

Cuando la pareja termina, la familia continúa. Mediación, NNA'S y una nueva forma de gestionar el conflicto

[Carles García Roqueta](#)



La Recomendación núm. R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación familiar, adoptada el 21 de enero de 1998, es sin duda uno de los textos de referencia cuando intentamos comprender el desarrollo de la mediación familiar en Europa. Pero quizá resulte todavía más interesante conocer de dónde procede, cuál fue el recorrido que la precedió y por qué la cuestión de los menores niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA's, acaba teniendo en ella una presencia tan significativa.

La lectura del trabajo elaborado por Marta Requena, entonces letrada de la Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa y responsable de las actividades de derecho de familia, permite reconstruir bastante bien este itinerario. Hay una primera conclusión que me parece del todo clara y es que esta Recomendación no aparece en absoluto de manera espontánea en 1998. Es el resultado de un proceso anterior de reflexión sobre el derecho de familia, sobre la manera de gestionar los conflictos que se producen en este ámbito y, muy especialmente, sobre la protección que merecen los hijos cuando se produce una ruptura familiar. La propia autora presenta su trabajo precisamente como una aproximación a los orígenes, la preparación y el contenido de la Recomendación, que considera expresión de los estándares europeos que se estaban configurando en esta materia.

Para entender este proceso debemos tener presente, en primer lugar, el trabajo que ya venía desarrollando el Consejo de Europa en el ámbito del derecho de familia y, particularmente, en la protección jurídica de los NNA's. Durante las décadas anteriores se habían ido elaborando diferentes instrumentos internacionales sobre adopción, guarda y custodia, filiación, ejercicio de los derechos de los niños y otras cuestiones relacionadas con la familia. El propio documento recuerda que el Consejo de Europa había sido durante mucho tiempo

prácticamente la única organización intergubernamental europea que trabajaba de manera continuada en este ámbito.

Es dentro de este contexto donde debemos situar la aparición de la mediación familiar. Por ello, creo que sería reduccionista y simplista explicar su desarrollo exclusivamente como una respuesta a la saturación de los tribunales o como una simple alternativa al proceso judicial. Existe también una evolución en la manera de entender el conflicto familiar y las consecuencias que este provoca sobre las personas que lo integran.

El antecedente institucional más inmediato de la Recomendación lo encontramos en 1995, concretamente en la III Conferencia Europea sobre Derecho de Familia, celebrada en Cádiz los días 20, 21 y 22 de abril. El propio título de la Conferencia resulta suficientemente sugerente, pues se titulaba «El derecho de familia en el futuro». En aquel encuentro se recomendó al Consejo de Europa que examinara la mediación familiar y otras formas de resolución de los conflictos familiares y que estudiara la posibilidad de preparar un instrumento jurídico internacional que estableciera unos principios rectores en esta materia.

A partir de ahí se pone en marcha el proceso que acabará desembocando en la R (98) 1. El Comité de Expertos sobre Derecho de Familia del Consejo de Europa, el CJ-FA, recibe el encargo de estudiar la posibilidad de preparar este instrumento y crea, a su vez, un grupo de trabajo específico sobre mediación y otros medios de resolución de los conflictos familiares. Finalmente, el texto preparado por este grupo, bajo la supervisión del Comité de Expertos, es adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998.

Hay además un aspecto de los trabajos preparatorios que merece ser destacado y es que se estuvo discutiendo si lo conveniente era elaborar un convenio internacional, jurídicamente vinculante para los Estados que lo ratificaran, o si resultaba preferible optar por una recomendación. Para poder adoptar esta decisión se encargó un estudio a la profesora Janet Walker, directora del Newcastle Centre for Family Studies del Reino Unido.

El estudio puso de manifiesto que la mediación familiar todavía era una realidad relativamente reciente en muchos Estados europeos y que, en algunos de ellos, ni siquiera existía. En aquel momento parecía prematuro intentar aprobar un convenio internacional, porque probablemente no obtendría un número significativo de ratificaciones. Por ello se optó por una Recomendación que debía servir como pauta y guía para aquellos Estados que quisieran introducir la mediación familiar o modificar la legislación que ya tenían.

Esta decisión también nos ayuda a comprender la naturaleza de la R (98) 1, puesto que no pretendía imponer un modelo uniforme, sino establecer unos principios que permitieran a los diferentes Estados avanzar progresivamente en una misma dirección.

Pero el estudio de Janet Walker aporta otro dato que hay que considerarlo especialmente relevante para entender la vinculación entre mediación familiar y NNA's. El trabajo se basó fundamentalmente en las respuestas de los Estados miembros a un cuestionario, aunque únicamente doce Estados contestaron. Las respuestas mostraban una implantación muy desigual de la mediación familiar, pero también una coincidencia significativa, pues en aquellos países donde se utilizaba, la mediación aparecía esencialmente orientada a alcanzar acuerdos relacionados con los NNA's, aunque también se utilizara para resolver cuestiones económicas o bien patrimoniales.

Esto nos permite afirmar que la centralidad de los hijos en la futura Recomendación no responde únicamente a una construcción teórica del Consejo de Europa. La práctica que comenzaba a desarrollarse en diferentes países ya demostraba que uno de los espacios

naturales de la mediación familiar eran precisamente las decisiones que afectaban a los hijos después de una separación o un divorcio.

Y aparece nuevamente otro antecedente que considero fundamental incorporar. Durante los trabajos preparatorios de la Recomendación se tuvo expresamente en cuenta el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, también elaborado en el marco del Consejo de Europa. Su artículo 13 establecía que, con la finalidad de prevenir o resolver conflictos y evitar procedimientos ante una autoridad judicial que afectasen a los NNA's, los Estados debían promover el establecimiento de la mediación o de otros medios de resolución de conflictos y su utilización para alcanzar acuerdos amistosos.

Tener presente esta expresa referencia me parece especialmente significativo porque permite comprobar que la mediación familiar comienza a relacionarse con una determinada manera de entender la protección del menor. Ya no se trata únicamente de decidir qué es mejor para el niño una vez que el conflicto ha llegado ante el juez, sino también de plantearnos si podemos gestionar ese conflicto de una manera diferente antes o al margen de la confrontación judicial.

Es también durante estos años cuando se consolida progresivamente una idea que hoy puede parecernos evidente, pero que supone un cambio importante de perspectiva, pues debemos entender y reconocer que los niños no son simplemente objeto de protección o de los derechos de sus progenitores, sino auténticos titulares de derechos.

El texto de Marta Requena lo expresa de una manera especialmente clara cuando aborda la posible participación de los hijos en la mediación. Recuerda que los niños deben ser considerados titulares de derechos y no simplemente objeto de los derechos de sus padres, y relaciona esta concepción con el Convenio europeo de 1996, que reconoce a los menores derechos de naturaleza procesal.

Podemos apreciar, por tanto, una evolución que va desde el menor considerado principalmente como objeto de protección hasta el menor reconocido como sujeto y titular de derechos. Y este cambio repercute inevitablemente en la manera en que gestionamos los conflictos familiares que le afectan.

La Recomendación parte, además, de una constatación que la considero del todo esencial para entender por qué la mediación tiene una especial utilidad en este ámbito. Los conflictos familiares no son iguales que otros conflictos. Afectan a personas que mantienen relaciones interdependientes que se prolongan en el tiempo, se producen habitualmente en contextos emocionalmente complejos y, cuando existe una separación o un divorcio, sus consecuencias alcanzan a todos los miembros de la familia, pero de manera muy particular a los hijos.

Tener en cuenta esta característica marca una diferencia importante respecto de otras controversias jurídicas. En muchos conflictos, una vez dictada la resolución o alcanzado el acuerdo, las partes pueden dejar de relacionarse. En una separación con hijos esto normalmente no es posible. La pareja puede terminar, pero la parentalidad y sus efectos continúan.

Los progenitores deberán seguir hablando, tomando decisiones y adaptándose a nuevas circunstancias. Los hijos crecerán, sus necesidades cambiarán y las decisiones que hoy pueden parecer adecuadas quizá deban revisarse mañana. Es precisamente esta proyección de futuro la que, a mi entender, explica buena parte de la idoneidad de la mediación en los conflictos familiares y donde quienes trabajamos desde la mediación y la abogacía podemos apreciar especialmente su conveniencia.

La propia función del mediador queda condicionada por esta realidad, pues el documento señala que la actividad del mediador familiar debe tener siempre presente el interés de los NNA's y que debe ayudar a los padres a comunicarse sobre sus hijos más allá de las diferencias que puedan mantener como pareja. Se trata de que puedan hablar sobre las necesidades presentes y futuras de sus hijos. La participación directa de estos en la mediación no se plantea como una regla automática, sino como una posibilidad que deberá valorarse atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

Podemos entender así que el interés del menor deja de ser únicamente un control externo sobre el acuerdo al que puedan llegar los progenitores. Pasa a formar parte del propio proceso de mediación y de la manera en que este debe ser conducido.

Pensemos que su importancia es tal que puede llegar incluso a limitar uno de los principios más característicos de la mediación, el de la confidencialidad. La Recomendación parte del carácter confidencial de las conversaciones mantenidas durante el proceso, pero recuerda que esta confidencialidad no puede ser absoluta cuando aparecen informaciones relativas a malos tratos a menores. En estos casos, el mediador debe comunicarlo a la autoridad competente, porque el interés superior del menor prevalece sobre la confidencialidad. Como profesional del derecho ejerciente y activo y, concretamente, de la mediación, considero que estamos ante una excepción clara, necesaria y perfectamente justificada.

Tampoco creo que deba interpretarse el impulso de la mediación como una voluntad de sustituir a la jurisdicción. Todo lo contrario. La Recomendación concibe la mediación como un procedimiento autónomo que puede desarrollarse antes, durante o después del procedimiento judicial, pero preservando siempre el derecho de acceso a la justicia. Cuando la mediación tiene lugar durante un procedimiento, la autoridad judicial conserva la posibilidad de adoptar las medidas urgentes necesarias para proteger a las partes, a los hijos o al patrimonio. Mediación y jurisdicción aparecen, por tanto, más como espacios complementarios que como mecanismos en competencia, aunque en ocasiones el debate actual parezca querer presentarlos de esta última manera.

Pues bien, esta complementariedad se aprecia especialmente cuando existen NNA's siempre que el acuerdo de mediación se someta a la autoridad judicial para su aprobación, pues esta misma deberá comprobar que sea equitativo y razonable y que proteja adecuadamente los intereses de las partes y, sobre todo, los de los hijos a su cargo.

Llegados a este punto, creo que podemos comprender mejor el recorrido que conduce hasta la Recomendación de 1998. Existe un trabajo previo del Consejo de Europa en materia de familia e infancia; está la Conferencia de Cádiz de 1995, que plantea expresamente la necesidad de estudiar la mediación familiar; encontramos después el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, que incorpora expresamente la mediación como instrumento para prevenir y resolver conflictos que afectan a los NNA's; tenemos el estudio comparado de Janet Walker; y finalmente el trabajo del CJ-FA y del grupo de expertos que desemboca en la R (98) 1 de 21 de enero de 1998.

Pero detrás de esta sucesión de fechas e instrumentos existe, a mi entender, algo todavía más interesante, el cambio progresivo en la manera de comprender y poder atender el conflicto familiar.

Y es precisamente desde esta perspectiva desde la que creo que debemos mirar también nuestro presente. Casi tres décadas después de aquella Recomendación, en España la Ley Orgánica 1/2025 de Eficiencia Procesal ha vuelto a situar los medios adecuados de solución de

controversias en el centro de la reflexión sobre cómo gestionamos jurídicamente nuestros conflictos.

Es cierto que el legislador ha establecido particularidades importantes en materia de familia y que la existencia de NNA's exige siempre extremar las garantías y preservar aquellas cuestiones que, por afectar a sus derechos e intereses, no están simplemente a disposición de los progenitores. Pero precisamente por ello no deberíamos confundir la existencia de límites con la ausencia de espacio para el diálogo.

Al fin y al cabo, todo contrario, pues si algo nos enseña el recorrido europeo que conduce a la R (98) 1 es que la protección del menor y la mediación no son conceptos en absoluto enfrentados. La mediación puede constituir precisamente un espacio desde el que ayudar a los progenitores a ejercer responsablemente aquello que sí les corresponde decidir, a mejorar su comunicación y a evitar que la lógica de la confrontación se proyecte innecesariamente sobre sus hijos.

Naturalmente, esta consideración favorable hacia la mediación no significa que deba entenderse como una respuesta adecuada para cualquier conflicto familiar en el que existan estos NNA's. Hay situaciones en las que, por la existencia de violencia, abuso, maltrato, graves desequilibrios entre las partes, elementos internacionales o cualquier circunstancia que pueda comprometer la seguridad, la libertad de decisión o el interés superior del menor, la mediación puede resultar inadecuada o incluso quedar legalmente excluida. Reconocer estos límites no debilita el adecuado recurso de la mediación, sino al contrario, la fortalece y la dota de mayor compromiso e importancia en su uso. Defender la mediación familiar exige también saber cuándo no debe utilizarse y preservar, por encima de cualquier otra consideración, la protección de los NNA's a los que estamos haciendo referencia y de las personas especialmente vulnerables.

Es por ello, que la apuesta que realiza la LO 1/2025 de Eficiencia Procesal por una cultura más negociadora y dialogada puede representar también una oportunidad para volver a poner en valor la mediación familiar. No porque todos los conflictos familiares, como ya os indicaba deban mediar, ni porque cualquier asunto que afecte a NNA's pueda quedar a disposición de las partes. Evidentemente no es así, sino más bien porque hay conflictos en los que, respetando plenamente las garantías legales y la protección judicial del menor, existe un amplio espacio para ayudar a los progenitores a dialogar y construir soluciones responsables y de futuro.

En definitiva, quizá estemos retomando hoy una reflexión que Europa comenzó a construir hace ya muchos años. En los conflictos familiares con hijos no es suficiente con preguntarnos quién tiene razón o cuál debe ser la resolución jurídica del conflicto, también deberíamos preguntarnos cómo van a continuar relacionándose esas personas al día siguiente de recibir la sentencia.

Porque una resolución puede poner fin a un procedimiento. Una separación puede poner fin a una pareja. Pero cuando existen hijos, la relación parental continúa o bien así debería ser. Y es precisamente ahí, en ese espacio que necesariamente continuará existiendo, donde la mediación familiar conserva toda su razón de ser, estar y poder permanecer.

<https://elderecho.com/cuando-la-pareja-termina-la-familia-continua-mediacion-nnas-y-una-nueva-forma-de-gestionar-el-conflicto>