc...

III. CONCLUSIONES

Normalmente, los conflictos familiares implican relaciones personales y emocionales en las cuales los sentimientos pueden exacerbar las dificultades o bien disfrazar la verdadera naturaleza de los conflictos y de los desacuerdos. Por otra parte, los conflictos nacidos en el curso de un proceso de separación o divorcio tienen un gran impacto sobre todos los miembros de la familia, y particularmente sobre los hijos cuyos intereses deben ser considerados como primordiales.

Actualmente existe el sentimiento de que existe una crisis de la familia en Europa, sentimiento que existe también respecto a la llamada crisis del sistema de administración de justicia de la que se habla constantemente. Probablemente ello explica el entusiasmo que despierta la mediación familiar, que parece ofrecer, al menos a primera vista, una solución a ambos problemas.

Diversas investigaciones han concluido que la mediación familiar se adapta mejor a la solución de los delicados problemas de carácter emocional que rodean a

los conflictos familiares que los mecanismos jurídicos que son mucho más rígidos. Las principales ventajas de la mediación serían las siguientes:

- facilita la comunicación entre los miembros de la familia;
- disminuye la intensidad de los conflictos;
- favorece la conclusión de acuerdos amistosos;
- asegura el mantenimiento de relaciones personales entre los padres y sus hijos;
- reduce los costes económicos y sociales de la separación y del

divorcio para las partes y para el Estado (se reduce la carga de trabajo de los tribunales y los costes ligados a los procedimientos judiciales);

- reduce el tiempo necesario para la resolución de los conflictos;
- permite revisar los acuerdos en el futuro cuando se produce un cambio de circunstancias.

Estas y otras ventajas de la mediación familiar, están haciendo de este medio de solución de conflictos una de las vías cada vez más utilizadas en distintos países para resolver aquellos litigios que se producen tras una ruptura familiar.

