

OTROS TÍTULOS DE LA EDITORIAL

Teoría General del Derecho
Norberto Bobbio

Responsabilidad Civil. Estudios italianos contemporáneos
Guido Alpa, Massimo Franzoni, Carlo Castronovo et al.

Responsabilidad ex repto y la Distinción entre obligaciones de medios y de resultado
Giovanni D'Amico

Derecho Privado Moderno
Cesare Massimo Bianca, Pietro Sirena, Salvatore Patti

Derecho Privado
Paolo Gallo

Aspectos comparados del fraude de valores: El caso de EEUU y Chile
Dante Figueroa

Derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo
Reynaldo Bustamante Alarcón

Derecho y postmodernidad. Ensayos de Derecho Privado
Alessio Zaccaria

Derechos fundamentales y proceso justo
Reynaldo Bustamante Alarcón

Instituciones de Derecho Privado
Guido Alpa, Andrea Fusaro, Mauro Grondona

Obligaciones, contratos y protección al consumidor en el Derecho de la Unión Europea y los Estados Miembros
Martin Ebers

Abuso de Derecho y derechos subjetivos
Thiago Rodvalho

Comparación jurídica y perspectivas de estudio del Derecho
Luigi Moccia

Visite

www.edicionesolejnik.com

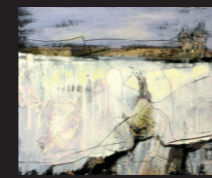


¿No estamos, acaso, ante una óptima ocasión para la mediación, la conciliación, para el arbitraje y para tantísimos otros mecanismos de justicia —pretendidamente— “alternativa”?

Así lo intuimos, poco después de que el virus se extendiera por todo el mundo, y así lo analizamos en un Congreso Internacional online celebrado desde la Universidad de Cagliari, en Cerdeña (Italia), bajo la batuta, siempre atenta y acertada, del Profesor, abogado y mediador Carlo Pilia, quien en la tarde del 24 de abril de 2020, y con el título “Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid-19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?”, consiguió aglutinar a más de 30 expertos de más de 15 países del mundo, quienes, como si fuesen una sola voz, concluyeron en que era la hora de la verdad para esa justicia “alternativa” en post de un mundo en paz para el día después, más allá de la pandemia...

Helas aquí, precisamente, expuestas algunas de aquellas intervenciones de aquel memorable día.

**Carlo Pilia, Guillermo Cerdeira
y Manuel García Mayo**



Thorsten Dittrich
“Panta rhei”



GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
CARLO PILIA (DIRECTORES)

UNA JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN TIEMPOS DE CRISIS

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA / CARLO PILIA (DIRECTORES)

BIBLIOTECA DE MEDIOS ALTERNATIVOS
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Lex

UNA JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN TIEMPOS DE CRISIS



Carlo Pilia
Docente de Derecho civil
Universidad de Cagliari

José Luis Argudo Pérez
Profesor Titular Derecho Civil
Director del Experto Universitario en Mediación
Universidad de Zaragoza

Ana María Costa e Silva
Universidade do Minho, Portugal

Ana María Costa e Silva
Profesora de la
Universidade do Minho

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Profesor de Derecho de Comercio Internacional en la Facultad
de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor
de San Marcos

María-Pía Guadalupe Díaz Díaz
Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de
Sevilla (España). Miembro de la Asociación de Derecho Público
Comparado y Europeo (Italia)

María Inés Laverde
Profesora
Universidad Católica de Colombia

Aurélie Bergeaud-Wetterwald
Professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux
Directrice du Master 2 Modes alternatifs de règlement des litiges

María Esther Muñiz Espada
Catedrática de Derecho civil, Universidad de Valladolid

Juan Manuel López Torres
Abogado ASAJA JAÉN

Yamila González Ferrer
Doctora en Ciencias Jurídicas
Profesora Auxiliar de Derecho de Familia
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana
Mediadora

Enmanuel George López
Máster en Desarrollo Social
FLACSO, Universidad de La Habana
Miembro de la coordinación nacional de la
Red Iberoamericana y Africana de Masculinidades

Silvia Lilliu
Universidad de Cagliari

Paula Guillamondegui Tribaudino
Universidad Nacional de Córdoba

Dra. Laura López de la Cruz
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Neylia L. Abboud Castillo
Profesora catedrática, Nicaragua. Cátedras de Derecho civil y
familia. Abogada y Notaria.

Manuel García Mayo
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Ediciones
olejnik

BIBLIOTECA DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Carlo Pilia
(Directores)

Manuel García Mayo
Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca
(Coordinadores Generales)

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
CARLO PILIA
(Directores)

**UNA JUSTICIA ALTERNATIVA
PARA LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA PROTECCIÓN FAMILIAR,
EN TIEMPOS DE CRISIS**

Edición al cuidado de
Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca



Título: UNA JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA PROTECCIÓN FAMILIAR EN TIEMPOS DE CRISIS

- © CARLO PILIA / JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ
ANA MARÍA COSTA E SILVA / CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
MARÍA-PIA GUADALUPE DÍAZ DÍAZ / MARÍA INÉS LAVERDE
AURÉLIE BERGEAUD-WETTERWALD / MARÍA ESTHER MUÑIZ ESPADA
JUAN MANUEL LÓPEZ TORRES / YAMILA GONZÁLEZ FERRER
ENMANUEL GEORGE LÓPEZ / SILVIA LILLIU
PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO / LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ
NEYLIA L. ABBoud CASTILLO / MANUEL GARCÍA MAYO

MANUEL GARCÍA MAYO
(Coordinador)

- © Ediciones Olejnik
Huérfanos 611, Santiago - Chile
E-mail: contacto@edicionesolejnik.com
Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

Primera edición en Ediciones Olejnik: 2020

ISBN: 978-956-392-841-9

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina 2020 Printed in Argentina

ÍNDICE

PRÓLOGO:
LA JUSTICIA EN PURO ESTADO CRÍTICO:
¿REMIENDOS DE URGENCIA O REFORMA ESTRUCTURAL?

13

PRIMERA PARTE:
MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
SOBRE DERECHOS HUMANOS

LAS REFORMAS EN SENTIDO SOLIDARIO
Carlo Pilia

I.	LA PANDEMIA DE COVID Y LA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA	17
II.	URGENCIA Y TEMPORALIDAD DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA ..	18
III.	DISPOSICIONES PROVISIONALES DE CARÁCTER PRIVADO	18
IV.	LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD Y LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIENTES	21
V.	EL USO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE SOLIDARIDAD Y BUENA FE	22
VI.	LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO	23
VII.	LA REFORMA CODICISTA DE LAS SOBREVENIENCIAS CONTRACTUALES	24
VIII.	LA EFECTIVIDAD DE LAS PROTECCIONES	26
IX.	LA REVISIÓN EN UN SENTIDO SOLIDARIO DE EL SISTEMA	28

LA COLABORACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS
EN TIEMPOS DE CRISIS: HACIA UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO DE
VECINDAD

José Luis Argudo Pérez

I.	EL REPUNTE DE LOS CONFLICTOS COTIDIANOS EN TIEMPOS DEL COVID-19	31
II.	REMEDIOS PARA LA «NUEVA NORMALIDAD»: LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA COMO LA PANACEA PARA LA SOLUCIÓN DE TODOS LOS CONFLICTOS	35
III.	LA LIMITADA RESPUESTA A LOS CONFLICTOS VECINALES EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA. LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR NUEVOS RECURSOS DE GESTIÓN DE LA CONVIVENCIA	38
1.	La gestión del uso de las zonas y espacios comunitarios durante la crisis sanitaria	39

1.1.	La aplicación de la prohibición de desplazamientos por los espacios comunes a los menores	40
1.2.	El uso de espacios deportivos y piscinas comunitarias	41
2.	La necesidad de nuevas reglas y nuevos métodos en las comunidades vecinales para la gestión de la convivencia en las situaciones de emergencia	42
2.1.	Protocolos y comisiones de convivencia comunitarios a través de las normas del régimen de propiedad horizontal	44
IV.	LA MEDIACIÓN VECINAL: SU INTEGRACIÓN EN UN NUEVO DERECHO DE VECINDAD	46

MEDIACIÓN DURANTE LA PANDEMIA: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS,
ACTIVACIÓN DE LAZOS SOCIALES
Ana María Costa e Silva

I.	INTRODUCCIÓN	49
II.	LA MEDIACIÓN SOCIAL: MÁS ALLÁ DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	50
III.	APORTES DE LA MEDIACIÓN SOCIAL EN LA CRISIS PANDÉMICA	52
IV.	REPTOS ENFRENTADOS POR LOS MEDIADORES	54
4.1.	Funciones y actividades diarias adaptadas	54
4.2.	Creación y consolidación de redes de cooperación	55
4.3.	Habilidades profesionales y éticas revisitadas	56
4.4.	Reconocimiento social y profesional	56
V.	LECCIONES APRENDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LA MEDIACIÓN	57

LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA PERUANA: EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL FRENTE AL COVID-19

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
María-Pía Guadalupe Díaz Díaz

I.	INTRODUCCIÓN	59
II.	LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL	60
III.	EL APORTE DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL	61
IV.	LA PERSPECTIVA PERUANA. EL PLANTEAMIENTO ORIGINAL DE CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y LA DINÁMICA	63
V.	EL MARCO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO	65
VI.	DECRETO SUPREMO N° 057-2020-PCM Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD	69
VII.	RESPUESTA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y AUTORIDADES NACIONALES	70
VIII.	A MODO DE CONCLUSIÓN	71

CONTRIBUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN
Y LA MEDIACIÓN A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CAMPO DE
FAMILIA EN COLOMBIA E ITALIA
AVANCES DE LA CONCILIACIÓN
EN COLOMBIA EN CONFLICTOS DE CARÁCTER FAMILIAR
María Inés Laverde

..... 73

DETERIORO EN EL TRATAMIENTO JUDICIAL Y VIRTUDES DE LOS MÉTODOS
AMISTOSOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN TIEMPOS DE CRISIS: ¿QUÉ
LUGAR PARA LA COMUNICACIÓN?
Aurélie Bergeaud-Wetterwald

I.	INTRODUCCIÓN	81
II.	LA DISMINUCIÓN DE LA PRESENCIA DE LAS PARTES Y EL DIÁLOGO EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES	83
III.	PROMOVER LA COMUNICACIÓN MEDIANTE EL DESARROLLO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS	85
IV.	CONCLUSIÓN	87

MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA EL ÁMBITO AGROALIMENTARIO EN EL TIEMPO
DE COVID-19 EN ESPAÑA. SUS CRÍTICAS
María Esther Muñoz Espada
Juan Manuel López Torres

I.	EL CARÁCTER ESENCIAL DEL SECTOR AGROALIMENTARIO DURANTE LA CRISIS SANITARIA	89
II.	MEDIDAS EN MATERIA DE EMPLEO Y DE APOYO A LA ECONOMÍA EN EL SECTOR AGRARIO	90
III.	NECESIDADES Y PROBLEMÁTICA DEL SECTOR AGROALIMENTARIO. FUTUROS RETOS DE SECTOR	96
IV.	UNA ULTERIOR CONSIDERACIÓN DE ACTUALIDAD: LA REFERENCIA A LA FIGURA DE LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR AGRARIO	98

SEGUNDA PARTE:
PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES
FUERA DE LOS JUZGADOS

GÉNERO Y CONFLICTO EN TIEMPOS DE COVID-19. UNA MIRADA DESDE LOS
DERECHOS DE LAS MUJERES Y LAS MASCULINIDADES
Yamila González Ferrer
Enmanuel George López

I.	DIMENSIONES DE GÉNERO Y COVID-19	105
II.	MASCULINIDADES	107
III.	CUBA, FAMILIAS Y COVID-19	107
IV.	REFLEXIONES FINALES	110
	ANEXO	111

LA GESTIÓN A DISTANCIA DE LAS CRISIS FAMILIARES

Silvia Lilliu

I.	LAS PAREJAS EN CRISIS DURANTE EL COVID-19: LA MEDIACIÓN FAMILIAR DESCUBRE INTERNET PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS	117
II.	EL DELICADO EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO DEL MENOR A LA PATERNIDAD COMPARTIDA Y EL DERECHO A LA SALUD	119
III.	LA OBLIGACIÓN A LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS: CAMBIOS DERIVADOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE EMERGENCIA	120
IV.	LAS PRINCIPALES DIRECTRICES ADOPTADAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA: LAS AUDIENCIAS VIRTUALES	122
V.	LOS NUEVOS DIVORCIOS SÚPER RÁPIDOS	123
VI.	LA REORGANIZACIÓN DIGITAL	124

LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO
EN LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS FAMILIARES
Paula Guillamondegui Tribaudino

I.	EL PARADIGMA ACTUAL DE LOS CONFLICTOS. LA ESTRATEGIA JURÍDICA	127
II.	EL ABOGADO COMO COLABORADOR EN LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CASOS: PIEZA FUNDAMENTAL DEL ENGRANAJE	129
III.	ORGANIZACIÓN DEL FUERO FAMILIAR EN CÓRDOBA DESDE LA RECIENTE LEGISLACIÓN LEY 10.305	131
IV.	VÍAS Y MECANISMOS DE TUTELA EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA ARGENTINA	133
V.	¿CÓMO SE ESTÁN RECEPTANDO CUESTIONES DERIVADAS DE CONFLICTOS DE FAMILIA A NIVEL EXTRAJUDICIAL, EN TIEMPOS DE CRISIS DEL COVID-19?	133
	1. Modalidad conciliatoria ante asesorías de familia móviles	133
	2. Mecanismo de Acuerdo privado de partes con homologación judicial	134
	3. Mediación privada	134
VI.	CONCLUSIONES	136

MEDIACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA

Laura López de la Cruz

I.	A MODO DE INTRODUCCIÓN	137
II.	TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO DE LA FAMILIA. IGUALDAD Y LIBERTAD PERSONAL	140
III.	LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL SISTEMA	143
	1. Igualdad y justo equilibrio entre los mediados	143
	2. Libertad personal y obligatoriedad mitigada de la mediación	147
	3. Mediación y principio de responsabilidad familiar	150

ÍNDICE

LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES CIVILES Y FAMILIARES
EN NICARAGUA: ENTRE LAS DECLARACIONES FORMALES Y LA REALIDAD
MATERIAL

Neylia L. Abboud Castillo

I.	CONTEXTUALIZACIÓN	153
II.	¿DISPOSICIONES JURÍDICAS EN NICARAGUA ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19? DE LO GENERAL A LO PARTICULAR	154
III.	POSIBLES REPERCUSIONES A DERECHOS SUBJETIVOS - CIVILES Y FAMILIARES - PROVOCADOS POR LA PANDEMIA EN LA REALIDAD NICARAGÜENSE	157
IV.	ACERCANDO RESPUESTAS	161
V.	IDEAS DE CIERRE	162

LOS PACTOS PREMATRIMONIALES
COMO MECANISMO DE JUSTICIA PREVENTIVA

Manuel García Mayo

I.	CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN	163
II.	PACTOS PREMATRIMONIALES Y SISTEMA DE COMMON LAW	164
III.	LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	166
	1. La autonomía de la voluntad y el Derecho de familia	166
	2. La admisibilidad del pacto prematrimonial	167
	3. La intervención de notario en el otorgamiento de los pactos prematrimoniales	168
	3.1 El pacto como parte de la capitulación matrimonial	168
	3.2 La necesaria intervención de fedatario público	170
	3.2.1. Capacidad y consentimiento de las partes	172
	3.2.2. Control de justicia o equidad	175
	3.2.3. Publicidad	179

PRÓLOGO:

LA JUSTICIA EN PURO ESTADO CRÍTICO: ¿REMIENDOS DE URGENCIA O REFORMA ESTRUCTURAL?

Hoy por hoy, tras la pandemia que el mundo entero ha padecido, y aún padece en muchos frentes, la justicia tradicional, la que se sustancia ante el juez, está, en general, colapsada.

Después del colapso que ha padecido la Sanidad en casi todos los países del mundo tras el alud de ingresos por la pandemia, era prácticamente inevitable que algo parecido sucediera con la Administración de Justicia, por el alud de demandas de todo tipo derivadas de la pandemia.

Porque junto a los conflictos pendientes, que había antes de la pandemia, y que, mientras esta duró, habían quedado suspendidos en la mayoría de países (en que la Administración de Justicia vio cerrada sus puertas, casi a cal y canto), se han venido a sumar nuevos conflictos provocados por la crisis social y económica que después de la pandemia se han generado, así como por la propia tensión provocada por tan largo y severo confinamiento que la mayoría de los países impusieron a fin de evitar una mayor propagación del Covid-19; conflictos tales: como reclamaciones de ayudas a los Estados o impugnaciones de multas impuestas por incumplimiento del confinamiento, conflictos laborales por despidos encubiertos o por impago de salarios, conflictos penales por maltratos familiares o domésticos, conflictos fiscales por impago de impuestos, diversos conflictos civiles por impago de alquileres y préstamos, o por incumplimiento de otros contratos (muchos de ellos amparados en la -tan manida durante aquellos días- cláusula *rebus sic stantibus* -que con tanto pretendido uso parecía recordar al bálsamo de Fierabrás, que todo lo cura-), pero también por nuevos divorcios y separaciones, por un incremento en el número de concursos de acreedores, ... En fin, todo un caos.

Cierto es que, ante tal previsibilidad, y en evitación de tal congestión de la Administración de Justicia, algunos Gobiernos tomaron algunas medidas preventivas que, sin dejar de ser muchas veces acertadas y bienintencionadas, no han sido suficientes, pues a los problemas coyunturales de la Justicia causados por la pandemia se suman los endémicos. No bastan, pues, con tales medidas, que en su mayoría no han supuesto sino simples remiendos de emergencia. Hoy, más que nunca, se hace necesaria una reforma estructural de la Justicia, que no solo ha de hacerse *ad intra*, desde las propias entrañas del Poder Judicial, sino *ad extra*, desde fuera de ella, mediante el recurso a otros mecanismos de resolución de conflictos que, va siendo

ya hora, no deben de estimarse por más tiempo como alternativos al judicial, sino como medidas todas ellas en pie de igualdad, entre las que se mantenga, como una opción o alternativa más, la judicial.

¿No estamos, acaso, ante una óptima ocasión para la mediación, la conciliación, para el arbitraje y para tantísimos otros mecanismos de justicia -pretendidamente- «alternativa»?

Así lo intuimos, poco después de que el virus se extendiera por todo el mundo, y así lo analizamos en un Congreso Internacional online celebrado desde la Universidad de Cagliari, en Cerdeña (Italia), bajo la batuta, siempre atenta y acertada, del Profesor, abogado y mediador Carlo Pilia, quien en la tarde del 24 de abril de 2020, y con el título «Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid-19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?», consiguió aglutinar a más de 30 expertos de más de 15 países del mundo, quienes, como si fuesen una sola voz, concluyeron en que era la hora de la verdad para esa justicia «alternativa» en post de un mundo en paz para el día después, más allá de la pandemia...

Helas aquí, precisamente, expuestas algunas de aquellas intervenciones de aquel memorable día.

En el día después, más allá de la pandemia...

CARLO PILIA, GUILLERMO CERDEIRA
y MANUEL GARCÍA MAYO

PRIMERA PARTE:
**MECANISMOS ALTERNATIVOS DE
RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
SOBRE DERECHOS HUMANOS**

LAS REFORMAS EN SENTIDO SOLIDARIO

CARLO PILIA
Docente de Derecho Civil
Universidad de Cagliari

SUMARIO: I. LA PANDEMIA DE COVID-19 Y LA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA. II. URGENCIA Y TEMPORALIDAD DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA. III. DISPOSICIONES PROVISIONALES DE CARÁCTER PRIVADO. IV. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD Y EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTES. V. EL USO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE SOLIDARIDAD Y BUENA FE. VI. LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO. VII. LA REFORMA CODICISTA DE LAS SOBREVINIENCIAS CONTRACTUALES. VIII. LA EFECTIVIDAD DE LAS PROTECCIONES. IX. LA REVISIÓN EN UN SENTIDO SOLIDARIO DEL SISTEMA.

I. LA PANDEMIA DE COVID Y LA SITUACIÓN EXTRAORDINARIA

Los efectos devastadores de la pandemia de COVID 19 se están produciendo a escala mundial a través de una propagación exponencial e imparable de las infecciones que, además de causar tantas víctimas entre los muchísimos enfermos, afectan profundamente los sistemas políticos, económicos y sociales de los Estados y sus relaciones internas e internacional. Las costumbres consolidadas de la vida diaria de las comunidades, familias y personas también han sido distorsionadas.

Se ha declarado un estado de emergencia¹ para contrarrestar el avance de los contagios y contener los efectos nocivos de la pandemia, dando paso a políticas públicas extraordinarias². Los organismos gubernamentales, en primer lugar, tuvieron que adoptar políticas de salud, comenzando con el distanciamiento social de las personas, con su restricción en el hogar. Esto ha llevado al cierre gradual de las actividades económicas y sociales, a excepción de aquellas diseñadas para satisfacer las necesidades humanas esenciales. Por lo tanto, se han lanzado nuevas políticas de protección y apoyo para el sistema de producción, especialmente el de las pequeñas y medianas empresas en las que se basa la economía del país. No menos significativas fueron las políticas sociales para proteger a los trabajadores, las familias y, en general, las personas pobres que reciben medidas asistenciales.

¹ En Italia, se declaró un estado de emergencia de seis meses con una resolución del Consejo de Ministros de 31 de enero de 2020. Sobre las medidas tomadas por el Gobierno, <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>.

² Al respecto, L. CUOLCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, en www.federalismi.it; M. VOLPI, *Gli effetti del coronavirus e lo stato di emergenza*, en libertaegiustizia.it; G. GRISI, *La lezione del coronavirus*, in Jusciivile; G. NAPOLITANO, «I pubblici poteri di fronte alla pandemia», *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2020, p. 145 ss.

En general, las políticas de emergencia han impuesto el uso de enormes recursos financieros públicos que se han utilizado de manera extraordinaria, en derogación de las normas actuales de contabilidad pública y gestión presupuestaria equilibrada. El drama de la situación, de hecho, justifica una exposición financiera extraordinaria para garantizar la supervivencia de las personas y las empresas, así como para mantener la cohesión social y económica de todo el País durante el avance de la pandemia y hasta la reactivación de las actividades.

II. URGENCIA Y TEMPORALIDAD DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA

En el estado de derecho, las medidas de emergencia están permitidas precisamente para enfrentar la aparición de los peligros más graves causados por situaciones extraordinarias, que no serían manejables solamente con la aplicación de medidas ordinarias³. Sin embargo, con base en el principio de estricta necesidad, las medidas de emergencia que se adoptan deben ser limitadas, tanto en procedimientos como en contenidos extraordinarios, en términos de estricta urgencia y temporalidad. Aunque el fin de la emergencia pandémica no es previsible, de hecho, siempre es necesario considerar un marco de tiempo de referencia para intervenciones extraordinarias y planificar el retorno gradual a la normalidad de las reglas y las relaciones.

Para la novedad absoluta, la extrema gravedad y la difusión generalizada de la crisis pandémica que ha afectado profundamente los tejidos económicos y sociales de los Estados, sin embargo, no es posible hacer ciertas predicciones temporales incluso al final de la emergencia de salud que, según muchos expertos, dependerán de la introducción de una vacuna contra COVID-19. Sin embargo, es cierto que las consecuencias negativas de la pandemia durarán mucho más, según lo indicado por los comités de expertos llamados a apoyar las acciones de los órganos de gobierno de varios niveles que deben intervenir.

El cese de la fase de emergencia sanitaria, por lo tanto, no significará un retorno inmediato o incluso completo a la situación antes de la pandemia. Es concebible un proceso de acompañamiento gradual hacia un nuevo orden, con otras reglamentaciones más adecuadas a la diferente situación en la que nos encontraremos operando. Algunas de las medidas de emergencia, en particular, pueden estabilizarse y contribuir a la evolución de nuestro sistema legal en un sentido más seguro y solidario hacia los sujetos más débiles en situaciones de crisis y dificultad, más allá de la pandemia actual. En este sentido, las medidas de emergencia ayudarán a desarrollar reglas organizacionales y de comportamiento para sistemas más resistentes capaces de enfrentar los nuevos desafíos de la sociedad postpandémica.

III. DISPOSICIONES PROVISIONALES DE CARÁCTER PRIVADO

Las disposiciones emergenciales del contenido sanitario con la función de contener la pandemia, especialmente las que imponen la restricción en el hogar y el consiguiente bloqueo de la producción, el trabajo y las actividades sociales, como se mencionó, han tenido un profundo impacto en el desarrollo de las relaciones jurídicas, económicas y sociales⁴. En muchos aspectos, las disposiciones restrictivas

³ AA. VV., «Coronavirus», *El Cronista*, n. 86-87, 2020.

⁴ Sobre el impacto de la pandemia de emergencia en el plan jurídico, en general, AA. VV., «Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia», vol. 1 e 2, *Giustizia civile.com*, en <http://giustiziacivile.com/>.

hicieron imposible y, de todas formas, muy complicado en muchos casos la ejecución de los contratos celebrados y el cumplimiento de las obligaciones⁵.

Inmediatamente surgieron cuestiones legales delicadas con respecto a la protección de los derechos de los titulares de las relaciones jurídicas comprometidas y de aquellas conectadas en diversas maneras⁶. La legislación de emergencia, por lo tanto, tuvo que intervenir de manera urgente y provisional para introducir algunas medidas extraordinarias de protección para los diversos sectores involucrados en el sistema, tanto en el ámbito público como en el privado⁷.

En breve, se hace referencia a las principales disposiciones reglamentarias, comenzando por las de alcance más general, que se refieren a todas las relaciones obligatorias. Más precisamente, se estableció en el artículo 3 del decreto ley de 23 de febrero de 2020, n. 6, convertido con modificaciones por l. 5 de marzo de 2020, n. 13, después del párrafo 6, lo siguiente: «6-bis. *El cumplimiento de las medidas de contención a las que se refiere este decreto siempre se evalúa a efectos de exclusión, de conformidad con y para los fines de los artículos 1218 y 1223 del Código Civil italiano, de la responsabilidad del deudor, también en relación con la aplicación de cualquier caducidades o sanciones relacionadas con obligaciones retrasadas u omitidas*»⁸.

Aunque esta disposición se dicta solo para los contratos públicos, la misma ratio requeriría extender el principio a todos los contratos, independientemente del objeto y la naturaleza de los contratistas.

La disposición, por lo tanto, identifica limitaciones, que constituyen tantas causas de exención de responsabilidad consecuente con el cumplimiento de las regulaciones sanitarias que condujeron al bloqueo de actividades. En este sentido, para las actividades prohibidas, se identificó un caso de imposibilidad de ejecución sobreviniente y temporal, debido al *factum principis*⁹. La disposición constituye una medida de prevención de conflictos, ya que lleva a cabo una evaluación legal general, eximiendo a los deudores de la carga de la prueba, que generalmente corresponde a ellos, de la demostración de la no atribuibilidad de la causa que determina la imposibilidad del cumplimiento de la obligación. Sin embargo, los aspectos adicionales de protección que no se han definido legalmente permanecen abiertos y, en cualquier caso, controvertidos.

⁵ A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 143 ss.

⁶ En relación a las protecciones aplicables a las posiciones legales afectadas por la pandemia A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, en *www.dirittobancario.it*; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 3 ss.; S. LANDINI, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond*, en *Giustizia civile.com*.

⁷ Sobre la legislación de emergencia italiana A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, en *Giustizia civile.com*.

⁸ Con referencia a esta regulación, F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 213 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 245 ss.

⁹ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, cit., p. 4; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 172 ss.; F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., p. 214.

En particular, el área de aplicación es incierta, ya que se limita al período de emergencia, sin considerar las relaciones que ya estaban en crisis y las posteriores. Además, no está claro si la imposibilidad se refiere solo a las hipótesis de actividades prohibidas, o si también se extiende a las actividades colaterales y, en este caso, a lo que realmente son. Sin embargo, la redacción regulatoria incierta podría desencadenar los conflictos que la intervención pretende evitar.

Con referencia específica al instituto de imposibilidad superviniente (que, recordamos, constituye una de las exenciones para la imputabilidad del incumplimiento, según la referencia del artículo 1218 del Código Civil¹⁰), se destacan otras dos disposiciones de emergencia.

El artículo 28 (Reembolso de documentos de viaje y paquetes turísticos) d.l. 2 de marzo de 2020, n. 9¹¹, conforme a lo cual la imposibilidad del art. 1463 Código civil, introduce disposiciones emergenciales «en relación con los contratos de transporte aéreo, ferroviario, marítimo en aguas internas y terrestre», estipulados por sujetos que se encuentran en ciertas condiciones relacionados con la situación de emergencia epidemiológica. Las personas que no pueden utilizar los servicios de transporte notifican de inmediato, dentro de los treinta días, al transportista que debe reembolsar el precio o emitir un voucher de la misma cantidad que se utilizará en un año. Además, en la venta de paquetes turísticos, el viajero puede ejercer el derecho de desistimiento antes de la salida, así como invocar la imposibilidad sobreviniente de conformidad con el art. 1463 c.c.

El artículo 88 d.l. 17 de marzo de 2020, n. 18¹² también establece que los contratos de residencia y los de espectáculos, museos y otros lugares para la cultura se resuelven debido a la imposibilidad de la actuación de conformidad con el artículo 1463 del Código Civil pero que el costo se transfunde en un comprobante que se solicitará dentro de los treinta días y se utilizará dentro de un año. En realidad, más que una resolución, es una redefinición del contenido de la relación establecida por ley. La solución tiene carácter transitorio.

Las disposiciones merecen ser resaltadas, aunque de un alcance más sectorial, porque introducen innovaciones importantes también en el nivel de los remedios. Más precisamente las disposiciones son importantes tanto porque los sectores de aplicaciones se han visto directamente afectados por la prohibición de viajes y agrupaciones, como porque introducen un remedio específico que consiste en un servicio de reemplazo. La redacción regulatoria incierta, aún, deja varias cuestiones abiertas no solo con respecto al área de aplicación, sino también debido a la naturaleza del remedio específico, que deja incierto su alcance sustituto o adicional con respecto a la disciplina general.

¹⁰ En relación con la disciplina codicista de responsabilidad por incumplimiento C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008; V. CUFFARO, *Delle Obbligazioni - Vol. II: Artt. 1218-1276*, en *Commentario del Codice civile Gabrielli*, Milano, 2012; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, en *Commentario Schlesinger*, Milano, 2006; C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni (art. 1218-1229)*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980.

¹¹ Con respecto a esta norma F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 225 ss.

¹² Para mayor información v. F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 237 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 225 ss.

Las disposiciones mencionadas, aunque apreciables y significativas, no parecen suficientes para soportar el impacto devastador en los contratos que resulta de la aplicación de medidas para combatir la pandemia. Por lo tanto, surge la cuestión de qué disciplina aplicar para gestionar otras situaciones de crisis no cubiertas por la legislación de emergencia y, por lo tanto, sujetas a las regulaciones ordinarias vigentes. En términos generales, del debate entre los intérpretes parecen surgir dos orientaciones principales según que se consideran aplicables solo las disposiciones específicas vigentes o se pueda superarlas, mediante el uso de los principios generales, para dar una respuesta más apropiada y solidaria¹³.

IV. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD Y LA EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVENIENTES

Para gestionar las sobrevinientes, de forma inmediata y directa, se hace referencia a las disposiciones del Código civil sobre la imposibilidad (art. 1463) y la excesiva onerosidad sobrevinientes (art. 1467). Más precisamente, la imposibilidad sobreviniente por razones no imputables al deudor se considera causa de extinción de la obligación (art. 1256) y de resolución de los contratos sinalagmáticos (art. 1463)¹⁴. La imposibilidad, en estos casos, se entiende en términos objetivos y básicamente absolutos. Solo hay dos variantes codicistas relacionadas con la imposibilidad parcial y temporal que tienen un tratamiento gradual, respectivamente, vinculado a la entidad de la ejecución, el período de tiempo y, en cualquier caso, al interés del acreedor.

Sin embargo, para la alteración de los valores, la disciplina codicista general de los contratos sinalagmáticos de duración prevé la resolución cuando, como consecuencia de eventos extraordinarios y excepcionales, se realiza una onerosidad excesiva de la prestación (art. 1467)¹⁵. En este caso, el remedio es precisamente la resolución, que la contraparte puede evitar al ofrecer reducir el contrato a la equidad. Los límites de la disposición se refieren tanto al campo de aplicación demasiado restringido, como a la naturaleza resolutoria del remedio, lo que deja la conservación del contrato a la elección de la contraparte que ofrezca la reducción a la equidad del intercambio¹⁶.

Disposiciones codicistas especiales, para las sobrevivencias de contratos de duración, todavía se reconocen en relación con el arrendamiento, que para un uso

¹³ Para una visión general de las diferentes posiciones, A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, cit. p. 4 ss.; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, en *Giustizia civile.com*; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*.

¹⁴ Sobre la disciplina codicista de la imposibilidad superviniente C. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2008; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466)*, en *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; A. DE MAURO, *Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea, sub art. 1256*, en *Commentario Schlesinger*, Milano, 2011.

¹⁵ Sobre la disciplina codicista de la excesiva onerosidad sobreviniente A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (1447-1469)*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2010; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti (artt. 1467-1469)*, en *Codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1995.

¹⁶ M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., p. 250 ss.

parcial de la propiedad requiere una remodelación de la renta(art. 1578)¹⁷, y con referencia al contrato de obras que para la alteración del intercambio implica una revisión del precio, dentro de ciertos umbrales de valor (art. 1664)¹⁸.

De hecho, la aplicación de las disposiciones en vigor mencionadas anteriormente ya ha demostrado ser en gran medida inadecuada con respecto a las pasadas necesidades de gestión de las sobrevivencias contractuales y, por supuesto, no podría satisfacer la renovada y masiva protección de los contratistas con respecto al evento extraordinario de la crisis pandémica Covid-19¹⁹. Los límites se relacionan, por un lado, con las condiciones de aplicación vinculadas a una situación rigurosa y objetiva de imposibilidad de cumplimiento o con la onerosidad excesiva como consecuencia de eventos extraordinarios e impredecibles. Dichos límites, de hecho, deben superarse para extender la protección a otras situaciones de desequilibrio que han surgido y que van más allá del área contractual normal. Por otro lado, las cuestiones críticas se refieren principalmente a la naturaleza resolutoria de los remedios contractuales, la resolución y el receso, que sacrifican el interés de los contratistas al mantenimiento de la relación.

V. EL USO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE SOLIDARIDAD Y BUENA FE

Desde hace algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto la excesiva rigidez formal de las disposiciones codicistas referida a las sobrevivencias contractuales y, por lo tanto, la necesidad de invocar los principios generales del ordenamiento para ampliar los casos relevantes y determinar protecciones y remedios aplicables²⁰.

¹⁷ Art. 1578 (*Vicios de la cosa arrendada*) establece que: «*Si en el momento de la entrega la cosa arrendada se ve afectada por vicios que disminuyen apreciablemente la idoneidad para el uso acordado, el inquilino puede solicitar la terminación del contrato o una reducción de la contraprestación, excepto en el caso de vicios conocidos por él o fácilmente reconocibles.*

El arrendador está obligado a indemnizar al inquilino por los daños causados por vicios en la cosa, si no prueba que, sin culpa, ha ignorado los vicios en el momento de la entrega». Con referencia al régimen aplicable al arrendamiento de bienes inmuebles durante la emergencia pandémica V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 233 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 235 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, «*Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*», *Attualità Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, p. 422 ss.

¹⁸ Art. 1664 (*Onerosidad o dificultad de ejecución*) establece: «*Si debido a circunstancias imprevistas ha habido aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o la mano de obra, que determinan un aumento o disminución mayor a una décima parte de la precio total acordado, el contratista y el cliente pueden solicitar una revisión del precio. La revisión solo se puede otorgar para esa diferencia que excede la décima.*

Si durante el trabajo hay dificultades de ejecución derivadas de causas geológicas, hídricas y similares, no previstas por las partes, que hacen que el desempeño del contratista sea considerablemente más costoso, el contratista tiene derecho a una compensación justa». Sobre las normas aplicables a los contratos de obras durante la emergencia pandémica STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 169 ss.

¹⁹ A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 227 ss.; F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., p. 214 ss.

²⁰ Para una visión general de las diversas posiciones mantenidas en doctrina y jurisprudencia G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, en *Persona e mercato*, 2020, 1, p. 3 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; R. SACCO, en R. Sacco,

En primer lugar, la solidaridad adquiere importancia, como principio general que tiene una cobertura constitucional directa (art. 2) y que también se aplica en las relaciones privadas. Con referencia a las sobreveniencias, en particular, se ha invocado el principio para hacer que el régimen sea más solidario²¹. En este sentido, se pretendía remodelar la gestión de los riesgos entre las partes, especialmente en las relaciones de duración, en un sentido más equilibrado, en la superación de las disposiciones codicistas precisas que se han recordado²².

Las soluciones desarrolladas por los intérpretes, a nivel operativo, evocan el principio de buena fe²³, que constituye una fórmula abierta que encuentra aplicación expresa, no solo en la fase de formación, sino también en las de interpretación y ejecución del contrato y, más generalmente, de la relación obligatoria. En este sentido, la buena fe se entiende como un criterio legal adicional que permite encontrar soluciones más equilibradas a la luz de las circunstancias concretas en las que opera la crisis de la relación contractual.

La buena fe atribuye relevancia a los eventos que han ocurrido además de los de imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad sobrevenientes de cumplimiento, que también son capaces de alterar significativamente las posiciones de las partes. Por un lado, el área de responsabilidad del deudor se remodela con respecto a las contingencias que hacen que el cumplimiento sea considerablemente más complicado o más costoso y, por otro lado, también se abren espacios operativos en el nivel de remedios²⁴.

VI. LA RENEGOCIACIÓN DEL CONTRATO

Con referencia a la gestión de sobreveniencias, la disciplina del código sigue un enfoque tradicional, según lo examinado, con referencia a la terminación del contrato en casos de imposibilidad o excesiva onerosidad sobrevenientes. Tal enfoque sacrifica la necesidad conservadora del contrato y, más en general, la de mantener la cohesión económica y social de las relaciones²⁵. Tales necesidades se acentúan en esta fase de crisis²⁶.

G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 1708 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, en *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss; Id., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

²¹ U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, en *Giustizia civile.com*.

²² C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 159 ss.; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., p. 5 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, cit. p. 3 ss.

²³ Sobre la aplicación del principio de buena fe para fundamentar la obligación de renegociar el contrato en la fase de emergencia v. G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 7 s.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus*, cit., p. 212; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, cit. p. 4 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, cit., pp. 174 ss., 180 ss., 183 ss., 195 ss., 201 ss.; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, cit., p. 6 s.

²⁴ U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, cit., p. 6 ss., con referencia a las diferentes formas de solidaridad que se logran en el contexto contractual a través de la buena fe.

²⁵ R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, en *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 104 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; G. SICCHIERO,

La aplicación del remedio de renegociación²⁷, que ofrecería una protección conservadora de la relación contractual, ha sido invocada por muchos lados, también recientemente con respecto a la pandemia de Covid-19, sin tener que dirigirse a las autoridades judiciales. Más precisamente, en casos de sobrevenientes relevantes, en conformidad a los principios generales de solidaridad y buena fe, las partes deberían renegociar el contenido del contrato, a fin de preservar el equilibrio inicial de posiciones. En este sentido, cada parte debería reconsiderar la regulación contractual a la luz de las sobrevenientes y encontrar fielmente un acuerdo reequilibrado de composición²⁸.

En la hipótesis de que una de las partes se niega a la negociación o mantiene una actitud de aparente disposición a negociar, lo que, sin embargo, no confirma una voluntad efectiva de compartir un nuevo acuerdo contractual, habría una violación evidente del principio de buena fe. Solo en este caso, por lo tanto, intervendría el juez que tendría el poder de volver a determinar el contenido del contrato y, por lo tanto, restablecer el equilibrio de las posiciones de los contratistas.

Sin embargo, dicha solución carece de una base reguladora expresa y, por lo tanto, sufre claros márgenes de incertidumbre, tanto para el área de aplicación como para el contenido de la intervención judicial²⁹. Estas dificultades se acentúan en esta situación de crisis pandémica, que lleva a cuestionar en general no solo las relaciones obligatorias y contractuales, sino también el marco regulatorio vigente.

VII. LA REFORMA CODICISTA DE LAS SOBREVENIENCIAS CONTRACTUALES

La pandemia de Covid ha puesto de manifiesto con fuerza la necesidad ya sentida hace algún tiempo de una reforma de la disciplina codicista de las sobreveniencias contractuales. Sin embargo, ya se había presentado una propuesta en este sentido en el proyecto de ley del Gobierno para la revisión del código civil (D.D.L. No. 1151), actualmente pendiente ante el Parlamento³⁰. Entre los criterios de

La rinegoziazione, en *Contr. e impresa*, 2002, p. 774 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, 2003, p. 664 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, en *Europa e diritto privato*, 2003, p. 467 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, 2007, p. 1095 ss.; F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, en *Giustizia civile.com*, 3, 2014; E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, en *Giust. civ.*, 2018, 267 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., p. 227 ss.

²⁶ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, cit. p. 5 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, cit., p. 169 ss.

²⁷ En este sentido, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 207 ss.; F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., p. 222 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit., p. 244.

²⁸ A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., p. 4 ss.

²⁹ A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., p. 9 ss.

³⁰ El proyecto de ley presentado por el Presidente del Consejo de Ministros, de acuerdo con el Ministro de Justicia, el 19 de marzo de 2019 en el Senado (Ley S.1151), con Delegación al Gobierno para la revisión del código civil, consta de un solo artículo que cuyo primer párrafo delega al Gobierno a adoptar uno o más decretos legislativos para la revisión e integración del código civil de conformidad con una serie de principios y criterios rectores enumerados en las letras de a) a p), en relación con múltiples asuntos a reformar (la

la ley de delegación, de hecho, se prevé explícitamente el «derecho de las partes de los contratos que se han vuelto excesivamente gravosos por causas excepcionales e impredecibles, a exigir su renegociación de buena fe o, en caso de incumplimiento, a solicitar al juez el ajuste de las condiciones contractuales para que se restablezca la proporción entre las prestaciones acordadas originalmente por las partes»³¹. La revisión de la disciplina actual, en primer lugar, se refiere a la introducción de una hipótesis más amplia y relativizada de sobreveniencia significativa. También contempla la disposición expresa del remedio de la renegociación de acuerdo con la buena fe y, en caso de falla, la activación de la protección judicial, con la atribución de poderes para adaptar la regulación contractual a fin de restablecer la proporcionalidad inicial.

El estancamiento actual en el trabajo parlamentario probablemente no permitirá la pronta revisión de todo el Código civil, así como lo previsto de manera ambiciosa por el proyecto de ley gubernamental antes mencionado. Sin embargo, la situación de emergencia debería permitir el avance urgente de las disposiciones relativas a la gestión de sobrevivencias³², a fin de ofrecer no solo una solución para ser utilizada de inmediato en esta emergencia, sino también un ajuste estructural ya no diferible en un sentido más solidario de la disciplina codicista que data del siglo pasado de los contratos en general³³.

disciplina de las asociaciones y fundaciones, que se coordinarán con las del tercer sector, los acuerdos entre cónyuges, contrayentes y las partes en una unión civil, destinados a regular las relaciones personales y patrimoniales, la sucesión necesaria y los acuerdos sucesores; formación del contrato en varios aspectos, incluido el régimen de invalidez, generalización de la institución de nulidad de protección; la regulación de sobreveniencias en la fase de ejecución del contrato que prevea un remedio general; la regulación de nuevos esquemas contractuales que cuentan con una tipificación social suficiente; coordinación de las diversas formas de responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual; la racionalización de las hipótesis de compensación por daños no patrimoniales; la regulación de nuevas formas de garantías crediticias y las modalidades de establecimiento y funcionamiento del llamado trust interno). Al respecto F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, en *Contratto e impresa*, 2019, n. 2, p. 571 ss.; L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, en *Il Corriere Giuridico*, n. 5/2019, p. 589 ss.; A. GENTILI, *Il drafting legislativo (per una revisione del codice civile) - Introduzione*; M. AINIS, *Il buon legislatore e il codice civile*; A. BELVEDERE, *Alcuni aspetti del drafting legislativo*; V. ROPPO, *Note minime in tema di drafting legislativo e revisione del codice*; H. SIMONETTI, *Il drafting legislativo e la riforma del codice civile*, contenido en *Atti del Convegno «Il Drafting Legislativo (per una revisione del codice civile)»* organizado por la Asociación de Civilisti italiani en Roma el 25 de enero 2019, disponibles en línea en la dirección: <https://www.civilistiitaliani.eu/>.

³¹ Con respecto a las sobreveniencias contractuales, el criterio específico del proyecto de ley mencionado indica textualmente: «Proporcionar el derecho de las partes en contratos que se han vuelto excesivamente gravosos por razones excepcionales e imprevisibles a exigir su renegociación según buena fe o, en caso de falta de acuerdo, solicitar judicialmente el ajuste de las condiciones contractuales para restablecer la proporción entre las prestaciones originalmente acordada por las partes (art. 1, letra i)».

³² En este sentido, la Asociación de Civilistas Italianos ha presentado una propuesta de reforma que prevé la inserción de un nuevo artículo 1468-bis dentro del código civil (https://www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Una_riflessione_ed_una_proposta_per_la_migliore_tutela_dei_soggetti_pregiudicati_dagli_effetti_della_pandemia.pdf). Al respecto A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., p. 10 ss.

³³ R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 2, cit., p. 151 ss.

Otros países, tanto dentro de la Unión Europea como en América Latina, ya han procedido a la revisión de sus codificaciones internas, incorporando mecanismos de ajuste del contrato en las relaciones a largo plazo, incluso a través de la obligación de las partes contratantes de renegociar a solicitud de la contraparte (véase el nuevo artículo 1195 del Código Civil francés, donde se establece que la parte perjudicada «*peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant*»), para operar de buena fe y no incurrir en una conducta oportunista, es decir, el ejercicio abusivo del derecho (este es el caso de la regla del nuevo código argentino que se expresa en términos de: «*oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos*»)³⁴.

No hay razones, se sostiene en la más avanzada doctrina jurídica italiana³⁵, para creer que lo que sucedió en Francia y Argentina no nos puede pasar a nosotros, quizás utilizando estas experiencias para mejorar el producto.

VIII. LA EFECTIVIDAD DE LAS PROTECCIONES

Sin embargo, en vista de la intervención legislativa deseada, se destaca la necesidad de garantizar la efectividad de las protecciones con respecto a las sobrevenencias³⁶. En otras palabras, los remedios de la renegociación y, además, del poder correctivo judicial deben ejercerse de manera que se garantice la protección rápida y efectiva de los intereses merecedores de las partes³⁷.

En cuanto al nuevo remedio de negociación, en particular, existen algunos peligros relacionados con el desequilibrio de las posiciones de los contratistas, especialmente en situaciones de crisis como la actual, y tanto para el uso instrumental como no concluyente³⁸. En este sentido, surge la necesidad de una negociación basada en el principio de efectividad y respaldada por garantías adecuadas. Es necesario imponer que la conducta de negociación entre las partes se base en los principios de buena fe y lealtad y, además, sancionar los comportamientos prevaricantes e abusivos. En este sentido, es importante el control judicial del comportamiento de las partes llamadas a negociar³⁹.

En cuanto a la protección judicial, en primer lugar, las principales objeciones se refieren a los largos tiempos de toma de decisiones, incompatibles con la necesidad de adaptar el contenido del contrato existente. En este sentido, frente a la resolución legal que funcionaría automáticamente, sin la necesidad de intervención judicial, con la reforma se debería, en caso de fracaso de la negociación, ir a la decisión del juez⁴⁰. Una segunda crítica judicial también se relaciona con los temores con respecto al ejercicio de la discreción de poder por parte de los jueces, en

³⁴ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus*, cit., p. 210.

³⁵ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus*, cit., p. 211.

³⁶ Sobre el principio de efectividad, como una búsqueda de un remedio adecuado para el interés protegido, v. G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 8 ss.

³⁷ Al respecto, G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 9 s.

³⁸ En este sentido, A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., p. 4 ss.

³⁹ G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 10.

⁴⁰ Sobre las dificultades operativas encontradas por el sistema judicial en la fase de emergencia, A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, en *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, 1, cit., p. 3 ss.; A. VILLA, «I termini processuali civili ai tempi del Covid-19», *Riv. dir. affari*, 2020.

ausencia de criterios objetivos que corroboren los principios de buena fe y equilibrio de las posiciones de los contratantes⁴¹.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que muchas de las preocupaciones planteadas ya han sido abordadas por la legislación actual con respecto a las protecciones extrajudiciales en el campo de ADR y ODR, que ya tienen un marco regulatorio de principios internacionales⁴², europeos⁴³ y nacionales⁴⁴. La negociación asistida por abogados⁴⁵, la mediación finalizada a la conciliación⁴⁶ y las ADR y ODR para los consumidores⁴⁷, así como los procedimientos para resolver la crisis de sobreendeudamiento de las empresas⁴⁸, de hecho, constituyen sistemas para la pro-

⁴¹ A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., p. 6 ss.; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, cit., p. 5 s.

⁴² Entre las fuentes internacionales de la CNUDMI, se mencionan la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018 (por la que se modifica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002) y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

⁴³ Entre las principales fuentes europeas de alcance general, se mencionan la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la Directiva de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y el Reglamento (UE) No 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, y además la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

⁴⁴ Entre las principales fuentes italianas: el Decreto Legislativo del 4 de marzo de 2010, n. 28 implementación del artículo 60 de la ley no. 69/2009, sobre mediación finalizada a la conciliación de litigios civiles y mercantiles; el Decreto Legislativo 6 de agosto de 2015, n. 130 Implementación de la Directiva 2013/11/UE sobre la resolución alternativa de conflictos de consumo, que modifica el Reglamento (CE) no. 2006/2004 y directiva 2009/22 / CE (directiva sobre ADR del consumidor) que revisó el código del consumo (artículos 141-141-decies), y el Decreto Ley 12 de septiembre de 2014, n. 132 que contiene medidas urgentes de desjurisdiccionalización y otras intervenciones para la definición de los atrasos en los procesos civiles, convertidos con modificaciones por la Ley del 10 de noviembre de 2014, n. 162, con especial referencia al procedimiento de negociación asistido por abogados (artículos 2-6).

⁴⁵ F.P. LUISSO, *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Torino, 2014; G. DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2015.

⁴⁶ Con referencia a los sistemas ADR (*alternative dispute resolution*) y ODR (*online dispute resolution*), v. AA. VV., *Quaderni di conciliazione*, a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-2020.

⁴⁷ Al respecto, AA. VV., *Le online dispute resolution (ODR)* dir. por E. Minervini, Napoli, 2016; E.M. APPIANO, *ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE*, en *Contr. impr./Eur.*, 2013, p. 965 ss.; F.P. LUISSO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 1299 ss.; T. ROSSI, *Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR*, en *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 831 ss.

⁴⁸ En este sentido A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, cit. p. 11 ss. Sobre el Decreto Legislativo del 12 de enero de 2019, n. 14 que contiene el «Código de crisis e insolvencia empresarial» en aplicación de la ley 19 de octubre de 2017, n. 155, AA. VV., *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* dir. por S. Sanzo, D. Burrioni, Bologna, 2019; AA. VV., *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* dir. por E. Pellicchia, L. Modica, Pisa, 2020.

tección de los derechos garantizados que pueden, o quizás deberían, ser utilizados de manera rentable también para la gestión de sobreveniencias contractuales.

En este sentido, sería deseable conectar orgánicamente, incluso insertar, estos sistemas de protección extrajudicial en la disciplina codicista de los contratos, como ya se había hecho para algunos contratos especiales que tienen una función de composición: la transacción (art. 1965 ss.) y la cesión de bienes a los acreedores (art. 1977 ss.). En el plano judicial, que debería intervenir de forma subsidiaria, ocurre una generalización del cumplimiento de la condición obligatoria de procedibilidad de la acción⁴⁹, además, debería ser nuevamente privilegiado el uso de soluciones conciliatorias tanto dentro⁵⁰ como fuera⁵¹ del proceso. De esta forma, se favorecería una solución compartida por las partes que, sin embargo, sería privilegiada y, en cualquier caso, se podría obtener una solución más rápida desde el comienzo del proceso, sin esperar la decisión adjudicatoria mediante sentencia⁵² que normalmente se da al finalizar de todo el juicio.

IX. LA REVISIÓN EN UN SENTIDO SOLIDARIO DE EL SISTEMA

La solución propuesta sobre sobreveniencias contractuales, aunque ocasionada por la emergencia Covid-19, debería iniciar una reforma estructural en un sentido solidario de la disciplina codicista de las obligaciones y los contratos en general⁵³. En este sentido, la declinación del principio de buena fe, tanto en términos de identificación de los casos relevantes como de gestión correcta de los remedios, debería garantizar la efectividad de las protecciones en el renovado contexto posterior a la crisis.

Las iniciativas congresuales internacionales llevadas a cabo de forma remota para discutir estos temas complejos⁵⁴, por último, abren una perspectiva de con-

⁴⁹ En el sistema jurídico italiano, se han extendido mucho las condiciones para el enjuiciamiento de la acción judicial que se refieren al previo experimento obligatorio de un procedimiento de resolución extrajudicial. Entre ellas, las principales son el experimento de mediación en litigios civiles y mercantiles de conformidad con el art. 5, párrafo 1-*bis*, Decreto Legislativo no. 28/2010, el experimento de negociación asistida por abogados en los litigios civiles a que se refiere el art. 3, decreto legislativo n. 132/2014, y los procedimientos de ADR del consumo en los casos a que se refiere el art. 141, párrafo 6, código de consumo.

⁵⁰ Art. 185 (*Intento de conciliación*) y 185-bis (*Propuesta de conciliación del juez*), código procesal civil.

⁵¹ Para los pleitos pendientes, de hecho, están previstas tanto la mediación infrajudicial que puede ser ordenada expresamente por juez de conformidad con el art. 5, párrafo 2, Decreto Legislativo 28/2010, como el arbitraje forense de continuación previsto por el art. 1, decreto legislativo 132/2014.

⁵² Art. 275 (*Decisión del colegio*), código procesal civil

⁵³ U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, cit., p. 3 ss.; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, cit., p. 13.

⁵⁴ Entre estos, el Congreso Internacional «*El Derecho en Circunstancias de Emergencia*» de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Abierta Interamericana, dirigido por los prof. Alejandro Laje y Marcos M. Córdoba, que tuvo lugar de forma remota los días 21 y 22 de abril de 2020, y los sobre Congreso internacionales a distancia sobre «*Protección extrajudicial de derechos durante la pandemia de Covid 19: ¿soluciones de emergencia o reformas estructurales?*» del 24 de abril y sobre «*ADR y ODR después de la pandemia Covid 19*» del 15 y 22 de mayo de 2020, promovidos por la Universidad de Cagliari en el contexto de los Caminos Mediterráneos de mediación por la paz dirigidos por el prof. Carlo Pilia (<https://www.mediatorimediterranei.com/>).

frontación y reforma que, como la pandemia, supera las barreras nacionales y quisiera conducir a la elaboración de soluciones que, pasando de las reformas internas a los Países individuales, se desarrollen en ámbitos supranacionales e internacionales. El espíritu de solidaridad, por lo tanto, debe animar los caminos compartidos de revisión reguladora que, al crear relaciones más justas y equilibradas, contribuyen a la cohesión económica y social interna e internacional.

Los procesos participativos desde abajo, la gestión de sobrevenencias, sobre la base de los principios generales de solidaridad, buena fe y efectividad antes mencionados, en conclusión, introducen mecanismos de composición consensuales que contribuyen a la democratización del proceso de justicia y la reforma para la pacificación de nuestras sociedades⁵⁵.

⁵⁵ G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., p. 12 s.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus*, cit., p. 212; C.G. ROMERO, *La mediación y las metodologías participativas de resolución de conflictos como vía para el fortalecimiento de la democracia*, en *Anuario CEIPAZ 2019-2020*, Madrid, p. 127 ss.

LA COLABORACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN TIEMPOS DE CRISIS: HACIA UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO DE VECINDAD

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ

Profesor Titular Derecho Civil

Director del Experto Universitario en Mediación

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. EL REPUNTE DE LOS CONFLICTOS COTIDIANOS EN TIEMPOS DEL COVID-19. II. REMEDIOS PARA LA «NUEVA NORMALIDAD»: LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA COMO LA PANACEA PARA LA SOLUCIÓN DE TODOS LOS CONFLICTOS. III. LA LIMITADA RESPUESTA A LOS CONFLICTOS VECINALES EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA. LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR NUEVOS RECURSOS DE GESTIÓN DE LA CONVIVENCIA. 1. La gestión del uso de las zonas y espacios comunitarios durante la crisis sanitaria. 1.1. La aplicación de la prohibición de desplazamientos por los espacios comunes a los menores. 1.2. El uso de espacios deportivos y piscinas comunitarias. 2. La necesidad de nuevas reglas y nuevos métodos en las comunidades vecinales para la gestión de la convivencia en las situaciones de emergencia. 2.1. Protocolos y comisiones de convivencia comunitarios a través de las normas del régimen de propiedad horizontal. IV. LA MEDIACIÓN VECINAL: SU INTEGRACIÓN EN UN NUEVO DERECHO DE VECINDAD.

I. EL REPUNTE DE LOS CONFLICTOS COTIDIANOS EN TIEMPOS DEL COVID-19

Como si de un mantra se tratara una de las frases más utilizadas y repetidas en los medios de comunicación durante el periodo de escalada de la pandemia, a partir de marzo de 2020, ha sido que nada iba a volver a ser igual tras el Covid-19 pensando en construir una nueva normalidad mejor después de la crisis sanitaria.

Mientras pensábamos en planes de cambio y renovación, la vida seguía confinados en nuestras casas experimentando de forma más intensa nuestras relaciones familiares, y virtualmente con otros parientes, amigos, compañeros y conocidos; y relacionándonos a distinta distancia con vecinos con los que formamos una pequeña sociedad en los complejos inmobiliarios en los que vivimos el 80% de los españoles. Los conflictos privados no han dejado de producirse, y de acentuarse algunos, durante los meses de confinamiento, pero una diferencia fundamental con una

situación de normalidad como la anterior a la pandemia ha sido que no teníamos, de forma inmediata, a nuestra disposición los mecanismos heterocompositivos que brinda el Estado para su resolución, especialmente el recurso a la jurisdicción. La percepción era de distancia con el Estado, su falta de visibilidad en la vida cotidiana, salvo por la presencia de los cuerpos y fuerzas de seguridad que velaban por el cumplimiento de las instrucciones sanitarias impuestas como consecuencia de la declaración del estado de alarma¹.

Esta situación permitía reflexionar sobre la necesidad, más que la conveniencia, de un autoapoderamiento de las personas para afrontar la crisis y, por tanto, los problemas y conflictos surgidos durante la misma, y desarrollar la capacidad de gestionarlos pacífica y positivamente para alcanzar algún tipo de solución satisfactoria para las personas implicadas en el conflicto, frente a la idea de que cuando los mecanismos del Estado no responden o no dan una solución satisfactoria, la autotutela de los derechos de ciudadanos supone «tomarse la justicia por su mano» mediante conductas y actos violentos individuales o colectivos.

¹ El 14 de marzo de 2020 se publicó («BOE» núm. 67) el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y que entró en vigor el mismo día de su publicación. En el art. 7 del Real Decreto se limitaba la libertad de circulación de las personas. Sobre el encaje constitucional de esta limitación, suspensión de la libertad de desplazamiento y circulación según otros, surgió una viva polémica doctrinal: MARTÍNEZ NIETO, Antonio, «Coronavirus, tráfico y movilidad», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 30 de marzo de 2020, advierte de la suspensión del derecho a la movilidad de los ciudadanos reconocido en el art. 19 CE: «El coronavirus trae un escenario bien diferente para la movilidad. No se trata de restricciones al tráfico y al transporte únicamente. Estamos hablando de una limitación de la libertad personal de movimientos, una derogación de la libertad ambulatoria, a pie o por cualquier medio que permita ejercer ese derecho, desde una silla de ruedas para un discapacitado hasta el más novedoso medio de movilidad personal. Para gestionar la situación de alarma, derivada del Covid-19, se han aprobado por el gobierno una serie de restricciones a la libertad personal de movimientos con un grado de intensidad totalmente desconocido hasta la fecha». Y sobre la posible inconstitucionalidad Real Decreto 463/2020, ENRÍQUEZ MALAVÉ, Guillermo, «Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 4 de abril de 2020, llega a la conclusión de la inconstitucionalidad del art. 7.1 del Real Decreto 463/2020 «En primer lugar, por establecer limitaciones al contenido esencial de un derecho fundamental sin tener naturaleza de ley orgánica, innovando límites a la libertad de circulación no previstos en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. En segundo término, por cuanto que dichas limitaciones sobrepasan de forma notoria su contenido esencial, constituyendo una suspensión absoluta de la libertad de circulación, nunca permitida en el estado de alarma». GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», en *Almacén de Derecho* de 8 de abril de 2020 (descargado de: <https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>), tercia en la discusión y prefiere hablar de «restricciones» y no de «suspensión» de la libertad fundamental deambulatoria: el «principio jusfundamental de la libertad de circulación no ha sido suspendido; porque no ha perdido su carácter ponderable (i.e. no ha decaído el requerimiento de argumentar su desplazamiento en el caso concreto), dado que cabe interpretar el art. 7.1 del Real Decreto como una medida abierta a un ejercicio de ponderación y a la aplicación del principio de proporcionalidad asociado a la propia naturaleza de nuestros derechos fundamentales».

Ha sido una amplia panoplia de conflictos en el ámbito privado los que se han destacado durante los meses de especial incidencia de la pandemia, como los referentes a las relaciones interpersonales acentuados por la intensificación diaria de la convivencia doméstica y familiar en las viviendas, y no solo entre los miembros de parejas convivientes², sino también con los hijos menores y mayores de edad confinados en las viviendas, o los problemas derivados del cumplimiento de derechos de visita o del régimen de custodia compartida con residencias de los padres distanciadas durante imposición del confinamiento domiciliario³, y con prohibición o restricciones de desplazamientos⁴. Igual consideración podría hacerse respecto al cuidado de familiares mayores y/o dependientes.

Si pasamos de las relaciones familiares a las vecinales, han sido también numerosos los conflictos que se han producido en las relaciones de convivencia comunitaria, ya que con el confinamiento domiciliario se ha intensificado también la interacción vecinal, aunque haya sido respetando las distancias, y las actividades intensivas en las viviendas han generado problemas y quejas por la vulneración de los límites normales y razonables de la tolerancia ordinaria vecinal, por los reitera-

² Durante el estado de alarma fueron muchas las opiniones que preveían un aumento de separaciones y divorcios al finalizar el mismo, por lo que aconsejaban negociar y llegar a acuerdos ante el colapso previsible de la jurisdicción civil. *Vid.* a título de ejemplo, POSE, T., El Derecho de Familia tras el estado de alarma: cómo afrontar el colapso judicial, en *ELDERECHO.COM*, sección Tribuna de 17 de abril de 2020 (descargado de: <https://elderecho.com/derecho-familia-tras-estado-alarma-afrontar-colapso-judicial>)

³ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Custodia, visitas y otras medidas en tiempos de coronavirus», *ELDERECHO.COM*, Sección Tribuna, de 6 de mayo de 2020 (descargado de: <https://elderecho.com/custodia-visitas-y-otras-medidas-en-tiempos-de-coronavirus>), señala que durante el estado de alarma el 76,74% de los acuerdos de las Juntas de Jueces se mostraron a favor de mantener el régimen de custodia compartida, con los correspondientes traslados de los menores entre los domicilios de los padres, y también la mayoría (68%) eran favorables al mantenimiento del régimen de visitas, pero la casuística que podía producirse era muy variada por lo que se requería la cooperación y coordinación de los padres para afrontar las distintas situaciones que podían producirse, al no poder resolver las posibles controversias en sede judicial.

El Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE nº. 119, de 29/04/2020), creó un procedimiento especial y sumario aplicable durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización (art. 3), para las demandas «a) Las que versen sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias con el objeto de evitar la propagación del COVID-19»; (b) solicitar la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, o (c) las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos, cuando tengan como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas de los cónyuges, progenitores o parientes obligados a dichas prestaciones como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

⁴ Para el desarrollo de algunos de estos problemas y cuestiones referidas a menores, puede consultarse CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Paseos con menores ante el Covid-19: entre dimes y directes, una historia rocambolesca ¿e interminable?», en Diario *La Ley*, Nº 9640, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2020, y ahora en *Aspectos jurídicos del coronavirus*, Madrid, Ed. Reus, 2020, pp. 139-162, por el que se citará.

dos problemas cotidianos de ruidos y otras inmisiones, invasión de la privacidad personal o familiar y comportamientos incívicos entre vecinos.

Otros problemas se han producido por la situación económica que el coronavirus ha provocado en las comunidades de propietarios, como el incumplimiento de contratos, en especial en los pagos de los arrendamientos de inmuebles⁵ o de contratos de préstamos hipotecarios⁶, para los que se han debido de dictar normas especiales de suspensión y prórroga de los mismos, y la crisis económica ha afectado también al pago de cuotas de la comunidad por los copropietarios⁷ y la interrupción de obras en marcha o la suspensión de las proyectadas.

Y con una dimensión colectiva, que afectaba a todos los vecinos, los edificios, complejos inmobiliarios y urbanizaciones en régimen de propiedad horizontal han tenido que afrontar también nuevos problemas derivados de las disposiciones de regulación del estado de alarma que han afectado a estas comunidades, sobre el uso de las zonas y espacios comunes y deportivos situados en el interior de dichos consorcios inmobiliarios pero para cuya aplicación han faltado disposiciones y reglas claras, y han sido objeto de interpretación diversa, generando situaciones conflictivas entre los propios vecinos y con los órganos de gestión y representación de las comunidades, de los que hacemos referencia posteriormente.

A pesar de la situación extraordinaria y crítica que ha producido la pandemia, es opinión común el predominio del civismo con el que la sociedad mayoritariamente y los ciudadanos individualmente se han comportado durante el estado de alarma y han afrontado los conflictos surgidos en el ámbito privado de convivencia, aunque hayan faltado recursos⁸ y formación de los ciudadanos para

⁵ Respecto al impago del arrendamiento de locales de negocios, MAGRO SERVET, V., «La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus», en Diario *La Ley*, N° 9614, Sección Plan de Choque de la Justicia, 16 de abril de 2020, aboga por que sea una materia que se derive obligatoriamente a mediación desde los Juzgados en una reforma de la Ley 5/2012 de mediación. Sobre la prórroga extraordinaria de arrendamientos y moratoria o aplazamiento de la deuda arrendaticia por el Covid-19, *vid.* Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE n° 91, de 1 de abril de 2020), cuyas medidas se amplían temporalmente por el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, por el que se aprueban medidas de reactivación económica en materia de viviendas y en otros ámbitos para hacer frente al impacto del Covid-19 (BOE n° 187, de 8 de julio de 2020).

⁶ Sobre la moratoria en pago de préstamos hipotecarios, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ, A., «Préstamos hipotecarios y la crisis del covid-19», en *Boletín IDIBE*, Sección Tribuna, de 17 de junio de 2020 (descargado de: <https://idibe.org/tribuna-ajm/prestamos-hipotecarios-la-crisis-del-covid-19>).

⁷ La morosidad ha repuntado un 50% durante los meses del estado de alarma de marzo a mayo, según el cálculo del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas (CGCAF)

⁸ Profesionales mediadores han seguido atendiendo casos a través de medios telemáticos, y algunos servicios de mediación han seguido trabajando de forma no presencial. Así, por ejemplo, el Servicio de Mediación Familiar del Gobierno Vasco ha atendido, de forma no presencial, a 2181 personas (noticia de *El Diario Vasco* de 25 de junio de 2020: <https://www.diariovasco.com/gipuzkoa/servicio-mediacion-familiar-gipuzkoa-coronavirus-20200625124204-nt.html>); y la Asociación de Profesionales de la Mediación de Conflictos de Cataluña (ACDMA) puso en marcha un servicio gratuito *on line* de mediación para resolver los conflictos de convivencia durante el Estado de alarma (noticia de *El País-Cataluña* de 27 de marzo de 2020: <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-03-27/mediacion-en-tiempos-de-alarma.html>).

afrontarlos competentemente, que han originado algunas cuestiones planteadas durante la crisis de la pandemia: qué recursos se podrían haber utilizado mejor para gestionar los conflictos durante la pandemia; y qué papel puede desempeñar la mediación al regresar a un estado de normalidad para ayudar a resolver los conflictos surgidos durante la crisis sanitaria.

II. REMEDIOS PARA LA «NUEVA NORMALIDAD»: LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA COMO LA PANACEA PARA LA SOLUCIÓN DE TODOS LOS CONFLICTOS

Ante el colapso previsible de los órganos jurisdiccionales tras el estado de alarma, se ha discutido ampliamente en estos meses sobre la incorporación de la mediación obligatoria en la fase preprocesal prevista en el anteproyecto de ley de impulso de la mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019, intento que caducó con la breve legislatura en los meses siguientes y que no se ha retomado hasta la actualidad con la nueva legislatura⁹. Esta opción para obligar a asistir a una sesión informativa y exploratoria de mediación en las materias que incluía el anteproyecto citado ha contado con numerosos y entusiastas adeptos -y también con partidarios de extender esta obligatoriedad a todo el procedimiento de mediación-, que ante la falta de cultura de mediación en nuestro país¹⁰ contemplan que puede ser una medida muy positiva para que la mediación se conozca y aplique más, dado el bajo porcentaje de conflictos que se tratan en mediación extrajudicial y especialmente en intrajudicial, y parece que la actual situación provocada por el coronavirus favorece su implantación ya que, ante el inevitable co-

⁹ El Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación de enero de 2019, indica en su exposición de motivos (IV) que «opta por superar el vigente modelo de mediación basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, por otro comúnmente denominado de «obligatoriedad mitigada», que configura como obligación de las partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas (...), o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura. En ambos casos la finalidad es la de lograr una solución más ágil y efectiva»; y realiza la previsión de modificación de la Ley 5/2012, para señalar las materias respecto de las que se obliga a las partes a intentar la mediación con carácter previo a la vía judicial, estableciendo que esta exigencia comprende la celebración ante el mediador de una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto. La Exposición de motivos del Anteproyecto de ley se preocupa de explicar, a continuación, que «esta obligación se constituye como un presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial, pero no supone una obligación de someterse a todo un proceso de mediación o de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio (lo que no se compadecería con el principio de voluntariedad en el que se sustenta la institución), sino únicamente de haber sido informado de la existencia y ventajas de esta importante figura, así como una primera sesión exploratoria del conflicto. Además, esta obligación no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pues se configura como un trámite de carácter previo». *Vid.* El comentario de PÉREZ MORIONES, A., «El Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación: en particular, la regulación de la mediación obligatoria mitigada», *Diario La Ley*, N° 9360, Sección Doctrina, 18 de Febrero de 2019.

¹⁰ Señala Verónica LÓPEZ que esta falta de cultura de mediación es compartida con otros países europeos, pero niega que forme parte de nuestra idiosincrasia social según la cual, difícilmente puede calar en una sociedad como la española, que algunos consideran incapaz de interiorizar cosa distinta al litigio. Cfr. LÓPEZ YAGÜES, V., «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil (1)», en *Práctica de Tribunales* n° 137, marzo-abril 2019.

lapso de los órganos judiciales por los casos acumulados durante estos meses de mínima actividad de la Administración de Justicia y suspensión de plazos procesales, la mediación aparece, de nuevo, como un mecanismo que puede ayudar a descargar la labor de Juzgados y Tribunales¹¹, aunque haya unanimidad en valorar que no es la finalidad de este método extrajudicial de solución de conflictos, sino una consecuencia colateral de la implantación exitosa de la mediación¹².

Con ello se revela una opción por fórmulas con una impronta más autoritaria para resolver problemas que se ha acentuado con la crisis sanitaria y la consiguiente crisis económica, pero que sin duda ocultan problemas estructurales de la Administración de Justicia de hondo calado que no se resuelven con planes coyunturales

¹¹ MAGRO SERVET, V., «La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus», ob. cit., expone que con la posible avalancha de acciones ante los órganos judiciales «se entiende que ha llegado el momento de recurrir de forma preceptiva y obligatoria a la mediación extrajudicial en el orden civil. Pero, además, de como medida para evitar el colapso judicial en este orden jurisdiccional, como forma oportuna, y no oportunista, de demostrar la eficacia de la mediación civil como solución alternativa a la judicial en la resolución de conflictos. Y es evidente que momentos como el presente, por la pandemia del coronavirus, que supone una situación de absoluta excepcionalidad y urgencia, es cuando el legislador tiene que tomar cartas en el asunto y evitarse los miedos que se apoderaron de todos aquellos que pensaron que huir de la voluntariedad del uso de la mediación era cargarse el sistema puro y naturalista de la mediación civil. Porque menos miedo tuvieron los italianos y los argentinos que establecieron un sistema, en principio obligatorio, y que se ha demostrado que, al final y al principio, ha acabado convenciendo a las partes que lo han utilizado, debido a la alta cualificación de los profesionales que se dedican a esta materia». En los artículos citados, las profesoras Pérez Moriones y López Yagües defienden la opción de la mediación obligatoria «mitigada», sin la radicalidad de la opción de su implantación por el magistrado Magro Servet.

¹² Señala CONFORTI que «el Estado no puede desentenderse de su indeclinable función de garantizar la Tutela Judicial Efectiva bajo el pretexto de modernizar y descongestionar la Administración de Justicia con la promoción, no instauración, de la mediación intrajudicial como forma alternativa de resolución de conflictos»; y añade que «si por sociedad moderna se entiende a aquella en la cual prima el bienestar de sus integrantes y la libertad como valor básico y fundamental, entonces esa sociedad moderna debería contar, y poner a disposición de sus integrantes, con sistemas de solución de conflictos con la mayor diversidad posible para que sus ciudadanos puedan elegir, con total libertad, de entre todos ellos, aquel que mejor se ajuste a sus necesidades y expectativas». Vid. CONFORTI, F., «Impacto de la tutela judicial efectiva sobre el modelo de mediación de conflictos en España», en *Revista Confluencia*, año 2, número 2 (2014), págs. 125-154; las citas corresponden a las págs. 152 y 153.

BONET defiende la mediación y el proceso como dos caminos divergentes para llegar a una misma solución: la composición de la litis. Expresa que «no es -no puede ser- un antecedente de la mediación (como a veces se la presenta), el deseo de los ciudadanos -deslumbrados por una especie de solidaridad social inexistente- de reducir la carga de trabajo de los tribunales para mejorar sus situación ante los conflictos; esto es, en su caso (no siempre y necesariamente), una consecuencia. Que no se dará en la medida en que la mediación no se convierta en un modo de actuación general y mayoritariamente aceptado por los ciudadanos». Vid. BONET NAVARRO, A., «Proceso civil y mediación», en *Mediación y tutela judicial efectiva: La justicia del Siglo XXI*, (coord. por María Ángeles Júlvez León, Francisco de Asís González Campo; dir. José Luis Argudo Pérez), Madrid, Reus, 2019, págs. 45-63 (la cita corresponde a las págs. 48-9). También, del mismo autor, en BONET NAVARRO, A., *Proceso civil y mediación. Un análisis de la Ley 5/2012, d mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 77 y ss.

de choque¹³ o con reformas puntuales y parciales de las leyes procesales, por lo que la mediación no es la solución para solventar el colapso judicial, pero puede formar parte de las medidas necesarias para mejorar el servicio público de justicia.

La mediación no puede convertirse en un nuevo proceso, en un procedimiento más, impuesto al justiciable para una solución rápida de conflictos¹⁴, que provoca críticas respecto a este uso indiscriminado¹⁵, presentando los métodos alternativos

¹³ En este sentido, MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «Medidas posibilistas en la Justicia civil después del levantamiento de la declaración del estado de alarma», en Diario *La Ley*, nº 9631, de 13 de mayo de 2020, critica el plan de choque para evitar un colapso de la Administración de Justicia tras el fin del estado de alarma, anunciado el 7 de abril de 2020 por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) (enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-reune-un-centenar-de-medidas-en-un-documento-base-preparatorio-del-plan-de-choque-para-evitar-el-colapso-de-la-justicia-tras-el-fin-del-estado-de-alarma>) y el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, (BOE nº. 119, de 29/04/2020), que ya se ha citado previamente, por entender que las medidas contempladas sobre la jurisdicción civil ya se reclamaban desde mucho tiempo antes, y en realidad no respondían a la situación creada por el estado de alarma, sin dudar de que fueran necesarias. Realiza una crítica detallada a las propuestas de medidas en el plan de choque del CGPJ en los procedimientos familiares, GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., «Comentarios parciales a las medidas procesales relativas a los juzgados de Familia del Plan de Choque del CGPJ tras el estado de alarma», en Diario *La Ley*, nº 9623, de 29 de abril de 2020. El plan de choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma fue finalmente aprobado, con la inclusión de menos medidas que las inicialmente proyectadas por el Pleno del CGPJ el 16 de junio de 2020 (enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-organo-de-gobierno-de-los-jueces-aprueba-el-plan-de-choque-del-CGPJ-para-la-reactivacion-tras-el-estado-de-alarma>).

¹⁴ Quiero hacer referencia a una noticia de *Diario de Navarra*, de 24 de enero de 2019, del periodista Carlos LIPÚZCOA, titulada «Arturo Almansa: «¡Métale una mediación a mi hermano!»» y subtitulada «Los expertos defienden que la eficacia de la mediación está directamente relacionada con una nueva mentalidad abierta a llegar a acuerdos racionales», que recoge una anécdota contada por el presidente de la Asociación Española de Mediación Interdisciplinar en una conferencia ante empresarios sobre uno de los primeros casos de mediación que se le presentaron, en el que se esforzó por explicar a una señora enfrentada a su hermano por un asunto hereditario las virtudes y aspectos positivos de utilizar la mediación en lugar de la jurisdicción, y la respuesta de la señora es la que da título al artículo del periódico indicando la falta de cultura de mediación entre la población y el peligro de que se terminen confundiendo los procesos judiciales con los de mediación, riesgo que es más acentuado con la mediación obligatoria. Descargado de: <https://www.diariodenavarra.es/noticias/negocios/dn-management/2019/01/22/arturo-almansa-metale-una-mediacion-hermano-631278-2541.html>

¹⁵ La posibilidad de su extensión e incluso utilización obligatoria ha ocasionado también críticas de profesionales, que ocultan una cierta minusvaloración profesional por el sistema extrajudicial de mediación, como la de YÁÑEZ DE ANDRÉS, A., «Mediación y proceso», en Diario *La Ley*, nº 9623, de 29 de abril de 2020, que desaconseja la imposición como obligatoria de la mediación porque «en definitiva, en mi modesta opinión, la mediación es útil para lo que es. Conflictos familiares o humanos sin apenas contenido jurídico, y aquí está acotado su campo de acción. Pretender extenderla a casos de cierta enjundia jurídica, es desnaturalizarla. Querer imponerla obligatoriamente, es ignorar por completo el trabajo previo negociador de los abogados, antes de iniciar cualquier litigio. Y pretender levantar su secreto, privarla de la libertad de forma que constituye su esencia, convirtiéndola en defensiva, es decir, inútil».

de solución de conflictos como una alternativa al «infierno dantesco» del proceso judicial, si la alternativa que suponen no significa construir algo mejor como vía para gestionar los conflictos de un modo constructivo, positivo y más humano¹⁶.

Vamos a plantear a continuación, a partir de unos ejemplos de situaciones y problemas originados desde la declaración de alarma, la necesidad de proponer métodos alternativos extrajudiciales a implementar en las comunidades en régimen de propiedad horizontal, junto con la necesaria adaptación y reformas legales que permitan respuestas rápidas y eficaces ante los nuevos problemas que en las relaciones de vecindad se han producido en los meses pasados de especial incidencia de la pandemia, o los que pueden originarse en los nuevos escenarios futuros ya que seguramente la crisis sanitaria actual del Covid-19 no es sino una fase de la epidemia, y el siglo veintiuno viene preñado de riesgos ambientales que pueden dar lugar a nuevas situaciones de crisis, en las que será necesario el compromiso activo de la ciudadanía en la gestión de los conflictos que se originen.

III. LA LIMITADA RESPUESTA A LOS CONFLICTOS VECINALES EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA. LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR NUEVOS RECURSOS DE GESTIÓN DE LA CONVIVENCIA

Las medidas de las comunidades de propietarios ante los problemas y conflictos que la pandemia de la COVID-19 ha originado, de los que vamos a tratar a título de ejemplo los referidos al uso de espacios comunes, deportivos y recreativos, han venido condicionadas por dos factores importantes: las disposiciones estatales de limitación de desplazamientos que por motivos de carácter sanitario se han impuesto a toda la población y, por los mismos motivos, la prohibición de la celebración de reuniones.

Las normas aprobadas por las autoridades estatales sanitarias competentes declarando el estado de alarma eran de carácter imperativo y se impusieron a toda la población, por lo que las comunidades de propietarios no podían representar una zona exenta de aplicación de la normativa, aunque fuese una propiedad privada tanto en sus elementos privativos como los comunes en copropiedad (art. 3 Ley de Propiedad Horizontal; en adelante LPH) y la falta de mención expresa a ellas en las distintas disposiciones, muy minuciosas y detallistas en ocasiones en las enumeraciones, ocasionase algunas dudas razonables sobre su aplicación.

Por otra parte, las restricciones existentes en cuanto a libertad de desplazamientos y concentración de personas en un mismo espacio a partir del art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, impedían durante el estado de alarma reuniones presenciales como la celebración de juntas generales de las comunidades para adoptar algún tipo de medida, y limitaba extraordinariamente las actuaciones del presidente y administrador de fincas, teniendo en cuenta que legalmente el órgano con capacidad decisoria de las comunidades de propietarios es la junta general de propietarios (arts. 13 y 14 LPH). Al presidente corresponde la representación de la comunidad (art. 13.3 LPH), y al administrador la gestión ordinaria de la comunidad de propietarios, pero careciendo de capacidad decisoria (art. 20 LPH).

¹⁶ La referencia es de NIEVA-FENOLL, J., «Mediación y arbitraje ¿una ilusión decepcionante?», en *Revista General de Derecho Procesal* 39 (2016), que realiza una crítica e interesante reflexión sobre la utilidad de la mediación como alternativa a la jurisdicción.

1. La gestión del uso de las zonas y espacios comunitarios durante la crisis sanitaria

El 14 de marzo de 2020 se publicó («BOE» núm. 67) el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y que entró en vigor el mismo día de su publicación. En el art. 7 del Real Decreto se limitaba la libertad de circulación de las personas por las «vías de uso público», sin mención de otros espacios. Dicho Real Decreto fue modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, que amplió el ámbito territorial también a «espacios de uso público», sin especificar el contenido y extensión de tal concepto más allá de ampliar lo comprendido en las «vías de uso público», y presumirse que se incluían necesariamente, por su uso público, parques, jardines e instalaciones deportivas al aire libre, pero excluyendo los espacios de uso privado para los que no existía regulación. Las dudas necesariamente surgieron sobre la aplicación de estas normas a los elementos, zonas y espacios comunes de los edificios y urbanizaciones sometidos a la legislación de propiedad horizontal, que debían ser considerados como «espacios de uso privado» de propiedad común, cuyo uso y disfrute está reservado a los comuneros y no están abiertos al uso del público en general. Pese a que generó una considerable polémica y tensiones en las comunidades de propietarios, no hubo disposición o resolución de las autoridades públicas al respecto¹⁷, pero se impuso la interpretación de que las medidas señaladas para las vías y espacios públicos, afectaban también a los elementos y espacios comunes privados en régimen de propiedad horizontal por analogía con el fin de salvaguarda de la salud pública que regía en las normas dictadas para aplicar el estado de alarma. Tanto el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España (CGCAFE)¹⁸ como los distintos Colegios de Administradores emitieron comunicados en los que señalaban la prohibición de utilizar zonas comunes tales como jardines, parques infantiles, bancos, aparatos deportivos, zonas de recreo, piscinas, solárium, así como los recintos o espacios cerrados destinados a reuniones en las Comunidades, con la recomendación de aplazarse las reuniones de las comunidades de propietarios y de clausurar estas áreas y, en su caso, y que el uso del ascensor fuese el imprescindible¹⁹.

Sin embargo, encontramos alguna otra opinión defendiendo que estas prohibiciones, siendo razonables y justificadas, debían ser impuestas por las propias comunidades de propietarios²⁰ en jardines y zonas recreativas y deportivas de urba-

¹⁷ Comunicado del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España de 12 de marzo de 2020: *Los Administradores de Fincas colegiados se ponen a disposición de las autoridades sanitarias para elaborar un protocolo de actuación para el coronavirus en las comunidades de propietarios* (descargado de: <https://www.cgcafe.org/prensa/los-administradores-de-fincas-colegiados-se-ponen-a-disposicion-de-las-autoridades-sanitarias-para-elaborar-un-protocolo-de-actuacion-para-el-coronavirus-en-las-comunidades-de-propietarios>)-

¹⁸ Comunicado de 18 de marzo de 2020 (descargado de <https://www.cgcafe.org/wpcontent/uploads/2020/03/depende-de-ti.pdf>)

¹⁹ Expuso esta interpretación en medios de prensa y foros de Administradores de fincas, y expresamente la mantiene en MAGRO SERVET, Vicente (coordinador), «Movilidad de padres y menores por zonas comunes de comunidades de propietarios», en EL DERECHO.COM (Foro de 28 de abril de 2020) (descargado de: <https://elderecho.com/movilidad-padres-menores-zonas-comunes-comunidades-propietarios>)

²⁰ NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Elisa de la, «Limitaciones al derecho a la libre circulación en estado de alarma: la cuestión de las zonas comunes de edificios en propiedad horizontal», en Expansión- Hay Derecho de 30 de abril de 2020 (descargado de: <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/30/limitaciones-al-derecho-a-la-libre-circulacion-en-estado-de-alarma-la-cuestion-de-las-zonas-comunes-de-edificios-en-propiedad-horizontal/>).

nizaciones, con las limitaciones similares a las establecidas en las vías y espacios de uso público por razones sanitarias.

1.1. La aplicación de la prohibición de desplazamientos por los espacios comunes a los menores

También fue objeto de debate y dudas interpretativas la salida de los niños y niñas menores de 14 años fuera de sus domicilios como excepción a la regla de prohibición de libertad de movimientos del Real Decreto 463/2020 en su art. 7²¹, y en aplicación también del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que introdujo un nuevo apartado 2 al art. 7 del Decreto de alarma para permitir que «Los menores de 14 años podrán acompañar a un adulto responsable de su cuidado cuando este realice alguna o algunas de las actividades previstas en el apartado anterior». La Orden SND/370/2020, de 25 de abril, sobre las condiciones en las que deben desarrollarse los desplazamientos por parte de la población infantil durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, expresa en su art. 4 que se podrá circular por cualquier vía o espacio de uso público, incluidos los espacios naturales y zonas verdes autorizadas, siempre que se respetase el límite máximo de un kilómetro con respecto al domicilio del menor. No se permite el acceso a espacios recreativos infantiles al aire libre, así como a instalaciones deportivas²².

Al hilo de esta disposición se planteó el problema de si la restringida libertad de movimientos de los menores podría incluir la movilidad libre en zonas y espacios comunes de las comunidades horizontales. La interpretación que prevaleció es que nada había cambiado con respecto al no uso de estas zonas comunes, ya que la emergencia sanitaria seguía existiendo; y no podían garantizarse las medidas de distanciamiento y ni regular las comunidades inmobiliarias el uso de los espacios comunes por encontrarse sus órganos decisorios paralizados durante la

²¹ Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Paseos con menores ante el Covid-19: entre dimes y diretes, una historia rocambolesca ¿e interminable?», en Diario *La Ley*, N° 9640, Sección Tribuna, 26 de Mayo de 2020, y ahora en *Aspectos jurídicos del coronavirus*, Madrid, Ed. Reus, 2020, pp. 139-162.

²² Posteriormente se dictó la ORDEN SND/380/2020, de 30 de abril, sobre las condiciones en las que se puede realizar actividad física no profesional al aire libre durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, con efectos desde las 00:00 horas del día 2 de mayo de 2020, en los mismos espacios que la Orden de 25 de abril; y por la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad; y ya se permite mayor movilidad, con restricciones y con las medidas sanitarias correspondientes a partir de la Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, por la que se modifican diversas órdenes para una mejor gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 en aplicación del Plan para la transición hacia una nueva normalidad. A partir del final del estado de alarma el 21 de junio, son las Comunidades Autónomas las que han dictado las normas sobre desescalada y «nueva normalidad», y sirva de ejemplo la ORDEN 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (B.O.C.M. n°. 149, de 20 de junio), por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, que ya permite el acceso de menores a parques y espacios públicos, y el Colegio profesionales de Administradores de Fincas de Madrid entiende que es de aplicación a los espacios comunes de las comunidades de propietarios (<https://cafmadrid.es/comunicacion/notas-de-prensa/>).

pandemia, y no estar obligadas ni siendo necesario tomar medida alguna, debiendo cumplir y aplicar las obligaciones legales derivadas de las disposiciones emanadas de las autoridades públicas²³.

1.2. El uso de espacios deportivos y piscinas comunitarias

Un nuevo problema para las comunidades de propietarios ha supuesto el de la previsión del uso veraniego de instalaciones deportivas y recreativas y especialmente de las piscinas comunitarias, que ha coincidido con las distintas fases de desescalada tras las prohibiciones de su utilización en las disposiciones que regularon la fase crítica de la pandemia, y que ponen otra vez en el centro del debate la posibilidad de que las comunidades de propietarios tomen medidas sobre tal utilización.

En cuanto a las instalaciones deportivas, sólo menciono a título de ejemplo el art. 41 de la OM 399/2020, de 9 de mayo, que permite la apertura de las instalaciones deportivas al aire libre, incluyendo aquellas instalaciones que, con independencia de que se encuentren en recinto cerrado o abierto, «carezcan de techo y paredes simultáneamente», por lo que requería el reconocimiento de reunir estas condiciones, en algunos casos de difícil interpretación jurídica, por las comunidades de propietarios²⁴.

En el uso de las piscinas comunitarias (unas doce mil piscinas en comunidades y urbanizaciones), el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas ya expuso al Ministro de Sanidad el 13 de abril los problemas que podía suponer su apertura estival para las comunidades de propietarios, que reiteró a la Directora General de Salud Pública el 30 de abril, exponiendo «la necesidad de regular tanto la posibilidad de abrir las piscinas como, en su caso, las condiciones en las que se podría hacer uso de estas instalaciones», justificando la necesidad de una regulación estatal²⁵. La Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad («BOE» núm. 138, de 16 de mayo), regula el uso de las piscinas de uso deportivo (art. 43) y de uso recreativo (art. 44) y medidas sanitarias (art. 45), reglas que el Ministro de Sanidad confirmó que eran aplicables a las piscinas comunitarias en los territorios que se encontrasen en la fase 2 de desescalada²⁶.

²³ No se dictó disposición alguna sobre comunidades de propietarios o movilidad de los menores en sus espacios comunes, pero el Ministro de Sanidad declaró públicamente que las disposiciones aprobadas sobre el Covid-19 se aplicaban también a las comunidades en régimen de propiedad horizontal. *Vid.* MAGRO SERVET, Vicente (coordinador), «Movilidad de padres y menores por zonas comunes de comunidades de propietarios», en EL DERECHO.COM (Foro de 28 de abril de 2020) (descargado de: <https://elderecho.com/movilidad-padres-menores-zonas-comunes-comunidades-propietarios>)

²⁴ En algún caso fue objeto de dictamen jurídico sobre, ente otros, el uso de las pistas de padel: *Dictamen que emite el letrado Francisco González Palma, en su calidad de asesor jurídico del Colegio territorial de administradores de fincas de Málaga y Melilla, sobre el horario para el uso de zonas comunes en las comunidades de propietarios, utilización de las pistas de padel y celebración de juntas de propietarios*, de 22 de mayo de 2020 (descargado de: <https://www.cafmalaga.es/wp-content/uploads/2020/05/informe-juridico-zonas-comunes-fase1-2.pdf>).

²⁵ Carta del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas a la Directora General de Salud Pública de 30 de abril (descargado de: <https://www.cgcafe.org/wp-content/uploads/2020/04/carta-direccion-general-salud-publica-2.pdf>).

²⁶ *Idealista* (redacción), «Qué pasa con las piscinas comunitarias en la fase 3 de la desescalada», en *Idealista/news* de 8 de junio de 2020 (descargado de: <https://www.idealista.com/news/especiales/la-vivienda-durante-el-covid-19/2020/06/08/783607-que-pasa-con-las-piscinas-comunitarias-en-la-fase-3>).

Entre los requisitos que establece la Orden SND/414/2020 para la apertura de piscinas comunitarias (arts. 44 y 45), además de cumplir las recomendaciones sanitarias mínimas incluidas en el Real Decreto 742/2013, de 27 de septiembre y en el Real Decreto 485/2019, de 7 de junio, para armonizar la legislación y control sanitario en piscinas de uso colectivo, se encuentran la limitación del aforo máximo permitido del 30% (que tras el estado de alarma lo regulan las Comunidades Autónomas), establecer un sistema de cita previa y organizar horarios por turnos, fuera de los cuales no se puede permanecer en la instalación; limpieza y desinfección general y diaria de la piscina y espacios circundantes; mantener la distancia social de dos metros entre personas y tumbonas y hamacas; prohibición de acceso a duchas de vestuarios o servicios comunes y a fuentes de agua, y control de las medidas de higiene, etc.

Las dificultades que para su aplicación se han producido proceden de que en la mayoría de comunidades y urbanizaciones no hay personal responsable que pueda controlar o limitar el acceso de los propietarios a las piscinas, y en aquellos casos en los que se cuente con un socorrista, no forma parte de su competencia profesional controlar quién y cómo accede a la piscina, por lo que la implementación de las medidas sanitarias puede originar sobrecostes que algunas comunidades no quieran asumir. Y parecía necesario establecer y aprobar los protocolos de actuación por las juntas de propietarios, ya que así lo exigía, al menos, el establecimiento de «cita previa» para uso de la piscina del art. 44.2 de la Orden citada, pero el magistrado Vicente Magro interpreta que «no puede someterse a junta el debate acerca de cómo se usa la piscina, ya que nos encontramos ante la necesidad de desarrollar una orden publicada en el BOE y de obligado cumplimiento; Y, además, podría plantearse someterse a junta el debate acerca de ‘dar audiencia’ a los comuneros acerca del sistema de turnos establecido en un protocolo diseñado ad hoc para dar cumplimiento a la citada Orden». Alega, además, que al emitirse dicha Orden de 16 de mayo en la fase 2 de desescalada, no pueden celebrarse juntas de propietarios hasta el levantamiento del estado de alarma, o se publique una norma legislativa que avale la posibilidad de celebración de las juntas de propietarios, que posibilite la validación del protocolo de actuación respecto al uso de las piscinas propiciado por la Orden 414/2020²⁷.

2. La necesidad de nuevas reglas y nuevos métodos en las comunidades vecinales para la gestión de la convivencia en las situaciones de emergencia

De lo ocurrido durante el estado de alarma, cabe reflexionar sobre las consecuencias que las restricciones existentes en cuanto a libertad de desplazamientos y concentración de personas en un mismo espacio a partir del art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, han ocasionado como en la celebración de juntas generales de las comunidades para adoptar algún tipo de medida, medidas que no podían suplirlas el presidente y administrador de fincas, porque legalmente el órgano con capacidad decisoria de las comunidades de propietarios es la junta de propietarios (arts. 13 y 14 LPH). Al presidente corresponde la representación de la comunidad

²⁷ MAGRO SERVET, V., «La regulación del uso de las piscinas durante el estado de alarma y la post pandemia a raíz de la Orden 414/2020, de 16 de mayo», en Revista *Otrosi.net* (Análisis) del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (descargado de: <https://www.otrosi.net/analisis/la-regulacion-del-uso-las-piscinas-estado-alarma-la-post-pandemia-raiz-la-orden-414-2020-16-mayo>).

(art. 13.3 LPH), y al administrador la gestión ordinaria de la comunidad de propietarios, pero careciendo de capacidad decisoria (art. 20 LPH).

En Cataluña la situación fue diferente porque el Decreto-Ley 10/2020, de 27 de marzo de la Generalitat de Catalunya (DOGC de 28 de marzo) sobre medidas en relación con la Covid-19 suspendió las reuniones convocadas durante el estado de alarma (art. 4.4), salvo que fuera posible llevarlas a cabo por medio de videoconferencia o de otros medios de comunicación, siempre que quedase garantizada la identificación de los asistentes, la continuidad de la comunicación, la posibilidad de intervenir en las deliberaciones y la emisión del voto²⁸. En el resto del Estado no está prevista por la legislación de propiedad horizontal la celebración de juntas no presenciales, pero algunos autores consideran que a falta de una norma estatal durante el estado de alarma que avalase la posibilidad de celebración de las juntas de propietarios, la única vía para celebrarlas por razones de urgencia sería hacerlo por videoconferencia²⁹, por las circunstancias excepcionales y para no infringir la obligación legal de confinamiento. El art. 15.1 LPH establece que la asistencia a la junta será personal, pero cabría interpretar que dicha asistencia se realice de forma no presencial por no existir norma alguna que establezca la obligatoriedad de dicha presencialidad, siempre que queden garantizados el derecho de información, el derecho de voz y el derecho de voto de todo comunero³⁰.

Como se ha señalado, en las disposiciones emanadas durante el comienzo y desarrollo de la pandemia del COVID-19 las comunidades de propietarios no aparecían como destinatarias expresamente, y cabía un cierto margen en la toma de medidas que podían adoptar sobre el uso de los espacios comunes aplicando la normativa estatal durante la pandemia estableciendo protocolos de actuación más flexibles que la aplicación estricta de las disposiciones de las autoridades sanitarias, opción legítima que se impuso, adaptando a sus propias peculiaridades y realidad las medidas a tomar, salvaguardando la finalidad principal de evitar contagios, como finalmente ha ocurrido con la apertura de las piscinas comunitarias que han obligado a adoptar protocolos y medidas adaptadas a las circunstancias de cada

²⁸ La normativa catalana de propiedad horizontal, en su reforma por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, había incorporado como previsión legal la posibilidad de asistir a las juntas «por videoconferencia o por otros medios telemáticos de comunicación sincrónica similares» (art.553-22.1 del Código civil catalán). *Vid.* POLO PORTILLA, M. J., ¿Son las Comunidades de Propietarios las grandes olvidadas en esta crisis sanitaria?, en *Blog Sepin*, de 6 de mayo de 2020 (descargado de: <https://blog.sepin.es/2020/05/coronavirus-comunidades-propietarios/>), y MAGRO SERVET, V., «La reforma de la Propiedad Horizontal en Cataluña en la Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los Derechos Reales», *ELDERECHO.COM*, Tribuna, 1 de junio de 2015 (descargado de: <https://elderecho.com/la-reforma-de-la-propiedad-horizontal-en-cataluna-en-la-ley-52015-de-13-de-mayo-de-modificacion-del-libro-quinto-del-codigo-civil-de-cataluna-relativo-a-los-derechos-reales>).

²⁹ MAGRO SERVET, V., «El uso de videoconferencia o medio tecnológico de comunicación bidireccional, ante la existencia del coronavirus en las juntas de propietarios», *Revista de Derecho Inmobiliario* n.º. 84 (abril 2020); y FUENTES-LOJO RIUS, A., «Efectos jurídicos del COVID-19 en las comunidades de propietarios», en *Diario La Ley* n.º. 9615, Sección Tribuna, 17 de abril de 2020.

³⁰ FUENTES-LOJO RIUS, A., *op. cit.*, que recuerda como el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas previó en su Propuesta de Nueva Ley de Propiedad Horizontal de 2018, la inclusión de una norma semejante a la catalana, para fomentar el uso de las nuevas tecnologías en las comunidades de propietarios.

comunidad para cumplir con las disposiciones y recomendaciones sanitarias que permitan la reapertura estival de dichas piscinas³¹ y, sin duda, evitan la proliferación de conflictos tanto entre vecinos como con los órganos de gobierno y gestión de las comunidades.

2.1. Protocolos y comisiones de convivencia comunitarios a través de las normas del régimen de propiedad horizontal

Las normas que regulan las comunidades de propietarios se contienen en el título constitutivo, los estatutos y las normas o reglamentos de régimen interior según los artículos 5 y 6 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH)³².

Los estatutos como norma que rige la vida de la comunidad y los derechos y deberes de sus miembros (art. 5 LPH) puede contener cláusulas de sumisión a mediación para los conflictos que se produzcan en la comunidad de propietarios, tal como ya señala el artículo 553-11 (2.f) del Código civil catalán, que permite la validez de las cláusulas estatutarias que prevean «la resolución de los conflictos mediante el arbitraje o la mediación para cualquier cuestión del régimen de la propiedad horizontal», cuya validez concuerda con el artículo 6.1 de la Ley estatal 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM) y que ha reafirmado la jurisprudencia³³. La introducción de cláusulas estatutarias de sometimiento a mediación, y la posibilidad de incluir en estatutos que determinados asuntos debieran someterse con carácter previo a mediación requeriría, en todo caso, una modificación estatutaria que supondría el acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios³⁴.

Respecto a la adopción de los protocolos de actuación y convivencia señalados, tendrían un rango similar al de una norma de régimen interior (art. 6 LPH), cuya adopción o modificación exige su aprobación por mayoría simple por la junta de propietarios (art 17.7 LPH)³⁵, que suponía una dificultad añadida en los meses de confinamiento, pero que en la nueva etapa de «desescalada» y «nueva normalidad» permitiría a los complejos inmobiliarios dotarse de medios e instrumentos para establecer bases y criterios de convivencia en posteriores situaciones de emergencia y excepcionales, que superan las competencias del presidente o del administrador de fincas (art. 20 LPH)³⁶.

³¹ MAGRO SERVET, V., «La regulación del uso de las piscinas...», *op. cit.*,

³² En Cataluña, los artículos 553-9 a 553-12 del Código civil catalán regulan el título constitutivo, los estatutos y las normas o reglamentos de régimen interior de las comunidades de propietarios radicadas en Cataluña.

³³ MORGADO FREIGE, M. P., «Las cláusulas de mediación en el negocio inmobiliario», *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), N.º. 11, 2018 (pp. 267-282), pp. 279-80.

³⁴ Ocasiona la imposibilidad de su modificación si algún propietario muestra una mínima reticencia. Además, es conveniente que el sometimiento quede anotado en el Registro de la Propiedad, tal como indica el artículo 5.3 LPH, al señalar que el título y demás reglas sobre el uso y gobierno del edificio, formarán un «estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad». MAGRO SERVET, V., «Perspectivas de aplicación del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo de mediación civil en la propiedad horizontal» *EL DERECHO.COM* (descargado de: www.elderecho.com/tribuna/civil/01/04/2012).

³⁵ MAGRO SERVET, V. (coordinador), «Movilidad de padres y menores...», *op. cit.*

³⁶ No puede operar tampoco una delegación temporal general al presidente o administrador de fincas, ya que supondría vaciar de contenido al órgano de la junta de propietarios burlando el derecho de voto de los comuneros. Cfr. FUENTES-LOJO RIUS, A., *op. cit.*

Expresa el artículo 6 LPH que «Para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración»³⁷. Estas normas de régimen interior para autorregular las reglas de la convivencia diaria, que no pueden modificar ni suplantar lo que disponga la legislación de propiedad horizontal y los estatutos de cada comunidad, se pueden ir modificando en las juntas de propietarios a medida que evoluciona la vida de la comunidad, teniendo en cuenta la experiencia y las necesidades de cada momento, sin otro requisito que el acuerdo de la mayoría en primera convocatoria de junta de propietarios, y en segunda convocatoria, con la aprobación de la mayoría de los presentes (art.17.7ª LPH), mientras que el Estatuto, como complemento del título constitutivo requiere del acuerdo unánime de todos los propietarios³⁸.

Así pues, a tenor de lo que dispone art. 6 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), este reglamento es el documento que regula el funcionamiento de los servicios generales y las normas de convivencia, es como una ordenanza de régimen interior del inmueble (STS 6 de julio de 1978), y son de obligado cumplimiento para todos los titulares de pisos o locales de la comunidad, así como para todas aquellas personas que habiten en la comunidad.

Faculta al conjunto de copropietarios para que establezcan un amplio abanico de reglas de convivencia³⁹ que consideren necesarias para el uso, disfrute y mantenimiento de los elementos y servicios comunes que integran la comunidad de la que forman parte; estableciéndose como único límite aquellos que vengán establecidos estatutaria o legalmente.

Como desarrollo de dichas reglas o protocolos de convivencia, podría crearse la correspondiente comisión de gestión de la convivencia por la junta de propietario, de acuerdo con el artículo 13.1 LPH: «En los estatutos, o por acuerdo mayoritario de la Junta de propietarios, podrán establecerse otros órganos de gobierno de la comunidad, sin que ello pueda suponer menoscabo alguno de las funciones y responsabilidades frente a terceros que esta Ley atribuye a los anteriores». El nombramiento de comisiones puede venir contemplado en los Estatutos de la comunidad de propietarios o puede acordarse su creación por mayoría de la junta de propietarios (art. 14.a LPH), y el nombramiento de los miembros de la comisión tendrá la duración de un año (art. 13.7 LPH)⁴⁰.

³⁷ Regulación del Reglamento de Régimen Interior en el Código Civil de Cataluña. Artículo 553-12. Reglamento de régimen interior. «1. El reglamento de régimen interior, que no puede oponerse a los estatutos, contiene las reglas internas referentes a las relaciones de convivencia y buena vecindad entre los propietarios y a la utilización de los elementos de uso común y de las instalaciones.2. El reglamento de régimen interior obliga siempre a los propietarios y usuarios de los elementos privativos».

³⁸ Vid. LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad horizontal. Legislación y comentarios*, Sepín (11ª edición), Madrid, 2016, págs. 127 a 129; y MAGRO SÉRVET. V., «Qué temas deben y/o pueden incluirse en las normas de régimen interno de una comunidad de propietarios», en *EL DERECHO.COM*, Sección Tribuna, de 5 de marzo de 2018 (descargado de: <https://elderecho.com/que-temas-deben-yo-pueden-incluirse-en-las-normas-de-regimen-interno-de-una-comunidad-de-propietarios>).

³⁹ Vicente MAGRO en obra citada en nota anterior realiza una amplia exposición indicativa del posible contenido de las normas de régimen interno.

⁴⁰ LOSCERTALES, ob. cit., pág. 208 y ss.

Esta comisión podría tener como finalidad la gestión de los conflictos originados en la comunidad de propietarios por incumplimiento de las reglas de convivencia o de otras normas del régimen de propiedad horizontal para intentar llegar a acuerdos satisfactorios para las partes implicadas y la comunidad, ya que ni las normas de régimen interior ni la junta pueden establecer sanciones económicas⁴¹.

Respecto a su composición, no hay determinación legal en el artículo 13 LPH, por lo que podría estar presidida por un vicepresidente (art. 13.4 LPH), y formada por los propietarios que quieran ejercer como voluntarios en la gestión de conflictos, pero como el artículo 13 LPH solo exige que ostenten la condición de propietarios el presidente y los vicepresidentes, queda a criterio de la junta de propietarios en el nombramiento de los miembros de la comisión, determinar qué condiciones deben cumplir sus miembros, por lo que podrían incorporar al administrador de fincas⁴², también a miembros no propietarios de la comunidad, y a profesionales externos en gestión de conflictos.

IV. LA MEDIACIÓN VECINAL: SU INTEGRACIÓN EN UN NUEVO DERECHO DE VECINDAD

Las nuevas situaciones y conflictos vecinales que ha originado la declaración del estado de alarma por el Covid-19 dejan patente la limitada capacidad de reacción de las comunidades de propietarios ante nuevos problemas. Tampoco parece que sea suficiente el recurso a la mediación interpersonal que sirve de modelo de referencia a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya que los conflictos han tenido expresión visible individual por el comportamiento inadecuado de algunas personas miembros de las comunidades, siendo objeto de sanción administrativa o penal las conductas contrarias a la normativa sanitaria vigente, pero han tenido una dimensión vecinal comunitaria por la afección colectiva de las disposiciones adoptadas, que hemos ejemplificado en los espacios y zonas comunes.

En esta dimensión, la mediación en el ámbito de la propiedad horizontal es una especialidad de la mediación vecinal o comunitaria, que tal como señala Villagrasa, «abre nuevos espacios, dentro del derecho privado, con un marcado carácter social, aplicando una metodología adaptada a estos conflictos» para mejorar las relaciones de convivencia ciudadana⁴³, y supone devolver a los ciudadanos

⁴¹ MAGRO SERVET, V., «Qué temas deben y/o pueden incluirse en las normas de régimen interno de una comunidad de propietarios», ob. cit.

⁴² La participación del administrador complementaria la labor de los miembros de la comisión y, en su caso, de los mediadores, contribuyendo a un mejor entendimiento de los intereses y necesidades diarias de la comunidad de propietarios, y aportando un valor añadido a la gestión de los conflictos comunitarios. Cfr. LÓPEZ VALLÉS, S., «La mediación en conflictos vecinales», (descargado de: <http://www.digaley.com/mediacion-conflictos-vecinales/>)

⁴³ Comenta que «las comunidades de propietarios son la base del asociacionismo en el entorno urbano, al reflejar una organización democrática que deriva de nuestro sistema social», siendo positiva la existencia de comunidades de propietarios con órganos de gobierno que funcionen y representen una correcta participación de los vecinos, explicando a continuación que la mediación comunitaria presenta algunas peculiaridades respecto a los rasgos característicos de la mediación. Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La mediación comunitaria o vecinal», en: H. SOLETO MUÑOZ (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (2ª ed., pp.655-671). Madrid, Tecnos, 2013, pp. 657-8.

el poder para resolver sus conflictos a través de un procedimiento democrático, recuperando la capacidad de decidir.

Reconoce expresamente este ámbito la Ley catalana de mediación en derecho privado de 2009 que incluye en su artículo 2.2 b) como objeto de mediación «los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones», aunque distingue en el mismo artículo estos conflictos de los originados por la convivencia ciudadana. La mediación en el ámbito inmobiliario tiene un amplio campo de aplicación en la gestión de conflictos que puedan surgir de las relaciones jurídicas que tienen por objeto los inmuebles, con una amplia aplicación en materia de compraventa, propiedad horizontal y múltiples controversias derivadas especialmente de las relaciones de vecindad, arrendamientos o ejecución hipotecaria⁴⁴. Como señala Pérez Miralles, el sometimiento a una mediación o a un arbitraje inmobiliario no ha de implicar necesariamente que la cuestión controvertida tenga relación directa con el inmueble, sino que bastará con que se encuentre en la órbita del inmueble que surja como consecuencia complementaria, o a colación, de una relación jurídica base de carácter inmobiliario⁴⁵.

En la mediación comunitaria se tiene en cuenta toda la comunidad ciudadana, es de carácter transversal y posee un campo propio de actuación, que puede atender a conflictos de carácter público y privado, analizando y gestionando el conflicto del ciudadano y de la comunidad, en el territorio y los vínculos que comparten. El responsable de la mediación comunitaria es habitualmente un técnico en integración social que desarrolla nuevas metodologías participativas de intervención social partiendo de la mediación, lo que da lugar a una diversidad de procesos atendiendo a la diversidad de conflictos (procesos entre dos o tres partes implicadas; procesos multiparte; procesos en comunidades; círculos de paz, etc.)⁴⁶, entre los que se incluyen los conflictos relacionales, conflictos vecinales, conflictos derivados de actividades económicas, conflictos educativos, conflictos asociativos, y los derivados del uso del espacio público y de las comunidades inmobiliarias que tratamos

⁴⁴ Realizo una exposición más amplia en ARGUDO PÉREZ, J.L., «La mediación civil y en el ámbito inmobiliario», *La mediación en las diversas disciplinas jurídicas*, GARCIA MAYO, M. (director) y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y PILLA, C. (coordinadores), Olejnik, Santiago de Chile, 2020, pp. 71-95. *Vid.* también MORGADO FREIGE, M^a. P.: «La resolución de conflictos en el negocio inmobiliario: especial referencia a las controversias en la propiedad horizontal», en *Arbitraje: Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, n^o 2, 2018, pp. 535-546. Realizan una amplia enumeración de materias sujetas a mediación inmobiliaria, Montserrat PURTÍ PUJALS y Margarita PÉREZ-SALAZAR, «Capítulo 10. Grupo de Trabajo PNPM sobre protocolo de derivación a mediación» en E. LAUROBA y Pascual ORTUÑO, *Mediación es Justicia. El impacto de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil*, Huygens Editorial, Barcelona, 2014 (pp. 107-138), y SANCHIS CRESPO, C., *Mediación y comunidades de vecinos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 68. Sobre las posibilidades de la mediación en arrendamientos urbanos, *vid.* MAGRO SERVET, V., «La aplicación de la mediación en los conflictos de arrendamientos urbanos», *Práctica de Tribunales*, N^o 137, Marzo-Abril 2019.

⁴⁵ PÉREZ MIRALLES, J.A., *Arbitraje y mediación inmobiliaria. Especial referencia a la propiedad horizontal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 69 y 70.

⁴⁶ MUNNÉ, M. (dirección y coordinación), «Mediación ciudadana y comunitaria», en CASANOVAS, P.; MAGRE, J. y LAUROBA, M. E. (directores), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, 2011, pp. 373-432, en especial p. 407 y ss.

en este trabajo, y sobre los que ya existen experiencias en otros países como las *Community Boards* de Estados Unidos⁴⁷.

Los métodos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito vecinal y de propiedad horizontal se deben integrar como parte del nuevo Derecho de vecindad que supera el derecho vecinal clásico o romanista⁴⁸, más allá de los problemas surgidos de la colindancia de fincas y contemplar la vecindad como una «comunidad de intereses entre vecinos»⁴⁹ como señala la doctrina alemana, derivado de entender la vecindad como integración en una comunidad social⁵⁰, que se produce entre vecinos colindantes o próximos por la creación de una comunidad de usos y aprovechamientos entre sus titulares e impone un deber de cooperación entre vecinos, originando relaciones obligatorias nacidas de la ley por el hecho de producirse una relación social especial, de la que se derivan particulares deberes recíprocos de tolerancia y conducta entre los titulares de fincas vecinas que conforman las relaciones de vecindad.

El Derecho de vecindad regula no solo los conflictos individuales e interprediales sino los colectivos de carácter comunitario y universal, en una época, como señala Mariano Alonso, de la propiedad zonificada y gregaria, entre la que se encuentra la propiedad que se «tumba horizontalmente y que gobierna más que el propietario, la junta de propietarios» como exponente de propiedad comunitaria e inmisionada⁵¹. La respuesta a los viejos y nuevos conflictos de vecindad⁵² debe integrar no solo las acciones y recursos jurídicos clásicos⁵³, sino también las nuevas modalidades extrajudiciales de resolución de conflictos, como la mediación vecinal, que deberían incluirse de forma expresa y específica en la legislación especial.

⁴⁷ Incluye esta práctica norteamericana de mediación comunitaria a través de los servicios de la ciudad de San Francisco en todos los capítulos de su libro, SANCHIS CRESPO, C., *Mediación y comunidades de vecinos*, op. cit.

⁴⁸ Vid., especialmente, HERNÁNDEZ GIL, A., «Las relaciones de vecindad en el Código civil», en *Obras completas. IV. Derechos reales. Derecho de sucesiones*, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pág. 125 y ss.; y NIETO ALONSO, A. «Derecho de vecindad. La tutela de del derecho civil frente a las inmisiones «medioambientales» ilícitas», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 70, nº 3 (2017), pág. 962 y ss.

⁴⁹ WESTERMANN, HARRY, WESTERMANN, HARM PETER, GURSKY, KARL-HEINZ, EICKMANN, DIETER, *Derechos reales*, II (7ª Ed. de 1998), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007. Traductores: A. Cañizares, J. M. Miquel, J. M. Rodríguez y B. Rodríguez-Rosado, pp.828 a 862.

⁵⁰ Así lo denomina también GARRIDO MELERO, M., «Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña», *RDCI* nº 611 (julio-agosto 1992), pág. 1556.

⁵¹ ALONSO PÉREZ, M., «Las relaciones de vecindad», *ADC*, t. XXXVI, nº 2 (1983), pág. 361.

⁵² Indica EVANGELIO LLORCA, Raquel, «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, 659 (mayo-junio 2000), pág.1856, que cabe «distinguir entre el conflicto y su regulación, y llamar al primero relaciones de vecindad y a la segunda Derecho de vecindad».

⁵³ Como los arts. 590 y 1908 CC o la acción de cesación del art. 7.2 LPH. Sobre este último, NIETO ALONSO, A., ob. cit., pág. 1040 y ss.

MEDIACIÓN DURANTE LA PANDEMIA: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS, ACTIVACIÓN DE LAZOS SOCIALES

ANA MARÍA COSTA E SILVA

Profesora de la
Universidade do Minho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA MEDIACIÓN SOCIAL: MÁS ALLÁ DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. III. APORTES DE LA MEDIACIÓN SOCIAL EN LA CRISIS PANDEMICA. IV. REPTOS ENFRENTADOS POR LOS MEDIADORES: 4.1 Funciones y actividades diarias adaptadas. 4.2 Creación y consolidación de redes de cooperación. 4.3 Habilidades profesionales y éticas revisitadas. 4.4 Reconocimiento social y profesional. V. LECCIONES PRENDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LA MEDIACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Hace unas décadas se vivía en comunidad con otros: la familia, la escuela y la comunidad cercana eran referencias muy importantes de bienvenida, identidad y socialización. El desarrollo industrial y económico y los medios remotos de comunicación han producido cambios radicales en las interacciones sociales. Hoy vivimos con otros, en una sociedad, con brechas y fracturas sociales. No conocemos los otros que habitan cerca, la indiferencia se acentúa y, cómo no conocemos el 'otro' fantaseamos sobre él y en muchas situaciones nos rechazamos el uno al otro.

Las características de la sociedad actual nos presentan retos importantes. Desde el momento en que comenzamos a vivir menos en comunidad y más en sociedad, la pregunta que hacemos es: ¿cuáles son los medios que nos permiten vivir juntos, cuando las instituciones de socialización anteriores desaparecieron o se debilitaron: la familia, la escuela, el trabajo, nuestras creencias...? Las consecuencias de la pandemia Covid-19 acentuó esta debilidad de las instituciones y su capacidad de asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En un artículo de opinión de un periódico digital portugués del 13 de abril de 2020 se lee: «La pandemia de Covid-19 no ve colores, sino negros, romaníes, inmigrantes y personas en una situación de pobreza, más expuestos a la contaminación, a la negación de los derechos fundamentales, así como a la creciente crisis económica. Son invisibles en el sistema: sin documentos, sin una casa o alojamiento decente, o confinados en prisiones, en centros educativos, de detención y acogida.

También son aquellos que trabajan sin contrato y que no pueden permitirse trabajar y estudiar a distancia»¹.

La realidad confirmó la necesidad de actuar frente a esta fragilidad social, más visible y más vulnerable en el contexto de pandemia, confinamiento y retiro social. El acceso a los derechos no puede depender de las habilidades informáticas y el acceso a la conexión a Internet que terminó siendo los recursos posibles de comunicación e información. Y estas condiciones dejó muchas personas y familias impedidas de acceder a información y medios imprescindibles en tiempo de confinamiento.

Hasta ahora, la mediación se hacía en la comunicación cara a cara, voluntaria y participativa, pero durante el estado de alerta se observa personas con un problema adicional, debido a la dificultad de acceder a las nuevas tecnologías y a conexión Internet. Por eso, están más dependientes y vulnerables que nunca, sufriendo en la primera línea de la brecha digital que los convierte en un objeto directo de exclusión social.

En el tiempo del confinamiento, los conflictos con un ser querido, un vecino, una organización continúan, a veces se amplían. Cuanto más duran estas nuevas circunstancias, más generan nuevas disputas. Se piensa en las relaciones familiares que sufren de promiscuidad, profundización de la fragilidad social, desacuerdos sobre nuevas formas de trabajo o no trabajo, nueva proximidad en el vecindario, acceso a la educación nacional. Esas situaciones experimentadas provocan sentimientos y emociones como miedo, inseguridad, desesperación, desconfianza, tristeza, ansiedad. Algunas veces, estas emociones se profundizan y explotan en reacciones violentas dentro y/o fuera del entorno familiar. La mediación en estos contextos individuales, comunitarios y/o organizacionales es una modalidad de intervención importante y necesaria para el acercamiento, el diálogo y el respaldo en el acceso a los derechos fundamentales.

II. LA MEDIACIÓN SOCIAL: MÁS ALLÁ DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La mediación es una metodología participativa y colaborativa para la prevención, gestión y resolución cooperativa de conflictos. La mediación social es más que una 'técnica alternativa de resolución de conflictos', anticipando y movilizand estrategias para la prevención, gestión y resolución cooperativa de los conflictos.

Es esta perspectiva que compartimos con otros autores y mediadores al considerar la mediación un proceso, un método, un procedimiento que implica mucho más que el manejo estricto de una técnica específica. La mediación es una metodología participativa, interactiva y colaborativa, que facilita el reconocimiento y la autodeterminación de los diversos intervinientes, con el apoyo de principios y modelos que se llevan en las prácticas a través de estrategias y técnicas particulares basadas en el conocimiento y el aprendizaje teórico y práctico. La mediación se apoya en una ética de la libertad, en la convicción de la capacidad de los sujetos para tomar decisiones, progresar, cambiar, mejorar su capacidad de comunicarse, escuchar y comprender libremente (Silva, 2015). Una dimensión importante de la

¹ Información en <https://www.publico.pt/2020/04/13/sociedade/opiniao/covid19-luta-antirracista-nao-faz-quarentena-1912021> el 13 de abril de 2020.

ética de la mediación es el reconocimiento mutuo, que se busca y se trabaja en el espacio de la escucha y el dialogo que permite el conocimiento de uno mismo y la conciencia del otro en su singularidad.

Carlos Giménez (2010) destaca la importancia de la intervención del tercero, o tercera parte (el mediador), para facilitar la comunicación, el diálogo y el reconocimiento del otro. Según este autor, la mediación social es una modalidad de intervención de terceros, en y sobre situaciones sociales, con el objetivo de realizar el reconocimiento del otro y la unión de las partes, comunicación y comprensión mutua, aprendizaje y desarrollo de la convivencia, regulación de conflictos y adecuación institucional, entre diferentes actores o instituciones (Giménez, 2010).

A su vez, Michèle Guillaume-Hofnung (2005) atribuye a la mediación la dinámica de un proceso para facilitar la comunicación, es decir, se trata de un proceso de comunicación ética, suportado por la responsabilidad y la autonomía de los participantes, en el que un tercero - imparcial, independiente, sin poder decisivo, solo con la autoridad reconocida por los mediados - promueve, a través de entrevistas confidenciales, el (re) establecimiento de enlaces que impiden o resuelven la situación en cuestión (Guillaume-Hofnung, 2005).

En este mismo sentido, en 2000, en el Seminario Internacional de Mediación, celebrado en Créteil, Francia, se presenta la mediación social como un proceso de creación y reparación de lazos sociales y de resolución de conflictos en la vida cotidiana, en el que un tercero imparcial e independiente intenta a través de la organización de intercambios entre personas o instituciones ayudarlos a mejorar una relación o resolver un conflicto entre ellos (National Forum of Urban Affairs Professionals, 2000).

En la mediación social, la acción del mediador es facilitadora de la comunicación, de diálogos transformadores de las personas y de los contextos muy diversos como las comunidades, las escuelas, los barrios, las organizaciones de salud, las familias. Así, Se puede preguntar ¿Si hay? y ¿Qué especificidades tiene la mediación social en comparación con otros campos de la mediación?

Los fundamentos y principios estructuradores de la mediación son los mismos en cualquier campo de acción de los mediadores: participación voluntaria, confianza, confidencialidad, imparcialidad y equidistancia, legitimación, coprotagonismo de las partes. Sin embargo, es necesario tener en cuenta la aplicación de estos principios en los contextos de actuación de los mediadores sociales, en los cuales se observan condiciones habituales de asimetría y desigualdad en las relaciones; cargados de prejuicios, juicios previos, estereotipos, narraciones fijas; negación habitual del papel de ciertos individuos y comunidades; casos en los que la relación vincula a instituciones públicas con individuos o grupos «minoritarios»; asimetría relacional frecuente e importancia de los componentes emocionales y socioafectivos.

En estas situaciones, es importante asegurarse de que la parte más débil exprese su consentimiento a la mediación y aclarar que los mediadores tienen roles diferentes a los del trabajador social, psicólogo, médico, maestro o juez. Es también necesario ayudar a superar actitudes cargadas de prejuicios, negación, estereotipos; hacer un esfuerzo adicional para el reconocimiento y refuerzo de las partes más débiles o fragilizadas y así garantizar un espacio abierto e equilibrado de expresión y reconocimiento para todas las partes.

La comunicación es una dimensión esencial para el conocimiento y la comprensión entre las personas. En contextos conflictivos, de ignorancia mutua, prejuicios y desconfianza o miedo, es fundamental proporcionar y facilitar la comunicación que pueda asegurar la comprensión de mensajes importantes para el acceso a los derechos fundamentales.

La mediación corresponde al arte de facilitar la comunicación, relacionarse, crear vínculos. Las características de la sociedad actual - globalizada, en red, compleja, con «flexibilidad general» (Astier, 2011, pág. 63) - se mostró aún más evidente en estos tiempos de pandemia por la comunicación exclusivamente en línea y a distancia y la primordialidad de acoger y articular universos diferentes y múltiples. Esta característica de la mediación es uno de los mayores retos en la actualidad, dadas las demandas de una sociedad que, en un corto período de tiempo, ha sufrido cambios radicales en su organización, sus condiciones y sus valores. Supone la incorporación de categorías de pensamiento complejo para comprender lo que tendemos a simplificar (Silva, 2011). Bonafé-Schmitt (2009) se refiere a la Mediación como una nueva forma de acción, que anuncia nuevas formas de coordinar las relaciones de los actores entre sí, en una lógica comunicacional, en la medida en que el papel del mediador consiste en movilizar todas las formas de procedimiento, favorecer la comunicación entre las partes y su intercomprensión.

III. APORTES DE LA MEDIACIÓN SOCIAL EN LA CRISIS PANDÉMICA

Los relatos de experiencias de mediadores sociales en distintos países de Europa, hablan de los problemas enfrentados por personas, familias, comunidades y organizaciones en el estado de encierro social. Las normas sanitarias dictadas por los responsables gubernamentales para proteger las personas y comunidades de las consecuencias fatales de un virus desconocido, altamente contagioso y sin otra forma de protección, acabaron por causar situaciones de gran vulnerabilidad en el acceso a la satisfacción de las necesidades básicas y de desprotección de los derechos de las personas. Esta desprotección se observa a distintos niveles: laboral, familiar, educativo, económico, habitacional, de salud, administrativo.

Situaciones como la pérdida de empleo, falta de asesoramiento legal sobre el empleo, recursos financieros escasos o inexistentes, pérdida o sin vivienda, sin acceso a las nuevas tecnologías y a los medios para estar informados y en contacto con sus redes, padres y niños sin medios para acceder a las tecnologías que les conectara con la escuela, además de la dificultad de comprensión del lenguaje que permitiera acompañar una educación a distancia. Estas situaciones de fragilidad social y falta de medios para llevar a cabo procedimientos administrativos y otros, electrónicamente, hace las personas más dependientes de las entidades sociales. A la falta de recursos económicos y de comunicación, se sumó, en muchas ocasiones, la dificultad de comprensión de mensajes importantes a nivel sanitario y administrativo, donde los migrantes y refugiados fueron los más afectados.

En este grupo de población, especialmente para aquellos que aún se encuentran en una fase inicial de integración en el país anfitrión, la incertidumbre y el miedo aumentan cuando pierden sus empleos. Muchos trabajan en el sector hotelero, que fue uno de los más afectados, o en las economías subterráneas (ferias, trabajo doméstico) sin contratos de trabajo. Sin documentos que permitan su regularización en el país anfitrión, corren el riesgo de ser interceptados por las autoridades. A su vez les falta el acceso a información actualizada sobre las medidas tomadas por

las entidades gubernamentales, a nivel sanitario o de acceso a los servicios públicos, debido a dificultades con el idioma² y acceso a las redes donde estaban disponibles estas informaciones. El acceso a la información es un derecho muy importante y en este tiempo de pandemia absolutamente esencial para protección propia y de los demás.

Además de la falta de recursos, existía la dificultad de comunicar y comprender los mensajes, el miedo, la inseguridad y los conflictos potenciales o reales. Por ejemplo, el miedo de ir a los servicios de salud por emergencias de salud debido a la falta de documentación, miedo a la enfermedad y transmisión de Covid-19 y inseguridad. También los conflictos en el vecindario: muchas personas juegan el papel de la justicia y si las personas salen en busca de recursos, son denunciadas por el vecindario y acusadas, aumentando prejuicios y estereótipos ampliados por veces en los medios de comunicación social. Los conflictos entre los padres y la escuela donde estudian los niños también fueron visibles. Padres sin medios para que sus hijos tengan acceso a nuevas tecnologías, a su vez con dificultad de entender el idioma y vocabulario académico para ayudar en las tareas escolares de sus hijos y sin poder acudir a otro apoyo fuera del hogar. El conflicto de comunicación con los maestros: la falta de comunicación entre las partes por falta de medios en las familias, era interpretada por los maestros como falta de interés por parte de las familias. A su vez, áreas privadas y comunes de la casa muy limitadas acentúan los conflictos en contextos familiares durante este estado de alerta, independientemente de los patrones familiares y sociales.

Ante estas situaciones, las personas y los servicios públicos y privados buscaron mediadores para garantizar la comprensión y comunicación mutuas que permitirían el acceso a sus derechos fundamentales. En esta circunstancia, la mediación social tuvo que probarse a sí misma ... ¿Qué realidades y qué retos para los mediadores, entonces?

La mediación se basa esencialmente en la proximidad, la escucha, el diálogo, el fomento de la confianza, el apoyo imparcial a las partes y el apoyo para expresar emociones y necesidades. Estas acciones fueran más necesarias, incluso urgentes, en tiempos de pandemia, de encierro y distancia social.

Escuchar, apoyar y acompañar fueran las acciones presentes, profundizadas en unas situaciones o reinventadas y añadidas a las acciones tradicionales de los mediadores sociales.

Observación, atención, apertura y escucha fueron competencias necesarias y requeridas de los mediadores para aportar confianza, informaciones accesibles y comprensibles y posibilitar la expresión de las emociones evidenciadas en un contexto de pandemia, inseguridad, miedo o desorientación. Esta situación se ve como

² En Portugal, el Alto Comissariado para las Migraciones tradujo diversos documentos informativos sobre servicios e normas sanitarias en múltiples idiomas para facilitar la comprensión de los procedimientos legales y sanitarios a seguir. Se puede consultar algunos de los documentos en: <https://eportugal.gov.pt/entidades/alto-comissariado-para-as-migracoes>.

También en otros países, se procedió a la traducción a diferentes idiomas de documentos esenciales sobre normas sanitarias. Citamos como ejemplos, la Fundación CEPAIM en España y la Asociación Mosaïque en Italia, organizaciones que trabajan con migrantes y refugiados en estos países.

una experiencia de vida que tiene consecuencias físicas, psicológicas y materiales. La tarea de los mediadores es acompañar a las partes involucradas (personas, familias, instituciones...) en una disputa o sin condiciones de comunicación comprensible (por ejemplo, entre aquellos que no hablan ni comprenden otros idiomas) dándoles la posibilidad de traducción y el poder de actuar y encontrar soluciones juntos, respetando el ritmo de cada uno. El apoyo brindado por los mediadores a las personas, comunidades, instituciones tiene como objetivo ayudar a las personas a superar la experiencia en la que participan. Se les considera actores centrales en la situación, siendo recibidos con disponibilidad y atención.

Activar la proximidad, la escucha, la confianza, la participación en la resolución de problemas personales, interpersonales, comunitarios, escolares, asegurar el acceso y comprensión de informaciones importantes por teléfono y/o en presencia física sobre las normas sanitarias, fueran condiciones centrales para garantizar los derechos fundamentales de las personas en situaciones que otros profesionales y servicios no podían o no sabían proporcionar.

En resumen, se puede observar que, en estos contextos, la mediación social ha demostrado claramente su naturaleza socio-pedagógica de proximidad, acompañamiento socializador, individualización, promoción de lazos sociales y cohesión social (Maurel, 2003; Silva, 2015).

IV. REPTOS ENFRENTADOS POR LOS MEDIADORES

4.1. Funciones y actividades diarias adaptadas

El papel de los mediadores es fundamentalmente cara a cara. En el contexto de la mediación social y especialmente teniendo en cuenta las características de las personas que participan en los procesos de mediación, ya sean preventivos o de gestión y resolución de problemas, esta característica es esencial para garantizar una comunicación positiva, segura e integral.

Los estándares de salud ante la pandemia de Covid-19 impusieron la distancia y el encierro social. Estas reglas que deben seguir todos los servicios públicos y privados y las personas en general dejaron vacío el espacio público, físico y humano.

El vacío, la ausencia es una experiencia difícil para las personas en general y ha demostrado ser especialmente dura para las personas, grupos y comunidades particularmente vulnerables debido a la edad, el estado social y económico, la condición de migrante o refugiado, entre otros.

¿Cómo garantizar la comunicación y la comprensión a distancia? ¿Cómo garantizar derechos fundamentales urgentes ante la imposibilidad de conectarse a distancia? ¿Cómo mediar las personas y los procesos en estas circunstancias y cumplir con los estándares de salud?

¿Qué nos dicen los mediadores europeos que enfrentaron estas situaciones?³

³ Estos testimonios fueron presentados en dos Conferencias Internacionales online. La primera ocurrió el 21 de mayo 2020 y fue organizada por la Universidad do Minho, Portugal, sobre el tema: «Mediación en tiempo de crisis: para el diálogo, diversidad y desarrollo» (confr <https://mediacaoemdialogo.wixsite.com/website>). La segunda fue el 30 de junio, organizada por la Asociación europea CreE.A sobre el tema: «Les innovations de la médiation sociale dans un contexte de crise» (confr <https://www.cree-a.eu/les-innovations-de-la-mediation-sociale-dans-un-contexte-de-crise/>).

- «Como mediadora, las limitaciones que se sienten para ayudar a este último a acceder al apoyo social son numerosas. En primer lugar, la distancia física entre el mediado y el mediador es extraña, particularmente cuando el mediado no habla portugués o tiene dificultades para manejar la herramienta informática. Las circunstancias extraordinarias en las que nos encontramos requieren un servicio remoto y cerrar la brecha entre las personas y los servicios públicos, siempre en una plataforma en línea. Por ejemplo, las solicitudes de asistencia social dirigidas a la seguridad social implican necesariamente el registro de la parte interesada en la plataforma de seguridad social directa. Esta barrera «administrativa» (burocrática) que es difícil de superar por no saber manejar, solo es posible si existe una confianza depositada en el mediador porque tendrá acceso a los datos personales de la parte interesada para solicitar la contraseña de seguridad social directa.» (Mediadora Social Intercultural, Portugal, mayo 2020).
- «En general, diré que la Mediación ha jugado un papel muy importante, siendo el único servicio «físicamente» presente en el territorio en el campo social. Fuimos «interlocutores únicos», especialmente en las primeras semanas de la crisis de salud: información, «orientación», apoyo al conocimiento y acceso a los derechos...» (Mediadora Social, Limoges, Francia, junio 2020).
- «Al estar «físicamente» presente en el lugar (...). Al escuchar realmente a los que vinieron (la escucha activa fue más que nunca necesario). Al acudir a las personas más «invisibles», más reservadas, al llamarlas para saber de sus novedades. Esto solo fue posible porque había confianza mutua» (Mediador Social, Limoges, Francia, junio 2020).
- «Intervenciones específicas desde un punto de vista global en el territorio ante múltiples intervenciones desconectadas. Gestión pacífica de conflictos en diferentes áreas: vivienda, educación, salud, familia» (Mediadores Sociales Interculturales, España, junio 2020).

4.2. Creación y consolidación de redes de cooperación

Las solicitudes individuales, sociales y urgentes por parte de personas e instituciones requirieron la coordinación de acciones y la consolidación de la cooperación. En vista de la multiplicidad de solicitudes, la escasez de recursos y la urgencia de responder a las necesidades básicas y los derechos fundamentales, la articulación entre los servicios y los profesionales fue esencial cómo lo relatan distintos mediadores.

- «Un caso concreto que experimentamos durante este período fue la colaboración que hemos establecido con dos asociaciones para la distribución de alimentos a refugiados.» (Mediador Social Intercultural, Italia, junio 2020).
- «En el caso del Servicio de la Recepción y Protección. Internacional se llevó un trabajo en red y de horizontalidad con los profesionales, rompiendo con la visión parcial de los servicios.» (Mediadores Sociales Interculturales, España, junio, 2020).
- «Roles particulares que los mediadores han tenido con otros actores para facilitar la comunicación entre las personas y las instituciones de derechos

sociales: protección familiar, centro de empleo, fondo de seguro médico primario, centro comunal para la acción social». (Mediadora Social, Limoges, Francia, junio, 2020)

4.3. Habilidades profesionales y éticas revisitadas

Se destacan las habilidades de iniciativa, verificación y análisis de la acción mediadora en equipo. También la necesidad de ajustar las habilidades mediadoras a procedimientos y conversaciones a distancia y enfrentar las débiles condiciones informáticas de los mediados. Aún las confrontaciones con los principios esenciales de la mediación, cómo la autonomía de las partes. En muchos casos, garantizar el acceso a derechos fundamentales en estos tiempos llevó a que los mediadores se confrontaron con cuestiones de ética profesional.

Como informan algunos mediadores, las circunstancias resultantes de los estándares de salud y la urgencia de actuar en situaciones de enorme vulnerabilidad requirieron una iniciativa y una reacción rápida de su parte, al mismo tiempo que desencadenó la necesidad de análisis y supervisión de las prácticas en su equipo, para apoyo y reorientación.

- «La capacidad de mantener la iniciativa, la reactividad, la adaptabilidad y la velocidad; necesidad de análisis de equipo de acciones y recomendaciones y verificación permanente de su posición, postura, acciones» (Mediadores Sociales, Nantes, Francia, junio de 2020).
- «Público revisitado; prioridad dada a la observación y orientación» (Mediadora Social, Nantes, Francia, junio de 2020).
- «Esta innovación nos obligó a reinventarnos nuestra postura de mediador, a reevaluar nuestras prácticas y habilidades, a considerar la mediación social de una manera diferente como la gestión de conflictos a distancia, crear y mantener los vínculos con distancia de personas vulnerables, profesionales y familias utilizando las herramientas disponibles por el equipo.» (Mediadores Sociais, Saint Quentin, Francia, junio de 2020).
- «En conflictos vecinales la imposibilidad de mediar cara a cara llevó a que los mediadores tuvieran que hacerlo por teléfono y por separado con los mediados. Aún las dificultades o desconocimiento informáticos las personas piden a los mediadores para hacerlo por ellos» (Mediadora Social, Limoges, Francia, junio de 2020).
- «El mayor desafío de la mediación en tiempos de crisis está relacionado con la capacidad de adaptar nuestro desempeño a las demandas del momento, siempre teniendo en cuenta la vieja máxima de que no somos nosotros los que debemos decidir la solución a los problemas de los demás, ni debemos asumir una responsabilidad que no es nuestra.» (Mediadora Social Intercultural, Portugal, mayo de 2020).

4.4. Reconocimiento social y profesional

Es necesario también mencionar que, aunque las circunstancias y los desafíos planteados a los mediadores sociales fueron bastante exigentes y con frecuencia superaron las barreras normativas y sociales de las instituciones en las que traba-

jan, los testimonios de reconocimiento social y profesional son evidenciados por entidades municipales, sociales y por la población atendida.

Desde el punto de vista de los mediadores, también ellos reconocen el desarrollo de habilidades profesionales tales como: la movilización de habilidades de mediación para contextos de comunicación digital y remota, el desarrollo de la capacidad de trabajar en equipos y en redes, profundizar la calidad de los registros escritos y análisis de sus prácticas con colegas.

V. LECCIONES APRENDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LA MEDIACIÓN

En vista de lo que se dice sobre las prácticas de los mediadores sociales en un momento de pandemia y emergencia social, se considera oportuno preguntar: ¿estamos enfrentando soluciones urgentes o reformas estructurales?

En Portugal, se elaboró un documento legal por despacho gubernamental traducido por la orden 3863-B / 2020 de 27-03 (Diario da República Portuguesa, 2020). Consciente de la precaria situación social y laboral de los inmigrantes durante el estado de emergencia, el Estado portugués decidió regularizar por un período de tiempo fijo a todos los inmigrantes y refugiados cuyas solicitudes de residencia estaban pendientes en el SEF. Esta medida fue ampliamente aplaudida y tuvo un gran impacto en la prensa internacional, particularmente en los países de origen de inmigrantes que eligieron Portugal para vivir, garantizando el acceso a los mismos derechos que todos los demás ciudadanos, incluido el apoyo social y la atención médica. Esta iniciativa, limitada a un período específico y como medida urgente, podría revisarse y profundizarse para acelerar procedimientos importantes para garantizar condiciones legales y sociales a un número cada vez mayor de refugiados y migrantes en la mayoría de los países de Europa.

En las circunstancias de la pandemia, el acceso y la protección de los derechos de todos los ciudadanos es fundamental. Para poblaciones más frágiles, su vulnerabilidad es más obvia y más peligrosa y el acceso a los derechos es más distante. En tiempos de emergencias la mediación y los mediadores demuestran su importancia para proteger los derechos y activar los lazos sociales tanto por medio de las tecnologías digitales como cara a cara. Esto muestra un importante perfil profesional en la sociedad contemporánea ante la imprevisibilidad y la urgencia de acciones que contribuyan a la sostenibilidad y la cohesión social. Por eso es necesario ampliar y profundizar la capacitación y el reconocimiento profesional y formal de los mediadores sociales.

También es evidente la importancia de utilizar la mediación no presencial y la mediación en línea. Aunque esta no fue la primera circunstancia en la que los medios digitales se utilizaron para llevar a cabo mediaciones, ha sido un tema ampliamente discutido en foros profesionales. En el caso de la mediación social, se agregan condiciones específicas que ya se han discutido. Sin embargo, parece evidente la necesidad de tener en cuenta este recurso y, por lo tanto, garantizar una formación específica para que los mediadores lo lleven a cabo con calidad.

Otro aspecto resaltado recurrentemente por los mediadores en vista de las necesidades específicas que enfrentaron está relacionado con procedimientos éticos específicos, específicamente aquellos relacionados con la neutralidad y la imparcialidad.

lidad. Si bien sabemos que estos requisitos del rol de tercero, no implica una neutralidad ideológica, o carencia de preferencias axiológicas por parte de los mediadores como agentes de cambio de la cultura. En estas experiencias se mostraron bien la carga valorativa presente en los principios de la solidaridad y el respeto mutuo, el consenso y la tolerancia a las diferencias. Estos principios fueron esenciales en la promoción del diálogo y la cooperación como vías para la participación, la pluralidad y la promoción de la paz (Chausovsky, 2009). Así, se hace importante visitar los principios de la mediación y los argumentos más dogmáticos.

Todo esto lleva a considerar-se la necesidad de reflexionar sobre los campos de la mediación y las habilidades de los mediadores, además de afirmar la importancia reconocida por los mediadores a los informes escritos y la supervisión en equipo de sus prácticas, dimensiones esenciales para la evaluación y calidad de la mediación.

LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA PERUANA: EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL FRENTE AL COVID-19

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES*
MARÍA-PIA GUADALUPE DÍAZ DÍAZ**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. III. EL APORTE DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. IV. LA PERSPECTIVA PERUANA. EL PLANTEAMIENTO ORIGINAL DE CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y LA DINÁMICA. V. EL MARCO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO. VI. DECRETO SUPREMO N° 057-2020-PCM Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD. VII. RESPUESTA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y AUTORIDADES NACIONALES. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia del coronavirus COVID-19 (acrónimo del inglés *coronavirus disease 2019*) representa uno de los principales desafíos que enfrenta la humanidad en las últimas décadas. La cantidad de personas infectadas, fallecidas, perjudicadas, ha puesto en jaque todo el sistema planetario, y que hace recordar épocas oscuras como la peste negra medieval o la gripe española. Los Estados intentan realizar medidas para frenar o aletargar los efectos nocivos de la enfermedad, no obstante, el enemigo invisible aún se resiste a frenar sus pasos.

* Profesor de Derecho de Comercio Internacional en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor del curso *Nuevas Tendencias de derecho de las Personas y Familia* en la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la Universidad de Huánuco. Ha sido secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial N° 183-2017-JUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. Magíster por la Universidad de Bolonia. *Visiting Scientist* en la Universidad de Padua. Doctorando en Derecho en la Universidad de Turín (Italia).

** Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla (España). Candidata a magíster en Estudios Interdisciplinarios de Género por la Universidad de Salamanca (España). Doctoranda en Derecho en la universidad de Turín (Italia). Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia).

Entre las normativas que emitió el Estado peruano para restringir la circulación de las personas y evitar el incremento de los contagios se encuentra el Decreto Supremo N° 057-2020-PCM, por el cual se dispuso modificar el artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, que prorrogó el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19, del 02 de abril de 2020. En el referido decreto se había fijado la circulación por determinados días de la semana para hombres y mujeres, siguiendo, a primera lectura, un modelo estático sobre la identidad, que pudo, en alguna medida, afectar a las personas trans (transgénero y transexuales) en su aplicación. Si bien la referida norma fue dejada de lado por el ejecutivo, puso en el escenario el debate sobre los alcances del derecho fundamental a la identidad personal. Este ensayo pretende examinarlo a la luz de los desarrollos realizados a nivel de la doctrina jurídica, como su evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como del Tribunal Constitucional del Perú, para finalmente llamar la atención sobre la necesidad de una ley de identidad de género, que pueda tutelar plenamente este derecho existencial de la persona.

II. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

La persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. En efecto, la persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es *ser libertad*¹. La identidad personal supone ser *uno mismo* y no otro. La *identidad* del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica mediante un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de aspectos en que consiste la existencia, así como por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Es la «*verdad personal*», el derecho a ser uno mismo². La identidad personal no es sino la síntesis de la historia vital de cada persona³, que permite reconocerse en el vivir comunitario. Es la exigencia de ser uno mismo⁴. No solo se constituye por los datos objetivos, sino también por la proyección social de la vida de la persona⁵.

El sujeto, la persona, libra una guerra civil consigo mismo para afirmar y reafirmar su identidad personal, dentro de la gama de las relaciones sociales-comunitarias. Es, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, padre de este derecho existencial en América Latina, un incesante combate, una lucha, con la finalidad que se le considere por los demás como tal, como verdaderamente es, sin

¹ Fernández Sessarego, Carlos, «Un nuovo modo di fare Diritto», en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza Genova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, pág.231.

² Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bologna, 2003, pág. 9.

³ Zeno-Zencovich, Vincenzo, «Identità personale», en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, volumen IX, Utet, Turín, 1993, pág. 294.

⁴ Dogliotti, Massimo, «I. Le persone fisiche», en: *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, 2. Persone e famiglia, Utet, segunda edición, Turín, 1999, pág. 146.

⁵ Finocchiaro, Giusella, «Identità personale (diritto alla)», en: *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, Aggiornamento, Turín, 2010, pág.725.

desnaturalizaciones ni deformaciones⁶. La identidad es una compleja y constante lucha para afirmar que *soy yo* y evitar caer en la multiplicidad de circunstancias y situaciones en las que cada persona tendría que expresar que *no soy yo mismo*, debido a que el ser humano no es una máquina, ni un autómatas, sino un ente que se hace, deviene en toda su existencia».

Es, en palabras de uno de los juristas italianos que más ha estudiado este derecho, Adriano de Cupis, el derecho a ser uno mismo, con nuestras propias características y acciones, que se constituye en la verdad de la persona, que no puede, en sí y por sí, ser destruida: que la verdad, por ser precisamente así, no puede ser eliminada⁷. En esa línea, otro sector importante de la doctrina italiana (la experiencia jurídica en Europa donde más se ha ahondado sobre la materia), ha señalado que el derecho a la identidad personal es el derecho por el cual los aspectos del sujeto y de su vida sean tutelados en atención al principio de verdad, evitando sus distorsiones⁸. En tal sentido, la identidad personal consiste en ser *uno mismo* y no otro, pese a su integración social. Este perfil de la existencia, que es la *mismidad* del ser, se erige como un primordial interés personal que exige la protección jurídica, al lado y de la misma forma que sucede con otros intereses fundamentales de la persona, como son la vida o la libertad⁹. Tratar sobre el derecho a la identidad personal implica necesariamente hacer referencia de los desarrollos realizados por la cultura jurídica italiana, que fue la fuente de primordial para que Carlos Fernández Sessarego desarrollara su teoría sobre el referido derecho¹⁰, por lo que trataremos algunos de los aportes peninsulares sobre la materia.

III. EL APORTE DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

El derecho a la identidad personal en la experiencia italiana ha sido considerado como emergente, un nuevo derecho fundamental del sujeto, el producto de la jurisprudencia madurada a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado¹¹.

Se puede encontrar que, ya en los años cincuenta y sesenta, comienza a evidenciarse una tendencia a superar la visión restrictiva, estática de la identidad, a favor de una perspectiva más amplia¹². En esta impronta se puede encontrar, como

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, «El derecho a la identidad personal», en: *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Cultura Cuzco S.A., Lima, 1990, pág. 61.

⁷ De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982, pág. 399.

⁸ Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto privato*, vigésima tercera edición, al cuidado de Franco Anelli y Carlo Granelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, pág. 148.

⁹ Fernández Sessarego, Carlos, «El derecho a la identidad personal», en: *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, pág. 148.

¹⁰ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, segunda edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pág. 52.

¹¹ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 35.

¹² Trucco, Laura, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, pág. 208.

una de las figuras mayores, a Adriano de Cupis (fallecido el 21 de octubre de 2005). Para este jurista el derecho a la identidad personal tiene por objeto un bien que constituye una cualidad, el modo de ser de la persona: la forma de *ser uno mismo*, que comprende también su relación con la sociedad, la comunitaria, donde vive¹³.

De acuerdo al planteamiento de De Cupis, el centro de la identidad personal es el interés de la persona en aparecer, en el plano social, como realmente es, por lo que la tutela de la identidad personal se realiza a través de la atribución a la persona del derecho al uso exclusivo de ciertos signos distintivos (nombre, pseudónimo, por ejemplo)¹⁴, en forma de excluir posibles confusiones con otros miembros de la sociedad. Así el derecho a la identidad personal es un derecho subjetivo de la persona, esencial e innato, de alcance general, y que encuentra su aplicación particular en la imagen, nombre, seudónimo y el derecho de rectificación. El interés de este derecho no es solo la identificación *erga omnes* de la persona, sino también a la *representación social* del sujeto, el interés por el cual la expresión personal no sea cambiada mediante la atribución incorrecta de determinados hechos o situaciones relacionados con su vida¹⁵.

Dejando de lado posiciones de perplejidad sobre la existencia de este derecho¹⁶, la evolución de su concepción jurídica de la identidad personal en la cultura jurídica italiana se consolidó entre los fines de la década de los setenta y el inicio de los ochenta del siglo XX, como consecuencia de la evolución jurisprudencia. Como bien anota Giorgio Pino¹⁷, de la primigenia consideración de la identidad como suma de signos distintivos, y por ende como individualidad *física* de la persona en el ámbito de un determinado contexto social, la doctrina italiana arriba a la noción de identidad como *individualidad personal*, vale decir como imagen social que el sujeto proyecta de sí mismo respecto al conjunto de las ideas, de las convicciones, de las posiciones políticas y todo lo que constituya expresión externa del patrimonio del sujeto. Como es evidente, esto representa un salto de calidad, lo que llevó al profesor Pietro Rescigno a declarar que puede encontrar menores aversiones y desconfianzas y puede servir para proporcionar una respuesta positiva al problema que aquí ha emergido, de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad¹⁸.

Se ha considerado que la moderna perspectiva del derecho a la identidad personal inicia una nueva estación en la tutela jurídica de la persona¹⁹, diferenciándolo de sus manifestaciones particulares (especialmente el nombre).

A nivel jurisprudencial, fue la precursora sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de 1974, el acta bautismal del reconocimiento del derecho a la identidad

¹³ De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, p. 403.

¹⁴ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 35.

¹⁵ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 36.

¹⁶ Falzea, Angelo, «Il diritto all'identità personale: motivi di perplessità», en: AA.VV., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Giuffrè editore, Milán, 1985, pág. 88.

¹⁷ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 42.

¹⁸ Rescigno, Pietro, «Conclusioni», en: Alpa, Guido; Bessone, Mario y Boneschi, Luca (al cuidado de), *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padua, 1981, pág. 189.

¹⁹ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 43.

personal en Italia²⁰. En esta sentencia se llega a declarar que «el ordenamiento jurídico tutela el derecho de cada uno a no ser desconocida la paternidad de las propias acciones y, especialmente, no atribuirse la paternidad de actos no suyos, y no ser alterada la propia personalidad individual»²¹. En tal sentido, el derecho a la identidad personal es el derecho de cada persona a ser representada, en la realidad social y en sus relaciones personales, con su verdadera esencia, así como es conocida en el contexto en que vive y desarrolla su vida²². Por ello, anotaba magistralmente un jurista tan agudo como fue Stefano Rodotà²³, que la identidad personal es una cuestión abierta en el tiempo.

Otro de los pasajes neurálgicos del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la identidad fue la sentencia n° 3769, emitida en la Corte de Casación del 22 de junio de 1985. En este pronunciamiento la suprema magistratura manifestó que «cada sujeto tiene interés, considerado generalmente merecedor de tutela jurídica, de ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, así como esta en el realidad social, general y particular, es conocida o podía ser conocida con los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva; es decir, tiene interés en no verse al exterior alterado, cambiado, en el contexto de su patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc.»²⁴.

También la Corte Constitucional de Italia, mediante sentencia n°13 del 3 de febrero de 1994 estableció que el derecho a la identidad personal constituye un bien por sí mismo, independientemente de la condición personal y social, de las virtudes y de los defectos del sujeto, por lo que se le reconoce el derecho a que su individualidad sea preservada²⁵.

IV. LA PERSPECTIVA PERUANA. EL PLANTEAMIENTO ORIGINAL DE CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y LA DINÁMICA

El derecho a la identidad personal era prácticamente desconocido tanto en el Perú como en el resto de países latinoamericanos a la década de los años ochenta del siglo XX. Es sólo en la última década del referido siglo donde aparecen los primeros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de este derecho que, junto con el derecho a la vida y el derecho a la libertad, constituye el núcleo de los derechos fundamentales de la persona. Es el libro del recordado maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (Callao, 06 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019) *Derecho a la identidad personal*, publicado por Astrea de Buenos Aires en 1992, el principal aporte doctrinario en América Latina sobre el tema.

Para Fernández Sessarego²⁶ la identidad personal se presenta como un primordial interés existencial que merece tutela jurídica. Es, por ende, una situación

²⁰ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 65.

²¹ Citada por Gambaro, Antonio, «Diritti della personalità», en: *Rivista di Diritto Civile*, parte II, Cedam, Padua, 1981, pág. 519.

²² Nivarra, Luca; Ricciuto, Vincenzo y Scognamiglio, Claudio, *Diritto privato*, G. Giappichelli editore, quinta edición, Turín, 2019, pág. 171.

²³ Rodotà, Stefano, *Diritto d'amore*, Editori Laterza, Bari, 2017, p.128.

²⁴ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 79.

²⁵ Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, pág. 95.

²⁶ Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, pág. 117.

jurídica por la cual el sujeto tiene el derecho a ser representado fielmente en su protección social. Teniendo el sujeto el derecho a que se le conozca y defina de acuerdo a su *verdad personal*, tal como es, sin desfiguraciones, sin alteraciones, sin falseamientos, sin distorsiones o desnaturalizaciones de sus características, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser *el mismo* y no *otro*. Supone, por ende, este derecho la exigencia del respeto de la propia biografía.

La identidad personal de acuerdo a la teoría del jusfilósofo peruano posee dos tipos de componentes que integran una unidad inescindible. Surge como resultado de una información genética de base que es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son elementos que conforman la identidad estática en cuanto ella es invariable. No obstante, la identidad se complementa con un plexo de atributos, características y rasgos de la persona. Estos datos, a diferencia de los biológicos, pueden cambiar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la persona constituye el elemento dinámico de la identidad, que se encuentra compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del ser humano, entre otros. Este conjunto de características que individualizan a la persona se exteriorizan, proyectándose al mundo social y permiten a los demás identificar al sujeto en la comunidad. La identidad personal no se agota en los alcances conceptuales de lo que se suele definir como *identificación*, noción que no abarca los aspectos propios de la persona. La identidad personal, abarcando también la identidad sexual²⁷, es una noción comprensiva de todas las calidades del ser humano.

Con la incorporación del derecho a la identidad personal en la Constitución peruana de 1993 se abre un nuevo capítulo en la constante evolución de los derechos de la persona en el Perú. No obstante, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, si bien no fue posible que el derecho a la identidad personal fuera regulado por el Código Civil de 1984, fue introducido dentro del numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993²⁸, por influencia suya²⁹.

²⁷ Sobre el tema de la identidad sexual, en relación a la problemática del transexualismo, véase a Patti, Salvatore, «Transsexualismo», en: *Digesto*, volumen XIX, sezione civile, Utet, IV edizione, Turín, 1999, pág. 416. Stanzione, Pasquale, «Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982», en: *Observatorio de Derecho Civil*, tomo IV: La persona, Motivensa editora Jurídica, Lima, 2010, págs. 213 y ss.

²⁸ Uno de los más notables civilistas peruanos, el Prof. Yuri Vega Mere señala que «el afán y la pasión que puso sobre este nuevo derecho Fernández Sessarego, desconocido hasta entonces en la doctrina latinoamericana, ha sido la razón por la cual la Constitución de 1993 ha recogido expresamente este valor fundamental del ser humano, en el inciso 1 del artículo 2. A él debemos la presencia de esta nueva situación jurídica subjetiva en nuestro ordenamiento, que es el primero que la acoge en su más amplia acepción [...]»: Vega Mere, Yuri, «Personas naturales: nuevas propuestas», en Walter Gutiérrez Camacho (ed.), *Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, t. 1, Lima: Gaceta Jurídica, 1995, pág. 54.

²⁹ «La Constitución de 1993 tuvo también inspiraciones audaces. Por ejemplo, el moderno derecho a la identidad fue introducido por Carlos Torres y Torres Lara a iniciativa de Carlos Fernández Sessarego»: Ramos Núñez, Carlos, *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018, pág. 110.

V. EL MARCO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS TRANS: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la Convención Americana protege el derecho a la identidad, el cual se erige de la interpretación del derecho a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad, de esta manera la ha definido como «el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso»³⁰. De igual manera, ha reconocido que de este derecho se desprende un derecho a la identidad de género el cual concibe como «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento»³¹. Así respecto al proceso de reconocimiento de la identidad de las personas trans, señala que los Estados deben considerar que «(...) el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se debe someter a los solicitantes al sometimiento a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida u otros que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba, por tanto el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante.»³² Asimismo, (...) los certificados médicos, psicológicos o psiquiátricos que se suelen requerir en este tipo de procedimientos, la Corte entiende que además de tener un carácter invasivo y poner en tela de juicio la adscripción identitaria llevada a cabo por la persona, descansan en el supuesto según el cual tener una identidad contraria al sexo que fue asignado al nacer constituye una patología³³. Finalmente también se pronuncia sobre (...) no podrá requerir que se lleven a cabo intervenciones quirúrgicas totales o parciales ni terapias hormonales, esterilizaciones o modificaciones corporales para sustentar el requerimiento, para otorgar lo solicitado o para probar la identidad de género que motiva dicho procedimiento, por cuanto podría ser contrario al derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana³⁴.

Aunado a ello, en anteriores pronunciamientos de naturaleza contenciosa como son los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), *Duque vs. Colombia* (2016) y *Flor Freire vs. Ecuador* (2016), ha dejado claro que la orientación sexual y la identidad de género de las personas, son categorías protegidas por Convención.

En Perú actualmente no existe una ley específica de protección del derecho a la identidad de las personas trans, pero lo que sí existe es la protección constitucional. En efecto, la Constitución Política del Perú regula en su artículo 2 que: «Toda persona tiene derecho: 1. (...), a su identidad (...).» Respecto a este derecho, el Tribunal

³⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Párr. 90.

³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 94.

³² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 129.

³³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 130.

³⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 146.

Constitucional del Perú ha desplegado un desarrollo jurisprudencial bajo tres sentencias de gran relevancia para el análisis del tema.

Este desarrollo se dio inicio en 2006 con el caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, el cual consideramos el antecedente más importante en la materia, dado que, en atención a la correlación entre los derechos fundamentales y la dignidad humana, por primera vez se otorga un contenido al derecho a la identidad personal como elemento esencial para garantizar una vida digna³⁵. En esta sentencia además se define al sexo del individuo, como aquel compuesto por diversos elementos, incluyendo el psicológico y social. En línea con ello agrega que «al momento de nacer la persona solo se toma en cuenta el sexo anatómico, ya que la personalidad del recién nacido, que expresará su identidad, recién comenzará a desarrollarse.»³⁶ Define el derecho a la identidad como «El derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)»³⁷.

Con esto se evidencia que el Tribunal Constitucional asume una postura sobre el sexo de las personas que va más allá del aspecto únicamente biológico, considerando también los elementos psicosociales en su composición y que éste se desarrolla a lo largo de la vida en línea con la personalidad de cada uno, aunque no llega a incluirlo en la clasificación como un componente subjetivo o dinámico de la identidad. Cabe señalar que en esta sentencia se admite el cambio de nombre de la demandante, en atención a que lo solicitado se restringió solo a ese extremo.

Seguidamente, en 2014 con el caso Pamela Estela Mendoza Moreno, el Tribunal Constitucional adopta una posición estrictamente biologicista sobre el sexo de las personas y sostiene que «para el Derecho entonces el sexo viene a ser el sexo biológico, el sexo cromosómico o genético instaurado en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que determina el sexo femenino o masculino: cromosomas XX (femenino), cromosomas XY (masculino). La diferencia entre los sexos responde, pues, a una realidad extrajurídica y biológica que debe ser constitucionalmente respetada por fundarse en la naturaleza de las cosas (artículo 103 de la Constitución), y en tanto que la ciencia aporta que el sexo cromosómico no se puede cambiar, el sexo es indisponible para el individuo.»³⁸

Como podemos advertir, en esta sentencia se asume la doctrina de la indisponibilidad del sexo de las personas, considerando que este tiene un carácter objetivo dentro de la clasificación realizada en la sentencia anterior, en la cual no se llegó a establecer como un elemento dinámico. Nótese que al definir al sexo solo

³⁵ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente nro. 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 7.

³⁶ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente nro. 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 15.

³⁷ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente nro. 2273-2005-PA/TC, de 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 21.

³⁸ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente nro. 0139-2013-PA/TC de 18 de marzo de 2014, fundamento jurídico 5.

considera el elemento biológico, dejando de lado el componente psicosocial. Toma provecho entonces de la clasificación abierta que dejó la sentencia anterior y posiciona al sexo en el plano objetivo, debiendo quedar ello establecido en el registro civil como una exigencia constitucional. Esto trajo como consecuencia fatal, la vulneración del derecho de acceso a la justicia de las minorías trans, dado que se estableció que no procedía solicitar este tipo de reconocimiento. Recordemos que la identidad personal como un derecho fundamental basado en la dignidad de las personas, permite su exigencia de protección ante los órganos jurisdiccionales, sin embargo, a través de esta sentencia se cerró esta facultad, negando la posibilidad a las personas trans tener un documento de identidad que refleje su identidad sentida y vivida.

Finalmente, en 2016 con el caso Ana Romero Saldarriaga, el Tribunal Constitucional deja sin efecto la doctrina del fallo anterior para dar paso a una concepción mejor elaborada del derecho a la identidad en sus ambas vertientes. Señalando que «la realidad biológica, a tenor de lo expuesto, no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues éste, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia [...] se caería en un determinismo biológico que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física y ello obviaría que el ser humano es un ser también psíquico y social.»³⁹ Partiendo de ello, se reconoce la existencia de un derecho a la identidad de género, como aquel que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal, y que define como ese «(...) conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano y que le permite distinguir de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como «hombre» o «mujer», es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad»⁴⁰.

Como consecuencia de este último fallo constitucional, el reconocimiento del derecho a la identidad de las personas trans viene siendo atendido por la judicatura ordinaria a través del proceso sumarísimo. Máxime que también exhorta al Estado peruano a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para asegurar a estas minorías el goce y ejercicio de su derecho a la identidad en condiciones de igualdad, lo que no se ha logrado hasta la fecha. Por ende, se continúa sometiendo a las personas trans a un proceso judicial para el reconocimiento de su identidad, que si bien se desarrolla en la vía sumarísima, de todas maneras implica un tiempo de espera considerando la carga procesal, la decadencia del sistema judicial peruano y sobre todo un corto conocimiento de nuestros jueces en materia de diversidad. Asimismo, dada la actividad probatoria de todo proceso judicial y la falta de claridad de la sentencia constitucional, en cuanto a los requisitos para su reconocimiento o la viabilidad de enmarcarlo en el principio de la autodeterminación, puede poner en peligro otros derechos fundamentales como la integridad física y la igualdad ante la ley.

³⁹ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente nro. 6040-2015-PA/TC de 21 de octubre de 2016, fundamento jurídico 13.

⁴⁰ Perú. Tribunal Constitucional. Sentencia del expediente nro. 6040-2015-PA/TC de 21 de octubre de 2016, fundamento jurídico 14.

Con esta última sentencia del Tribunal Constitucional peruano, vemos como el desarrollo de la jurisprudencia constitucional ha conducido al reconocimiento de un nuevo derecho, como consecuencia de una interpretación evolutiva de la Constitución y en amparo del artículo 3 de la misma. Esto con la finalidad de proteger los derechos constitucionales de aquellos grupos minoritarios que no se encontraban en la mirada del debate del constituyente de 1993 y que también constituyen derechos humanos como ha sido reconocido por la Corte Interamericana. Por ello, la labor interpretativa del Tribunal Constitucional ocupa una función de vital importancia para la protección de los derechos, en atención a que la Constitución es una norma de mínimos. En ese sentido, consideramos que el avance en la materia es neto, en donde hemos pasado de un criterio constitucional estrictamente biologicista a uno centrado en la diversidad de la persona como ser psíquico y social.

Podemos señalar que la problemática peruana actual ya no se centra en lograr el reconocimiento del derecho sino en la forma y alcances de este reconocimiento. La sentencia señalada no llega a elaborar una doctrina completa basada en la autodeterminación, por lo que quedan dudas al momento de su aplicación a los casos concretos, es decir, si se trata de un modelo constitucional basado en la autodeterminación o la heteroasignación. Criterio que será de vital importancia tener claro en atención a los efectos que pueden recaer sobre las personas trans en uno u otro caso. Considerando que por la autodeterminación primará la decisión libre e informada de la persona solicitante, mientras que por la heteroasignación la decisión de la persona deberá estar acompañada de pruebas sobre su identidad (diagnósticos médicos, modificaciones corporales, entre otros). Siendo tarea de los jueces ordinarios su interpretación, la que consideramos deberá realizarse también a las luces del criterio interpretativo adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la reciente Opinión Consultiva OC-24/17.

De esta manera, es necesario entender la importancia del oportuno reconocimiento de la identidad de las personas trans sin que se presenten obstáculos para ello, en tanto que, recordemos se trata de una población minoritaria históricamente discriminada, que para incluirse en la sociedad trata de *invisibilizar* su apariencia trans a través de cambios físicos que afectan su salud. Se ven obligados, muchas veces, a ir en contra de sus más profundos deseos de cómo llevar su propio cuerpo, sometándose a tratamientos médicos e incluso operaciones que deben solventar ellos mismos para *encajar* en las categorías binarias mujer/hombre y poder ser aceptados en una sociedad que rechaza lo diverso. Pese a todo ello, la gran mayoría no logrará esa aceptación anhelada, de ahí que vean dificultada su inclusión y el efectivo ejercicio de sus derechos como personas. La discriminación se presenta como barrera para que este grupo minoritario pueda ejercer en igualdad de oportunidades sus derechos. El acceso a la salud o al mercado formal de trabajo como principales derechos negados a este grupo que los reduce a condiciones precarias de vida, cuya supervivencia en su mayoría sobretodo de las mujeres trans se asienta en el ejercicio de la prostitución y con ello padecer un doble rechazo social en todos los ámbitos. Esto se confirma con la reciente encuesta sobre colectivo LGBT aplicada en Perú⁴¹, por la cual 4 de cada 10 encuestados respondieron que no estarían dispuestos a contratar a una persona trans, asimismo los resultados mostraron que la población LGBT es una de las más discriminadas en el Perú.

⁴¹ II Encuesta nacional de Derechos Humanos: Población LGBT, aplicada en noviembre de 2019.

En ese sentido, el reconocimiento del derecho a la identidad de género se muestra como un logro sustancial, en tanto que constituye el reconocimiento constitucional de este grupo minoritario, su existencia, y que obliga su atención por parte de los poderes públicos, a través de políticas y normativa que logre su inclusión social y el efectivo ejercicio de sus derechos. Por otro lado, poder tener en las manos un documento de identidad que refleje su identidad sentida y vivida, refuerza el poder ejercitar los derechos y exigir también su respeto conforme a su condición. Siendo necesario y consideramos es una tarea pendiente del Tribunal Constitucional o de la legislación que se elabore, el establecer el criterio del reconocimiento, el cual debe considerar la autodeterminación de la persona en su diversidad, sin la exigencia de requisitos abusivos que vulneren derechos, perpetúen su patologización u obstaculicen su oportuno reconocimiento.

VI. DECRETO SUPREMO N° 057-2020-PCM Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD

El pasado 2 de abril, en el marco de las medidas implementadas por el gobierno peruano para la lucha contra el Covid-19, se publicó el Decreto Supremo N° 057-2020-PCM por el cual se incorporó el numeral 3.8 al artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM sobre Prórroga del Estado de Emergencia Nacional. Disponiendo, respecto a la medida de inmovilización social obligatoria, que «para la adquisición de víveres o productos farmacéuticos, solo está permitido el desplazamiento de una persona por núcleo familiar. Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día. Para la aplicación y control de la presente disposición, queda prohibido cualquier tipo de discriminación (art. 3.8)».

Esta disposición de tránsito nos llevó a preguntarnos ¿qué pasa con las personas trans? Como hemos visto en el desarrollo jurisprudencial en Perú hemos llegado al reconocimiento del derecho a la identidad de género y que esto se vea reflejado en el documento nacional de identidad, sin embargo queda pendiente aún definir la forma y alcances de dicho reconocimiento, por lo que su aplicación práctica todavía presenta muchas deficiencias, producto de ello es que gran parte de estas minorías trans aún no vea reconocido de manera oficial su sexo sentido y vivido en el documento de identidad y, por ende, no reciban un trato jurídico como el género con el que se identifican, sin estigmatizarlos, discriminarlos o sancionarlos por ello.

La referida disposición contenía en la parte final del primer párrafo: «queda prohibido cualquier tipo de discriminación», a la que se sumó la declaración del Presidente de la República, así como las declaraciones de algunos ministros que respaldaron la posición estatal, de que no se verificaría el sexo que figura en el documento nacional de identidad sino mediante la apariencia de la persona, lo que expresa su verdad existencial. Sin embargo, la realidad nos mostró la otra cara de la moneda y a partir de la puesta en marcha de esta medida y durante los 8 días de su vigencia fuimos testigos, a través de los noticieros y redes sociales, de los abusos cometidos por la Policía Nacional. En los cuales se les detenía a las personas trans en la calle para solicitarles el documento de identidad y se les juzgaba por el sexo ahí consignado pese a que su apariencia indicaba lo contrario, también la imposición de castigos como ponerlos a realizar ejercicios físicos, pro-

nunciar frases como «quiero ser hombre» hacia las mujeres trans, entre otras vejaciones seguidas de burlas en un claro atentado a su dignidad humana. Estos actos de discriminación representan una violación a los derechos humanos, que vulneraban el derecho al libre tránsito, incluso dentro de los días que podían hacerlo de acuerdo a su apariencia, ocasionándoles intimidación, un claro obstáculo en el ejercicio de sus derechos.

Esta medida fue dejada sin efecto a través del Decreto Supremo 064-2020-PCM, publicado el 10 de abril de 2020. No obstante, los hechos nos revelan que en la sociedad peruana y en las propias autoridades existe un alto rechazo a las minorías trans, lo que se traduce en la desigualdad y discriminación que ya venían sufriendo a lo largo de la historia y que se acentúan en situaciones de emergencia con la restricción de derechos fundamentales.

VII. RESPUESTA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES Y AUTORIDADES NACIONALES

Sobre los diferentes hechos de violación de derechos humanos que se vienen suscitando en los Estados, los organismos internacionales de Derechos Humanos emitieron una serie de pronunciamientos en pro del respeto de los Derechos Humanos de los grupos de especial vulnerabilidad como son la población LGBTI. Tal es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la declaración 1/20, de 9 de abril, instó a los Estados a abordar la problemática de la pandemia con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Resolución 1/2020 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, de 10 de abril, señala la necesidad de prestar atención al impacto que tienen las medidas de emergencia frente a la pandemia, en los derechos humanos de grupos históricamente discriminados, como es el caso de las personas trans.

En la misma línea, la Comisión emitió el Comunicado de Prensa de 20 de abril de 2020, donde manifestó su preocupación en razón de que estas medidas puedan conllevar riesgos para los derechos de las personas LGBTI y derivar en actos de discriminación y violencia, poniendo de ejemplo el caso peruano y panameño. En atención a que «la policía y otras fuerzas de seguridad de los Estados de la región comparten las mismas actitudes y prejuicios contra personas LGBTI que prevalecen en la sociedad en general». Llamando a los Estados a «adoptar políticas de sensibilización dirigidas a las fuerzas del orden público y a las autoridades judiciales en materia de identidad y expresión de género, que tomen en cuenta que las personas trans y de género diverso, frecuentemente, no cuentan con un documento de identificación personal que refleje de manera adecuada su identidad y/o expresión de género».

Es importante agregar también que a través de la Sentencia del caso Azul Rojas Marín vs. Perú, recientemente se ha condenado al Estado peruano por violación de los derechos a la libertad e integridad personal, a la vida privada, a no ser sometido a tortura, a las garantías judiciales y a la protección judicial. Azul Rojas Marín es una mujer trans, que el 25 de febrero de 2008 durante la noche, se dirigía a su casa cuando fue detenida arbitrariamente por agentes de la Policía Nacional, quienes la obligaron a subir al vehículo policial bajo golpes e insultos, posteriormente en la Comisaría fue desnudada forzosamente, golpeada, torturada y finalmente violada sexualmente por vía anal con una vara policial. En esta sentencia la

Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que «en la sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGBTI, que en algunos casos llevan a la violencia [...] La violencia en algunas ocasiones es cometida por agentes estatales, incluyendo efectivos de la policía nacional y del serenazgo, tal como se alega que ocurrió en el presente caso»⁴².

Efectivamente, lo concluido en esta reciente sentencia es un claro reflejo de la realidad que viven día a día las personas trans y en general la población LGBTI en el Perú y que muchas veces suele quedar invisibilizada. Con ello también se corrobora los hechos sucedidos durante el periodo de vigencia del Decreto Supremo 057-2020-PCM de 2 de abril, con los abusos y la discriminación perpetrada por la Policía Nacional. Siendo necesaria la urgente implementación de las medidas impuestas al Estado peruano, dentro de las cuales se destaca «[...] adoptar un protocolo de investigación y administración de justicia durante los procesos penales para casos de personas LGBTI víctimas de violencia; crear e implementar un plan de capacitación y sensibilización sobre violencia contra las personas LGBTI a los agentes estatales; diseñar e implementar un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI; eliminar el indicador de erradicación de homosexuales y travestis de los Planes de Seguridad Ciudadana de las Regiones y Distritos del Perú»⁴³.

Esta problemática también fue advertida por la Defensoría del Pueblo, a través del Informe 12-2020-DP, de 9 de abril, sobre situación de personas de especial protección a propósito de la declaratoria de emergencia sanitaria, en el cual menciona cómo estas medidas adoptadas han ocasionado afectaciones a los derechos a la integridad e identidad de las personas LGBTI. Tal es así que reitera la recomendación realizada al Congreso de la República referida a la aprobación de una ley específica en la materia y la realización de capacitaciones del personal de la Policía Nacional, en temas de igualdad y no discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género de las personas LGBTI. Cabe señalar que la Defensoría del Pueblo ha venido recomendando estas medidas desde el 2016, a través del Informe Defensorial nro. 175 y del Informe de Adjuntía 007-2018-DP/ADHPD.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es necesario reconocer que los derechos de las personas LGBTI son derechos humanos, que esta población históricamente discriminada también sufre las consecuencias del sistema sexo-género, a través de la cual son violentados u obstaculizados en el ejercicio de sus derechos por apartarse de los patrones socialmente contruidos sobre la genitalidad de las personas. De no aceptar ni comprender que las personas son diversas, que son idénticas a sí mismas, que en atención a la libertad como seres con dignidad pueden proyectar su vida conforme a sus más profundas aspiraciones, entendiendo que la identidad es parte del proyecto de vida. El no reconocimiento de sus derechos humanos, es negarle su condición de seres con dignidad, de establecer diferencias por su identidad diversa, cuando la dignidad de las personas está por encima de las características que pueda tener cada persona. Recordemos que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos y que las constituciones políticas adoptan tanto como principio y como derecho subjetivo, en

⁴² Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Párr. 51.

⁴³ Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín vs. Perú. Puntos resolutivos nro. 13-16.

ese sentido los derechos fundamentales tienen un doble carácter siendo uno de ellos que impone a los poderes públicos el deber positivo de proteger ese derecho, lo que hasta ahora no se ha realizado respecto al derecho a la identidad personal.

Tampoco es suficiente la mera positivización del derecho, sino que esto debe involucrar también su efectivización en la realidad, para lograr la igualdad real y material, la que se traduce en la igualdad de oportunidades para su acceso y su disfrute por parte de todas las personas, a través de las disposiciones normativas y políticas públicas enfocadas en ello. Es momento de preocuparnos por esa parte tan importante que falta desarrollar que es la igualdad real y material, de lo contrario estaríamos admitiendo que los derechos solo pueden ser ejercidos por una parte y que la otra, por sus características, no pueden acceder a ellos, vulnerando el fin supremo de todos los derechos fundamentales que es el reconocimiento de la dignidad de las personas por el hecho de ser personas, independientemente de cualquier característica. Los hechos ocurridos durante los 8 días de vigencia del Decreto Supremo 057-2020-PCM, son una muestra clara de cómo entiende y responde la sociedad peruana y las autoridades ante las personas trans: con violencia y discriminación. Hechos que durante mucho tiempo se han encontrado invisibilizados y que sigue siendo así en la mayoría de casos, pues son pocos quienes se atreven a denunciar, precisamente porque quienes deberían defenderlos también son quienes violan sus derechos, y aquí nos remitimos también al triste caso de Azul Rojas Marín. Esta problemática social se intensifica en tiempos de emergencia como en el que nos encontramos actualmente producto del Covid-19 con la limitación de algunos derechos fundamentales. Es por ello que antes de adoptar las medidas pertinentes para la contención del virus, se consideren las consecuencias y prevean los mecanismos necesarios para evitar un grave impacto no solo en los grupos LGBTI, sino también las mujeres, las personas con discapacidad, y en general quienes integran los grupos con mayor vulnerabilidad. Esto es, como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aplicar un enfoque de derechos humanos.

En la misma línea, esta situación debe servir para replantearnos la necesidad de una ley específica en la materia, que les reconozca un proceso basado en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin la exigencia de requisitos invasivos y abusivos como certificaciones médicas o psicológicas, o de operaciones quirúrgicas o tratamientos hormonales que son contrarios a la integridad personal. La naturaleza del proceso de reconocimiento debe ser administrativo o notarial libre de escrutinio y validación externa de la identificación sexual y de género de la persona que lo solicita, como lo ha indicado el máximo tribunal de garantía de los derechos humanos en la región. La falta de desarrollo legislativo en la materia y mientras no se tenga reconocida la identidad sentida y vivida, constituye una negación al derecho a la identidad de las personas trans, estamos negando esta realidad, la existencia de estas minorías, que merecen la tutela oportuna de sus derechos. No olvidemos que las democracias no solo implican el gobierno de mayorías, sino el respeto por los derechos de las minorías.

CONTRIBUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL CAMPO DE FAMILIA EN COLOMBIA E ITALIA AVANCES DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA EN CONFLICTOS DE CARÁCTER FAMILIAR

MARÍA INÉS LAVERDE
Profesora de la
Universidad Católica de Colombia

La aplicación del Derecho de Familia en Colombia se desarrolla en un ambiente con alto grado de informalidad: muchísimas uniones de hecho, y una muy deficiente educación para la convivencia, abundante y oculta violencia intrafamiliar, que da como resultado un panorama familiar con muchos problemas por resolver y con una frecuencia que supera rápidamente la aplicación de la Justicia Ordinaria. En estas circunstancias se vuelve indispensable la aplicación de métodos alternativos que ayuden en la solución de los problemas consecuentes. Es por esto que a nivel internacional se está creando la conciencia necesaria para tratar de solucionar los conflictos de una forma pacífica y negociada que preserve la dignidad de las personas. Considero importante analizar y resaltar qué significan estas dos figuras que son parte de los denominados medios (métodos, mecanismos, medidas) alternativos (alternos, adecuados, apropiados) de resolución (solución) de conflictos (disputas) o MARC. Se caracterizan por contar con un tercero denominado mediador o conciliador que conduce el proceso para que dos o más partes en conflicto busquen una solución de común acuerdo. Lo que hacen tanto la conciliación como la mediación es que se logre un acceso a la justicia. La mediación forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia y * Universidad Católica de Colombia M.I. Laverde 160 que los resultados observados indican que realmente pueden llegar a cumplir, en mayor o menor grado¹.

Igualmente, la Corte Constitucional hace una descripción de estos mecanismos teniéndolos como instrumentos que contribuyen enormemente a que los particulares tengan un acceso a la justicia para resolver sus conflictos: «Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1196 de 2001, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>.

judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos²».

En América Latina existen escuelas y tratadistas donde se investiga y profundiza en esta disciplina a nivel del viejo continente, también, pero encontramos que se trata no solo de la conciliación, sino diversos métodos de solución de conflictos y observamos que se tiene la conciliación en Colombia, mientras en Italia tiene este mismo MASC como la mediación. La conciliación ya se ha venido posicionando como una disciplina importante a nivel universal para solucionar los conflictos. El ser humano por naturaleza es conflictivo, como se afirma en la revista de filosofía ekasia³, este conlleva algo positivo, que puede reaccionar, reconocer que existe y finalmente puede intentar buscar una solución.

Es así, que ya crea conciencia para combatirlo. Tratar de solucionar los conflictos de una forma pacífica, dialogada y negociada. En Colombia encontramos el MASC mediación y aunque tiene similitudes con la conciliación no es lo mismo, pero considero que lo importante es que los dos buscan resolver conflictos la mediación busca a un tercero facilitador colabora con las partes para que en conjunto construyan la solución de un conflicto y logran así establecer acuerdos. La conciliación es un mecanismo alterno de solución de conflictos través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral calificado denominado conciliador. Ilustrar a las partes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.

Motiva para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia. Formula propuestas de arreglo funciones del conciliador, art. 8 de la Ley 640 2001⁴, normas relativas a la conciliación. La diferencia entre conciliación ha suscitado muchas discusiones, pero lo que importa es buscar solución de un conflicto contando con un tercero neutral que ayuda desarrollar esta labor. Colombia con la Constitución de 1991⁵ en su art. 116 menciona que los particulares podrán ejercer como conciliadores habilitados por las partes.

La Ley 23 de 1991⁶ llamada Ley de descongestión la que por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar despachos judiciales la posiciona y comienza darle tal importancia que trata la conciliación en laboral, en familia y ya comienza a mencionar que se debe acudir a ella antes de acudir a la jurisdicción ordinaria. Y describe concretamente qué se puede tratar de conciliar. En sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, la Corte Constitucional indica las características fundamentales de la conciliación: «La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados». «La conciliación es un mecanis-

² *Ibíd.*

³ <http://www.revistadefilosofia.org/50-09.pdf>

⁴ Ley 640 2001, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html.

⁵ Constitución Política de Colombia de 1991, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/constitucion%20politica%20de%20colombia.pdf>.

⁶ Ley 23 de 1991, https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1991.htm.

mo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un tercero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal». «Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial⁷».

Igualmente, la Corte nos sigue indicando cuál es la función del conciliador y su habilitación que recibe por las partes para administrar justicia: «La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto. (...) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia. (...) En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la Conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil⁸».

Igualmente, la Corte considera el acuerdo a que llegan las partes, tiene toda la fuerza y la equipara con una sentencia judicial. Esta es la bondad de la conciliación y el apoyo que brinda en la administración de justicia. Acorde con la CN. art. 116, «Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (*rei iudicata*) y presta mérito ejecutivo⁹». La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer.

Finalmente, por definición, la conciliación es, «un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espon-

⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-902/08, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-902-08.htm>.

⁹ Ley 446 de 1998, Art. 66, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html.

táneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula¹⁰». La Ley 640 2001 en su art. 35 dispone requisito de procedibilidad el mismo requisito que ya había contemplado «En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente Ley para cada una de estas áreas¹¹».

Esto significa que antes de acudir a la justicia ordinaria se debe acudir a la conciliación. Se encuentran en materia de familia específicamente los casos. Igualmente, así no tenga el requisito y sí el asunto se transigible puede acudir teniendo en cuenta la facultad, su autonomía y capacidad. La sentencia C-1195 2001 dispone que: «varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales. La exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia. Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción¹²».

Lo que deseo resaltar con esto es que el Estado pone en manos de los particulares herramientas para que solucione sus conflictos. Es así que en nuestra área de familia existen muchos conciliadores autorizados para colaborar. Tomando nuestro tema conciliación en el área de familia, no existe tanta restricción como en otras áreas del derecho, Colombia ha buscado que el área de familia sea una de las más amplias en materia de conciliación. Es importante resaltar las clases de familia que existen: quienes constituyen una familia y para ellos, según la Constitución de 1991 se dio más auge a las diferentes clases de familia ojo autor en descargas. Luego de analizar la conciliación incluyendo lo dicho por la Corte, encuentro que la conciliación es una figura que juega un papel importante frente a la problemática familiar en Colombia. Si nos basamos en que la familia de acuerdo al art. 42 de la CN¹³ se

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>.

¹¹ Ley 23 1991, Art. 35, https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1991.htm.

¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1195 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>.

¹³ Constitución Política de Colombia de 1991, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/constitucion%20politica%20de%20colombia.pdf>.

considera como núcleo fundamental de la sociedad, es indispensable definir qué es familia y quiénes la conforman, la familia conformada por padre madre e hijo es la llamada familia nuclear, encontramos la familia extendida formada por padre, madre, hijos, abuelos. Igualmente, la familia ensamblada se observa con los cambios que ocurren y los diferentes cambios dentro de la sociedad uniéndose y formando nuevas familias aportando hijos habidos en uniones anteriores. Están protegidas por el Estado según el art. 44 CN. Es por esto que entrando al campo de la conciliación para solucionar conflictos, el Estado cumpliendo con su función de protección ha diseñado un esquema grande para que los miembros de la familia tengan acceso directo a poder solucionar sus conflictos y qué mejor por medio de un mecanismo que les ofrece la posibilidad de opinar, dar fórmulas de arreglo para que guiados por un conciliador experto y preparado lo logren; si no lo logran al menos han debatido, han tenido un acercamiento, en el evento de que no asista una de las partes ya la justicia entrará a valorar. Sin tener que acudir en principio a estrados judiciales les pues si se llega a ellos se logra una solución al conflicto pero siempre con un gana-pierde, tal como lo enseña la escuela de Harvard cuando no se logra una solución donde se satisface el interés de las dos partes tratando de llegar a un gana-gana. Es aquí donde vamos a mirar cómo puede entrar la figura de la conciliación para ayudar a resolver todos los problemas que se pueden presentar a nivel familiar y para ello la Ley taxativamente nos dice cuáles son susceptibles de conciliar.

La Ley 640 de 2001 (normas relativas a la conciliación) contempla dos artículos 31 y 40: el art. 31 describe que es conciliable en el área de familia concordante con el art. 217 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 2006)¹⁴; el art. 40 de la misma Ley habla más exactamente del requisito de procedibilidad en asuntos de familia. El requisito de procedibilidad es ampliamente ponderado por la Corte. Considero importante mencionar nuevamente la sentencia C893 de 2001 la cual nos aclara muy bien el requisito de procedibilidad, no es como muchos creen una exigencia para acudir a la conciliación sino el intento de lograr solución del conflicto, pero teniendo en cuenta la autonomía de la persona, pero en ningún momento se está obligando a que lo haga, puede manifestar que no tiene el ánimo de conciliar, pero al menos lo intentó, analizó su problema con el conciliador y las partes, y es posible que tenga una visión más clara acerca del conflicto que los aqueja. Las partes mantienen el control del proceso, de los resultados de la audiencia, fijan la duración de la audiencia y lo que considero de suma importancia: las partes pueden conciliar o no. Igualmente, son ellas las que determinan hasta donde permiten la intervención del conciliador. Teniendo en cuenta esos dos artículos hago mención de los siguientes asuntos: a) Custodia, regulación de visitas, alimentos (aumento disminución, exoneración). b) Fijación provisional de residencia separada. c) Separación de cuerpos matrimonio civil o religioso. d) Suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes. e) Disolución y liquidación de sociedad conyugal. f) Declaración de unión marital de hecho de compañeros permanentes. g) Declaración de sociedad patrimonial de hecho. h) Liquidación de sociedad patrimonial (Ley 979 2001). i) Declaración de unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. Reconocimiento constitucional mediante la sentencia C-075 2007.

Estas conciliaciones las realizan o las pueden realizar conciliadores capacitados que colaboran con las partes para lograr un feliz acuerdo. Dentro de ellos se

¹⁴ Ley 1089 2006, http://www.secretariasenado.gov.co/senado//basedoc/ley_1098_2006.html.

cuentan: conciliadores privados que se pueden tener en cuenta, los abogados titulados, notarios, los estudiantes de derecho practicantes de Consultorio Jurídico. Los abogados titulados que han realizado el diplomado de conciliación y se han capacitado para ello en una entidad avalada y fungen como tales en Centros de Conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho y que de acuerdo al estatuto de administración de justicia pueden cobrar honorarios por sus servicios¹⁵. Los estudiantes de consultorio jurídico practicantes que lo realizan en el Centro de Conciliación y realizan su práctica como conciliadores, quienes han recibido capacitación en mecanismos alternos de solución de conflictos lo pueden hacer con base en la Ley 640 2001 art. 11. Los trámites conciliatorios ante Centros de Conciliación de Consultorio Jurídico deberán ser atendidos por estudiantes cuando la cuantía del conflicto no supere los cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 smmlv). El servicio es gratuito y está dirigido a personas de escasos recursos. Disposición del Ministerio de justicia y del Derecho¹⁶.

Los nombrados específicamente como funcionarios que ejercen aparte de la conciliación otras labores que podemos describir administrativas y jurisdiccionales pero en el campo que nos preocupa cuando fungen como conciliadores contribuyen grandemente a solucionar conflictos de carácter familiar. Están ejerciendo exactamente igual a los privados cuando se trata de: alimentos, custodia, visitas, liquidación de sociedad conyugal, de sociedad patrimonial, declarar unión marital de hecho, sociedad patrimonial; todo ello teniendo en cuenta la autonomía, la voluntad y celeridad, elementos indispensables de la conciliación.

Entre ellos están los Jueces de familia y los comisarios, la Ley 1098 de 2006, determinó que las Comisarías de Familia son entidades distritales, municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y cumplen una función de entidades conciliadoras, competencia que les atribuye el Código de la Infancia y Adolescencia y la Ley 640/ 2001. Los defensores de familia son entidades del nivel central propias del ICBF, el estatuto integral del defensor de familia describe sus funciones entre estas una de ellas es la conciliación: adelantan la conciliación extrajudicial en materia de familia en asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente. Aprueban, las conciliaciones en relación con la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la Ley a los notarios¹⁷. Se puede diferenciar en que los privados deben estar inscritos como tales

¹⁵ Art 8 Estatuto de administración justicia, https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_0270_1996_reformada_por_la_ley_1285_2009_art_3.

¹⁶ Resolución 299 de 2002, https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minjusticia_rj029902.htm.

¹⁷ Funciones específicas del defensor de familia, <https://docs.google.com/document/d/1eNXN36TLHHNoPsgTOCDdmsaPqPgoGAD9RCua9zEPqIM/edit>.

en un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia mientras que los comisarios, jueces y defensores son nombrados y fungen como conciliadores en razón de su oficio.

Podría llegar a concluir, que las conciliaciones en familia ocupan el primer lugar pero ingresando a la página del sistema de información de Ministerio de Justicia SICAAC encontré sorprendentemente, que a pesar de que el estado ha prestado gran apoyo en materia de la conciliación en familia, teniendo en cuenta la gran cantidad de conciliadores en las diferentes entidades que les permite ejercer o fungir como conciliadores en las funciones encaminadas a tratar de colaborar en la solución de conflictos en el área de familia tal como lo hemos estudiado y descrito, el resultado no es el mejor: hay más solicitudes de conciliación en áreas civil y comercial superando las de familia. Con esta información se crea un gran interrogante: las personas tienen poco interés en acudir para solucionar sus conflictos familiares o le dan más importancia a solucionar los conflictos de carácter civil.

DETERIORO EN EL TRATAMIENTO JUDICIAL Y VIRTUDES DE LOS MÉTODOS AMISTOSOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN TIEMPOS DE CRISIS: ¿QUÉ LUGAR PARA LA COMUNICACIÓN?

AURÉLIE BERGEAUD-WETTERWALD

Professeur de droit privé à l'Université de Bordeaux
Directrice du Master 2 Modes alternatifs de règlement des litiges

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISMINUCIÓN DE LA PRESENCIA DE LAS PARTES Y EL DIÁLOGO EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES. III. PROMOVER LA COMUNICACIÓN MEDIANTE EL DESARROLLO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS. IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Cada año en Francia, los tribunales dictan más de 2,2 millones de decisiones en materia civil y mercantil¹. Más allá de esta cifra considerable, es sobre todo los tiempos de procesamiento de casos que generalmente se destacan. Las duraciones promedio publicadas por el Ministerio de Justicia reflejan imperfectamente la duración irrazonable de ciertos juicios civiles, pero aún dan una idea de la lentitud de nuestra justicia. En primera instancia, si se requieren 8 meses para obtener un fallo de un tribunal de grande instancia (asuntos civiles), en promedio son necesarios 14.6 meses para que el tribunal industrial tome una decisión en la disputa opuesta, un empleado a su empleador. La duración promedio del juicio en el tribunal industrial también se ve amplificada por la alta tasa de apelación en esta área (61.2%). Antes de los Tribunales de Apelación, todos los temas combinados, el tiempo de procesamiento promedio es de 13.5 meses, se especifica que el 75% de los casos terminan después de 20.7 meses...

Estas cifras, que no se debilitan a pesar de las numerosas reformas procesales introducidas en los últimos veinte años, reflejan una profunda crisis en la justicia institucional que, desprovista de recursos materiales y humanos, se ha vuelto incapaz de absorber en un tiempo razonable. flujo de litigios que debe tratar.

Esta crisis crónica se ha exacerbado en gran medida por la crisis de salud que estamos experimentando actualmente y cuyo resultado aún no vemos. El 15 de

¹ Cifras claves para justicia 2019, Ministerio de Justicia, Subdirección de Estadística y Estudios.

marzo de 2020, la actividad de los tribunales civiles casi se detuvo en Francia. Los «planes de continuidad comercial» implementados en cada jurisdicción han permitido mantener un servicio mínimo para disputas calificadas como esenciales: derivaciones, medidas urgentes en asuntos familiares, asistencia educativa.

A pesar del arsenal de medidas excepcionales tomadas por ordenanzas, en el marco de la emergencia de estado de salud², a partir del 25 de marzo de 2020³ para garantizar la continuidad del servicio público de justicia, la continuación de las actividades durante el confinamiento fue encontrada numerosos obstáculos materiales: imposibilidad de que los registradores no equipados con conexiones VPN segu- ras trabajen de forma remota, saturación de redes privadas de comunicación elec- trónica entre abogados y jurisdicciones, problema de acceso virtual a archivos grandes, equipos de videoconferencia defectuosos, etc.

Al salir del confinamiento, la reanudación de la actividad se llevó a cabo dolorosamente con un recurso casi sistemático para la derivación de audiencias. Unas semanas más tarde, los resultados son difíciles de establecer, pero es cierto que la justicia civil ha demorado meses. Este retraso se acentúa por el hecho de que la celebración de las audiencias ya se había visto gravemente interrumpida desde enero debido a una importante huelga de abogados contra la reforma de los planes de pensiones. Los horarios de las jurisdicciones están saturados hoy, con aplaza- mientos de audiencias hasta 2021 ... La preocupación es considerable entre los ma- gistrados, los abogados y los litigantes, y esto más que las dificultades económicas y sociales inducidas. La crisis de salud generará litigios significativos e inevitables.

Frente a estas dificultades presentes y futuras, es casi un consenso que se realiza para pedir un reflejo amistoso. Esta no es la primera vez que métodos alternativos de resolución de disputas han sido llamados al lado de una institución judicial en quiebra.

El mensaje también suele ser contraproducente: unido a un contexto de crisis, el desarrollo de una justicia alternativa, fuera del juez, puede aparecer como una forma de regresión (una forma necesaria de aliviar la presión, una «subjusticia») y No como progreso. Esta percepción se acentúa en un país como Francia, donde permanecemos fuertemente apegados a la figura del juez, a su capacidad para apli- car y ajustar la ley a situaciones específicas y, por lo tanto, ser el “factor determi- nante para encontrar justicia en situaciones”. Humano⁴».

Por lo tanto, las formas de justicia alternativa deben hacer valer sus propios activos para los litigantes y los diversos actores económicos. Como tal, es común presentar modos de solución amistosa, y la mediación en particular, como una buena manera de manejar los riesgos e incertidumbres que surgen de la crisis de

² Declarado por la Ley de 23 de marzo de 2020 y extendido por la ley de 11 de mayo de 2020 hasta el 10 de julio de 2020

³ Para el funcionamiento de la justicia civil: ordenanza n. 2020-304 del 25 de marzo de 2020 «adaptando las reglas aplicables a las jurisdicciones de la orden judicial que rige en asuntos no penales» (modificado por una ordenanza del 20 de mayo de 2020) y ordenanza n. 2020-306 del 25 de marzo de 2020 «en relación con la extensión de los plazos vencidos durante el periodo de emergencia sanitaria y la adaptación de los procedimientos durante este mismo periodo» (modificado cuatro veces).

⁴ C. Bégorre-Bret, «La justice, approches philosophiques», en *La justice en France*, Documentation française, 2013, p. 28.

salud. Y estos riesgos son numerosos. Por ejemplo, si el gobierno francés ha implementado medidas excepcionales para extender los plazos legales por un período legalmente protegido, no se ha proporcionado nada para los plazos estipulados contractualmente. Al resolver las muchas dificultades en la ejecución contractual causadas por la crisis, será necesario volver al derecho común aplicando fuerza mayor⁵, la teoría de la imprevisibilidad⁶ o el control de proporcionalidad⁷ que, en todos los casos, es una fuente de incertidumbre y complejidad. Ante una situación económica y social sin precedentes y ante la incapacidad de los tribunales para gobernar en un plazo razonable, las formas alternativas de justicia aparecen, sin duda más que nunca, como una opción racional y pragmática. Permiten imaginar soluciones «a medida» para responder a una situación compleja y sin precedentes y, por lo tanto, gestionar lo inesperado⁸. El argumento no es nuevo y sigue siendo convincente. Sin embargo, frente a una institución judicial en crisis y en mutación, los métodos amigables de resolución de disputas tienen una ventaja completamente diferente: tienen la virtud de que los procedimientos legales ya no tienen el lujo de permitir: comunicación efectiva hecha posible mediante la unión y el diálogo entre los diferentes actores. De hecho, si bien la situación de crisis acentúa la disminución de estos valores dentro de los procedimientos legales (I), las diferentes formas de justicia alternativa basadas en estos mismos valores se vuelven cada vez más atractivas (II).

II. LA DISMINUCIÓN DE LA PRESENCIA DE LAS PARTES Y EL DIÁLOGO EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Se presta especial atención a las medidas adoptadas para adaptar el funcionamiento de los tribunales civiles al período de crisis sanitaria. Esta es la posibilidad, para el juez o el presidente de la formación del juicio, de decidir en cualquier momento durante el proceso que se llevarán a cabo sin una audiencia⁹. Esta decisión solo puede tomarse si las partes son asistidas o representadas por un abogado. El procedimiento sin audiencia se lleva a cabo exclusivamente a través del intercambio de documentos escritos, sin ninguna reunión de las partes.

Esta medida excepcional, que está destinada a aplicarse durante un período denominado «legalmente protegido» que se extiende hasta el 10 de agosto de 2020¹⁰, no es una innovación total. La ley de programación y reforma para la justicia del 23 de marzo de 2019 había introducido la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento sin audiencia ante el tribunal judicial, siempre que sea por iniciativa de las partes, cuando están expresamente acuerdo¹¹.

En el momento de la adopción de esta ley, la presentación de procedimientos sin audiencia había sido ampliamente comentada, con mayor frecuencia de manera crítica, porque marcó la disminución en el proceso oral y el lugar de los argumen-

⁵ Art. 1218 Código civil.

⁶ Art. 1195 Código civil.

⁷ Art. 1221 Código civil

⁸ S. Amrani-Mekki, «La part du droit (et de la justice) dans l'angoisse contemporaine», Procédures mai 2020, étude 15.

⁹ Artículo 8 de la ordenanza n° 2020-304 de 25 de marzo de 2020.

¹⁰ O un mes después del cese del estado de emergencia de salud (artículo 1 de la ordenanza n. 2020-304 del 25 de marzo de 2020)

¹¹ Artículo L 212-5-1 del Código de organización judicial.

tos orales en los procedimientos que, por el bien de la velocidad, están satisfechos con un juicio en el expediente. Para poner esta crítica en perspectiva, se argumentó que este procedimiento sin audiencia debería ser en todos los casos el resultado de la iniciativa de las partes y su acuerdo expreso. En ningún caso se puede imponer. Pero muchos sépticos vieron esto como un primer paso.

La orden del 25 de marzo de 2020 demostró que tenían razón más rápido de lo esperado, ciertamente en un contexto despectivo de crisis, pero al reforzar la idea de que los procedimientos sin audiencia son una herramienta para la racionalización y un remedio bastante simple para la congestión de jurisdicciones

En el contexto de la crisis de salud, ante los tribunales civiles y comerciales, el procedimiento sin audiencia puede, por lo tanto, ser decidido unilateralmente, por el juez o el presidente de la formación del fallo, sin necesidad de obtener el acuerdo previo. Fiestas. Todavía tienen un período de 15 días para oponerse a los procedimientos sin una audiencia, excepto en el contexto de los procedimientos de emergencia¹² donde el derecho de oposición no está abierto.

El Consejo de Estado aprovechó un recurso contra esta disposición que consideró en su decisión del 10 de abril de 2020 que no causó un ataque grave y manifiestamente ilegal a las libertades fundamentales, mientras que los requisitos de la lucha contra la propagación de la epidemia hacen necesario limitar, tanto como sea posible, el contacto entre las personas. Añade que esta disposición tiene por objeto facilitar la continuidad de la actividad de los tribunales.

Las jurisdicciones, especialmente las grandes, han aprovechado efectivamente esta posibilidad. Por ejemplo, el tribunal de París decidió, a fines de abril de 2020, que para todas las cámaras civiles y la división familiar, los casos cuyo juicio previo se completó se procesarían de acuerdo con el procedimiento sin una audiencia. A fines de mayo (por lo tanto, después del encierro y la reanudación de la actividad judicial), el tribunal extendió este sistema por el período hasta el 10 de julio siguiente.

Para revivir la maquinaria judicial, por lo tanto, es necesario economizar en las audiencias y juzgar en el expediente, cualquiera sea la naturaleza de la disputa. En el contexto de la crisis de salud, la ordenanza del 25 de marzo de 2020 fue aún más lejos al prever la abolición, no solo de la audiencia, sino del debate contradictorio para procesar ciertas solicitudes más rápidamente¹³. Esta disposición se limita a litigios de emergencia, es decir, a procedimientos sumarios.

Si bien estas diferentes medidas tienen un alcance temporal limitado y no están destinadas a aplicarse más allá del 10 de agosto de 2020, muchos están preocupados por su posible sostenibilidad. En el campo de la justicia, como en muchos otros sectores, la onda expansiva de la crisis de salud se extenderá durante varios meses, si no varios años. Por lo tanto, será necesario aceptar ciertos compromisos o sacrificios para que la institución judicial, que ya ha acumulado un retraso fenomenal, pueda continuar funcionando. Incluso si volvemos al derecho consuetudinario, las excepciones han demostrado que la abolición de las audiencias civiles y el procesamiento de archivos constituyen una solución práctica para compensar las demoras y la falta de medios de los tribunales. El riesgo es, entonces, convertirlo en un modelo a seguir para la Justicia del mañana.

¹² Procedimientos provisionales, procedimiento acelerado sobre el fondo, procedimientos en los cuales el juez debe fallar dentro de un tiempo específico

¹³ Artículo 9 de la ordenanza n° 2020-304 de 25 de marzo de 2020.

La experiencia francesa nos muestra, además, que las medidas tomadas en el contexto de un estado de emergencia pueden integrar el derecho consuetudinario para una mayor efectividad¹⁴. Este es un fenómeno de normalización del estado de emergencia. Para la justicia civil, el riesgo de que el procedimiento sin audiencia se convierta en la norma es aún mayor, ya que su principio ya está consagrado en el derecho procesal común.

Además, esta perspectiva sería coherente con el movimiento subyacente que ha dado forma al procedimiento civil durante diez años: un fuerte desarrollo del lugar de la palabra escrita¹⁵ con el objetivo de reducir los tiempos de audiencia y desarrollar intercambios electrónicos. Por lo tanto, las autoridades públicas están institucionalizando gradualmente el distanciamiento de las partes para juzgar la disputa más rápidamente. Esta es una de las facetas de la deriva gerencial que golpea a la institución judicial para procesar el número máximo de casos con el mínimo de medios¹⁶. Pero la abolición de las audiencias, incluso justificada por la crisis de salud, cruza una línea simbólica al aceptar abandonar la función de comunicación de la audiencia. Solo podemos deplorar ese desarrollo que deshumaniza el curso de los procedimientos judiciales. Sin embargo, a mediano plazo, los efectos de la crisis legal y de salud podrían llevar a un cambio a este sistema de procedimientos exclusivamente escritos y de justicia sin la presencia de las partes. En tal caso, los métodos de solución amistosa de disputas, porque se basan en una lógica inversa que valora la comunicación, necesariamente se vuelven más atractivos.

III. PROMOVER LA COMUNICACIÓN MEDIANTE EL DESARROLLO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

La característica común de los métodos amigables de resolución de disputas es que se basan en un diálogo entre las partes, un diálogo que es lo suficientemente fructífero para encontrar un acuerdo sobre el fondo de la disputa. Puede ser una cuestión de diálogo con el apoyo de sus abogados (derecho de colaboración, procedimiento participativo) o con la ayuda de un tercero neutral (mediación, conciliación). Considerada como una de las formas más exitosas de estos procesos, la mediación se define sobre todo como «un proceso de comunicación basado en la responsabilidad y autonomía de los participantes»¹⁷. Para Habermas, cuyo trabajo muestra que la aceptación de un estándar se basa sobre todo en su discusión y el ejercicio efectivo de un diálogo¹⁸, la mediación ofrece una situación ideal de discurso orientado hacia la comprensión mutua¹⁹. El individuo se define a sí mismo durante un proceso de intercambio y reconocimiento interpersonal²⁰.

¹⁴ Ante la amenaza terrorista, la ley del 30 de octubre de 2017 adoptó muchas medidas previstas en el contexto del estado de emergencia aplicado en Francia entre el 14 de noviembre de 2015 y el 1 de noviembre de 2017.

¹⁵ En particular: decreto n. 2010-1165 del 1 de octubre de 2010; decreto n. 2017-892 del 6 de mayo de 2017; decreto n. 2019-1333 el 11 de diciembre de 2019.

¹⁶ C. Vigour, «Justice : L'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques», *Dr et soc.* 2006/2, n° 63-64, p. 425 et s.

¹⁷ M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, 2015, p. 70.

¹⁸ J. Habermas *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987.

¹⁹ C. Denis, «Les fondements de la médiation», en *La médiatrice et le conflit dans la famille*, Eres, 2010, p. 228.

²⁰ J. Faget, «Médiation et post-modernité, Légitimation ou transformation de l'action publique?», *Négociations* 2006/2, p. 51 et s.

Esta comunicación no se reduce a un intercambio de reclamos fijados unilateralmente y transmitidos al adversario. La comunicación es real porque se nutre del diálogo inmediato y espontáneo hecho posible al reunir al mediador y al mediador. No es un simple intercambio de posiciones estáticas como lo es con un intercambio de conclusiones escritas. Por el contrario, es una discusión guiada por la escucha activa y el sentido de reformulación del mediador que desarrolla así el arte de la mayéutica. La discusión en presencia permite el reconocimiento del otro, se convierte en la base del vínculo social.

Es cierto que ahora hay mediaciones llevadas a cabo de forma remota, en particular a través de plataformas dedicadas que pueden solicitarse electrónicamente. La Unión Europea ha alentado este desarrollo en el campo del derecho del consumidor con la regulación del 21 de mayo de 2013²¹, cuyo artículo 10 especifica que la solución extrajudicial de la disputa «no requiere la presencia física de las partes o sus representantes, a menos que sus reglas de procedimiento prevean esta posibilidad y las partes estén de acuerdo». En la legislación francesa, la transposición de este reglamento ha dado lugar al establecimiento de una multitud de «mediadores del consumidor» aprobados para intervenir en uno o más sectores específicos de actividad. Para la realización de la misión de mediación, el mediador siempre puede recibir a las partes, pero, en la gran mayoría de los casos, procesa el archivo de forma remota sin organizar una reunión física.

Pero esta mediación del consumo tiene una doble peculiaridad que quizás explica por qué puede satisfacerse con la regulación remota: por un lado, a pesar de su nombre, responde más a la lógica de una conciliación en la que el un tercero intenta llevar a las partes a concesiones recíprocas y, en su defecto, ofrece una solución. Por otro lado, los intereses del litigio son esencialmente económicos, sin que las partes tengan la vocación de mantener relaciones entre ellos. Entonces podemos calificarlos como «disputas frías» en lugar de «disputas candentes» en las que el afecto ocupa una parte importante²². Para este tipo de litigios, cuyo ejemplo típico es el litigio familiar, la presencia siempre debe estar garantizada.

Lo que las partes buscan en la mediación, lo pueden encontrar cada vez menos en un proceso judicial. En tiempos de crisis, la justicia civil ya no parece querer tomarse el tiempo para escuchar y dialogar entre las partes que solo una reunión en la corte o en la oficina de un juez puede permitir. En algunos casos, las partes obviamente pueden estar satisfechas con dicha operación si consideran que el tiempo de audiencia es superfluo y ralentiza innecesariamente el procesamiento del caso. Pero, en general, el desarrollo de procedimientos sin una audiencia necesariamente conduce a una forma de deshumanización y burocratización de la justicia que solo podemos deplorar.

Sin embargo, reunir a los protagonistas de un conflicto civil tiene virtudes innegables. Primero, permite que todos inviertan o reinviertan la disputa para comprender todas las implicaciones para una mejor aceptación de su solución. Permanecer a distancia puede, por el contrario, conducir a sentirse profundamente ajeno a la propia disputa. La ausencia de rituales y reuniones a favor de un proce-

²¹ Reglamento n. 524/2013 de 21 de mayo de 2013 relativo a la solución en línea de disputas de consumidores

²² En esta dirección, L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, collection *Thémis*, 2020, n° 6.

dimiento completamente escrito puede hacer que la disputa y su resolución sean muy abstractas para sus propios actores.

Además, la presencia y la espontaneidad de los intercambios que resultan de él, nos permiten ir más allá de la disputa inicial para comprender la situación de conflicto en su conjunto. A diferencia de los escritos de procedimiento cuyo contenido es fijo, el diálogo oral permite invocar otros hechos, otros agravios, otras relaciones para comprender los orígenes y las diferentes dimensiones de una disputa para vaciarla, enteramente. Esta es una ilustración de la función heurística de la presencia²³ que, mediante la investigación que induce, contribuye a encontrar una solución que ponga fin definitivamente al conflicto. De este modo, se hace eco de la función social de la justicia querida por Paul Ricoeur²⁴.

IV. CONCLUSIÓN

En nuestra vida cotidiana, la crisis de Covid-19 cambió nuestros hábitos de socialización en unas pocas semanas. Rápidamente, tuvimos que adaptarnos al confinamiento, integrar el «distanciamiento social» y los «gestos de barrera». Sin embargo, este distanciamiento esencial a nivel de salud nos hace darnos cuenta de que las interacciones humanas se deterioran sin una presencia real. En este contexto, los métodos alternativos de resolución de disputas deben demostrar sus puntos fuertes.

²³ A. Danet, *La présence en droit processuel*, préf. A. Bergeaud-Wetterwald, Dalloz, 2018, n° 179 et s.

²⁴ P. Ricoeur, *Le Juste*, Editions Esprit, 1995.

MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA EL ÁMBITO AGROALIMENTARIO EN EL TIEMPO DE COVID-19 EN ESPAÑA. SUS CRÍTICAS

MARÍA ESTHER MUÑIZ ESPADA

Catedrática de Derecho civil, Universidad de Valladolid

JUAN MANUEL LÓPEZ TORRES

Abogado ASAJA JAÉN

SUMARIO: I. EL CARÁCTER ESENCIAL DEL SECTOR AGROALIMENTARIO DURANTE LA CRISIS SANITARIA. II. MEDIDAS EN MATERIA DE EMPLEO Y DE APOYO A LA ECONOMÍA EN EL SECTOR AGRARIO. III. NECESIDADES Y PROBLEMÁTICA DEL SECTOR AGROALIMENTARIO. FUTUROS RETOS DE SECTOR. IV. UNA ULTERIOR CONSIDERACIÓN DE ACTUALIDAD: LA REFERENCIA A LA FIGURA DE LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR AGRARIO.

I. EL CARÁCTER ESENCIAL DEL SECTOR AGROALIMENTARIO DURANTE LA CRISIS SANITARIA

La situación epidemiológica que ha generado la crisis sanitaria como consecuencia del COVID-19 en España ha obligado a adoptar medidas en casi todos los ámbitos de la economía, incluso se ha aprovechado para modificar aspectos que no estaban justificados por la urgencia o la alarma de la situación sanitaria¹.

El punto de partida, necesario en la materia, es el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Esta norma se encarga de decretar el estado de alarma y establece, dentro de las medidas que se han de adoptar ineludiblemente para el mantenimiento de los sectores estratégicos en esta situación, la necesidad de garantizar el abastecimiento alimentario y, con ello, la actividad agrícola, ganadera, industrias agroalimentarias, así como la distribución de alimentos hasta el consumidor. Asimismo, se garantiza el tránsito aduanero.

Ante este escenario, por medio del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se adoptan medidas urgentes extraordinarias aplicables, entre otros, al sector agra-

¹ El trabajo se incluye en el marco del proyecto de investigación *Ciberseguridad en la producción agroalimentaria. Qué protocolos jurídicos de actuación*, VA049G18, de la convocatoria de subvenciones destinadas al apoyo de los grupos de investigación reconocidos de universidades públicas de Castilla y León, BOCYL 4 de junio de 2018, IP: Esther Muñoz Espada.

rio para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19². Estas medidas son: Una prestación extraordinaria para los trabajadores por cuenta propia o autónomos por cese de actividad, una línea de préstamos avalada por el Estado con hasta 100.000 M€, ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales a aquellas empresas y PYMES que se hayan visto afectadas por la crisis del COVID-19 y, en último lugar, el posible aplazamiento de los créditos de sequía de 2017.

A diferencia de otros sectores, al agroalimentario -agricultura, ganadería, acuicultura, pesca e industria alimentaria- se le reconoce un carácter esencial que posibilita el mantenimiento de la actividad durante la crisis sanitaria. Si bien el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, no le es de directa aplicación sí que es digno de mención cómo en su Anexo se reafirma este carácter, sin limitar la movilidad y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción de bienes y servicios de primera necesidad, incluyendo alimentos, bebidas y alimentación animal³. Este reconocimiento ha permitido que un sector, tan dependiente de factores externos, no se haya visto aún más perjudicado por la imposibilidad de trabajar durante esta situación excepcional.

A su vez, dentro del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se articulan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, se articulan medidas de apoyo para los autónomos, como moratorias en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social atendiendo a circunstancias excepcionales o la posibilidad de solicitar el aplazamiento del pago de sus deudas con la Seguridad Social. Esta norma, así, posibilita, a los trabajadores autónomos agrarios de producciones de carácter estacional incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrario, hacer efectivos sus derechos consolidados en planes de pensiones, cuando su facturación promedio en los meses de campaña de producción anteriores al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75 por ciento en relación con los mismos meses de la campaña anterior. Escenario que deja sin efectividad la citada prerrogativa, al no estar ligada la facturación de las producciones agrarias de carácter estacional a un momento concreto de la Campaña, pudiendo depender la liquidación del producto obtenido de diversos factores -p.ej. el precio o el momento en que se acuerde liquidar dentro de la cooperativa-.

II. MEDIDAS EN MATERIA DE EMPLEO Y DE APOYO A LA ECONOMÍA EN EL SECTOR AGRARIO

En el ámbito agrario se ha dictado el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. Su propia exposición de motivos justifica una particular reglamentación. Así, se expresa, junto con esta reducción de la actividad -y la consiguiente disminución de la renta disponible de muchas familias-, que se está produciendo

² Únicamente, la última de las medidas recogidas -artículo 35-, va dirigida concretamente a los titulares de las explotaciones agrarias que hubiesen suscrito préstamos como consecuencia de la situación de sequía de 2017.

³ En definitiva, se está permitiendo la distribución de estos productos desde el origen hasta el destinatario final de los mismos.

una disminución acusada de la oferta de mano de obra que habitualmente se ocupa de las labores agrarias como temporera en el campo español, bien por limitaciones sanitarias a los viajes desde sus países de origen, bien por las precauciones que muchos de esos trabajadores están adoptando a la vista de la evolución de la pandemia, lo que puede acabar por afectar severamente a la capacidad y condiciones de producción de una parte importante de las explotaciones agrarias españolas. Esta situación, además, se ve agravada por su coincidencia temporal con varias de las campañas de mayor actividad e importancia, como la fruta de hueso, los cultivos de verano o la fresa.

Esta reducción de mano de obra, a su vez, podría poner en peligro el actual abastecimiento alimentario a los ciudadanos, que hasta la fecha se ha desarrollado en condiciones de extraordinaria variedad, cantidad y calidad. De agravarse, las perturbaciones que ya se empiezan a sentir en la fase de producción agraria, se podría poner en peligro el correcto funcionamiento de la cadena alimentaria al completo, con la consiguiente repercusión negativa sobre los consumidores finales, tanto en términos de oferta como de precio, lo que resulta especialmente gravoso dadas las condiciones de vida derivadas de la situación de crisis sanitaria y la reducción de la renta disponible por las perturbaciones económicas generales, especialmente entre la población en mayor riesgo de pobreza y exclusión social.

Ante esta situación, se adoptan ahora determinadas medidas urgentes de carácter temporal, con el fin de establecer una serie de disposiciones en materia de empleo agrario que cumplan el triple objetivo de la garantía última del normal aprovisionamiento de los mercados, el mantenimiento de la renta de la población que más lo necesita y de la actividad y sostenibilidad agrarias y la mejora de las condiciones sociolaborales de la población (asegurando mejoras en los ingresos para las personas en situación de desempleo o cese de actividad).

Es esencial garantizar que en origen existe una disponibilidad de mano de obra suficiente para hacer frente a las necesidades de los agricultores y ganaderos, de modo que se asegure la correcta producción, no sólo en cantidades sino también en tiempo, del primer eslabón de la cadena alimentaria y que en consecuencia se asegure que los eslabones posteriores estarán suficientemente provistos para poder ejercer sus respectivas tareas, de modo que se mantenga, como hasta ahora, el flujo productivo y que llegue al consumidor final sin merma de cantidad y calidad.

Las medidas que ahora se adoptan, pues, vienen a salvaguardar desde el origen el aprovisionamiento de los ciudadanos de alimentos y bebidas, de modo que se garantice al mercado una cantidad bastante de materias primas que puedan ponerse luego en el mercado de modo directo o que sean la base para su ulterior transformación por parte de la industria alimentaria y lleguen, en último término, al consumidor.

Las especiales condiciones del confinamiento poblacional y la restricción de la movilidad, acordadas como medida sanitaria ineludible, hacen si cabe todavía más importante que la producción agroalimentaria española pueda desarrollarse bajo las mejores condiciones posibles dada la situación y asegure un pleno, eficaz y suficiente abastecimiento a los ciudadanos de productos alimentarios que se necesitan.

En efecto, buena parte de la actividad agraria, base de ese aseguramiento de la cadena alimentaria, depende de la utilización de mano de obra asalariada, ya sea de

origen comunitario o extracomunitario, al tratarse de un sector en que las inversiones en capital son muy importantes y el esfuerzo en la mejora técnica ha sido capital en las últimas décadas pero que se fundamenta en buena medida en el empleo intensivo del factor trabajo. No cabe olvidar que muchos de los cultivos que precisamente se van a ver más afectados por la previsible ausencia de mano de obra temporal en cantidades suficientes no son susceptibles de mecanizarse y, por lo tanto, corren un riesgo cierto de perderse en caso de que no se habiliten mecanismos suficientes en sede legal para dar cumplida solución a las necesidades percibidas.

En algunos casos, los países de origen habitual de esa mano de obra han establecido restricciones para la salida de los ciudadanos de su país. En otros casos, sobre todo en lo que se refiere a la mano de obra intracomunitaria, el temor al contagio está disuadiendo los desplazamientos. Esta misma circunstancia es aplicable también en muchos casos a la mano de obra nacional.

Así, se observa con preocupación desde los sectores agrícolas que en la práctica no sea posible atender correctamente la demanda de trabajadores agrarios. Este problema no es exclusivo de España, sino que también se está viendo con preocupación desde Italia, Francia o Portugal.

La coincidencia temporal de los efectos sobre la movilidad, impuestos por las autoridades sanitarias o derivados de decisiones particulares, como consecuencia de la crisis sanitaria con la concentración temporal de las necesidades de mano de obra temporera para buena parte de las principales producciones nacionales hace necesario adoptar medidas de inmediato que faciliten la solución de este problema. Las necesidades de mano de obra se dan en gran parte de los cultivos estacionales de temporada, con lo que no cabe demora en la adopción de las decisiones necesarias para dar adecuada cobertura a esta necesidad sobrevenida.

Las medidas incluidas en el presente Real Decreto-ley vienen orientadas a favorecer la contratación de mano de obra para el sector primario. Con ellas se logra, asimismo, subvenir un problema colateral en materia de renta de los particulares que se hayan podido ver afectados por la crisis sanitaria de coronavirus ocasionada en la actualidad, de modo que se habiliten mecanismos para que puedan participar de empleos agrarios. Del mismo modo, se asegura que los responsables de las explotaciones primarias que se vean imposibilitados para proceder por los cauces ordinarios a la provisión de mano de obra temporera suficiente a fin de atender sus necesidades estacionales encuentren un sistema por medio del cual se haga frente a esta situación coyuntural, evitando al propio tiempo los evidentes problemas que su imposibilidad o elevada dificultad puedan conllevar. Esto es especialmente importante teniendo en cuenta el carácter perecedero de los productos agrarios y la necesidad de acompasar las contrataciones al ritmo de recolección o procesado de los productos primarios, sin que quepa demora, puesto que a diferencia de otras producciones cualquier retraso conduce indefectiblemente no sólo a ingentes pérdidas económicas sino, como se ha indicado, a eventuales problemas de abastecimiento del mercado, con el consiguiente alza de precios a los consumidores y, en su caso, insuficiencia de productos de calidad para su consumo.

Así, la primera medida es la compatibilización de la prestación por desempleo o demás prestaciones de carácter social o laboral, con el desempeño de tareas agrarias. En esa decisión reside la excepcionalidad de la norma, frente a la regla

general que impide la compatibilización del trabajo con las prestaciones o subsidios de la Seguridad Social o del sistema de protección social. Sin embargo, no se puede considerar una actuación extraordinaria del Gobierno pues, cada vez más, va aceptándose la compatibilidad de prestaciones o subsidios con rentas derivadas del trabajo (p.ej. los artículos 282.2 y 282.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación al desempleo, o el artículo 214 de la citada norma, por lo que se refiere a la jubilación). Incluso en el ámbito agrario se percibe por mayores de 52 años, permitiéndose la compatibilidad con el trabajo agrario -Disposición Transitoria 5ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre-. La finalidad es tener suficiente mano de obra en la actual coyuntura por parte de la población cercana a los lugares de cultivo que pueda atender las necesidades laborales sin generar desplazamientos excesivos y en plena conformidad con las normas de salud pública acordadas por la autoridad competente, lo que además redundará indirectamente en el aumento de la renta disponible en un momento de especial vulnerabilidad sin menoscabo de la protección social y la salud pública.

Se pretende que cualquier trabajador que acepte tal contrato temporal no se vea perjudicado, con independencia de que perciba o no algún tipo de subsidio, ayuda o prestación de carácter social o laboral, contributiva o no contributiva. No obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del mismo Real Decreto-ley, no se permite la compatibilidad con las prestaciones por desempleo derivadas de la situación de crisis sanitaria (aquellas que tengan su origen en las medidas previstas en los artículos 22, 23 y 25 o en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020). En consecuencia, los trabajadores que se encuentren percibiendo cualquiera de estas prestaciones, aunque cumplan con el requisito de estar desempleados o haber cesado su actividad e incluso estar incluidos en un ERTE, no podrán ser beneficiarios de estas medidas. Salvo que no perciban las prestaciones indicadas, en cuyo caso hay que considerar que prevalece el artículo 2 sobre el artículo 3 y que se impone la expansión subjetiva que el legislador ha pretendido para atraer al mayor número de trabajadores a las labores agrarias.

Se permite, de igual forma, que se acojan a este sistema los trabajadores migrantes cuyos permisos de trabajo concluyan en el periodo comprendido entre la declaración del estado de alarma y el 30 de junio de 2020, asegurando con ello que mano de obra con suficiente experiencia pueda alargar sus permisos de trabajo y maximizar las posibilidades de empleo para ellos y de recolección y tratamiento para sus empleadores, así como de jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular, entre los 18 y los 21 años.

Para poder acceder a este tipo de contratos el empresario deberá asegurar en todo momento la disponibilidad de medios de prevención apropiados frente al COVID-19⁴.

⁴ También le serán de aplicación las normas ya adoptadas para la realización del trabajo, también en el campo. A estos efectos procede considerar que, en el Real Decreto-ley 5/2020, de 25 de febrero, adoptado en un periodo anterior a la declaración de alarma, se intensificaron las medidas de inspección laboral en el ámbito agrícola. En este sentido, se modificó la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en concreto, por lo que se refiere a su artículo 19. De conformidad con dicho precepto, se permite que la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pueda ejercitarse también en locales, viviendas, u otros lugares habilitados, aun cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, «en los que residan, se alojen o puedan

Asimismo, los trabajadores contratados deberán tener su domicilio (o el lugar de residencia temporal) en alguna localidad próxima al lugar en el que se oferte el contrato de trabajo. A tal efecto, se considerará que existe proximidad cuando el domicilio del trabajador o el lugar en que pernocte temporalmente mientras se desarrolla la campaña esté en el mismo término municipal o en términos municipales limítrofes del centro de trabajo. No obstante, se permite que las Comunidades Autónomas puedan ajustar este criterio en función de la estructura territorial teniendo en cuenta el despoblamiento o la dispersión de los municipios.

A su vez, si el número de demandantes de empleo supera la oferta disponible de trabajadores, el sistema establece una serie de criterios que deberán tener en cuenta los servicios públicos de empleo autonómicos para priorizar a los solicitantes según su situación : a) personas en situación de desempleo o cese de actividad que no perciban ningún tipo de subsidio o prestación; b) personas en situación de desempleo o cese de actividad que perciban únicamente subsidios o prestaciones de carácter no contributivo; c) personas en situación de desempleo o cese de actividad perceptores de subsidios por desempleo o prestaciones de carácter social o laboral; d) migrantes cuyos permisos de trabajo y residencia hayan expirado durante el periodo comprendido entre la declaración de estado de alarma y el 30 de junio de 2020; y e) jóvenes nacionales de terceros países que se encuentran en situación regular, entre los 18 y 21 años. No se trata, por lo demás, este procedimiento de una norma imperativa sino de una orientación para casos de concurrencia que, a juzgar por la necesidad de trabajadores en el sector, no deberán producirse salvo que, por las restricciones de limitación geográfica de la medida, en una misma zona, exista demanda mayor que la oferta. Mas, como la norma permite a las Comunidades Autónomas realizar ajustes en función de la estructura territorial teniendo en cuenta el despoblamiento o la dispersión de municipios, no deberían plantearse problemas aplicados en este sentido.

En definitiva, con esta norma se persigue una solución excepcional, en una situación extraordinaria, con medidas temporales y con un objetivo único, el de mantener la producción agrícola en un estado de emergencia. Sin embargo, los últimos datos facilitados por parte del Ministerio de Trabajo sobre el número de contratos acogidos a estas medidas no hacen más que confirmar la falta de efectividad de las mismas⁵. Ante esta difícil situación, dada la necesidad de mano de obra existente, si lo que se pretendía era atraer a las personas que estaban cobrando un subsidio agrario⁶ hacia el ejercicio de la actividad, se tendrían que haber articulado medidas orientadas hacia esa nueva realidad⁷, no dejando esa

permanecer los trabajadores por razón de su trabajo durante los periodos de descanso, y hayan sido puestos a disposición de los mismos por el empresario, en cumplimiento de una obligación prevista en una norma legal, convenio colectivo o contrato de trabajo».

⁵ El Ministro de Agricultura había estimado, antes de la publicación de estas medidas, que se necesitaban entre 100.000 y 150.000 trabajadores para hacer frente a la recogida de las cosechas de las próximas semanas (p.ej. Sólo para la recogida de la fresa en Huelva, se requerían de manera urgente al menos 17.000 trabajadores). Sin embargo, tras cerca de mes y medio de ejecución de las mismas (datos entre el 9 de abril y el 26 de mayo de 2020), el Ministerio de Trabajo ha confirmado que se han contratado un total de 2.090 personas como mano de obra en las campañas agrícolas.

⁶ Según los últimos datos del Servicio Público de Empleo Estatal, son cerca de 190.000 personas las que se benefician de los subsidios en Extremadura y Andalucía.

⁷ Por medio del Real Decreto-ley 5/2020, de 5 de mayo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de agricultura y alimentación, se redujeron el número míni-

decisión en poder de las personas que, en ese momento, ya son perceptoras de esas prestaciones por desempleo.

Posteriormente, con el fin de mejorar la viabilidad del sector agrario, por medio del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, se simplifican las reglas de inclusión en el Sistema especial de trabajadores por cuenta propia agrarios (SETA). Para ello se eliminan todas las condiciones que hasta ahora se exigían relacionadas con la renta, facilitando su incorporación a pequeños agricultores y ganaderos que se dedican a la actividad agraria. La reforma de los apartados 1 y 2 del citado artículo 324, en el que se establecen las reglas de inclusión en este Sistema Especial, ha tenido por finalidad que tanto la inclusión como el mantenimiento de los trabajadores en el mismo dejen de estar vinculados a las rentas obtenidas de la actividad agraria en relación con las rentas totales que puedan obtener dichos trabajadores. Y ello, dado que por su propia naturaleza las rentas procedentes de las actividades agrarias son muy variables a lo largo del tiempo. Esta modificación ha de valorarse positivamente, en virtud de que facilita la incorporación y permanencia en dicho Sistema Especial. El condicionamiento de la inclusión en dicho sistema especial en función de las rentas del trabajo, además de resultar excesivamente complejo, provocaba inseguridad en los trabajadores al demorarse su acreditación en el tiempo. Esta circunstancia podía determinar su exclusión del citado sistema años después de haber visto variadas sus rentas, con el consiguiente incremento en la cotización a la Seguridad Social y repercutiendo, de forma adicional pero también negativamente, en los familiares de los titulares de las explotaciones agrarias que también estuviesen incluidos en el sistema especial por su vinculación a aquellos. La reforma ha venido motivada por el hecho de que, en el entorno actual de crisis motivado por la pandemia de la COVID-19, ese incremento en la cotización derivado de la exclusión del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios podría hacer inviables a numerosas explotaciones agrarias.

Igualmente, se recoge como medida relacionada con el sector agrario la reducción de cuotas resultantes durante los periodos de inactividad en 2020 para trabajadores con un máximo de 55 jornadas reales cotizadas en 2019.

En el mismo espacio de tiempo, con la fin de facilitar a los agricultores y ganaderos las gestiones relacionadas con la PAC en las circunstancias actuales de la

mo de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria de 35 a 20 jornadas cotizadas. Esta modificación se llevó a cabo ante las previsiones del descenso de la actividad como consecuencia, entre otros motivos, de un importante descenso de la producción del olivar, lo que, unido a las dificultades que han supuesto los aranceles impuestos por Estados Unidos a este sector, ha repercutido en una correlativa disminución del empleo de los trabajadores eventuales agrarios de las Comunidades Autónomas Extremeña y Andaluza. Sin embargo, aún siendo impopulares las medidas orientadas a reajustar el número mínimos de jornadas reales cotizadas para acceder al subsidio por desempleo o a la renta agraria a la necesidad de mano de obra existente, el nuevo escenario viene a justificarlas. No debemos olvidar que estas prestaciones pretenden proteger a los individuos cuya principal ocupación consiste en realizar trabajos por cuenta ajena de carácter eventual en el sector agrícola de las regiones extremeña y andaluza, ante situaciones de desempleo de tipo estacional, dadas las características propias del trabajo agrícola en dichas regiones. En consecuencia, si las circunstancias demuestran que existe tanto la oportunidad como la necesidad de trabajar en dichas labores agrícolas, sería conveniente analizar esta posibilidad.

alerta sanitaria, por medio de la Orden APA/377/2020, de 28 de abril, por la que se modifican, para el año 2020, diversos plazos establecidos en los Reales Decretos 1075/2014, 1076/2014, 1077/2014 y 1078/2014, todos ellos de 19 de diciembre, dictados para la aplicación en España de la Política Agrícola Común, se amplía el plazo de solicitud única de la PAC hasta el 15 de junio de 2020, así como se alarga la duración de otros plazos relacionados con las mismas.

En último lugar, el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 viene, en materia agraria, primordialmente a extender por 3 meses el contenido del RD-l 13/2020, con la finalidad de asegurar suficiente mano de obra para atender las labores agrícolas estivales. Señala la exposición de motivos del Real Decreto-ley que, el anterior Real Decreto-ley que se prorroga ha permitido un mantenimiento de la actividad de muchas de las explotaciones, coadyuvando a paliar la falta de personal detectada sobre todos en el sector frutícola en diversos lugares de España. Este es el motivo que hace necesaria la ampliación del marco temporal de aplicación de la norma, en orden a no eliminar un factor que puede colaborar a paliar este déficit de trabajadores. No obstante, según los resultados obtenidos en la primigenia experiencia, todo indica que no se alcanzará el resultado pretendido.

De igual forma, se vuelve a modificar tanto el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, recuperando la expresa mención a que, en el caso de las explotaciones con más de un titular, se puede contratar proporcionalmente a más trabajadores a efectos de poder quedar incluido en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios⁸ como el régimen aplicable a los jóvenes -entre 18 y 21 años-, nacionales de terceros países, que hayan sido empleados en el sector agrario con base en el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, permitiéndoles que puedan mantener su derecho al trabajo, tras la finalización de la vigencia del Real Decreto-ley⁹.

III. NECESIDADES Y PROBLEMÁTICA DEL SECTOR AGROALIMENTARIO. FUTUROS RETOS DE SECTOR

A todo ello hay que añadir que esto sólo es una parte del problema. Otras dificultades que ya arrastraba el Derecho agrario vienen a ralentizar su peso en la

⁸ Esta medida, que fue reclamada por parte de la organización profesional agraria ASAJA tras la publicación del Real Decreto-Ley 15/2020, trata de favorecer que las explotaciones familiares puedan dimensionarse adecuadamente. Al compartir varios titulares la misma explotación, se permite que el número de trabajadores se ajuste, de forma que además de los dos trabajadores pueda incrementarse en un trabajador más por cada nuevo titular (en la modalidad de bases diarias, 273 horas equivalentes) y evitar que, con ello, tengan que salir del sistema especial de cotización, pues todos ellos son pequeños agricultores.

⁹ A tal fin, la disposición adicional segunda de este Real Decreto-ley introduce una vía específica que les permitirá, cuando hayan sido contratados en el sector agrario con base en el artículo 2.1.d) del meritado Real Decreto-ley, de 7 de abril, y tras la finalización de su vigencia, acceder a una autorización de residencia y trabajo, válida en todo el territorio nacional y sin límites sectoriales o de actividad y sin aplicación de la situación nacional de empleo. Esta autorización tendrá una vigencia de dos años, renovable por otros dos. Todo ello sin perjuicio de que, para el acceso a la residencia de larga duración, se tendrán en cuenta todos los periodos de residencia, legal y continuada, con esta u otras autorizaciones de las que haya sido titular.

economía nacional, no podemos olvidar que cualquier finalidad relativa a lo agroalimentario no puede prescindir de todos los problemas que le circundan, porque en este ámbito no hay compartimentos estancos y siempre estará afectado por la transversalidad de las materias a las que implica y, a su vez, le condicionan, afectando y dependiendo de otras políticas. En este sentido la posible reducción presupuestaria de la futura PAC puede socavar los Objetivos del Desarrollo Sostenible, siendo un problema añadido a la situación económica que ya deja la crisis por COVID-19. Otras complicaciones por las que atraviesa dependen de todo lo relativo a la cohesión territorial, una política aún por articular, es decir, la adecuada protección de las tierras agrícolas y de las zonas rurales, y una adecuada relación entre las zonas urbanas y rurales, pues una agricultura productiva depende, para empezar, de la ordenación del territorio; así, la multifuncionalidad de la agricultura llega hasta la vertebración de los territorios, aunque hasta el momento la voluntad de los Estados y de la misma comunidad europea lo lleven a cabo de una manera muy moderada. Este es un tema clave, previo a casi cualquier otra consideración, y sus dificultades son comunes a casi todos los países.

A ello se unen las dificultades económicas, no tanto jurídicas, para el acceso a la tierra, tanto en propiedad como en arrendamiento, a lo que se han unido los problemas y consecuencias derivadas del *land grabbing*, como una seria amenaza a la agricultura familiar, cuyos efectos ya llegaron a Europa.

De otro lado, una agricultura productiva que garantice el acceso a precios razonables depende, así mismo, de una empresa o explotación agraria competitiva, cuyo mantenimiento depende, de igual modo, de su rentabilidad en la transmisión. Y esto de nuevo exige una legislación que tanto con ocasión de una transmisión *inter vivos* como *mortis causa* lo favorezca. Y aquí de nuevo nos encontramos con deficiencias legislativas que obstaculizan verdaderamente la competitividad de las explotaciones, y a su vez de ello depende la incorporación de jóvenes a la agricultura. En esta última consideración tendrían que valorarse las aportaciones de la aplicación de los principios y la filosofía de la economía colaborativa y lo que supondría de rentabilidad para el sector, o al menos el fomento de una mayor cooperación y colaboración como forma de reducir costes. Pero no sólo importa la reducción de costes sino también el ahorro de recursos, para lo que la agricultura de precisión es una excelente herramienta que requiere del desarrollo de las tecnologías de nueva generación, para lo cual una adecuada normativa de ciberseguridad a nivel europeo resulta fundamental.

Igualmente, la producción alimentaria, a su vez, exige seguridad alimentaria en el sentido de *food security* y *food safety*. La FAO nos recuerda la necesidad de superar los obstáculos y responder a las futuras expectativas, en cuanto que en el año 2050 habrá que alimentar a 9 mil millones de personas y la producción habrá de aumentar el 70%, lo que quiere decir, como se ha señalado, que se necesitan 120 millones de hectáreas suplementarias de terreno agrícola de aquí al 2030. Así, el abastecimiento se ha convertido en un factor estratégico.

A ello se une la vinculación a las tradiciones, el comercio equitativo, las cuestiones éticas, la protección de la biodiversidad y la protección del medio ambiente, y el bienestar animal, cuya influencia sobre la calidad condiciona la rentabilidad de la producción agroalimentaria. El avance y el reavivamiento de las cuestiones medioambientales y el desarrollo sostenible ha llevado a incorporar estos valores a la idea de calidad y al mercado, sobre todo en la demanda de informa-

ción, y ello es bien visible en las preocupaciones que refleja el documento sobre el Pacto Verde de la UE y en el documento de la Granja a la Mesa de 2020. En este sentido, habría que recordar la complementaria metodología que supone para estos fines la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, firmado en París el 17 de octubre de 2003, que nos ofrece otro medio para llegar a finalidades comunes y que apenas se tiene en cuenta.

Una ulterior preocupación se añadió a todo ello, aún sin resolver, lo relativo a la redistribución de los excedentes de alimentos, la lucha contra el desperdicio alimentario, presente en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para el 2030; así como se incluye en estos mismos objetivos todo lo relativo a cambio climático, que, con independencia del debate de la influencia de la actuación del hombre sobre el planeta, exige una adaptación de los cultivos o de la actividad agraria.

Sucesivamente, por esta vía, podríamos seguir añadiendo otros aspectos a considerar, que antes o después debería abordar el legislador o bien para regular o bien para modificar y desarrollar, pero debería hacerlo en el marco de una metodología legislativa con el mayor alcance unificador posible en aras de una simplificación legislativa. En ella deberían ser los retos tecnológicos y la innovación la principal apuesta por el futuro, pues, como está previsto en la próxima PAC 2020-2027, el sector agrario, ganadero y forestal debe avanzar inexorablemente por la senda de la innovación y la revolución digital, con importantes repercusiones sobre el desarrollo del medio rural, en lo que se implican todas las cuestiones relativas a sostenibilidad y medio ambiente, en lo incidirá sobre manera la regulación de la futura PAC.

De este modo, siendo, por tanto, conscientes de todos los avatares y complejidades que circundan los desafíos del Derecho agroalimentario la actual regulación para tiempos de COVID-19 no deja de ser otra preocupación no sólo para el sector sino para la economía en general, habiendo de reconocer que en los tiempos de crisis es el sector agroalimentario el que ha tenido una trayectoria más relevante y un mejor comportamiento para la economía nacional.

IV. UNA ULTERIOR CONSIDERACIÓN DE ACTUALIDAD: LA REFERENCIA A LA FIGURA DE LA MEDIACIÓN EN EL SECTOR AGRARIO

A todo ello hay que añadir que la actualidad, cuando se escriben estas líneas, marca el reto de la transposición de la Directiva 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario. En ella hay un tema especialmente relevante cual es el de las resoluciones alternativas de conflictos, que tiene particular trascendencia en todo el sector agrario, sin embargo, sólo un lacónico precepto alude a ello, pero con ocasión de la transposición podría darse un mayor impulso del que ya dio le dio la Ley española 12/2013, de 2 de agosto, para la mejora del funcionamiento de la cadena alimentaria, desarrollado por el Real decreto 64/2015, de 6 de febrero y por la Resolución de 10 de diciembre de 2015 sobre buenas prácticas mercantiles en la contratación alimentaria.

En virtud del art. 7 de la citada Directiva «Sin perjuicio del derecho de los proveedores a presentar una reclamación en virtud del artículo 5, y de las competencias de la autoridad de control con arreglo al artículo 6, los Estados miembros

podrían fomentar el uso voluntario de mecanismos alternativos de resolución de conflictos eficaces e independientes, tales como la mediación, con vistas a la resolución de litigios entre proveedores y compradores sobre el uso de prácticas comerciales desleales por el comprador”, pero los Estados miembros tienen la posibilidad de mantener o introducir normas nacionales concebidas para combatir las prácticas comerciales desleales que no se ajusten al ámbito de aplicación de la presente Directiva, dentro de los límites del Derecho de la Unión aplicable al funcionamiento del mercado interior y si dichas normas son proporcionadas. Dichas normas nacionales podrían ir más allá de lo que dispone la presente Directiva, por ejemplo, en lo relativo al tamaño de compradores y proveedores, la protección de los compradores y el alcance de los productos y los servicios. Dichas normas nacionales podrían ir más allá también del tipo y número de las prácticas comerciales prohibidas enumeradas en la presente Directiva, y dentro de este marco descrito por su considerando 49 dichas normas nacionales se aplicarían junto con medidas de gobernanza voluntarias, como códigos de conducta nacionales o la Iniciativa de la Cadena de Suministro, así se anima explícitamente a recurrir a la resolución alternativa de conflictos voluntaria entre proveedores y compradores, sin perjuicio del derecho del proveedor a presentar una denuncia o a buscar el amparo de los tribunales civiles.

A este respecto hay que señalar que la obligatoriedad del recurso a la mediación antes de acudir a la vía judicial podría ser una fórmula a imponer sin complicaciones de cara a un mejor uso de los instrumentos jurídicos para solventar conflictos mediante la puesta en marcha de las diferentes posibilidades, es decir ante la posibilidad de interponer una acción judicial antes los tribunales o denunciar ante la autoridad administrativa competente las conductas que sanciona la Directiva en su art. 3. Por tanto, no es que las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o un tribunal lo reconduzca a la mediación, o se invite a las partes a pasar por ella, sino que, se haga obligatorio recurrir a ella antes de acudir a los tribunales¹⁰. Otras Directivas han pretendido darle un mayor impulso que

¹⁰ Desde la administración se expresó su compromiso y apuesta firme por la mediación y los acuerdos extrajudiciales para rebajar los niveles de litigiosidad existente en España, agudizados, aún más si cabe, por la crisis sanitaria, económica y social que se padece a causa del COVID-19. Para ello pretendió potenciar y promocionar institucionalmente la herramienta de la mediación, instando a reactivar el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación aprobado en enero de 2019. Por parte del Consejo General de la Abogacía Española se emitió en el mes de febrero de 2019 un Informe con observaciones al Anteproyecto en el que sobre la «obligatoriedad mitigada» recogida en ese texto, la Abogacía Española recalcó que la mediación era, en todo caso, esencialmente voluntaria. Por ello defendió que se intente que la «mediación sea más aplicada y utilizada por los ciudadanos mediante el uso de mecanismos más respetuosos de la libertad y del derecho fundamental de acceso a los tribunales. Pero nunca obligando a mediar, institución que, por su propia esencia, es y ha de ser siempre voluntaria». Para la Abogacía Española parece más adecuado su fomento de forma asertiva y proactiva, incentivando su uso, por ejemplo, con beneficios fiscales, tramitación más sencilla, etc., pero no mediante la instauración de barreras al acceso a los tribunales. Algunos ejemplos de mecanismos incentivos que se propusieron fueron la bonificación del pago de las tasas judiciales, si se son de aplicación, para quien invita a la otra parte a la mediación, o que en el caso de que esta invitación sea rechazada tenga alguna ventaja en la tasación de costas. Asimismo, se echaba en falta la dotación de una partida presupuestaria específica y suficiente para el impulso de la mediación. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/02/Observaciones-Abogacia-ley-de-mediacion.pdf>

ésta, como lo fue la Directiva 2014/17/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en cuyo considerando 77 se expresa que "... Los Estados miembros deben garantizar que la participación de pres-tamistas e intermediarios de crédito en este tipo de pro-cedimientos de resolución alternativa de litigios no sea facultativa. ..."¹¹, aunque su art. 39, que es lo que tiene verdadero carácter vinculante, no le haya dado el mismo protagonismo. Por tanto, la mencionada Directiva 2019/633 tendría que haber sido más explícita y con medidas más concretas y de carácter unificador, ofreciendo, como mínimo, incentivos para el recurso a la mediación, como recomienda la Resolución del Parlamento europeo de 12 de septiembre de 2017.

En todo caso hay que recordar que el art. 8 de la Directiva 2013/11/UE expresa claramente que los Estados miembros velarán por que los procedimientos de resolución alternativa sean eficaces y cumplan los siguientes requisitos: que el procedimiento de resolución alternativa exista y sea fácilmente accesible, tanto en línea como no, para ambas partes, independientemente del lugar donde se encuentren; que las partes tengan acceso al procedimiento, sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico, y sin que el procedimiento les prive de su derecho a obtener asesoramiento independiente o a estar representadas o asistidas por un tercero en cualquier fase del procedimiento; que la entidad de resolución alternativa que haya recibido una reclamación notifique de inmediato a las partes litigantes la recepción de todos los documentos con la información pertinente en relación con la reclamación; que el resultado del procedimiento de resolución alternativa se dé a conocer en un plazo de noventa días naturales contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación. En caso de litigios de índole particularmente compleja, la entidad de resolución alternativa responsable podrá, si lo considera oportuno, ampliar el plazo de noventa días naturales. Se informará a las partes de toda ampliación de dicho plazo, así como del plazo de tiempo que se estime necesario para la resolución del litigio.

A diferencia de la mediación, como bien se sabe, el arbitraje es verdaderamente alternativo a la jurisdicción a través del laudo arbitral firme con la misma efectividad que una sentencia judicial firme, y como ha indicado el TC el arbitraje tiene que ser voluntario y contractual para no afectar al principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE. De otro lado, teniendo en cuenta que de lo que se trata es de fomentar las iniciativas de autorregulación, a la vista de la necesidad de un

¹¹ "Resulta oportuno que los consumidores tengan acceso a vías extrajudiciales de reclamación y recurso para la re-solución de los litigios que se deriven de los derechos y obligaciones establecidos en la presente Directiva, tanto entre proveedores de contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial y consumidores, como entre intermediarios de crédito y consumidores. Los Estados miembros deben garantizar que la participación de pres-tamistas e intermediarios de crédito en este tipo de pro-cedimientos de resolución alternativa de litigios no sea facultativa. Para garantizar el correcto funcionamiento de los mencionados procedimientos en relación con las actividades transfronterizas, los Estados miembros deben exigir que los organismos responsables de la resolución extrajudicial de litigios cooperen entre sí, y alentarlos a que así lo hagan. En dicho contexto, conviene alentar a los organismos extrajudiciales de reclamación y recurso de los Estados miembros a que participen en la red FIN-NET, en la que participan los mecanismos de resolución extrajudicial de litigios financieros que se encargan de solucionar litigios entre consumidores y prestadores de servicios financieros", considerando 77.

nuevo marco regulatorio, habrá que tener en cuenta asimismo el instrumento de la conciliación y la figura de la transacción¹².

En todo caso, la trasposición podría contener toda la variedad y especialidad de la mediación en este ámbito, pues se exige algo más que favorecer esta alternativa. Por tanto, habrá que destacar el relevante papel en este contexto de los servicios e instituciones de mediación que desempeñan una tarea fundamental a la hora de ordenar y fomentar los procedimientos de mediación. La especialidad de este sector debería permitir un marco excesivamente flexible, que es la filosofía de la institución, que, en todo caso, tiene que tener la precaución de evitar un planteamiento como estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes; por tanto, el contenido del acuerdo no podría ser contrario a la legislación, si bien para el uso de la mediación tengan que tratarse de derechos subjetivos de carácter disponible.

Así, la transposición de la citada Directiva es una oportunidad para el mejor desenvolvimiento de la mediación en el contexto específico de este sector, teniendo en cuenta que se ha expresado la cifra del 96% de empresas alimentarias que se han visto implicadas en prácticas comerciales desleales, lo que implica efectos muy perjudiciales para la economía de la UE y, en particular, para la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas, estas prácticas afectan a la capacidad de las empresas, entre ellas las PYME, para invertir e innovar, lo que justifica facilitar medios menos costosos y rápidos para resolver posibles conflictos. Así mismo, para valorar su trascendencia repárese en que la mencionada Directiva se aplica a todas las fases de la cadena, por tanto, a la producción, transformación, comercialización, distribución y venta al por menor de productos agrícolas y alimentarios; de igual modo, puede afectar tanto a la negociación, al contrato, como a la fase postcontractual. Su valor, también se destaca si se tiene en cuenta, así mismo, que la Directiva se aplica tanto a las transacciones comerciales independientemente de que se realicen entre empresas o entre empresas y autoridades públicas, y dentro del mismo Estado miembro o con un proveedor de cualquier Estado miembro, con lo que a efectos de relaciones comerciales transfronterizas resulta aún de mayor utilidad¹³.

¹² Desde el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, que instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial, pasando por el Libro Verde de 19 de abril de 2002 sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil en el que hacía balance de la situación imperante en lo que respecta a métodos de solución en la Unión Europea a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Directiva de mediación de 2013, teniendo en cuenta la Directiva 2011/83/UE, hay un largo proceso caracterizado por alentar a las partes a hacer uso de la mediación, por facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, cuya culminación sería hacerla obligatoria, añadiendo a todo ello la Directiva 93/13/CE, Directiva 1999/44/CE, y Recomendación 98/257/CE, la Recomendación n° 12/1986, del Comité de Ministros de los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir al sobrecarga de trabajo de los tribunales de justicia; Recomendación n° 7/1981 del Comité de Ministros de los Estados miembros, Recomendación n° 10/2002.

¹³ Puede verse, al respecto, el considerando 11: «La presente Directiva debe aplicarse a las transacciones comerciales, independientemente de si se realizan entre empresas o

En todo caso, la valoración del tema de la mediación y del desarrollo de su art. 7 quedará reflejado en el análisis que se haga de las previsiones de la propia Directiva sobre una revisión de su evolución y aplicación, que aportará una buena experiencia basada en sus resultados en orden a ulteriores reformas¹⁴.

entre empresas y autoridades públicas dado que, cuando las autoridades públicas compran productos agrícolas y alimentarios, deben someterse a las mismas normas. La presente Directiva debe aplicarse a todas las autoridades públicas que actúen como compradoras”.

¹⁴ “Para lograr una aplicación efectiva de los principios de actuación con respecto a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, la Comisión debe revisar la aplicación de la presente Directiva y presentar un informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Dicha revisión debe evaluar, en particular, la eficacia de las medidas nacionales destinadas a luchar contra las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro agrícola y alimentario y la eficacia de la cooperación entre las autoridades de ejecución. Es importante que en la revisión se preste atención a si, en el futuro, estaría justificada la protección de los compradores de productos agrícolas y alimentarios en la cadena de suministro, además de a los proveedores. El informe debe ir acompañado, si procede, de propuestas legislativas”, considerando 4. Vid. arts. 10 y 12 de la Directiva.

SEGUNDA PARTE:
PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS FAMILIARES
FUERA DE LOS JUZGADOS

GÉNERO Y CONFLICTO EN TIEMPOS DE COVID-19. UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y LAS MASCULINIDADES

YAMILA GONZÁLEZ FERRER

Doctora en Ciencias Jurídicas

Profesora Auxiliar de Derecho de Familia

Facultad de Derecho, Universidad de La Habana

Mediadora

ENMANUEL GEORGE LÓPEZ

Máster en Desarrollo Social

FLACSO, Universidad de La Habana

Miembro de la coordinación nacional de la

Red Iberoamericana y Africana de Masculinidades

SUMARIO: I. DIMENSIONES DE GÉNERO Y COVID-19. II. MASCULINIDADES. III. CUBA, FAMILIAS Y COVID-19. IV. REFLEXIONES FINALES.

I. DIMENSIONES DE GÉNERO Y COVID-19

Desde el inicio de la pandemia la Organización de las Naciones Unidas y sus agencias como ONUMUJERES y el Fondo de Población han alertado que el manejo de las crisis en la situación de emergencia que impone la Covid-19 puede tener impactos graves en la vida de las mujeres y niñas, si no se consideran las dimensiones de género¹.

¹ *Vid.* Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women (Secretary-General, 9 de abril de 2020). • Género y el COVID-19 en América Latina y el Caribe: Dimensiones de género en la respuesta (María Noel Vaeza, ONU Mujeres, 8 de abril de 2020). • COVID-19 y la violencia contra las mujeres y niñas en ALC (ONU Mujeres, aún por publicar). • COVID-19 en América Latina y el Caribe: cómo incorporar a las mujeres y la igualdad de género en la gestión de la respuesta a la crisis (ONU Mujeres, marzo de 2020). • Mapeo de iniciativas impulsadas por los gobiernos de América Latina y el Caribe para abordar las dimensiones de género en la respuesta a la pandemia de COVID-19 (19 a 31 de marzo de 2020). • América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19 Efectos económicos y sociales e impacto en la vida de las mujeres (Presentación de Alicia Bárcenas, CEPAL, 9 de abril de 2020). • Informe especial COVID-19: América Latina y el Caribe ante la pandemia del COVID-19 Efectos económicos y sociales (CEPAL, 3 de abril de 2020), disponibles en <http://www.unwomen.org>, fecha de consulta: 25 de abril de 2020.

Estos impactos se aprecian en cuatro ámbitos fundamentales: la economía, el trabajo doméstico no remunerado, la salud y la violencia, con la consabida afectación a sus derechos humanos y con repercusiones todos en el ámbito familiar. Algunos de ellos son:

- Las mujeres están en la primera línea de la respuesta en la lucha contra la Covid-19 como profesionales de la salud, voluntarias, activistas comunitarias, cuidadoras y asumen mayores costos físicos y emocionales, así como un mayor riesgo de infección en la respuesta a la crisis.
- En un número significativo de países han visto afectados el acceso a los servicios y la atención de salud sexual y reproductiva.
- Son las más afectadas por el trabajo de cuidados no remunerado, ya que, por lo general, tienen la responsabilidad de atender a familiares enfermos, personas mayores y niñas/os.
- La reducción de la actividad económica, del empleo y de los servicios de cuidados están afectando a las trabajadoras en general y en particular a las trabajadoras informales y las trabajadoras domésticas.
- Con las restricciones a la movilidad interna y externa las mujeres y niñas migrantes se enfrentan a mayores riesgos de desprotección como la violencia de género y la trata.
- La pandemia ha provocado un aumento del estigma, la xenofobia y la discriminación, que conducen a una mayor desigualdad de las mujeres, especialmente de las mujeres migrantes y refugiadas, que las alejan de los servicios que necesitan, exacerbando estereotipos, así como la hipersexualización de las mujeres, y dificultan su integración socioeconómica en las comunidades de acogida.
- El contexto de emergencia aumenta los riesgos de violencia contra las mujeres y las niñas, especialmente violencia doméstica, debido al confinamiento que agrava las situaciones de violencia en las familias que conviven habitualmente con estas problemáticas y en otras que en circunstancias normales no tienen esos episodios, pueden estar apareciendo por malas relaciones o manejar mal las situaciones que se presentan a lo interno de la familia y que tienen como base los desequilibrios de poder existentes. La cuarentena puede también aumentar el aislamiento de las mujeres al dificultarse el acceso a servicios esenciales que respondan a la violencia doméstica y otras formas de violencia contra las mujeres y niñas².
- La seguridad alimentaria de mujeres y niñas puede verse afectada por la pérdida de ingresos, la escasez de alimentos y las restricciones de circulación.

² Los datos que brinda el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe apuntan a la intensificación de la violencia doméstica durante la pandemia. Baste señalar que 33 países de la región reportaron un aumento de las denuncias de violencia hacia la mujer en sus diferentes manifestaciones, las cifras oscilan entre 30% y 51%. Muchos servicios de atención están bajo presión para responder el incremento de esta demanda. *Vid. La medición del feminicidio. Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe CEPAL*, disponible en <https://org.cepal.org/es/indicadores/femicidio>, fecha de consulta: 5 de julio de 2020.

II. MASCULINIDADES

Para el análisis de este contexto desde un enfoque de género, es prudente incorporar la visión de las masculinidades. ¿Cómo los hombres viven este proceso de cuarentena, cuáles son las dificultades que encuentran y cuáles son los retos y oportunidades que tienen para enfrentar los conflictos?

El llamado a quedarse en casa mientras dure este período, evoca uno de los grandes enfrentamientos de la masculinidad tradicional con el espacio doméstico. Para los hombres significa restringirse a un espacio donde no se representan y tener que afrontar diariamente problemáticas con las que muchas veces no están identificados³.

Ansiedad, temores y otros malestares, son algunos efectos que este proceso puede ocasionar. En este contexto, diversos equipos de orientación advierten la poca participación de los hombres en sesiones y terapias que se están desarrollando de forma virtual. La masculinidad en su versión hegemónica carece de herramientas comunicativas para expresar sus emociones, lo que complica la tarea de especialistas de cómo lidiar con las preocupaciones que esconden, así como las consecuencias que ello provoca en el espacio intrafamiliar.

Otro tema que afecta a los hombres es la poca percepción de riesgo, vinculado al desarrollo de una masculinidad no preocupada por el autocuidado. Esta situación provoca dificultades en las familias para coordinar medidas de prevención, también altos números de hombres contagiados y mayor número de fallecimientos.

La economía y las garantías para proveer a la familia figuran constantemente dentro de los mandatos culturales de los hombres. La vulnerabilidad económica es un temor recurrente en los hombres, pues el machismo la señala como una pérdida de autoridad, lo que puede causar crisis a lo interno del domicilio.

III. CUBA, FAMILIAS Y COVID-19

Desde Cuba, el gobierno, su sistema de salud y todas las instituciones, están haciendo grandes esfuerzos para vencer esta pandemia⁴, en condiciones económicas muy complejas provocadas en primer lugar por el Bloqueo económico, comercial y financiero del gobierno de los Estados Unidos, que incluso en este contexto se ha recrudecido boicoteando la entrada de suministros médicos indispensables.

En los asuntos vinculados al Derecho de las familias el contexto de la Covid-19 impone desafíos importantes para la solución de los conflictos si partimos de

³ Sobre el tema de masculinidades y en particular acerca de los estudios en Cuba, *vid.* GONZÁLEZ PAGÉS, Julio César, *Macho, Varón, Masculino. Estudios de masculinidades en Cuba*, Editorial de la Mujer, La Habana, 2010; RIVERO PINO, Ramón y Oscar ULLOA GUERRA, *Reseñas de estudios cubanos sobre masculinidades*, Editorial CENESEX, La Habana, 2016; RIVERO PINO, Ramón (compilador), *Masculinidades. Ensayos histórico-sociales*, Editorial CENESEX, La Habana, 2016; RIVERO PINO, Ramón (compilador), *Maternidad y paternidad. Iguales en derechos y responsabilidades*, Editorial CENESEX, La Habana, 2015.

⁴ Para conocer sobre la respuesta cubana a la pandemia *Vid.* Díaz-Canel Bermúdez, Miguel y Jorge Núñez Jover, «Gestión gubernamental y ciencia cubana en el enfrentamiento a la COVID-19» en *Anales de la Academia de Ciencias de Cuba*, disponible en <http://www.revistaccuba.cu/index.php/revacc/article/view/881/886?fbclid=IwAR22BooH1JHi7RaomecsDiqw8tcTWGvOuuLUqkQhDcRddwT68nYdTG2oI4>, fecha de consulta: 28 de junio de 2020.

que la Instrucción No. 248 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular del 1ro de abril pasado «dispone la suspensión y detención temporal inmediata de la tramitación e impulso procesal de los asuntos o procesos judiciales en curso, atendiendo a la especial situación en que se encuentra el país como resultado del cumplimiento de las medidas implementadas por el Estado y el Gobierno de la República, para prevenir y enfrentar los riesgos y efectos de la propagación de la pandemia de la Covid-19. Se exceptúan de la anterior disposición aquellos asuntos y trámites que, en razón de su naturaleza y contenido, por causas justificadas, resulte necesario e impostergable proseguir su atención y tratamiento, asegurando en cada caso el respeto del debido proceso y a los derechos y garantías de las partes»⁵.

Si bien, asuntos de alto nivel de conflictividad o complejidad siguen siendo atendidos, un grupo significativo de asuntos familiares de la cotidianidad están a la espera de un retorno a la «normalidad» para ser solucionados.

Algunos de ellos son:

1. Existen cuestiones prácticas con trascendencia jurídica vinculadas al ejercicio de la maternidad y la paternidad, que impone la situación de confinamiento que estamos viviendo. Tenemos por una parte al padre que convive con sus hijos e hijas y cómo desarrolla su paternidad en estas condiciones en relación a la manera en que vivencia su masculinidad. Por otra, están aquellos padres que no conviven con sus hijos e hijas a causa de divorcios, separaciones u otras causas y que ven afectado el régimen de comunicación que se ha determinado por el Tribunal. Ello puede ser un verdadero problema hoy, sobre todo en los casos de malas relaciones entre madres y padres.

Muchas veces los padres, ante estos problemas, se distancian y buscan alternativas en el orden jurídico para revertir la situación, pero ello ahora no es posible porque, como he explicado, solo se están ventilando en nuestros Tribunales procesos muy excepcionales. Situación similar ocurre con respecto a los incumplimientos de la obligación de dar alimentos, no solo con relación a los hijos e hijas menores de edad, sino también en aquellos casos de personas adultas mayores o en situación de discapacidad.

¿Qué hacer en estos casos?

No queda otra alternativa que buscar alianzas, redes de apoyo familiar, comunitario, de amistades, para contribuir a que esta etapa no sea de alejamiento espiritual entre los padres y sus hijos e hijas: llamadas telefónicas, videos por las redes sociales, visitas con distanciamiento físico o traslados de los niños/as en los casos en que sea posible, entre otras alternativas. No podemos perder de vista el interés superior del niño/a en estas circunstancias y que es fundamental para ellos mantener un acercamiento, si no físico, siempre emocional con sus padres.

2. En el país el personal de salud tiene una alta presencia femenina, son mujeres con altos niveles de responsabilidad, sometidas a grandes presio-

⁵ Vid. Instrucción No. 248 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, Gaceta oficial extraordinaria de 1ro de abril de 2020, disponible en <http://www.tsp.gob.cu/art%C3%ADculos/instruccion-no-248-del-consejo-de-gobierno-del-tribunal-supremo-popular>, fecha de consulta: 10 de abril de 2020.

nes en el cumplimiento de sus misiones y eso tiene una repercusión también a nivel familiar; las mujeres son la mayor parte de la población envejecida; la recarga del trabajo doméstico y de cuidado aumenta más para las mujeres en esta situación y la violencia de género, como problema de salud se agrava en estas condiciones teniendo en cuenta que el confinamiento obliga a pasar la mayor cantidad de horas en el hogar lo que crea un ambiente de tensión permanente entre víctimas y agresores.

Con respecto a las necesidades de prevención y atención a la violencia en el espacio familiar que emerge en el contexto de Covid-19, parte, como ya decíamos, de la situación de confinamiento que impone el enfrentamiento a la pandemia y la reducción de importantes servicios, lo que impone un reto para la atención de las personas en condiciones de vulnerabilidad, si bien la respuesta jurídica a los casos de mayor impacto está garantizada.

De ahí la necesidad de tener activadas las redes de apoyo a nivel comunitario y entender que proteger a las víctimas es tarea de todas y todos y es una forma de expresar la solidaridad, a la que tanto se llama en estos tiempos.

Ha sido vital que las mujeres y otras personas vulnerables conozcan qué servicios están a su disposición y cuáles son las vías para contactarlos de forma inmediata ante un hecho de violencia. Por otra parte, para las personas agresoras, el conocimiento de estas acciones que se llevan a cabo, posibilita que se contengan y que sientan que no hay impunidad.

En las condiciones de Cuba tenemos fortalezas importantes como las experiencias valiosas que existen en la prevención de distintos problemas sociales y de salud. Además, Cuba cuenta con personal capacitado y los recursos para hacerlo. Otra fortaleza es la organización comunitaria que existe a través de las delegaciones de base de la Federación de Mujeres Cubanas⁶ y que puede servir de contención y canalización inmediata de todas estas situaciones. También tenemos retos en la sensibilización de las trabajadoras sociales, brigadistas sanitarias, dirigentes de base; así como el personal de la Policía y la Fiscalía.

En respuesta a esta situación y de manera coordinada, varias instituciones y organizaciones de la sociedad civil han puesto a disposición de las mujeres, las personas LGBTIQ y las familias, servicios de ayuda y orientación. No se trata de servicios nuevos, ya existían antes de la llegada del coronavirus a Cuba. Más bien, en estas condiciones, se les ha otorgado mayor visibilidad bajo el supuesto de que puede existir un incremento de la conflictividad a nivel familiar y de la violencia.

Desde la Unión Nacional de Juristas de Cuba hemos aportado a este trabajo que en plataforma se realiza desde un enfoque multidisciplinario. En este sentido,

⁶ La Federación de Mujeres Cubanas es una organización no gubernamental, de masas, fundada el 23 de agosto de 1960, con más de cuatro millones 300 mil afiliadas mayores de 14 años en todo el país. Tiene una estructura que va desde el nivel nacional hasta las comunidades, en las que se organizan por delegaciones de base. Es el mecanismo nacional para el adelanto de la mujer en Cuba y desde 1997 es una organización con estatus consultivo ante el ECOSOC en la Organización de Naciones Unidas (ONU). Tiene una larga trayectoria en la defensa y promoción de los derechos humanos y la igualdad de género.

el grupo asesor de expertas en materia de violencia adscrito a la Federación de Mujeres Cubanas y que trabaja en la elaboración de la Estrategia Integral de Prevención y Atención por acuerdo del Grupo Nacional de Prevención, Asistencia y Trabajo Social, ha estado muy activo haciendo propuestas vinculados a los procedimientos de actuación de la Policía, la Fiscalía, los servicios de salud y la línea ayuda con que cuentan estas instituciones, para la etapa de la pandemia.

La Covid-19 ha demostrado la necesidad de disponer de servicios a distancia para ofrecer la primera asistencia psicológica, así como para orientar y/o derivar de manera oportuna a las víctimas o a cualquier persona que quiera denunciar o buscar ayuda por situaciones de violencia de género. Basado en estas experiencias, en Cuba se decidió ampliar el servicio de la Línea 103⁷ como servicio de apoyo psicológico a todas las personas. Posteriormente, y acorde a la voluntad política del Estado de garantizar el bienestar de toda la población, la Federación de Mujeres Cubanas y el Ministerio de Salud Pública acordaron que la Línea atendería las llamadas vinculadas a las diversas formas de violencias en el escenario familiar particularmente, las formas de violencia basadas en género. De este modo, se brinda la primera ayuda psicosocial y se ofrece la información y orientación que se requiera para la derivación a los servicios esenciales disponibles en el ámbito jurídico y social.

En este mismo sentido, en momentos de confinamiento el espacio de la televisión, la radio y las redes sociales ha servido para la emisión de mensajes positivos, dinámicas de contención de conflictos. Se han creado grupos de apoyo desde múltiples saberes en las redes para que las personas y las familias cuenten con recursos y herramientas para lidiar con las situaciones conflictuales que pueden surgir en determinados espacios, entre otras iniciativas.

IV. REFLEXIONES FINALES

Todo lo anteriormente expuesto permite concluir que el abordaje desde el ámbito familiar de los conflictos en las condiciones de la Pandemia, debe estar transversalizado por:

- La integración de un enfoque de género desde una mirada interseccional, lo que posibilitará mejores soluciones, más diversas e integrales que no permitan que las personas en condiciones de vulnerabilidad queden en una mayor situación de desigualdad que afecte sus derechos más esenciales.
- La necesidad de la aplicación de un enfoque preventivo a partir de la promoción de mensajes positivos que llamen a la cultura de paz, a la armonía con respeto a la diversidad, por todas las vías que estén a nuestro alcance.
- La respuesta debe considerar de manera diferenciada las necesidades y capacidades de mujeres, hombres, niñas, niños adolescentes, personas adultas mayores, con discapacidad, LGBTIQ, entre otras con vulnerabilidades y estar pendientes de los desequilibrios de poder que pudieran afectar la solución de los casos y los acuerdos a los que se arriben.
- Crear alianzas con redes y organizaciones comunitarias, sociales que son un gran potencial para la prevención, el conocimiento de los conflictos, el

⁷ La línea ayuda 103, que es un servicio de alcance nacional del Ministerio de Salud Pública antes de la situación de pandemia era únicamente la Línea nacional antidrogas.

acompañamiento a los vulnerables, y pueden desarrollar muchas acciones que potencien la cultura de paz.

- Desde el trabajo particular con los hombres, se debe proyectar como una oportunidad para la reconfiguración de las actitudes machistas. El contexto de compartir más tiempo en el hogar podría ofrecer la oportunidad de rediseñar hábitos y conductas de desigualdad de género. Comunicación, distribución equitativa de las tareas, la paternidad cercana y afectiva, actividades de conjunto, actitudes responsables hacia la salud, son algunas de las propuestas que deben hacerse desde la solución armónica de conflictos para desarrollar dinámicas familiares favorables y justas.

La situación actual evidencia lo vulnerables que somos ante eventos de esta magnitud porque las lógicas de desarrollo económico y social mundial no tienen en su mira verdaderamente a los seres humanos y esta pandemia las ha puesto en crisis. Este panorama lleva a replantearnos cambios sustanciales de cara a la sostenibilidad y el equilibrio del planeta. Los diversos conflictos humanos que se agravan en este momento tienen una marcada relación con el desequilibrio de poder y con las asimetrías de género lo que impacta en el ámbito familiar y es por ello que el desafío implica cambiar radicalmente el modelo de convivencia humana imperante.

No podemos conformarnos con soluciones de emergencia, los cambios tienen que ser estructurales para lograr un mundo de igualdad, no discriminación, resolución armónica de conflictos y paz.


ANEXO


Algunos de los materiales que se han elaborado con la colaboración del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en Cuba son los siguientes:




CERO Violencias de Género en tiempos de COVID-19

Hagamos de nuestro hogar un lugar seguro.
El cuidado es una necesidad y un deber
de toda la familia

 Las mujeres, personas mayores, niñas y niños son los grupos más vulnerables a la violencia. Cuidémoslos

El trabajo del hogar es para el bien común.
Colaboremos 

Tenemos tiempo ahora. Usémoslo para
conversar, escuchar, acompañarnos 

Tomemos la mejor opción. Cero tolerancia a
cualquier forma de violencia. Protejámonos 

**en Casa
sin Violencia
ni Coronavirus**

PODEMOS ACUDIR A LOS SIGUIENTES SERVICIOS EN CASO NECESARIO


Servicios jurídicos:
En caso de requerir alguna información o hacer una denuncia, se mantienen activas.

- Línea única de la Fiscalía: **802-12345**
correo electrónico: atencionciudadano@fgr.gob.cu
Facebook: **Amigos FGR**
- Línea de la PNR: **106**
- Servicio de Orientación Jurídica de CENESEX, disponible a través de sojcenesex@gmail.com, de lunes a viernes, de 10 am - 5 pm. Acompaña a personas en situación de vulneración de sus derechos sexuales.

Servicios de salud:

- Los consultorios médicos, los policlínicos y los hospitales mantienen funcionando sus servicios de salud sexual y reproductiva.
- Los Departamentos de Salud Mental Municipales siguen funcionando.
- Línea Confidencial **103**, activa para todas las demandas relacionadas con la salud mental.
- Consejería virtual del Centro Oscar Arnulfo Romero: consejeriaoar@gmail.com e ivon.et@oar.co.cu
- Psicogrupo Diverso para personas LGBTQ+, martes, jueves y viernes de 4 pm - 5 pm. Todas las personas interesadas se pueden unir a través del link: <https://chat.whatsapp.com/19JXXVp20A48CSwte372L>

Ante cualquier hecho de violencia, siempre denunciar





PARTICIPAR

PREMIO POSTAL POR
Participar con responsabilidad en todas las tareas domésticas y del cuidado en el hogar y no recargar a las mujeres. Tú puedes marcar la diferencia. *#QuédateEnCasa*, apoya, cuida y brinda seguridad a quienes más lo necesitan. **Quédate en igualdad.**

¡PÁSALO!



PROMOVER

PREMIO POSTAL POR
Promover que mujeres y hombres de todas las edades, color de la piel, ocupaciones, orientación sexual e identidades de género, sean protagonistas de la mejor respuesta a la COVID-19. Tú eres importante. *#QuédateEnCasa*, **Quédate en igualdad.**

¡PÁSALO!





PROTEGER

PREMIO POSTAL POR

Proteger a todas y todos en la familia, en sus necesidades económicas, en su salud física, psicológica y sexual. Cuídate también. *#QuédateEnCasa*, **Quédate en igualdad**, ofrece y recibe la ayuda solidaria que en Cuba sabemos dar y aplaudir.

¡PÁSALO!

Cuba COVID-19 RESPUESTA Prosalud PNUD



PREVENIR

PREMIO POSTAL POR

Prevenir posibles ambientes de tensión, comunicaciones hostiles y relaciones no saludables en la familia. Por tus derechos y los nuestros, *#QuédateEnCasa*, sin maltratos ni violencias basadas en el género o la edad, **Quédate en igualdad**.

¡PÁSALO!

Cuba COVID-19 RESPUESTA Prosalud PNUD



LA GESTIÓN A DISTANCIA DE LAS CRISIS FAMILIARES

SILVIA LILLIU
UNIVERSIDAD DE CAGLIARI

SUMARIO: I. Las parejas en crisis durante el Covid-19: la mediación familiar descubre Internet para resolver los conflictos. II. El delicado equilibrio entre el derecho del menor a la paternidad compartida y el derecho a la salud. III. La obligación a la prestación de alimentos: cambios derivados de la implementación de medidas de emergencia. IV. Las principales directrices adoptadas en el ámbito del derecho de familia: las audiencias virtuales. V. Los nuevos divorcios súper rápidos. VI. La reorganización digital.

I. LAS PAREJAS EN CRISIS DURANTE EL COVID-19: LA MEDIACIÓN FAMILIAR DESCUBRE INTERNET PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS

La emergencia sanitaria debida al Coronavirus ha traído consigo una serie de problemas relacionados con el derecho de familia. De hecho, los conflictos, especialmente los familiares, «no entran en cuarentena», sino se intensifican durante una pandemia global: las parejas cerradas en casa que estaban en proceso de separación tuvieron serias repercusiones, especialmente en presencia de niños menores. Podemos pensar a las parejas que ya estaban en proceso de separación matrimonial o de facto y en espera de la audiencia judicial para la decisión sobre la disolución de la familia y la custodia de los niños, o aquellos en situaciones de fuerte falta de armonía. Un marco en el que los conflictos violentos también han explotado con gran dificultad para que las víctimas encuentren ayuda¹.

Por lo tanto, las parejas resultan muy probadas por el bloqueo. Si, de hecho, antes, se discutía incluso cuando se tenía la posibilidad de estar fuera de casa, con una coexistencia forzada las fricciones se amplifican. Una situación crítica especialmente para las parejas con hijos menores para quienes *«encontrar la distancia correcta es un proceso complicado, que no necesariamente significa irse, pero es una experiencia común para cada uno de nosotros que algunas cosas se experimentan mejor de cerca, mientras que otras necesitan de mayor distancia»*².

¹ Las estadísticas indican un aumento de más del 70% de las situaciones de violencia, tanto verbales, psicológicas y económicas. Además de la violencia directa, existe el daño psicofísico emocional, cognitivo y conductual muy grave que sufren los hijos menores de estas parejas, testigos directos del comportamiento abusivo.

² A. APPIGNANESI, *Il lockdown e le coppie con figli: crescono i conflitti e le richieste di aiuto*, en CentroPagina, 16 maggio 2020. Muchos abogados trabajan constantemente para mediar y pacificar estas

Entonces, se intensifica la necesidad de mediar y de escuchar. El objetivo es poder encontrar una forma de aliarse y discutir de una manera mutuamente protectora, evitando que los niños serían expuestos a situaciones intolerables desde un punto de vista emocional. Sin embargo, esta es una gran oportunidad para redescubrir el potencial del apoyo mutuo y la mediación familiar, entendida como el proceso de construcción o de reconstrucción de una relación familiar relacionada con sujetos separados o divorciados en los que un tercero imparcial, el mediador familiar, facilita la comunicación en vistas de un acuerdo³.

Esta herramienta alternativa de resolución de conflictos ha descubierto Internet para tratar problemas familiares durante la emergencia sanitaria. De hecho, en muchos Países, el encierro debido a la pandemia no ha impedido que los mediadores familiares sigan con su trabajo. En efecto, para encontrar un remedio para esta situación, la AEMe.F.⁴ (Asociación Europea de Mediadores Familiares), contribuyó ofreciendo disponibilidad a través de reuniones gratuitas proporcionadas remotamente por Mediadores Familiares Profesionales registrados en el Registro Nacional.

Sin embargo, la mediación familiar ha experimentado una nueva innovación gracias al uso de Internet. En reuniones remotas, posibles gracias al uso de varias plataformas tecnológicas, los mediadores se comprometen a codificar las diversas expresiones: la voz, el cambio de tono, la importancia del silencio en una conversación. El diálogo remoto hace que las personas sean más libres para superar sus emociones y encontrar recursos desconocidos: esta nueva forma de comunicarse puede generar situaciones favorables para las relaciones que se creían destruidas.

Más allá de los numerosos beneficios, el uso de Internet implica riesgos, especialmente relacionados con la confidencialidad. Este problema existe cuando las partes tienen que contar sus propias emociones íntimas. Con este fin, los mediadores piden a sus clientes que encuentren un lugar apartado, que retiren a los niños y que no graben las sesiones. El riesgo sería utilizar la entrevista con el mediador familiar contra el ex cónyuge en el contexto de un procedimiento de separación o divorcio, todo lo contrario del propósito de la mediación que consiste en el intento de resolver los conflictos y renovar el diálogo en una atmósfera de confianza y equilibrio. La mediación familiar no puede y no debe abandonar a las familias en crisis, aún más si tienen hijos, que de repente se encontraron bajo el mismo techo debido a la pandemia. Por lo tanto, los mediadores deben ser flexibles y pragmáticos, ya que el confinamiento puede ser un catalizador de oportunidades en este clima de inseguridad colectiva⁵.

situaciones, tratando de contener los aumentos en los litigios, dada la gran desaceleración que se produjo después de la pandemia también para la actividad judicial, tanto para el tratamiento de casos urgentes como, aún más, para aquellos ordinarios.

³ Definición de mediación familiar elaborada por la APMF (Association pour la médiation familiale): «*La médiation familiale est un processus tiers, de construction ou de reconstruction de liens, axé sur le rétablissement d'un dialogue apaisé, l'autonomie, la liberté et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation*».

⁴ L'A.E.Me.F. es una asociación sin fines de lucro cuya acción siempre se centra en la familia, en la resolución de conflictos, salvaguardando el bienestar de los niños y, sobre todo, en la adquisición por parte de los padres de una crianza responsable y compartida.

⁵ M. OLIVIERI, *La mediazione familiare scopre internet per risolvere i conflitti*, en ItaliaOggi n.101, pag. 12.

II. EL DELICADO EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO DEL MENOR A LA PATERNIDAD COMPARTIDA Y EL DERECHO A LA SALUD

Las limitaciones impuestas a la libertad de movimiento también han tenido repercusiones en otros derechos individuales, incluido el derecho a la paternidad compartida de los hijos, como el derecho de cada niño a mantener relaciones estables con ambos padres, incluso si ya no viven juntos. En este caso, el padre sin colocación tiene el derecho de ver y mantener al menor con él, ejerciendo su derecho de visita, de acuerdo con los procedimientos impuestos por el tribunal o acordados con el otro padre. Sin embargo, a causa de la grave pandemia que ha afectado a todo el mundo, las visitas entre padres e hijos no siempre son factibles debido a las limitaciones impuestas para proteger otro derecho fundamental, el derecho a la salud⁶. En particular, en Italia, con el fin de contrastar y limitar la propagación del virus COVID-19, con diversas medidas del Primer Ministro, se ha prohibido a todas las personas físicas la posibilidad de trasladarse, a menos que sea motivado por necesidades laborales comprobadas o situaciones de necesidad o salud⁷. Ante estas prohibiciones, muchos se han preguntado qué iba a pasar con los padres separados que viven en diferentes municipios, y si esta prohibición podría limitar el derecho de visita de los padres y el derecho de los hijos a la parentalidad conjunta. En realidad, el mismo decreto estipula que «*los viajes para llegar a menores con el otro padre o en cualquier caso con el cuidador o para llevarlos a ellos mismos están permitidos, en cualquier caso, de acuerdo con los métodos proporcionados por el juez con las medidas de separación o divorcio*»⁸.

Por lo tanto, existen muchas incertidumbres con respecto al derecho de familia en relación al alcance de este límite. Precisamente en este contexto de incertidumbres regulatorias, las pautas que pueden inferirse de las últimas sentencias jurisprudenciales⁹ y de los Protocolos adoptados por muchos Tribunales para regular casos individuales

⁶ El derecho a la salud está garantizado en el artículo 32 de la Constitución y debe entenderse no solo como un derecho debido al individuo sino a toda la comunidad. «*La República protege la salud como un derecho fundamental del individuo y un interés de la comunidad, y garantiza la atención gratuita a los pobres. Nadie puede ser obligado a un tratamiento de salud específico, excepto por ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos con respecto a la persona humana*».

⁷ Con el decreto del Primer Ministro «Iorestoacasa» del 9 de marzo de 2020, la prohibición se extendió en toda Italia.

⁸ Ver Tribunal de Milán 11.03.2020. Con una disposición hecha inmediatamente después de la entrada en vigor del Decreto del Primer Ministro del 09.03.2020, luego de un llamamiento urgente de una madre que solicitó el regreso inmediato del niño a ella y una limitación en el derecho de visita del otro padre como consecuencia de la Restricción impuesta por el Gobierno, el Tribunal de Milán determinó que no podía decirse que el Decreto Iorestoacasa, que no prohíbe el regreso a casa o residencia, excluye las disposiciones de custodia y colocación del menor.

⁹ Estas son algunas de las decisiones jurisprudenciales más relevantes sobre el asunto: el Tribunal de Nápoles, con un decreto del 26 de marzo de 2020, estableció que «se garantiza la asistencia al padre con entrevistas remotas también a través de videollamadas con sus hijos a diario de acuerdo con los padres estarán de acuerdo»; Con la disposición del 12 de marzo de 2020, el Tribunal de Matera ordenó la suspensión de las reuniones protegidas padre-hijo, creyendo que «con el fin de equilibrar el interés del menor en mantener una relación significativa con el padre y la de quedarse en casa para evitar el riesgo de contagio de COVID-19, este último debe prevalecer para proteger los mejores intereses del menor»; El Tribunal de Apelación de Bari, con una disposición del 16 de marzo de 2020, rechazó la solicitud con la que un par de padres, ambos caídos de la responsabilidad parental, solicitaron que se autorizara a los menores a abandonar la comunidad donde fueron colocados para regresar. el hogar familiar, creyendo que el peligro de contagio en la familia era menos severo.

constituyen una ayuda válida. De hecho, es necesario equilibrar dos intereses: el bienestar psicofísico del menor, el llamado «*best interest of the child*»¹⁰ y el derecho a la salud, que pertenece tanto al individuo como a la comunidad. Si, por un lado, por lo tanto, es esencial garantizar al menor el derecho a mantener relaciones continuas y equilibradas con ambos padres, también y especialmente en este contexto de emergencia, también es de importancia primordial proteger la salud física del menor, de los padres y más en general, de toda la comunidad.

Sin embargo, no hay uniformidad de puntos de vista sobre cuál es la línea correcta a seguir para garantizar un correcto equilibrio de los intereses en juego. Parte de la doctrina y la jurisprudencia, cree que el derecho de visita debe suspenderse siempre que su ejercicio implique la necesidad de mudarse a diferentes municipios¹¹. En cambio, otra orientación, basada en la estrecha conexión que existe entre el derecho a la crianza de los hijos y la protección psicofísica del menor, cree que el ejercicio del derecho de visita no puede limitarse, donde ciertamente todas las medidas preventivas destinadas a contener la propagación de la enfermedad, ya que su limitación tendría consecuencias negativas para el menor.

En esencia, por lo tanto, para poder garantizar la protección efectiva de ambos derechos, no es suficiente confiar en los datos normativos, pero es esencial que cada padre se comprometa a cubrir diligentemente su función parental. Por lo tanto, es razonable plantear la hipótesis de la suspensión o limitación del derecho de visita siempre que haya una distancia considerable entre los municipios.

Con el fin de remediar a esta situación, las tecnologías actuales permiten, incluso si es necesario suspender o limitar el derecho de visita, garantizar que el menor y el padre sin colocación continúen teniendo relaciones entre ellos.

En última instancia, en esta fase de emergencia, la suspensión o limitación del derecho de visita no puede ser el resultado de la decisión tomada arbitrariamente por uno de los padres en detrimento del otro, ya que no puede ser un pretexto para eliminar al menor de la otra figura parental. De hecho, es esencial recordar que el derecho de visita, antes de ser un derecho de los padres, es un derecho del niño, quien, para crecer serenamente, necesita cultivar y mantener relaciones continuas y equilibradas con ambos padres¹². Por lo tanto, la emergencia de salud no debe evitar la maternidad y la paternidad. Seguimos siendo padres, con suerte, responsables y cuidadosos, en pos del interés del menor, quien es el bien supremo que debe protegerse en todo momento¹³.

III. LA OBLIGACIÓN A LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS: CAMBIOS DERIVADOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE EMERGENCIA

Después de haber analizado el primer problema relacionado con la asistencia entre padre e hijo ante las limitaciones impuestas por la situación de emergencia, la segunda

¹⁰ Artículo 3 Convención de las Naciones Unidas: «En todas las decisiones relacionadas con los niños, que son responsabilidad de instituciones de asistencia social públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, el interés del niño debe ser una consideración primordial».

¹¹ Esta orientación puede deducirse de la interpretación literal del decreto del Primer Ministro del 22 de marzo de 2020.

¹² S. MAFFICINI, «El delicado equilibrio entre el derecho a la paternidad y el derecho a la salud en el momento de Covid-19», *La familia*, 28 de abril de 2020.

¹³ M.CAROLA, «Covid-19: distanziamento sociale, diritto alla bigenitorialità e coabitazione tra i coniugi», *Ilquotidianogiuridico.it*

pregunta que ha llamado la atención de los abogados es si la suspensión de todas las actividades de producción industrial y comercial puede justificar o retrasar el fracaso o retraso en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y si puede extenderse a la obligación de pagar la asignación de mantenimiento o pensión alimenticia¹⁴.

En primer lugar, la obligación de pagar el mantenimiento no es de naturaleza contractual, sino que se basa en reglas específicas destinadas a garantizar la asistencia económica a la persona económicamente más débil, incluso en el caso de un colapso familiar. En Italia, el decreto de Cura-Italia, en el artículo 91¹⁵, contiene una disposición de particular interés para las relaciones contractuales en materia de contratos públicos: «El cumplimiento de las medidas de contención siempre se evalúa, con fines de exclusión, de conformidad con y para efectos de los artículos 1218 y 1223 del Código Civil italiano, de la responsabilidad del deudor, también en relación con la aplicación de cualquier decomiso o sanciones relacionadas con obligaciones retrasadas u omitidas».

Sin embargo, no se aplica a las obligaciones de pago derivadas de relaciones individuales, ni siquiera de manera análoga, como regla especial. De hecho, la causa de estas obligaciones no es de naturaleza contractual, sino que se basa en leyes civiles específicas que implementan los derechos constitucionalmente garantizados¹⁶.

Entonces, está claro que, si el sujeto acusado debido a las limitaciones impuestas por los diversos decretos no ha podido llevar a cabo habitualmente su trabajo, actividad comercial o profesional si es un empleado, ha visto caer su salario mensual debido a la solicitud hecha por el empleador trabajo del despido ordinario, esto también debe tenerse en cuenta en relación con la obligación de las asignaciones de mantenimiento. Además, los padres tienen la obligación de mantener a sus hijos en proporción a sus respectivas sustancias de acuerdo con su capacidad para trabajar, profesionalmente o en casa¹⁷. Además, el subsidio de divorcio también se determina sobre la base del ingreso de la carga y el monto de la pensión alimenticia se asigna en proporción a las condiciones económicas de quién debe administrarlo¹⁸.

¹⁴ El decreto ley n. 18 de 17 de marzo de 2020 «Cura Italia» introdujo una norma que justifica la demora o la falta de pago, siempre que sea una consecuencia directa de las medidas autorizadas para contener el contagio.

¹⁵ Cabe señalar que los tribunales han interpretado de manera diversa el concepto de demandas relacionadas con el mantenimiento o las obligaciones de mantenimiento derivadas de las relaciones familiares, contenidas en el artículo 83 c. 3 Decreto Ley 18/2020, algunos en un sentido restrictivo limitado a cuestiones puramente alimentarias, otros adoptan el concepto de obligación de mantenimiento descrito en el considerando 11 del Reglamento (CE) 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, según el cual «El alcance de La aplicación del Reglamento debe extenderse a todas las obligaciones de mantenimiento derivadas de la familia, el parentesco, el matrimonio o las relaciones de afinidad, a fin de garantizar la igualdad de trato entre todos los acreedores de mantenimiento. A los efectos de este reglamento, la noción de obligación de mantenimiento debe interpretarse de forma independiente».

¹⁶ Artículos 29 y 30 de la Constitución.

¹⁷ Art. 316 bis c.1 código civil: «Los padres deben cumplir sus obligaciones con sus hijos en proporción a sus respectivas sustancias y de acuerdo con sus habilidades profesionales o de trabajo a domicilio. Cuando los padres no tienen suficientes medios, los otros ascendientes, en orden de proximidad, deben proporcionar a los padres los medios necesarios para que puedan cumplir con sus deberes hacia sus hijos».

¹⁸ Art. 433 del Código Civil italiano: «La obligación de prestar una pensión alimenticia se mantiene en el siguiente orden: el cónyuge; niños; los padres y, en su ausencia, los siguientes descendientes; adoptantes; los géneros y las nueras; el suegro y la suegra; hermanos o hermanos o unilateral, y los alemanes tienen prioridad sobre unilateral».

Por lo tanto, si la capacidad económica ha cambiado debido a las restricciones en las actividades impuestas por las medidas de emergencia, esto tiene consecuencias inevitables en la determinación del monto adeudado. Sin embargo, cuando la obligación de pagar el mantenimiento o las asignaciones de mantenimiento se establece mediante una orden judicial, la carga no puede limitarse a suspender el pago o reducir su tamaño. En cambio, debe apelar ante el juez para solicitar la reducción de la obligación que se le impuso, demostrando que la legislación de emergencia ha llevado a una disminución de sus ingresos que ha resultado en la imposibilidad total o parcial de cumplir con la obligación de pago. Por lo tanto, cae una carga de prueba específica, ya que no es suficiente invocar las limitaciones impuestas por la legislación¹⁹.

IV. LAS PRINCIPALES DIRECTRICES ADOPTADAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA: LAS AUDIENCIAS VIRTUALES

El Consejo Forense Nacional ha adoptado pautas destinadas a regular los procedimientos de derecho de familia. Se consideró apropiado equilibrar dos derechos constitucionales: por un lado, las necesidades de protección de la salud pública y, por otro, las de la familia²⁰.

Para este fin, es necesario distinguir entre: procedimientos consensuales, procedimientos contenciosos y acuerdos de negociación asistida. En cuanto a los procedimientos consensuales para los cuales se permite la presentación exclusivamente electrónica de apelaciones por separación consensuada y divorcio conjunto, en estos casos los abogados podrán elegir el tratamiento escrito, presentando electrónicamente al defensor al menos 24 horas antes de la audiencia virtual, una declaración firmada por las partes en la que declaran estar perfectamente al tanto de las reglas de procedimiento que prevén la participación en la audiencia, haber sido informados sobre la posibilidad de proceder como una alternativa a la renuncia a la presencia física y de adherir a ella de forma libre y consciente, no queriendo conciliar y confirmando las conclusiones renunciadas en la apelación. Solo después de esta manifestación de voluntad, será posible obtener la homologación (en caso de separación), la sentencia (en caso de divorcio) o el decreto colegiado (en otros casos). Por otro lado, para procedimientos contenciosos en los que la elección de celebrar la audiencia de manera remota debe estar justificada cuando las partes la consideren compatible con las necesidades de la defensa, el juez puede decidir si recurrir o no a esta oportunidad, especialmente en el caso de parejas con hijos menores²¹. Mientras que, con referencia a los acuerdos de negociación asistida, estos deben presentarse electrónicamente a través del correo electrónico y la autorización relativa se enviará a los abogados de la misma manera que el depósito, siempre por correo electrónico. Por lo tanto, los abogados siempre tendrán que transmitir el acuerdo a los registradores a través de correo²². Para la finalización

¹⁹ V. VEZZOSI, *Mantenimento dei figli e del coniuge e sospensione delle attività produttive da coronavirus*, en Filodiritto.it

²⁰ Se hace referencia a los artículos 28, 29 y 30 de la Constitución.

²¹ M.E. BAGNATO, *Udienze telematiche di separazione e divorzio: le linee guida del Cnf*, en Altalex.

²² De conformidad a los artículos 6, c. 2 y 3 del decreto ley 132/2014 convertido en ley n. 3 162/2014: «Las disposiciones de este artículo no se aplican en presencia de niños menores, niños incapaces de edad o con discapacidad severa o económicamente no autosuficientes. El acuerdo alcanzado después del acuerdo produce efectos y se lleva a cabo con las medidas judiciales que definen, en los casos mencionados en el párrafo 1, los procedimien-

del acuerdo y las obligaciones posteriores, las partes van a firmar mediante identificación remota por parte de los abogados²³.

Las pautas indican cómo se llevan a cabo las audiencias de forma remota. «Antes de la audiencia, el juez informa a los fiscales de las partes y al fiscal, si se prevé su participación, día, hora y método de conexión²⁴». En este sentido, antes de la celebración de la audiencia, el juez emitirá una medida, que debe ser comunicada al menos siete días antes, por el registro a los abogados de las partes. Posteriormente, el juez, en el acta de la audiencia, tomará nota de la declaración de identidad de las partes presentes, así como la presencia, en los locales desde los cuales se establece la conexión, de cualquier otra persona con derecho a participar²⁵. Además, tomará nota de la declaración de los acusados de las partes sobre la participación de la parte asistida en el momento de la audiencia y la relativa al hecho de que no existen vínculos, ni por parte de los defensores ni de sus partes asistidas, con sujetos no legítimos, así como la declaración de la parte que se conecta desde un lugar diferente al que está conectado el defensor, de que no hay sujetos físicamente legítimos presentes allí.

El juez, los fiscales de las partes y las partes, si están conectados desde un lugar separado, deben mantener activa la función de video durante la audiencia; donde esté permitido, el registrador conectado de forma remota con el mismo dispositivo llevará a cabo la gestión del inicio y la realización de la audiencia, posiblemente también atendiendo los minutos.

Al final de la audiencia, el juez invitará a los fiscales de las partes a declarar en las actas que realmente participaron en la audiencia en cumplimiento del interrogatorio y a certificar que la realización de la audiencia por solicitud se llevó a cabo de manera regular.

V. LOS NUEVOS DIVORCIOS SÚPER RÁPIDOS

Algunos tribunales, para enfrentar la emergencia y la parálisis casi total de la actividad judicial, están adoptando soluciones alternativas, sobre todo telemáticas. En particular, en asuntos de derecho de familia, en los casos en que ya se ha encontrado un acuerdo, es decir, en separaciones consensuadas y divorcios conjuntos, algunos tribunales han visto llegar un correo electrónico de los abogados de las

tos para la separación personal, el cese de los efectos civiles del matrimonio, la disolución del matrimonio y las modificaciones de las separaciones o divorcios. El abogado de la parte esta obligado a transmitir, en un plazo de diez días, al registrador de la municipalidad en la que se celebró transcribió el matrimonio, autenticado por el mismo, del acuerdo que contiene las certificaciones a que se refiere el artículo 5»

²³ El artículo 5 del decreto ley 132/2014 convertido en ley n. 3 162/2014: «El acuerdo que constituye la disputa, firmado por las partes y los abogados que los asisten, constituye un título ejecutivo y el registro de una hipoteca judicial. Los abogados certifican la firma y el cumplimiento del acuerdo con las normas obligatorias y el orden público. Si con el acuerdo las partes celebran uno de los contratos o realizan uno de los actos previstos en el artículo 2643 del código civil, para proceder con la transcripción del mismo, la firma del acta del acuerdo debe ser autenticada por un funcionario público autorizado para hacerlo. Es un delito ético para el abogado impugnar un acuerdo en el que participó el consejo editorial».

²⁴ Artículo 83, comma 7, lett. F, decreto ley 18/2020

²⁵ Artículo 83, comma 7, lett. F, decreto ley 18/2020: El juez reconoce los procedimientos con lo que determina la identidad de los participantes y, en lo que respecta a las partes, de su libre albedrío. Todas las disposiciones adicionales se reconocen en el acta.

partes en las que la esposa y el esposo han declarado que conocen perfectamente las reglas que prevén la participación en la audiencia, que han sido informados de que pueden renunciar a la asistencia y se han adherido a esta posibilidad, sin tener dudas sobre una posible conciliación. Después de esta expresión de voluntad, dependerá del juez fijar la audiencia virtual, que se comunicará a los abogados por vía electrónica, y reconocer las actividades realizadas para proceder posteriormente a la sentencia de homologación de la separación o la sentencia conjunta de divorcio²⁶.

Esto pasó en algunos tribunales italianos, pero la propuesta también se compartió en otros Países, como Francia y Portugal²⁷, donde se aprobó la posibilidad de divorciarse a distancia, gracias a un simple correo electrónico. De hecho, fueron las parejas quienes decidieron divorciarse para preguntarles a los jueces, a través de sus abogados, si podría haber una manera de poder definir sus casos, incluso durante el tiempo de parada para las audiencias.

Por lo tanto, en estas oficinas se admite *«debido a la emergencia epidemiológica y las emergencias subyacentes de protección de la salud, que imponen, entre otras cosas, el respeto al distanciamiento social»* que puede *«acordar la elección del llamado tratamiento escrito, enviando a la Presidente electrónicamente, al menos dos días antes de la llamada audiencia virtual, una declaración firmada por las partes»²⁸*.

Una solución necesaria para enfrentar la parálisis del sistema judicial. La suspensión también implicó relaciones familiares: la mayoría de las oficinas judiciales ordenaron que la suspensión también se aplicará a separaciones y divorcios. Las salvaguardias judiciales siguen siendo operativas solo para los casos de violencia familiar, para casos muy urgentes, para adopciones y procedimientos relacionados con niños retirados de la familia de origen, pero también en estos procedimientos hay demoras en los retrasos. Sin embargo, esta suspensión, dirigida a proteger el bien primario de la salud pública, corre el riesgo de crear más daño que bien para las familias.

En el sistema de relaciones familiares, la situación es bastante diferente, de hecho, administrándose una forma de justicia que no es restaurativa sino reguladora, válida para el futuro y no para el pasado y que se dirige más a prevenir que a curar. Las familias necesitan respuestas inmediatas y las propuestas hechas por los distintos países son prueba de ello¹.

VI. LA REORGANIZACIÓN DIGITAL

La recuperación de esta situación se realizará principalmente gracias a la tecnología: de hecho, se necesita una reorganización digital que permita poner en contacto a diferentes personas de diferentes lugares²⁹.

En este contexto, por lo tanto, es necesario aprovechar al máximo el potencial de las tecnologías. De hecho, especialmente con una mayor difusión y un uso más

²⁶ L. FERRARELLA, *Coronavirus, i nuovi divorzi super veloci: niente udienza, basta una mail*, en *Corriere della Sera*.

²⁷ Portugal aprueba los divorcios a distancia per el Covid-19 in La voz de Galicia.

²⁸ Solución adoptada en muchos tribunales italianos, por ejemplo en los de Vercelli, Torino, Monza, Milano en Italia.

²⁹ A. SIMEONE, *Coronavirus e giustizia: perché quella familiare non può permettersi uno stop*, en *La Repubblica*.

efectivo de las tecnologías digitales, todo el mundo podrá enfrentar los principales desafíos a los que se llama. El uso inteligente de la tecnología y la explotación de la información nos ayudarán a superar los obstáculos a los que se enfrenta nuestra sociedad, como el que se está desarrollando actualmente con la pandemia de Covid-19³⁰. Las experiencias actuales con la digitalización de la mediación familiar muestran que más fácil recurrir a un es mediador mediante una solicitud en línea, así como la gestión desmaterializada del proceso en el contexto de un espacio privado de discusión en línea, que puede ir acompañado de videoconferencia. Los intercambios son seguros y protegidos. A continuación se detallan cuántos profesionales han creado plataformas de mediación para permitir la resolución de disputas a pesar del cese de la actividad judicial.

En varios Países, como hemos visto, se han adoptado soluciones alternativas: el caso de Francia es emblemático, en el que ciertamente no han faltado iniciativas destinadas a promover la mediación. En particular, es necesario mencionar la iniciativa del Colegio de Abogados de París, que ha creado una plataforma con mediadores que se comprometen a llevar a cabo actividades de mediación en situaciones de emergencia para disputas entre padres relacionadas con métodos de ejercicio de la responsabilidad parental (residencia alternativa, movimientos de una residencia a otra³¹).

El equipo de mediación familiar de emergencia está compuesto por abogados mediadores voluntarios. En este sentido, a la luz de la urgencia de las situaciones y la imposibilidad de obtener una solución judicial, el mediador ofrece una entrevista individual dentro de las 24/48 horas posteriores a su nombramiento. Para garantizar los derechos de la defensa, se asegura la presencia de abogados durante la mediación, y se anima a los contendientes que no cuentan con la asistencia de un abogado a consultar la plataforma de abogados creada por el Consejo Nacional de Abogados para encontrar uno³². La mediación, a diferencia de la justicia tradicional, está directamente influenciada por los nuevos métodos de regulación social que consisten en herramientas y algoritmos digitales. De hecho, existen numerosas plataformas de mediación en línea desarrolladas por profesionales del derecho³³.

En conclusión, la mediación representa una solución para el post pandemia. De hecho, para enfrentar el inmenso desafío al que se llamarán los tribunales, es necesario relanzar la mediación. «*Tendremos que encontrar formas de manejar casos juntos para tratar de recuperar el tiempo perdido tanto como sea posible. Tendremos que aceptar necesariamente compromisos mutuos para permitirnos afianzarnos en un clima en el*

³⁰ Verse S.PIERONI, *La ripresa passa anche dal digitale*, en MondoADR.

³¹ M.IASELLI, *L'importanza del digitale ai tempi del Coronavirus*, en Altalex.

³² Es una mediación regulada por el derecho consuetudinario (artículos 1532 y siguientes del código de procedimiento civil francés). Entre las diversas, se mencionan los agentes judiciales que lanzaron un servicio de resolución de disputas a través de su plataforma de mediación. El proceso permite a las personas y profesionales utilizar un proceso de mediación para encontrar una solución a sus conflictos. El servicio es gratuito y se proporcionará durante todo el periodo de confinamiento para una disputa que surgió en el mismo periodo. La plataforma permite la presentación del archivo que especifica la naturaleza de la disputa y el monto de la queja, con los documentos necesarios.

³³ N. FRICERO, *Médiation en periode de crise sanitaire: maintenir le lien social, résoudre les conflits, envers et contre tout*, en Le club des juristes.

que tendremos que poder hablar con confianza para tratar de tener éxito juntos³⁴». Sin embargo, estos ajustes de tiempo no evitarán un retorno difícil y la gestión del tiempo seguirá siendo peligrosa. Esta es la razón por la cual el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos se convierte en una oportunidad capaz de encontrar una solución adecuada a una situación sin precedentes. En este escenario, el acuerdo amistoso permitirá crear soluciones innovadoras a medida de conformidad con las normas de orden público³⁵.

Por lo tanto, en muchos países, el Covid-19 ha tenido un impacto positivo en los métodos alternos de resolución de conflictos. Por lo tanto, la transformación digital ha sido acelerada por el virus: «En la era de las herramientas digitales, este proceso da un nuevo paso que le permite celebrar sesiones de videoconferencia con todas las garantías de confidencialidad³⁶».

Finalmente, en este período de crisis en el que el ser humano vuelve al centro de nuestras preocupaciones, la mediación se convierte en un momento de humanidad.

³⁴ El objetivo de colocar el servicio público en el centro de la justicia alternativa ya ha nacido en Francia durante algún tiempo, para permitir que el estado de derecho cumpla con sus deberes soberanos y los adapte a cambios importantes. Después del derecho de acceso a un tribunal, puede surgir un nuevo derecho humano, un derecho a un acuerdo digital justo. Ver N. FRICERO, F. VERT, *La médium face aux enjeux du numérique et du public service de la justice: quelles perspectives?* En Dalloz Actualité.

³⁵ En su entrevista del 31 de marzo publicada en el blog del Club de Juristas Coronavirus, el primer presidente de la Corte de Apelaciones de París, Jean-Michel Hayat, no oculta las enormes dificultades que enfrentan los tribunales y propone algunas formas de lidiar con la situación: fortalecer el servicio de referencia y la unidad familiar, relanzar la mediación.

³⁶ GALLOT LE LORIER, *La mediación: une voie pour l'après-crise sanitaire*, en Le Club des Juristes.

LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO EN LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS FAMILIARES

PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO
Universidad Nacional de Córdoba

SUMARIO: I. EL PARADIGMA ACTUAL DE LOS CONFLICTOS. LA ESTRATEGIA JURÍDICA. II. EL ABOGADO COMO COLABORADOR EN LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CASOS: PIEZA FUNDAMENTAL DEL ENGRANAJE. III. ORGANIZACIÓN DEL FUERO FAMILIAR EN CÓRDOBA DESDE LA RECIENTE LEGISLACIÓN LEY 10.305. IV. VÍAS Y MECANISMOS DE TUTELA EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA ARGENTINA. V. ¿CÓMO SE ESTÁN RECEPTANDO CUESTIONES DERIVADAS DE CONFLICTOS DE FAMILIA A NIVEL EXTRAJUDICIAL, EN TIEMPOS DE CRISIS DEL COVID-19? 1. Modalidad conciliatoria ante asesorías de familia móviles. 2. Mecanismo de Acuerdo privado de partes con homologación judicial. 3. Mediación privada. VI. CONCLUSIONES.

I. EL PARADIGMA ACTUAL DE LOS CONFLICTOS. LA ESTRATEGIA JURÍDICA

El derecho fue mutando en distintas épocas, desde la teoría pura de Kelsen que explica que los valores sociales no son científicos y están fuera de la norma y por ende fuera de la ciencia del derecho (la llamada teoría unidimensional: una sola dimensión del derecho), pasando por la teoría de Cossio que rescata la teoría unidimensional de Kelsen pero valora la conducta del hombre (la tiene en cuenta, la inserta en la ciencia del derecho). Podemos valorar estas dos teorías desde un punto de vista reductivo de la ciencia.

Cuando hablamos del trialismo (dos tipos: el de Goldschmidt y uno un poco más moderno, el de Ciuro Caldani) hablamos de tres dimensiones, que no se agotan sólo en la norma, en el deber ser jurídico.

En el trialismo de Goldschmidt hay tres dimensiones: Norma, sociedad y valor. Pero el valor es incorporado por la Norma, por ello es un valor objetivo. En cambio en el trialismo de Ciuro Caldani: hay Norma, sociedad y valor, pero el valor es una construcción de la sociedad democrática en un lugar y tiempo determinado¹.

¹ Véase CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL. *Metodología Dikelógica*, 2º edición (inalterada) Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario, 2007, págs. 9 y ss. y 107 y ss.

Remo Entelman construye un concepto de conflicto que hace extensivo a cualquier conflicto que pueda presentarse en la vida social (conflicto nacional/internacional/civil/ de familia, etc.): «Es una especie de relación social en que las partes tienen o creen tener objetivos incompatibles».

Donde la relación social es una secuencia de conductas recíprocas y por lo tanto dentro de la relación social puede existir conductas de tipo cooperativas o conductas que devengan en conflictivas por falta de acuerdos.² De este concepto surge una visión más comprensiva del conflicto y que permite analizarlo a los fines de la estrategia, tanto de la parte como de los letrados intervinientes.

Se puede hablar de distintos tipos o grados de conflictos, y en un paradigma unidimensional del derecho hablar de una única respuesta posible, la norma, o si se quiere el proceso judicial, o incluso en algunos casos, como dice Falcón, «en muchas oportunidades se pretende que la única línea para solventar el conflicto, que tiende a volverse controversial, es la línea mediación-(eventualmente proceso arbitral)-proceso-conciliación-sentencia, pero ello es sólo un estereotipo»³.

El hecho de que existan vías «alternativas» al proceso judicial constituye una herramienta, que bien utilizada, ayuda no sólo a descongestionar el sistema judicial en crisis, sino a producir una metamorfosis en las relaciones humanas y sociales, genera posibilidad de diálogo y una respuesta positiva del sistema jurídico, devolviendo cooperación a la relación social fracturada.

Highton y Álvarez⁴ dicen acertadamente que, además del litigio siempre han existido otros modos de resolver conflictos, pues indudablemente no es el Derecho la única solución a que acuden los contendientes.

Actualmente ya no sería correcto hablar de sistemas «alternativos» al juicio, sino más bien, todo lo contrario, el proceso judicial propiamente dicho como respuesta excepcional o alternativa⁵. La mayor parte de los códigos procesales contienen normas que reenvían a mediación o a conciliación en las etapas previas a interposición de demanda o incluso una vez iniciado el proceso dentro de la misma⁶. Lo que puede hacer notar claramente que el paradigma ya ha modificado gran parte de la cultura procesal actual.

Pero lo que aquí se quiere hacer notar no es sólo una apología a los sistemas de mediación, sino más bien ampliar el universo de resolución. Muchas veces, los operadores del derecho insistimos en resolver una cuestión en mediación o en conciliación, cuando el conflicto aún no ha madurado, es allí donde el proceso judicial puede ser una herramienta más eficaz para la resolución.

CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, «Aspectos filosóficos de la buena fe», en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, Marcos M. Córdoba (dir.), Lidia M. Garrido Cordobera - Viviana Kluger (coordinadoras), T.I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 3 a 23.

² ENTELMAN, REMO, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Ed. GEDISA S.A. 2002, pág. 45 y DI PIETRO, MARÍA CRISTINA, *La Superación del Conflicto*, 2da Edición, Ed. Alveroni, Córdoba, 2017, págs. 1 y ss.

³ FALCON, ENRIQUE M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos. Negociación, Mediación, Conciliación*, 1ª Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, págs. 7 y ss.

⁴ Véase HIGHTON, ELENA I. - ALVAREZ, GLADYS STELLA, *Mediación para resolver conflictos*, 2da reimp., Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, págs. 23 y ss.

⁵ DI PIETRO, MARÍA CRISTINA, *La Superación del Conflicto*, Ob. Cit. Págs. 123 y ss.

⁶ En la Ciudad de Córdoba conviven las dos alternativas de mediación, tanto la prejurisdiccional como la intraprocesal.

Dice Falcón los modos de solución de conflictos no pueden ser rígidos y únicos, sino que se tiene que examinar en cada caso cuál será el sistema que logre la mejor solución de acuerdo con diversos factores, recordando que en todos los casos para que el resultado adecuado sea alcanzado existe un factor determinante que es el hombre (juez o mediador).

Con la entrada en vigencia de la actual ley de mediación de la Provincia de Córdoba, se quiso incorporar en el sistema social una nueva visión del ejercicio de los derechos en el proceso, un nuevo acceso a la justicia que genera equidad⁷, no sólo en el justiciable que accede al procedimiento sino que aporta una cuota de oxígeno al sistema judicial completo. El abogado en aquella tiene una especial participación, porque es a través del letrado que patrocina y que asesora que se da la puerta de ingreso al sistema⁸. Considerar que en la ardua tarea del ejercicio profesional el abogado gana más dinero, cuanto más tiempo insume el juicio es caer en un pensamiento erróneo y falaz por parte del letrado⁹, es que para su cliente aquél es considerado como el encargado de velar por sus intereses en juego y sobre él deposita toda su confianza, es por ello que lo que el abogado le diga al cliente será palabra santa en cualquier procedimiento. Por lo tanto, un abogado reacio a negociar, transmitirá a su cliente rechazo por la misma y la posible frustración del acuerdo.

Generalmente es en los acuerdos trabajados en las audiencias de mediación donde se puede pulir el éxito o el fracaso del letrado, es el rumbo en que la práctica abogadil puede devolverle a los clientes sentido de pertenencia al procedimiento, legitimación, lenguaje más amistoso y evitar la escalada, en ese clima se puede negociar mejor.

Aunque así mismo considerar que la etapa de mediación es la única respuesta idónea que puede brindar el sistema frente a un conflicto determinado es caer en un razonamiento a las luces que podría tildarse de abusivo. Hay casos en que los mediadores y los abogados sabemos que no se puede negociar, ya sea por las mentalidades de suma cero que tienen los involucrados en el conflicto o porque la estrategia del letrado lo lleva a predecir aspectos negociales a canalizar por otras vías¹⁰.

II. EL ABOGADO COMO COLABORADOR EN LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CASOS: PIEZA FUNDAMENTAL DEL ENGRANAJE

Desde hace decenios de historia, y desde los primeros inicios, el abogado ha tenido el papel de protector y de tutor de los derechos de la sociedad. Los abogados

⁷ DI PIETRO, MARÍA CRISTINA - GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO, PAULA. «La Mediación en Argentina. Calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos: ¿Qué opciones compartidas para mejorar la justicia?» *Quaderni di Conciliazione*, Vol. 8, Cagliari, 2019, págs. 161-164.

⁸ «La mancanza di una cultura della Mediazione» Y es que falta cultura en mediación tanto en las partes como en los abogados y la sociedad. Véase PILLA, CARLO, «El registro europeo de mediadores online», *Quaderni di conciliazione - serie monografica*- Edizioni AV, Cagliari, 2018, pág. 63.

⁹ CNCom, Sala C, in re «De Marco, Angélica I. c/ Pecci, Ricardo H. y otros s/ ordinario» sentencia del 6/10/2015, inédito, «Por todo ello, como bien señala el juez de la anterior instancia, es que no puede pasarse por alto la conducta de las entidades bancarias involucradas, ya que una vez establecida la responsabilidad bien pudieron agilizar la conclusión del conflicto, teniendo en cuenta el monto comprometido y el prestigio y el nivel profesional del que gozan en plaza.

¹⁰ MAAN (mejor alternativa al acuerdo negociado), al respecto Véase DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. *La Superación del Conflicto*, Ob. Cit. Págs. 71 y ss.

se decía, eran quienes hablaban por el otro, con fórmulas sacramentales que permitían con solemnidad llegar a los estrados judiciales.¹¹ Con el paso del tiempo la abogacía fue tornándose una práctica judicial, esto quiere decir que con la presentación y el primer contacto con el cliente, el abogado, encuadraba directamente el caso en una solución dirigida hacia el litigio judicial¹², mutando el conflicto en una cuestión de posiciones, más que en una discusión sobre los verdaderos intereses que subyacen¹³. Esta situación fáctica generó críticas no sólo en el ejercicio de la abogacía -por pecar de litigioso¹⁴- sino también en los sectores científicos del derecho por la visión estratégica pobre de los letrados¹⁵.

Los tiempos judiciales, se sabe, son distintos a los tiempos en los que los derechos se ejercen, generando el tan penoso e inevitable retraso de la administración de justicia por parte del Estado¹⁶. Esta crisis en el sistema tuvo, además y como conexión con aquello, el vicio de los costos (tasas, honorarios, costas judiciales, etc.). Todo justiciable sabe que el acceso a la justicia es costoso (en tiempo y economía), lo que lleva generalmente a la deserción del reclamo.

El abogado, como patrocinante de la parte, esto es como consejero y asesor pero también como técnico -recalcando este último aspecto- del derecho tiene que mejorar su capacidad de análisis del conflicto: quiénes son los involucrados, si hay terceros en el conflicto, con qué recursos se dispone, que oportunidades hay dentro y fuera de la mesa de negociación e incluso en los Tribunales¹⁷ y de este modo trazar un mapa de solución eficaz, eficiente y conveniente.

El abogado puede tener una visión distinta o incluso cambiar su estrategia antes, durante y con posterioridad, ya que no tiene la obligación de ser imparcial o neutral¹⁸.

-
- ¹¹ Al respecto véase particularmente la Conferencia N° 3 en FOUCAULT, MICHEL. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Traducción de Enrique Lynch, Gedisa-Editorial. Barcelona, 1996, pág. 70.
- ¹² CARNELUTTI, FRANCESCO, *Instituciones del Proceso Civil*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1956, Vol. I, pág. 28.
- ¹³ Véase DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. *La Superación del Conflicto*, Ob. Cit. págs. 64 a 70 «Las posiciones son dichos de apariencia. Aparentan tipificarse en descripciones puntuales, generalmente previstas en la legislación; pero sólo enmascaran la verdad de lo que cada sujeto busca» (la pretensión jurídica); El interés es lo que subyace y se encuentra escondido.
- ¹⁴ Basado en la contienda judicial. El abogado ingresaba el caso directamente al juicio, sin buscar una alternativa por fuera de los estrados judiciales.
- ¹⁵ Dice Ciuro Caldani: *Hay que atender al Derecho en su conjunto. La estrategia posee sentido «macrojurídico», y la táctica se ubica en el enfoque «microjurídico».* Uno de los puntos de vista que el Derecho debe reasumir es el macrojurídico, que ha dejado demasiado en manos de economistas y políticos, con detrimento de lo que a él le corresponde aportar. También los jueces han de tener posibilidades de referencia macrojurídicas, aunque más no sea para comprender los límites legítimos de su actuación. CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Estrategia jurídica*, 1ª ed. - UNR Editora. Rosario, 2011, pág. 2.
- ¹⁶ Véase GOZAINI, OSVALDO A. «Introducción a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos» *La Mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho Comparado* - ALPA, GUIDO - CÓRDOBA, MARCOS M. (DIR.) - KLUGER, VIVIANA - LAJE, ALEJANDRO (COORD.), 1ra Edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, págs. 341 y ss.
- ¹⁷ Véase los terceros en el conflicto. ENTELMAN, REMO. *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Ob. Cit. Págs. 133 y ss.
- ¹⁸ Véase PORZIO, PAULA EUGENIA. «Aspectos del Derecho colaborativo: un nuevo paradigma de actuación frente al conflicto» *La mediación en el Patrocinio Jurídico de la Facultad de Derecho UBA En conmemoración de los 20 años de implementación de la mediación en la Argentina Centro de Mediación del Departamento de Práctica Profesional*, 1ra Edición, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2015, págs. 89 y ss.

No podemos pensar el derecho guiados únicamente por el encuadre en la norma¹⁹, seguido por la pretensión sólo judicial y agotar todos nuestros recursos allí. Debemos considerar el caso completo, conocerlo, zanjarlo, estructurarlo y desestructurarlo. Sólo trazando el mapa del conflicto el abogado estará en condiciones de saber si el caso es negociable o no y si no lo es, recién allí plantear la vía «alternativa»: el juicio²⁰.

Consideramos esencial la formación académica y profesional del perfil de abogado. Abogados avezados en negociación y preparados en procedimientos como la mediación generan una apertura de mentalidad hacia una solución no sólo más económica sino más humana y más equitativa. El abogado es la puerta de ingreso²¹.

Y así se refieren algunos autores acerca del calificativo *Abogado colaborativo*: «*El Derecho Colaborativo, es un método de resolución de conflictos recientemente introducido en el ejercicio de la abogacía. Se basa en el compromiso asumido por las partes y sus respectivos abogados, en el que renuncian voluntariamente a enfrentarse en los tribunales, para resolver el conflicto trabajando en común. Siendo que el trabajo se realiza en absoluta confidencialidad, y si las partes en cualquier momento decidieran interrumpir la negociación, los abogados se retirarían del asunto sin poder representar a sus clientes en el juicio, de manera que toda la información que se ha obtenido en el proceso previo, quedaría privada de ser expuesta ante los Tribunales. El proceso colaborativo implica una visión multidisciplinaria del conflicto*»²².

III. ORGANIZACIÓN DEL FUERO FAMILIAR EN CÓRDOBA DESDE LA RECIENTE LEGISLACIÓN LEY 10.305

Frente a esta realidad cambiante que venimos describiendo, la legislación procesal en la Provincia de Córdoba no permaneció estática e inmutable. A la par, el surgimiento repentino de una nueva situación frente al covid-19, sino que, imprimió a este proceso de cambios y nuevos elementos, no pensados ni previstos en ninguna normativa escrita.

A modo de breve explicación introductoria diremos que Córdoba tiene su propio Código procesal de familia²³, Ley 10305 que rige únicamente para la

¹⁹ Al respecto véase CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. *Estrategia jurídica*, Ob. Cit. págs. 2 y ss.; BENTOLILA, JUAN JOSÉ. «Estrategia profesional de la abogacía» *Curso teórico práctico sobre Estrategia Jurídica*, Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2012, págs. 15 y ss.

²⁰ Actualmente, frente a la reforma introducida por la ley de Mediación Prejudicial obligatoria en Córdoba, Ley 10.543 (debemos recalcar que actualmente la prueba piloto funciona únicamente para Capital y para Río Cuarto), el acceso a la justicia comienza con la Mediación, todo aquello que no se negocia se torna susceptible de contienda judicial. Por ello llamamos al juicio como el sistema alternativo actual. El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba reclama como condición de admisibilidad de la demanda el «Certificado» de etapa previa en mediación cumplida. Véase DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. «El sistema de la Ley de Mediación de Córdoba, N° 10543», en Comercio y Justicia, disponible online <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/el-sistema-de-la-ley-de-mediacion-de-cordoba-no-10543/>.

²¹ ENTELMAN, REMO. «El conflicto: Dilema para abogados» *Resolución de Conflictos (R.C.)*, Editorial La Ley, noviembre 1997.

²² Asociación de Derecho Colaborativo de Madrid [www.asociaciondederechocolaborativo.com]. Véase al respecto PORZIO, PAULA EUGENIA. «Aspectos del Derecho colaborativo: un nuevo paradigma de actuación frente al conflicto», Ob. Cit., pág.91/92

²³ Sistema Federal Argentino, Art. 1 Constitución de la Nación Argentina.

Capital²⁴ y en el marco del aislamiento social preventivo y obligatorio a raíz del Covid19²⁵.

El ámbito de aplicación de la ley de procedimiento de familia actual nos obliga a remitirnos a la creación de los fueros específicos de familia para la ciudad de Córdoba, cuya integración está dada determinada por el Tribunal Superior de Justicia, que empezaron a funcionar desde noviembre del 2011²⁶. La ley 7675 a la que nos remitimos tuvo como objetivo por parte del legislador la creación de tribunales especializados en el Derecho de Familia y ello implicaba nuevas unidades jurisdiccionales o la aplicación de la ley procesal al interior de la Provincia, que hasta el momento no ha ocurrido por cuestiones de presupuesto provincial²⁷.

La entrada en vigencia de la ley procesal de familia 10305²⁸ derogó la ley 7676 y sus modificatorias para readecuar la normativa provincial a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, otorgando la doble instancia y una normativa con mayor adecuación al derecho de fondo²⁹.

Consideramos que los procesos actuales requieren una mirada transformadora de la realidad social, adaptación a los cambios que sufre el porvenir de los derechos y una actitud proactiva y de apertura por parte de los operadores jurídicos³⁰.

Los procesos de familia involucran cuestiones relativas a régimen de alimentos, regímenes de cuidado personal, divorcio vincular, etc. Aspectos vinculados con la faz relativa a las relaciones entre progenitores/niños, niñas y adolescentes que requieren un especial cuidado y protección por parte del Derecho, son procesos que, si bien involucran un costado económico, no se agotan allí. Donde hay un conflicto familiar el Derecho debe ponderar vínculos buscando mecanismos acordes a la solución. Ya que *la misión específica de los tribunales de familia queda totalmente desvirtuada si se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar*³¹.

²⁴ En el interior provincial existe la aplicación del Código Procesal Civil y comercial, lo cual es totalmente criticable, en razón de que no se estaría respetando el principio de especialidad que tiene el derecho de las familias, haciendo uso de un código de rito con herramientas procesales aplicables a casos en su mayoría mercantiles, como consecuencia de ello queda al arbitrio de los jueces la adaptación de las normas al proceso, como por ejemplo regular más cantidad de audiencias de conciliación.

²⁵ Decreto Reglamentario 297/2020 B.O. República Argentina 19/03/2020.

²⁶ LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - FARAONI, FABIÁN EDUARDO. *Código de Procedimiento de Familia de Córdoba: comentado, esquemas de juicio*, Tomo I, 1ra. Edición ampliada, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2017, págs. 35-36.

²⁷ LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - FARAONI, FABIÁN EDUARDO, Ob. Cit. págs. 34-35

²⁸ Sancionada el 23/09/2015 y Publicada en el BO el 08/10/2015.

²⁹ LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - FARAONI, FABIÁN EDUARDO, Ob. Cit. Pág. 37

³⁰ Al respecto Véase maestro MORELLO, AUGUSTO MARIO. *Formación de los Operadores Jurídicos*. Ed. Librería Editora Platense. La Plata. 2005; MORELLO, AUGUSTO MARIO, «Un nuevo modelo de justicia», La Ley, T 1986- C.

³¹ CSN, 28/2005, JA 2005-IV-21, LL 2005-D-872 y ED 214-143, citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, «Derecho Procesal de Familia. Principios» *Ponencia de Comisión N° 3* en XXVI Congreso Nacional de Derecho procesal, Santa Fe, 2011.

IV. Vías y mecanismos de tutela extrajudicial de los derechos de las familias en la Provincia de Córdoba Argentina

La tutela extrajudicial³² de los derechos en el ámbito familiar en la Provincia de Córdoba puede darse, a grandes rasgos, a través de tres mecanismos: a) Acuerdo privado entre partes asistidas por letrados, aquí la base es autocompositiva a través de una negociación. Dicho acuerdo podrá ser homologado por la autoridad judicial para ser susceptible de ejecución. b) Acuerdos arribados en el marco de una mediación (tanto en centros públicos como en centros privados). Aquí también estamos en presencia de un método autocompositivo, pero con la asistencia de un mediador como tercero neutral e imparcial; y por último c) Acuerdos arribados en el marco de conciliación ante los asesores de familia de la provincia. Cabe aclarar que el grueso de los casos de familia ingresan por esta última vía por ser una etapa obligatoria de conciliación prevista en la Ley 10305³³, que no requiere la intervención de un letrado de parte y gratuita para las partes. Se diferencia del anterior supuesto en que el conciliador es un funcionario del Poder Judicial que aplica técnicas más directivas y de fórmula.

V. ¿CÓMO SE ESTÁN RECEPTANDO CUESTIONES DERIVADAS DE CONFLICTOS DE FAMILIA A NIVEL EXTRAJUDICIAL, EN TIEMPOS DE CRISIS DEL COVID-19?

Los mecanismos que desarrollaremos a continuación son los que al día de la fecha se están poniendo a disposición del justiciable. Cabe aclarar que su implementación es muy reciente por lo que no tenemos cifras exactas de ingreso de solicitudes/acuerdos por estos medios. En virtud de esta situación se establecieron nuevos mecanismos o modalidades a saber:

1. Modalidad conciliatoria ante asesorías de familia móviles

Está previsto desde el día doce de abril 2020 (reciente Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba N° 1622, Anexo I), en

³² Sólo me referiré a los mecanismos extrajudiciales. Los judiciales incluyen las medidas cautelares y demandas ordinarias. En razón del receso judicial extraordinario por razones sanitarias sólo ingresan a Tribunales medidas de índole cautelar, específicamente las medidas provisionales, con previa habilitación de feria. Es decir, que el éxito de la interposición de la medida está previamente sujeta al análisis de la urgencia del caso por parte del Juzgador.

³³ Art. 54 y 56, Ley 10.305. Etapa obligatoria de conciliación para cuestiones derivadas de: responsabilidad parental, cuestiones derivadas de las uniones convivenciales, reclamación de filiación y compensación económica.

Pero además, el asesor debe: Patrocinar en asuntos de familia a aquellas personas que carezcan de recursos económicos suficientes para obtener asistencia letrada privada, a cuyo efecto el asesor hará realizar una investigación sumaria para establecer que el requirente se encuentra en la condición que pretende; Ejercer, conforme los términos previstos en la ley, la representación principal o complementaria de las personas menores de edad y de las personas incapaces o con capacidad restringida, salvo que cuente con otro representante legal, en las cuestiones que se ventilen ante los Tribunales de Familia, y representar al ausente y al rebelde citado por edicto. En el caso del inciso 2) de este artículo, cuando hubiere intervenido como patrocinante de una de las partes debe ser sustituido. No habrá incompatibilidad cuando hubiere intervenido en la etapa prejurisdiccional en la forma prevista en el artículo 54 de esta Ley.

el que se establece la modalidad de teletrabajo de las asesorías móviles³⁴ con la finalidad de que se recepcen casos que deban ser solucionados a través de medios electrónicos como pueden ser mensajes de textos, videollamadas, etc., una vez receptados el asesor o magistrado con competencia en asesoría móvil según el caso, regulará una audiencia con todas las partes (con acreditación de la identidad) a través de videollamadas. Las notificaciones serán también por medios electrónicos.

2. Mecanismo de Acuerdo privado de partes con homologación judicial

Por otro lado, tenemos el Acuerdo Reglamentario N° 1622, Anexo II, mediante el cual se permite el ingreso de acuerdos previamente negociados por las partes con intervención de abogados de parte, descriptos supra en el apartado a). Los cuáles serán homologados por el Juzgado interviniente al momento del ingreso del mismo, previa ratificación hecha por las partes y notificada de manera electrónica. En Córdoba estos acuerdos pueden ser ejecutados en aquellos casos en donde alguna de las partes no cumple.

3. Mediación privada

Otro mecanismo se da mediante el protocolo de mediación virtual elaborado por la Resolución N° 002 del día 22 de abril del corriente año³⁵, estableció la modalidad virtual de trabajo de los Centros Privados de Mediación y aplicación de la ley 10.503 (Mediación prejudicial en la Ciudad de Córdoba y Río Cuarto) y sólo referido a casos de urgencia.

El procedimiento comienza con una solicitud de mediación realizada por el abogado de la parte requirente y enviada al correo oficial, tanto del Centro Público de Mediación de la Provincia de Córdoba, como al centro privado elegido por la parte, un formulario de solicitud de mediación. La copia del e-mail al Centro Público funciona como respaldo virtual del requerimiento y a la toma de razón por parte del mismo, a través del registro del caso.

Una vez realizada la toma de razón del formulario, la notificación de la solicitud será cursada y estará a cargo del centro privado elegido por la parte, pero el requirente deberá brindar, por supuesto, a los fines de que la notificación sea eficaz y válida, datos exhaustivos y actuales de la persona requerida.

Las reuniones se harán mediante videoconferencia.

Lo novedoso o llamativo de la resolución es que a los fines de probar y certificar la presencia de las partes a la instancia de mediación se deberá hacer una «captura o print de pantalla» de cada una de las reuniones que se llevan a cabo y qué por supuesto está detallado mediante un ítem particular en el convenio de

³⁴ Véase Acuerdo Reglamentario del Tribunal Superior de Justicia N° 1156, Serie «A» (2013) Servicio de Asistencia jurídica gratuita, que tiene como funciones Informar y asesorar jurídicamente a los ciudadanos acerca de sus derechos; en caso de un conflicto y cuáles son los caminos, judiciales y extrajudiciales, para solucionarlos de manera más rápida y efectiva. Defender y patrocinar los derechos de las personas en todo tipo de proceso judicial, desde el inicio hasta su finalización. Ejercer la representación legal de quienes no pueden ejercer por sí sus derechos. Cabe aclarar que tal Asesoría se traslada a las zonas de mayor vulnerabilidad social y económica.

³⁵ Apartados 1 a 4 Anexo I, Resolución N° 002.

confidencialidad, a los fines de resguardar el derecho a la intimidad de las personas o partes involucradas en el procedimiento e informarle al Centro Público la plataforma que se utilizará para las reuniones. Este es un punto importante con respecto a la implementación de estas vías o medios electrónicos en los que se llevan a cabo las audiencias o reuniones por su vulnerabilidad o fácil accesibilidad. Es por eso que aconsejamos la utilización precavida por parte de los centros privados de mediación, a los fines de asegurar la confidencialidad de estos procesos. Es decir, que se arbitren las medidas necesarias a los fines del resguardo de los datos e información confidencial de los casos. La resolución establece al respecto que pondrá a disposición una lista de plataformas que han sido evaluadas, tomando en cuenta criterios de privacidad, costos, etc.

El acuerdo o no acuerdo de las partes se materializará a través del acta de *cierre de la mediación* la que contendrá la presencia y la firma necesaria de todas las partes del proceso, la cual tiene la característica de declaración jurada y toda la documentación utilizada, que remitirá al Centro Público.

El apartado 2.6 de la resolución establece que (...) *Verificado los requisitos formales del acta de cierre, el Centro Público emitirá un certificado electrónico de validación de la mediación firmado digitalmente y con un código QR de verificación, que deberá ser remitido a las partes a la dirección de correo electrónico constituido y al Centro Privado interviniente. Esto valdrá de fehaciente notificación del acto de cierre de la mediación, validando todo lo actuado así como la documental anexa. Este Certificado tendrá los mismos efectos de la protocolización del acta en los términos del artículo 27 de la Ley 10.543, por lo que resulta válido para las presentaciones pertinentes y a futuro que se deban realizar en sede judicial para interponer la demanda o pedir la homologación de un acuerdo cuando fuere necesario.*³⁶

Como se puede apreciar, las tres formas de acceso a la tutela extrajudicial de las familias durante la pandemia han sido de reciente implementación, con lo cual desde la vigencia del decreto de necesidad y urgencia mediante el que se establece el *aislamiento social preventivo y obligatorio*³⁷ y su correspondiente *receso judicial extraordinario por razones sanitarias*, la mayoría de los justiciables sólo tenían la posibilidad escueta de acudir a la vía judicial para hacer valer sus derechos, en la mayoría de los casos de carácter urgente con medidas cautelares y con la previa habilitación de la vía judicial. Sin dudas, esto constituye un perjuicio y en la mayoría de los casos en detrimento de los núcleos familiares en situación de vulnerabilidad.

A la fecha (mes de mayo) se estima que se pueda acudir a los tres mecanismos enunciados supra (insistimos, de reciente implementación), por lo que el acceso a la tutela extrajudicial de los derechos de las familias habría sido ampliado en el marco de la pandemia, permitiendo la elección de la parte la vía de resolución más idónea de la disputa familiar, permitiendo a la parte la elección de la vía.

Consideramos no sólo como aconsejables las vías extrajudiciales en la conflictiva familiar (a los fines del resguardo y cuidado de las relaciones aquí involucradas), sino necesarias para brindar una solución más eficaz, pronta en el tiempo.

³⁶ Apartado 2.6 del Anexo I de la Resolución N° 002.

³⁷ Ídem nota 26.

VI. CONCLUSIONES

El paradigma nos interpela, tanto a los operadores del derecho, como al sistema judicial completo a brindarle al ciudadano un acceso adecuado, eficaz y pronto a la justicia. Mejorando la gestión y el manejo de los conflictos familiares.

Se estima de forma muy positiva, que actualmente las partes puedan acudir a los tres mecanismos enunciados supra con lo cual el acceso a la tutela extrajudicial de los derechos de las familias habría sido ampliado en el marco de la pandemia, permitiendo la elección de la parte de la vía de resolución más idónea de la disputa familiar.

Las soluciones para el acceso a la justicia que surgieron, en el marco de la pandemia, tardaron hasta su implementación definitiva. Por ello es de remarcar que una solución ante la crisis prevista dentro de los Códigos hubiese permitido un mecanismo de gestión más eficiente en el tiempo.

La respuesta no puede venir de la situación de emergencia, sino que debería tratarse de una previsión estructural del modo en el que creemos y construimos el derecho y la justicia.

Consideramos no sólo como aconsejables las vías extrajudiciales en la conflictiva familiar (a los fines del resguardo y cuidado de las relaciones aquí involucradas), sino necesarias para brindar una solución más eficaz, pronta en el tiempo durante y post pandemia.

Los derechos de las familias en el marco del covid-19 no pueden esperar, demandan profundos cambios en los mecanismos procesales y extrajudiciales, de lo cual los abogados tenemos el deber de contribuir como protagonistas de los cambios que se vislumbran y se vislumbrarán, durante y luego de la pandemia.

Consideramos esencial la formación académica y profesional del perfil de abogado. Abogados avezados en negociación y preparados en procedimientos como la mediación generan una apertura de mentalidad hacia una solución no sólo más económica sino más humana y más equitativa. El abogado es la puerta de ingreso.

MEDIACIÓN Y DERECHO DE FAMILIA

LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ

Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

SUMARIO: I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. II. TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO DE LA FAMILIA. IGUALDAD Y LIBERTAD PERSONAL. III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL SISTEMA: 1. Igualdad y justo equilibrio entre los mediados. 2. Libertad personal y obligatoriedad mitigada de la mediación. 3. Mediación y principio de responsabilidad familiar.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el Derecho de familia en España se encuentra inmerso en un proceso de cambio que se inició con la etapa democrática y que ha tomado fuerza a partir de 2005 con la proliferación de leyes que acentúan el reconocimiento de los derechos fundamentales en el seno familiar. Es bien sabido que la promulgación de la Constitución Española de 1978 provocó un cambio radical de los fundamentos que hasta ese momento sustentaban la regulación de la familia, erigiendo como principios fundamentales del sistema la libertad personal y el derecho de igualdad. En virtud del primero, en su manifestación a través de la autonomía privada, los sujetos se han dotado de una serie de normas reguladoras de sus relaciones personales dentro de la estructura familiar, que también tiene su proyección en la gestión de los enfrentamientos, cuando la familia entra en crisis. Además, el reconocimiento de la libertad personal unido a la mayor tolerancia social a los comportamientos, ha supuesto la aceptación de distintos modelos familiares que coexisten junto a la familia matrimonial, y que gozan de la salvaguarda constitucional que brinda el art. 39 CE. El principio de igualdad aplicado a las relaciones familiares supone que los miembros de la familia se sitúan en un mismo plano donde priman los derechos fundamentales, y donde se ha de llegar a acuerdos sobre el modo de relacionarse y resolver los conflictos que respeten la situación de igualdad formal y material de los sujetos.

Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el ámbito familiar, mayor autonomía privada en el seno de la familia y modificación y diversidad de las relaciones familiares son los pilares básicos sobre los que se asienta el actual Derecho de familia, que se hace así permeable a nuevos mecanismos de solución de conflictos en materia de familia como es la mediación. Y por ello no es de extrañar que haya sido precisamente en la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil en materia de separación y divorcio*, donde el legislador se refiere expresamente a la misma, para permitir que las partes soliciten la suspensión del procedimiento judicial de separación o divor-

cio con el objetivo de someterse a mediación (art. 770.7 LEC) y se menciona el acuerdo de mediación como fundamento de la propuesta de convenio regulador presentado por los cónyuges en el procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo (art. 777 LEC). Además, en la Disposición final tercera se insta al Gobierno para la creación de una ley nacional de mediación¹.

Como es sabido, esta ley nacional a cuya creación instaba el legislador es la actual Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. La norma es fruto de la transposición en nuestro ordenamiento, con cierto retraso, de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. La directiva en cuestión no se refería expresamente a la mediación familiar sino que, en calidad de norma de mínimos, permitía que los diferentes Estados optasen por el modelo de mediación que considerasen más idóneo en sus respectivos territorios, partiendo siempre de un núcleo mínimo que incluía los conflictos transfronterizos en materia civil y mercantil entre Estados miembros de la UE. El legislador español amplió el ámbito de aplicación de la directiva incluyendo los asuntos civiles y mercantiles tanto en conflictos transfronterizos como nacionales, y respecto a los primeros, tanto los que afectasen a Estados miembros de la UE como a terceros países². Ha sido en la legislación de ámbito autonómico donde han proliferado leyes reguladoras de la mediación familiar³, en la creencia de que se trata de una valiosa herramienta para atenuar las consecuencias derivadas de la separación y el divorcio, reducir la conflictividad en el seno de las relaciones familiares y potenciar la comunicación y el diálogo.

En efecto, se ha dicho que la mediación, y en particular la mediación familiar, ofrece múltiples ventajas a los interesados, entre las cuales destaca que se les dota de un mayor protagonismo y adquieren una mayor responsabilidad en la gestión de los asuntos que les afectan. Son los mediados quienes asumen directamente la

¹ Algunos autores mencionen incluso las principales leyes modificadoras del Derecho de familia español (leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981) como las precursoras de la mediación en nuestro país: CARRETERO MORALES alude a la Ley de 7 de julio de 1981 y considera que la aprobación del divorcio abre nuevas posibilidades para la mediación (*La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 88); GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, pp. 110 y 317; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (dir.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, La Coruña, 2010, pp. 140 y 141.

² En el art. 2 se excluye del ámbito de aplicación de la ley la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas y la mediación laboral. En cuanto a la mediación en materia de consumo, excluida originariamente, ha sido objeto de regulación en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, *por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*.

³ Las CC.AA. han procedido a legislar sobre mediación familiar en sus respectivos territorios, en algunos casos al amparo de la potestad legislativa reconocida por el art. 149.1.8ª CE y en otros, aquellas que carecen de Derecho civil foral o especial propio, en virtud de la competencia que les otorga el art. 148.1.20ª en materia de asistencia social, como es el caso de Andalucía. Sobre la Ley andaluza de mediación familiar, vid. LÓPEZ DE LA CRUZ, «El procedimiento de mediación en la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en Andalucía: aspectos jurídicos y metodológicos», *Quaderni di Conciliazione*, vol. 8, ed. AV, Cagliari, 2019, pp. 231 a 260.

administración de sus propios intereses y son ellos quienes acuerdan la solución más adecuada al conflicto. La decisión de no judicializar el problema, además de no involucrar a extraños en la vida familiar y someterse a la decisión impuesta de un tercero, puede asimismo disminuir la confrontación existente entre ellos, ya que el uso de herramientas y el aprendizaje de habilidades para la gestión del conflicto podría servir para mejorar la relación personal hacia el futuro. Se añade que el hecho de ser la mediación un procedimiento más flexible y creativo puede hacer disminuir la carga emocional y resultar menos doloroso que un procedimiento judicial, además de menos costoso desde el punto de vista económico⁴. Y, en todo caso, llegar a la vía judicial con la cuestión resuelta evita que el problema se agrave por la judicialización del mismo, a la vez que se otorga discreción y confidencialidad, preservándose en mayor medida la intimidad de las partes y, según los datos que se manejan, aumentaría el compromiso en orden al cumplimiento de lo acordado⁵.

Por estos motivos, desde las instancias políticas se pretende fomentar el recurso a la mediación en nuestro país y es por ello que el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, actualmente en fase de tramitación, tiene por objeto, en palabras del legislador, «*articular formulas abiertas y flexibles que contribuyan decididamente a implantar la mediación como institución complementaria de la Administración de Justicia y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento ordinario de las relaciones jurídicas entre particulares*» (Exposición de Motivos). Se trata, por tanto, de establecer medidas legislativas fundamentalmente de carácter procesal destinadas a fomentar el recurso a la mediación, como instrumento eficaz de autocomposición de las controversias nacidas entre sujetos de Derecho privado en materias sobre las que tienen poder de disposición. La mediación se refuerza así como instrumento de resolución de conflictos alternativo a la jurisdicción, en el supuesto de la *mediación extraprocesal*, o como complemento o herramienta procesal de solución dentro del proceso judicial, en el caso de la denominada *mediación intrajudicial o intraprocesal*⁶.

Sin embargo, el recurso a la mediación, considerado positivo desde muchos ámbitos y en muchas áreas, en lo que se refiere al Derecho de Familia - por las personas involucradas y los derechos a los que afecta, así como por los principios y valores que inspiran al sistema, fruto de su evolución legislativa en función de los acontecimientos sociales y políticos -, exige adoptar ciertas cautelas que deben ser señaladas en las líneas que siguen.

Para ello, es preciso apuntar, aunque sea someramente, las claves que explican la dinámica del actual Derecho de Familia.

⁴ LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 92 y ss.

⁵ CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, cit., p. 66; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. - PENÍN ALEGRE, M.L., «Mediación: una aproximación desde el Derecho y la Psicología», en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. (dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Colex, Madrid, 2010, p. 12; MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009, p. 71.

⁶ En el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 26 de agosto de 2016 y en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017 sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE se hace hincapié en la ausencia de una cultura propicia a esta forma alternativa de resolución de conflictos que ha obstaculizado su aplicación en la práctica, y se insta a los Estados miembros a hacer reformas legislativas que impulsen el recurso a la mediación.

II. TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO DE LA FAMILIA. IGUALDAD Y LIBERTAD PERSONAL

Como es sabido por todos, las primeras formulaciones del principio de igualdad se pueden encontrar en las Declaraciones de derechos del siglo XVIII y en las primeras Constituciones revolucionarias francesas, textos que obedecen a una época de absoluto rechazo al sistema de privilegios del Antiguo Régimen. Sin embargo, como tantas veces se ha señalado, el ideal revolucionario de igualdad y libertad de todos los ciudadanos no se aplicó a la regulación de la familia en los Códigos Civiles, los cuales en esta materia seguían sus propias reglas, debido al carácter meramente programático de las Constituciones liberales, desprovistas de un sistema de control de constitucionalidad de la ley ordinaria⁷. En efecto, el modelo de familia que consagran los Códigos, y entre ellos también el español, es la denominada *familia patriarcal burguesa* que se caracteriza por ser una familia desigual y jerárquica, conformada a partir del matrimonio, en la que el marido dirige la vida familiar y hace valer su autoridad sobre su mujer y sus hijos menores de edad, que tienen el deber legal de obedecerle. El marido y la mujer asumen distintos roles, correspondiendo a la esposa las tareas domésticas y la crianza y cuidado de los hijos, sobre los que sin embargo no tiene la patria potestad, que corresponde al padre en exclusiva. Existen distintas categorías de hijos - según hayan nacido dentro o fuera del matrimonio - con distintos derechos, y no se admite la investigación de la paternidad, en pro del orden moral y de la paz familiar.

La familia es una institución cuyo interés se superpone a los intereses de los miembros que la componen, quienes están supeditados en su actuación al bienestar de la familia. Ésta se constituye como una organización intermedia entre el Estado y el individuo, y es una pieza clave de su organización, tanto en el aspecto político, como a la hora de cumplir con su responsabilidad social⁸. La autonomía privada en el ámbito familiar está muy limitada y la naturaleza de sus normas reguladoras tienen un alto componente de orden público⁹.

Todo este panorama, que es común en buena parte de Europa, va a cambiar sustancialmente con la entrada en vigor de las Constituciones sociales. La asunción de la familia por los Textos constitucionales supone reconocer a ésta como un elemento clave en la configuración social democrática y va a suponer asimismo que la familia no quede al margen de los principios básicos que inspiran a todo el sistema. La familia se democratiza, esto significa que deja de ser considerada como un organismo social trascendente sobre los miembros que la componen, y su protección se justifica desde el momento en que se contempla como un ámbito de desarrollo de la personalidad y de satisfacción de las necesidades e intereses del

⁷ LÓPEZ y LÓPEZ, A., *Derecho Civil Constitucional*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, p. 204.

⁸ Sobre la familia patriarcal burguesa, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho», *Revista de Derecho Comparado*, nº 9, Derecho de Familia, Buenos Aires, y en el *Libro Homenaje al profesor Puig Ferriol*, Barcelona, 2005.

⁹ En 1913 Antonio Cicu planteó por primera vez la cuestión de la ubicación sistemática del Derecho de Familia. Estudiando la relación jurídica familiar y sus principales características, y comparándolas con la relación jurídica pública, destacó las notas que acercaban una a la otra: la subordinación, la alteridad de los intereses y la ausencia de derechos subjetivos en beneficio de las potestades. Lo que le llevó a considerar la disciplina como un *tertius genus* entre el Derecho privado y el Derecho público (CICU, A., *Il Diritto di Famiglia*, Roma, 1915).

individuo; los principios constitucionales impregnan las relaciones familiares; y se reconocen los derechos fundamentales de los miembros de la familia, que no pueden verse mermados por el hecho de ser parte del grupo familiar¹⁰. Asimismo, la consagración constitucional de los derechos fundamentales alcanza a los menores de edad, a quienes, a partir de los años noventa, se les empieza a reconocer una capacidad progresiva y legitimación para el ejercicio de estos derechos; esta nueva concepción se plasma en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, recientemente modificada por las leyes reformadoras del sistema de protección de la infancia y la adolescencia de 2015¹¹, que amplían el ámbito de actuación de aquéllos, pero a la vez construyen un marco de protección de los menores en sus relaciones con el resto de los miembros de la familia.

En particular, el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, con carácter general y en el art. 32 CE, con relación al matrimonio, hace insostenible la permanencia del Derecho de Familia codificado declarado a partir de ahora inconstitucional. Es necesario pues reformar todo el sistema, lo que se produce en un breve periodo de tiempo y sin demasiadas complicaciones, en parte porque la sociedad española del último cuarto de siglo está bastante alejada del modelo tradicional católico de la dictadura y por las presiones del feminismo, que empieza a retomar fuerza en nuestro país a partir de los años 70 (diez años más tardes que los movimientos europeos); y en parte, porque ya en los países de nuestro entorno más próximo se había concluido el proceso de democratización de las normas reguladoras de la familia superando el peso de la concepción institucional de la misma, por lo que España se suma a la corriente de normalidad democrática que empieza a extenderse por todo el continente. Tras las leyes reformadoras de 1981, vendrán otras a culminar este proceso de plasmación de la igualdad formal en nuestro Derecho de Familia, hasta llegar a la última gran reforma en aplicación del principio constitucional de igualdad, que ha tenido lugar con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la cual se permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo. Con esta Ley, los efectos del matrimonio son atribuidos con independencia del sexo de los contrayentes y se produce una plena equiparación de derechos y obligaciones entre las parejas heterosexuales y las homosexuales (art. 44.2 CC)¹².

En lo que se refiere a la libertad personal, se ha de destacar también la enorme influencia que el reconocimiento de este derecho en el Texto Constitucional ha tenido en la configuración actual de nuestro Derecho de Familia. En lo relativo a la institución matrimonial, la Ley 30/1981, de 7 de julio, restableció el divorcio en nuestra legislación, a partir de la dicción del art. 32.2 CE a cuyo tenor *«la ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos»*. Se dejaba así la puerta abierta al legislador para que optase sobre si instaurar el divorcio en nuestro país, qué tipo de divorcio, y con qué efectos para los cónyuges y, en general, para los miembros de la familia.

¹⁰ ROCA TRÍAS, E., «Familia, familias y Derecho de familia», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIII, fasc. IV, enero-marzo 1990 y en *Familia y cambio social* (De la «casa» a la persona), Madrid, 1999.

¹¹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹² Sobre esta cuestión, y en relación además con la interpretación del artículo que consagra el derecho a contraer matrimonio en la Constitución, es especialmente relevante la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado por 61 diputados del Grupo Popular contra la Ley 13/2005, por considerarla contraria al art. 32 CE.

Se optó por un divorcio causal, el denominado «divorcio quiebra»¹³, que parte de la irreparable ruptura del matrimonio y se configura como única solución a la crisis cuando, al menos teóricamente, ya se ha intentado por todos los medios resolver los problemas que afectan al matrimonio. En su concepción por la Ley de 1981 se tuvieron en cuenta elementos subjetivos vinculados a la culpa del cónyuge y el divorcio por mutuo acuerdo quedó sometido al transcurso de prolongados periodos de espera, de modo que en la práctica la disolución del matrimonio se dificultaba extraordinariamente, como resultado de las corrientes conservadoras y la presión de la Iglesia católica a la hora de legislar sobre esta materia.

Porque en el fondo del tema del divorcio, y esto hay que tenerlo en cuenta cuando enlacemos esta cuestión con el tema de la mediación, se encuentra la cuestión de la injerencia del Estado en el matrimonio y en la familia, con el fin de asegurar su vigencia en el orden social. La intervención de los poderes públicos en la regulación de las relaciones familiares se justifica, al margen de ideologías religiosas y tácticas políticas, por el papel que juega la familia en la configuración de la sociedad y las funciones que desempeña, de modo que a menor participación de la misma (lo que sucede cuando con motivo del divorcio, la familia se desintegra), mayor será la necesidad de intervención del Estado Social que viene a suplir los cometidos de aquélla.

El tratamiento del divorcio en 1981 se corresponde con una visión trascendente del matrimonio, que se impone a los intereses de los cónyuges, de ahí que se dificulte su obtención con requisitos de carácter sustancial y de forma, con el fin de mantenerlos unidos en un tipo de relación consagrada socialmente - en esta etapa de los inicios constitucionales - como la única vía de las relaciones de pareja. Por ello, a pesar de que algunos autores han querido ver en la Ley de 1981 el inicio del cambio que ha permitido dar entrada a la mediación en el ámbito del Derecho de Familia, lo cierto es que no será hasta muchos años después cuando se consolide la libertad personal y la autonomía privada en el orden familiar que facilite el recurso a métodos autocompositivos de resolución de conflictos.

Y esto ocurre en 2005, con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la cual consagra en nuestro Derecho de Familia un divorcio sin causa, ahora sí como máximo exponente de la autonomía personal de los cónyuges. Un divorcio que parte de una concepción de matrimonio muy distinta a la tradicional, en la que los esposos no admiten más regulación de su vida afectiva que sus íntimos intereses y su propia voluntad. Con la reforma efectuada, el legislador opta por una concepción de matrimonio de naturaleza negocial o contractual, presidida por el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges como última expresión de los principios más generales de libertad y de libre desarrollo de la personalidad consagrados en la Constitución. De este modo, la supresión de las causas de divorcio no obedece a una desnaturalización del instituto sino a una concepción distinta del mismo, más acorde con los dictados constitucionales. Y es con ello que se profundiza en la idea de capacidad de los sujetos para gestionar sus relaciones en el ámbito privado y los conflictos inherentes a las mismas, en un plano de igual-

¹³ Sobre los distintos tipos de divorcio y su evolución histórica en Derecho español y comparado, LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, nº 2, abril-junio 2009, y la bibliografía que se cita.

dad, a la vez que asumen la responsabilidad de velar por los intereses de los miembros más necesitados de la familia.

Esta última idea es importante, porque la libertad para extinguir el matrimonio no significa que no se deban reforzar las medidas de protección de los hijos menores o del cónyuge que queda en la situación más desprotegida tras la ruptura. El divorcio no sólo pone fin al matrimonio sino que, producida la quiebra, el objetivo a perseguir debe ser garantizar los derechos de los miembros del grupo familiar y controlar los efectos sobre la familia de las medidas adoptadas. Se trata de plantear un nuevo contenido de la normativa reguladora de la familia tras el divorcio, lo que se traduce en reconocer formalmente la disolución del vínculo matrimonial y regular sus consecuencias jurídicas y económicas de un modo más acorde a las nuevas realidades sociales. En este contexto, el acuerdo de mediación juega un papel importante, en la medida en que siempre es mejor una solución consensuada que una impuesta por un tercero ajeno al conflicto, pero esa solución no puede acordarse de espaldas al Derecho, porque la intervención del órgano judicial en los conflictos de familia tiene como finalidad la protección de los derechos de los más débiles dentro del ámbito familiar, bien por su falta de capacidad, como es el caso de los menores de edad, bien por las situaciones sociales y económicas en que se encuentran. Y en el caso del matrimonio, y del mismo modo, en lo que respecta a los menores, la protección que otorga el Derecho de familia es una garantía de aplicación de los principios constitucionales que inspiran el sistema, y que actúan como límite a la autonomía de voluntad de los sujetos.

III. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y SU ADECUACIÓN A LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL SISTEMA

En este nuevo Derecho de familia entra en juego la mediación familiar, que hunde sus raíces, como se ha dicho, en la autonomía que se les reconoce a los miembros de la familia para gestionar los conflictos y llegar por sí mismos a soluciones satisfactorias. Sin embargo, su encaje debe hacerse de acuerdo con los principios que presiden las relaciones familiares y que se agrupan en torno a tres ejes fundamentales: igualdad, libertad personal y responsabilidad.

1. Igualdad y justo equilibrio entre los mediados

En la mediación, por su propia naturaleza, no cabe la imposición de una solución de una parte sobre la otra, o del propio mediador sobre los interesados. Se trata de un pacto o acuerdo de voluntades, que si bien implica en ocasiones la renuncia o desistimiento de parte de las propias expectativas, se asienta sobre un principio de consenso. El interesado o mediado que consiente lo hace con el convencimiento de que dicha solución es en todo caso más beneficiosa que la que en teoría podía haber sido impuesta por el juzgador¹⁴. O al menos, eso sucede en la teoría. Sin embargo, no en todos los supuestos la libertad del sujeto para decidir está plenamente garantizada.

Desde luego, no me estoy refiriendo a situaciones en las que alguna de las partes intervinientes haya sufrido violencia de género, en cuyo caso la mediación

¹⁴ CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, cit., p. 33.

está excluida¹⁵ (art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de medidas de protección integral contra la violencia de género*)¹⁶. Tampoco a aquellos supuestos en los que exista una patente relación de desigualdad entre los mediados, pues en tal supuesto es deber del mediador suspender el procedimiento y abstenerse de continuar con la mediación¹⁷. Dejando estos casos extremos al margen, lo cierto es que en muchas ocasiones no puede defenderse que los mediados se muevan en un marco absoluto de igualdad por diversas razones.

En primer lugar, y por lo que a la mediación familiar se refiere, y especialmente cuando se trata de crisis de pareja, a nadie se le escapa la tensión emocional que implica la gestión de una ruptura. El sujeto afectado se halla sumido en un estado psicológico cuanto menos delicado, lo que pone en entredicho su plena libertad y capacidad para aceptar soluciones con plena consciencia de su trascendencia en un plano presente y futuro. Y más cuando entran en juego elementos como los motivos de la crisis, la existencia de hijos menores o una precaria situación económica, que hacen al mediado mucho más vulnerable y proclive a aceptar condiciones en la errónea creencia de que podría perder derechos que formarían parte de un núcleo irrenunciable para el sujeto (derecho a relacionarse con los hijos o a habitar la vivienda familiar, por ejemplo).

¹⁵ La razón es clara, para que prospere el procedimiento de mediación familiar se requiere que las partes se hallen en un plano de igualdad y en una situación de equilibrio que garantice la libertad de los implicados a la hora de negociar un acuerdo y en situaciones de violencia no es posible garantizar que la víctima se encuentre en condiciones mentales y emocionales apropiadas que le permitan analizar y decidir libremente la conveniencia de celebrar el acuerdo en cuestión. En situaciones de violencia de género, agresor y víctima se hallan en una situación de irremediable asimetría, donde la necesaria libertad, voluntariedad y confianza que requiere un procedimiento de mediación son absolutamente inviables. Se manifiestan en contra de la mediación en caso de violencia de género, DEL POZO PÉREZ, M., «¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004», en MARTÍN DIZ, F. (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283 y ss.; DELGADO ÁLVAREZ, C. y SÁNCHEZ PRADA, A., «La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas», en MARTÍN DIZ, F. (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, cit., pp. 325 y ss.; MARTÍN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 678 y ss.

¹⁶ El art. 2 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, *reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía* (LMFA) excluye de la mediación familiar los delitos violentos, incluyendo no sólo los supuestos de violencia de género, sino también todo supuesto de violencia intrafamiliar y contra cualquiera de sus miembros. Constituye una falta administrativa muy grave realizar actuaciones de mediación conociendo la existencia de una situación de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia, sancionado con una multa de hasta 15.000 euros y la suspensión temporal para ejercer como mediador de uno a tres años (arts. 31 i) y 33.3 LMFA). En parecido sentido se manifiestan las leyes de mediación de Cataluña (art. 14 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, *de mediación en el ámbito del Derecho privado*); o del País Vasco (art. 13 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, *de mediación familiar*).

¹⁷ La persona mediadora está obligada a velar para que el procedimiento se desarrolle en un plano de equilibrio, adoptando las medidas necesarias para salvaguardar la igualdad de las partes, incluido, llegado el caso, poner fin a la mediación si no queda garantizada la necesaria ecuanimidad. Es por ello que algunas leyes de mediación familiar, como la andaluza, establecen como finalidad de la mediación la adopción de acuerdos «*equitativos y justos*» (art. 2.2 LMFA).

Además, en segundo lugar, la falta en muchos casos de conocimiento sobre las soluciones que el Derecho de familia aporta a las crisis familiares hace que el sujeto acceda a acuerdos en su caso más desfavorables de los que podría haber obtenido en un procedimiento judicial. Otras veces, ni siquiera las soluciones jurídicas están claras, y el error de partida puede consistir precisamente en dar por hecho la existencia de derechos que no se corresponde con las previsiones del legislador. Es el caso de los conflictos que afectan a las parejas de hecho, en cuyo caso, la ausencia de normativa estatal aplicable y la heterogeneidad que caracteriza al contenido de las distintas normas autonómicas reguladoras de este modelo de familia implica una mayor inseguridad jurídica para los sujetos que acuden a mediación¹⁸. Y ello sin mencionar la existencia de derechos o materias indisponibles por parte de los mediados, que quedan excluidas de cualquier posible acuerdo entre las partes¹⁹.

Todo ello exige de la figura del mediador una especial sensibilidad y la responsabilidad de que el acuerdo al que se llegue sea justo y equilibrado, tomando como referencia los parámetros que actúan en el mundo del Derecho. Para ello, recae sobre el mismo un deber de informar sobre la normativa aplicable a cada uno de los supuestos a los que se enfrentan y los valores que la inspiran, así como tener la capacidad de valorar y transmitir a los mediados las ventajas del acuerdo de

¹⁸ Como tantas veces ha sido señalado por el TC, la Constitución Española no sólo protege a la familia matrimonial, sino que admite y ampara otros modelos de familia (SSTC 198/2012, 19/2012, 116/1999, 47/1993, 222/1992), pero ello no obsta a que el legislador opte por una discriminación positiva a favor del matrimonio, siempre que con ello no se limite o impida irracionalmente a las parejas convivir *more uxorio* (STC 184/1990). A nivel estatal, el legislador ha decidido no equiparar matrimonio y parejas de hecho, siendo ello una opción de política legislativa (SSTC 69/2007, 199/2004, 66/1994, 21/1991, 184/1990). En consecuencia, la atribución de derechos a los componentes de la pareja y los efectos atribuibles en caso de ruptura dependen de la autonomía de la voluntad de los convivientes o de la normativa autonómica aplicable; lo que a su vez nos lleva a la cuestión de las competencias autonómicas sobre cuestiones civiles (art. 149.1.8 CE), que son las más relevantes en una ruptura de pareja (pensión compensatoria, atribución del uso de la vivienda familiar, régimen económico, derechos sucesorios, etc.). Todo ello en la práctica se traduce en una desigual protección de las parejas de hecho en función de la Comunidad Autónoma en la que residan, y que puede llevar a confusión en la mediación por considerar que corresponden unos derechos u otros. Vid. SSTC 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril, en las que el TC aclara importantes extremos sobre los límites competenciales que las Comunidades Autónomas deben tener en consideración a la hora de legislar sobre las parejas de hecho, reconduciendo la línea normativa que éstas habían seguido hasta ahora y cerrando el debate sobre su naturaleza jurídica y sobre el estatuto jurídico que se les debe atribuir.

¹⁹ Una de las cuestiones más delicadas que surgen en torno a la mediación familiar se refiere a las materias que pueden ser objeto de la misma. En Derecho de familia no todo conflicto que pueda surgir en el ámbito de las relaciones familiares es susceptible de ser resuelto al margen del órgano judicial. De hecho, la Ley estatal excluye de la mediación «los derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes, en virtud de la legislación aplicable» (art. 2.1), y en el mismo sentido se manifiesta la ley andaluza (art. 1.2). En cuanto a cuáles sean las materias excluidas, no se proporciona un elenco de las mismas, pero parece claro que no podrán ser objeto de acuerdo de estados civiles, la eficacia de la relación conyugal y paterno-filial, el contenido y extensión de las potestades familiares y demás derechos indisponibles, como el derecho de alimentos (alimentos futuros: art. 151 CC) o las cuestiones matrimoniales (art. 1814 CC).

mediación que se está gestando en comparación con la pérdida de oportunidad de una posible decisión judicial²⁰.

Llegados a este punto, no hay que obviar la discusión doctrinal en cuanto a si el mediador está facultado para proponer - que no imponer - soluciones a las partes, o debe abstenerse en todo momento de participar activamente en la propuesta de soluciones alternativas al conflicto. No parece que esta última opción sea la más adecuada cuando se trata de conflictos de familia. Como afirma Carretero Morales²¹, habría que intentar partir de la premisa de que la solución de las disputas interpersonales no necesita la intervención de un tercero que decida, sino que las personas han de estar suficientemente preparadas como para resolver sus propias controversias por sí mismas, salvo en situaciones que así lo justifiquen. La cuestión por tanto sería determinar cuáles son aquellas situaciones en las que no parece que esté justificado que las partes aborden la resolución de los conflictos sin la intervención de un tercero. Y parece que las cuestiones que atañen al Derecho de familia, y en especial aquéllas en las que intervienen menores, son de la suficiente complejidad como para evitar prescindir de un jurista formado en la materia, salvo que las partes, ambas, sean conocedoras de la disciplina.

No se trata de apostar por los clásicos métodos adversariales de solución de controversias, que ha quedado demostrado poco favorecen la solución definitiva de los conflictos interpersonales en el ámbito familiar, sino de reconocer las ventajas de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos pero incardinados en el marco del Derecho de familia y no al margen del mismo; y ello porque esta rama del Derecho refleja la evolución de unos valores compartidos por una sociedad - es el Derecho considerado más justo y que proporciona mayor protección al débil²² -, que no deben ser desechados en una materia como la que abordamos²³.

²⁰ En este sentido, es significativo el deber del mediador de «advertir a las partes de la posibilidad de asesorarse jurídicamente para decidir válidamente y en términos que se amparen sus respectivos derechos sobre aquellas cuestiones cuya regulación legal requiera previa y suficiente información especializada», que recoge el art. 10.9 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León. También la Ley andaluza obliga a la persona mediadora a «ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios» (art. 8.1 LMFA), a cuyo fin debe propiciar que las partes «dispongan de la información y el asesoramiento suficientes para que desarrollen los acuerdos de manera satisfactoria libre, voluntaria y exenta de coacciones» (art. 16 e) LMFA).

²¹ CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, cit., p. 48.

²² Es bien sabido que las normas de naturaleza dispositiva responden no sólo a la finalidad de suplir los vacíos o lagunas, sino que son consideradas por el legislador como el Derecho más justo aplicable al caso concreto, y en materia de Derecho de familia, todo el sistema normativo está orientado a proteger los intereses de la parte más débil, dotando de una especial protección a los menores de edad y a las personas en situación de especial vulnerabilidad (mayores, personas con discapacidad, personas en situación de dependencia, etc.). En este sentido, en los procedimientos de mediación familiar de Andalucía, es de obligada aplicación el principio de protección de los menores y personas dependientes consagrado en los arts. 7 y 16 d) LMFA y art. 21.2 Decreto 37/2012.

²³ Sobre mediación y sujeto débil se ha dicho: «En la perspectiva de la tutela de los sujetos débiles no cabe duda de que esto supone un retroceso importante, porque se tiende a eliminar la protección constituida por la indisponibilidad del derecho y por la posible intervención del juez para tutelarlos, prefiriéndose un método de solución de la disputa que expone al sujeto débil a todas las consecuencias negativas de su debilidad, aceptando la solución que le quiera imponer la parte más fuerte, reforzándose la supremacía econó-

2. Libertad personal y obligatoriedad mitigada de la mediación

Uno de los principios emblemáticos de la mediación tal y como ha sido configurada hasta ahora, tanto en la ley estatal como en la legislación autonómica, es el de voluntariedad. La voluntariedad supone el punto de partida de todo proceso de mediación y enlaza directamente con el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) que, como se ha dicho, asume cada vez mayor protagonismo en el seno de las relaciones familiares. En virtud de este principio, las partes pueden iniciar y en todo momento desistir del procedimiento libremente, y del mismo modo, decidir qué materias van a ser objeto del mismo, así como el contenido y alcance del acuerdo que en su caso se obtenga.

Precisamente en mediación familiar, la cautela con la que se han de tratar determinados temas familiares - por su complejidad o por los intereses en juego (piénsese en la liquidación del patrimonio ganancial o la cuantificación de la pensión de alimentos a favor de un hijo menor de edad en caso de separación o divorcio) -, así como la delicada situación en la que se pueden encontrar los sujetos implicados, el grado de conflictividad o su capacidad para gestionar asuntos de esta naturaleza puede motivarles a no aceptar la mediación, en la creencia de que el recurso a la vía judicial es el mejor modo de defender sus intereses.

Sin embargo, no parece ser esta la opinión del legislador, quien en el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación impone un sistema de mediación de *obligatoriedad mitigada* que, superando el modelo vigente basado en su carácter voluntario, obligaría a los litigantes a asistir a una sesión informativa sobre la naturaleza de la mediación, estructura del procedimiento y sus beneficios, así como exploratoria del conflicto, en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda - o bien, cuando el tribunal lo estime oportuno durante el proceso e incluso en fase de ejecución en procesos de familia²⁴ - en un número tasado de materias, entre las que se encuentran los asuntos familiares (propuesta de modificación del art. 6 de la Ley 5/2012)²⁵.

mica y social de esta última», vid. ALISTE SANTOS, T., «Meditación crítica sobre la mediación como alternativa a la jurisdicción», en MARTÍN DIZ, F., *La mediación en materia de...*, cit., p. 77. Se afirma que la parte más fuerte siempre será capaz de imponer la solución que le sea más favorable, se critica que en estos procedimientos no se eliminan y difícilmente se reducen las situaciones de desigualdad, vid. OTERO PARGA, M., «Ventajas e inconvenientes de la mediación» en SOLETO MUÑOZ, H. - OTERO PARGA, M., *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 148. En contra se posiciona CARRETERO MORALES, quien defiende el respeto a la autonomía de la voluntad de los particulares en la creencia de la madurez de la propia sociedad para intentar resolver sus conflictos y establece la posibilidad del mediador de suspender el procedimiento cuando aprecie una posible desigualdad o desequilibrio entre las partes (op. cit., p. 72).

²⁴ Lo que supondría la obligatoriedad de someterse por partida doble a mediación, o al menos, acudir a la sesión informativa y exploratoria.

²⁵ Después de declarar que la mediación es voluntaria, el precepto establece que "los interesados estarían obligados a intentarla con carácter previo al inicio de un proceso declarativo en los siguientes casos: a) medidas que se adopten con ocasión de la declaración de nulidad del matrimonio, separación, divorcio o las relativas a la guarda y custodia de los hijos menores o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, así como aquellas que pretendan la modificación de las medidas adoptadas con anterioridad; b) responsabilidad por negligencia profesional; c) sucesiones; d)

Con relación al mencionado Anteproyecto, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó un informe favorable el 28 de marzo de 2019, donde en términos generales hace una valoración positiva del texto y concluye que la mediación obligatoria mitigada que en él se establece sería compatible con los derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a la jurisdicción amparados por la CE (art. 24) y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 47), ya que la obligatoriedad prevista en la norma no impide que la decisión última de los interesados de someterse a mediación se adopte de forma voluntaria, ni tampoco impide la vía judicial. Incluso el órgano de gobierno de los jueces se muestra favorable a ampliar el ámbito de aplicación de la mediación obligatoria a otras materias y procedimientos, y a no limitarlo a la mera sesión informativa.

Sorprende esta medida en cuanto el carácter voluntario, como ya se ha dicho, es un principio básico presente en todas las leyes de mediación, que junto a la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad constituyen los principios rectores de la mediación²⁶. Voluntariedad que, en su aspecto positivo, permite el recurso a la mediación y llegar a soluciones consensuadas sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, pero en su aspecto negativo ampara la decisión de no acudir ni ser parte en un procedimiento de mediación²⁷. De hecho, ya en la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, *sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles* se establecía en su Considerando 13 que la mediación «*debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden*

división judicial de patrimonios; e) conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles; f) reclamaciones en materia de responsabilidad extracontractual que no traigan causa de un hecho de la circulación; g) alimentos entre parientes; h) propiedad horizontal y comunidades de bienes; i) derechos reales sobre cosa ajena; j) contratos de distribución, agencia, franquicia, suministro de bienes y servicios siempre que hayan sido objeto de negociación individual; k) reclamaciones de cantidad inferiores a 2.000 euros entre personas físicas cuando no traigan causa de un acto de consumo; l) defectos constructivos derivados de un contrato de arrendamiento de obra; m) protección de los derechos al honor, intimidad o la propia imagen; n) procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario.

²⁶ En el Título segundo la Ley estatal se recogen los principios informadores de la mediación: voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad. Asimismo, se establecen los principios o valores que han de guiar a las partes en su conducta durante la mediación: lealtad, buena fe, respeto mutuo y deber de apoyo y colaboración con el mediador (art. 10 Ley 5/2012). Vid. MARTÍN HITTA, L. (coord.), *Comentarios a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Epraxis, Sevilla, 2013, pp. 61 y ss.

²⁷ Como refuerzo al principio de voluntariedad de la mediación y en garantía de que, con motivo de iniciar un procedimiento de este tipo, las partes no pierden oportunidades procesales, la Ley estatal reguladora de la mediación (Ley 5/2012) establece en su art. 10.2 que durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto y se impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo que ésta esté vigente. Además, en su art. 4 se indica que la solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción o caducidad de acciones desde la fecha que conste la recepción por el mediador o el depósito ante la institución de mediación. El Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación amplía a 30 días naturales el plazo de duración del efecto suspensivo de la mediación, aunque también establece que, salvo que las partes acuerden otra cosa, la derivación a mediación durante el proceso no suspenderá el curso del procedimiento.

organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento»²⁸. Con la actual propuesta de reforma, el legislador se justifica indicando que, si bien esta obligación se constituye como un presupuesto procesal necesario para acceder a la vía judicial, no supone la obligación de someterse a un proceso de mediación ni de consensuar un acuerdo que ponga fin al litigio. Quedaría siempre expedita la vía judicial para aquéllos que no desearan seguir con el proceso de mediación.

No obstante, en materia de familia, esta cuestión no es nueva. Ya durante la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, el Grupo Parlamentario Popular se opuso a la supresión absoluta de las causas de divorcio²⁹ y se mostró partidario de que, en caso de existir hijos menores, el cónyuge solicitante del divorcio tuviera que acompañar a la demanda una serie de documentos acreditativos de haber acudido a la mediación familiar, salvo casos de violencia física o psicológica sobre el demandante o los hijos que convivieran con ambos. En similar sentido se manifestó el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria³⁰.

Se configuraba pues el acceso a la mediación familiar como un paso necesario para obtener el divorcio lo que, unido a la propuesta de mantener causas de divorcio de naturaleza culpabilística en línea - aunque atenuada - con el divorcio regulado en la legislación de 1981, en la práctica habría supuesto una traba al mismo. Con el actual Anteproyecto podría parecer que con la obligatoriedad (aunque sea mitigada) que se pretende imponer de acudir a mediación como requisito exigible para interponer la demanda, se estaría dando un paso atrás en el reconocimiento de la libertad individual de los cónyuges a la hora de acceder al divorcio tal y como ha quedado consagrada en la reforma de 2005.

Además, tampoco queda muy claro hasta qué punto la obligatoriedad está *mitigada*, desde el momento en que se supedita la interposición de la demanda al hecho de haber acudido previamente a esa primera o primeras sesiones de mediación, que incluye una informativa y otra exploratoria del conflicto. En cuanto a esta última, la

²⁸ Si bien el art. 5.2 dispone que «la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial». En la sentencia de 14 de junio de 2017 del TJUE, Menini, asunto C- 75/16, se estableció que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, el recurso a un procedimiento de mediación constituya un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial.

²⁹ El Grupo Parlamentario Popular propuso como causas de separación y divorcio no consensual cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos; y cualquier violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar (Enmiendas núm. 76, 77 y 78. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8). También el Grupo Parlamentario Catalán presentó una enmienda en la que se proponía la introducción de dos causas genéricas para la separación contenciosa: la vulneración de los deberes conyugales y/o de los deberes respecto de los hijos comunes o de los hijos de cualquiera de los cónyuges que habiten en el hogar familiar; y la voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra del necesario afecto marital para continuar en la misma (Enmienda núm. 61. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8).

³⁰ Enmienda núm. 55. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8.

sesión exploratoria, como ya se indicara en las Propuestas de GEMME España al Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación³¹, no está especificada ni en cuanto a su naturaleza, ni contenido y alcance. Lo que pone sobre la mesa la dudosa admisibilidad de imponer una sesión en la que necesariamente los implicados deban exponer ante el sujeto mediador los conflictos de naturaleza familiar o de pareja a efectos de ser considerados como posible objeto de mediación (antes incluso de que ésta sea aceptada, en su caso), lo que podría vulnerar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar consagrado en el art. 18 de la Constitución.

También es dudoso el carácter atenuado de la obligatoriedad de acudir a mediación desde el momento en que el legislador vincula la negativa a someterse a mediación a la pérdida del abono de las costas en determinados supuestos³².

Y todo ello sin tener en cuenta que el recurso a la mediación tal y como está planteado en este anteproyecto de ley implica un esfuerzo económico adicional a las partes, desde el momento en que sólo se contempla la gratuidad de la mediación a favor de aquéllos que puedan ser beneficiarios de la justicia gratuita (art. 1 del Anteproyecto, que reforma el art. 6.11 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de *asistencia jurídica gratuita*).

3. Mediación y principio de responsabilidad familiar

En tercer lugar, un aspecto que hay que considerar cuando tratamos el acuerdo de mediación encaminado a conformar el contenido de una propuesta de convenio regulador en un proceso de separación o divorcio es el relativo a las obligaciones de asistencia, cuidado y manutención que asumen los miembros en la familia. Es cierto que las actuales tendencias europeas en materia de divorcio se orientan hacia una ruptura limpia (*clean break*) de la pareja, de modo que se limite en lo máximo posible los vínculos de dependencia económica de uno respecto del otro tras la ruptura. Pero esta idea, en sí misma considerada positiva y potenciadora del principio de libertad personal, debe ser relacionada con un principio de responsabilidad, que aparece estrechamente ligado a las funciones que desempeña la familia.

En efecto, a nadie se le escapa el hecho de que una de estas funciones es la atención, el apoyo y el sustento de sus miembros, especialmente importante para los colectivos que requieren una mayor atención: menores, ancianos, enfermos o discapacitados, como muestra de la necesaria solidaridad familiar³³. Desde esta pers-

³¹ https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2019/02/aportesgemme.lim_.pdf

³² Con el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación se pretende añadir un tercer párrafo al apartado 1 del art. 394 LEC, que trata de la condena en costas en primera instancia, en el que se dice que «no habría pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un intento de mediación cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso». Y en el mismo sentido, se añade un tercer párrafo al art. 539.2 en sede de ejecución. Además, se añade un artículo a la LEC, el 398 bis, en el que al tratar de la derivación por parte del tribunal a un proceso de mediación, se establece que “en la resolución por la que el tribunal acuerde la derivación, habrá de advertirse a las partes de las consecuencias que, a efectos de costas, pudieran seguirse al incumplimiento de intento de mediación, que resulta preceptivo a raíz de la derivación”.

³³ Se ha de tener en cuenta cómo esta función asistencial de la familia está directamente relacionada con la existencia del Estado del Bienestar, de forma que a medida que el Estado va asumiendo mayores cotas de prestaciones sociales, la familia se descarga. De igual modo, sucede de modo diverso, lo que explica el interés del poder político en

pectiva, el acuerdo de mediación no puede alterar lo dispuesto en las normas imperativas que regulan las relaciones familiares, como las referentes a las relaciones paterno-filiales (arts. 92.1 y 154 y ss. CC) o alimentos entre parientes (arts. 142 y ss.). Es preciso que el mediador conozca estas cuestiones porque los mediados no pueden acordar un convenio o llegar a un acuerdo que luego sea rechazado por el órgano jurisdiccional, o que sea nulo por contravenir una norma imperativa.

Así, en la gestación del acuerdo de mediación, el mediador debe:

- a) En primer lugar, comprobar que entre los mediados no existe una relación manifiesta de desigualdad o desequilibrio que impida la mediación.
- b) Además, el acuerdo de mediación no puede versar sobre derechos indisponibles, materia que vaya en contra del orden público o que pueda perjudicar a terceros.
- c) Tampoco puede ser contrario a una norma imperativa porque provocaría su nulidad

Pero más allá del límite a la autonomía privada establecido por la norma, se encuentra la lógica del sistema del Derecho de familia y los principios que la inspiran. Desde este punto de vista, la función última de regular los efectos de la separación y el divorcio es proporcionar atención y cuidados a los miembros más desprotegidos del grupo familiar. En este sentido, el Código Civil contiene una serie de disposiciones que se encargan de velar por el bienestar de los hijos menores de edad (guarda y custodia y derecho de alimentos, uso de la vivienda familiar - arts. 92, 93, 94 y 96.1 y 2 CC-) o del cónyuge considerado más débil económicamente (atribución en su caso del uso de la vivienda -art. 96.3 CC- y pensión compensatoria -art. 97 CC-). Los cónyuges tienen un amplio margen de acción a la hora de gestionar sus intereses y llegar a acuerdos, pero también en este punto el mediador debe responsabilizarse en cuanto a que éstos sean justos y equilibrados, informando a las partes sobre las tendencias jurisprudenciales en el tema de que se trate.

Desde esta perspectiva, es interesante resaltar los últimos cambios legislativos en materia de custodia compartida, que han tenido su reflejo en las decisiones judiciales, de modo que los mediados debieran conocer las opciones que tendrían sus pretensiones ante el tribunal a la hora de negociar sobre atribución de la custodia de los hijos comunes³⁴. Del mismo modo, si se está negociando sobre la posible

mantener intacta a la familia, lo que hace, entre otras cosas, endureciendo la legislación de divorcio. Sobre la familia y sus funciones, Rosario Valpuesta, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, cit., p. 55 y ss.

³⁴ El art. 92 CC fue objeto de reforma por la Ley 15/2005, de 8 de julio, con el fin de incorporar la posibilidad de establecer judicialmente la custodia compartida a petición de ambos cónyuges, o cuando siendo solicitada por uno de ellos, el juez la considerase favorable al interés superior del menor. En el ámbito de las CC.AA., el legislador ha mostrado su preferencia por esta modalidad de guarda y custodia en el Derecho catalán (art. 233-10 CCC), mientras que en otros territorios se ha avanzado en la valoración del interés del menor dando un paso atrás a la hora de establecer con carácter general la custodia compartida como preferente, sino en función del mencionado interés (art. 80.2 del Código del Derecho foral de Aragón, tras la última reforma de marzo de 2019). En lo que se refiere a la aplicación jurisprudencial del art. 92 del Código Civil se aprecia una importante evolución a favor de la custodia compartida hasta el punto de poder afirmar que se ha constituido como la opción preferente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo con posterioridad a la reforma. En este sentido, el TS ha afirmado que «la custodia compartida no debe ser una situación excepcional sino normal y deseable», ya que «con el

percepción de una pensión compensatoria, es relevante conocer el cambio que ha experimentado el Tribunal Supremo en cuanto a limitar su duración en el tiempo, según una serie de factores recogidos en su doctrina más reciente³⁵. Es cierto que se trata de materias de libre disposición (claramente en el caso de la pensión compensatoria, y con más limitaciones respecto a la custodia de los menores) y que no habría ningún inconveniente desde el punto de vista legal en renunciar a todas o parte de las pretensiones con el fin de llegar a un acuerdo satisfactorio sobre otras. Pero la cuestión se plantea desde el punto moral o ético, pues sólo si el interesado es conocedor de cómo se regulan estas cuestiones en Derecho, se está asegurando su libertad a la hora de negociar (por ejemplo cuando el cónyuge renuncia o ni siquiera plantea un derecho de pensión, al desconocer las posibilidades que tendría de serle reconocido en la vía judicial. O un progenitor renuncia a la custodia compartida, o al uso de la vivienda, sin saber las posibilidades más o menos certeras que tendría ante un tribunal).

Es por ello que en mediación familiar, y aprovechando las corrientes favorables a la mediación en los distintos ámbitos judiciales y políticos, se ha de insistir en la idea de contar con mediadores especialistas en Derecho de Familia, y en proporcionar a la misma un trato legislativo específico y separado de la mediación en el resto de ramas del ordenamiento jurídico.

sistema de custodia compartida: a) se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) se evita el sentimiento de pérdida; c) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; d) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.» (STS 28/01/2016). Vid. las SSTs de 8/10/2009, 25/11/2013, 9/09/2015, 30/12/2015, 11/02/2016, 19/02/2016, 17/03/2016, 21/12/2016, 7/03/2017, 12/05/2017 o 9/06/2017, entre otras muchas.

³⁵ La reforma de 2005 también afectó a la tradicional concepción con carácter indefinido de la pensión compensatoria del art. 97 CC, admitiendo ahora la posibilidad de que ésta se establezca con carácter indefinido, temporal o se pague de una sola vez. Es cierto que la naturaleza de esta pensión no es asistencial sino reequilibradora (STS de 10/02/2014 y las que se citan), está llamada a compensar la pérdida de oportunidad sufrida por un cónyuge como consecuencia del matrimonio (ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social*, cit.), sin embargo en la práctica, en la gran mayoría de los casos funciona como prestación de alimentos sin serlo, y la prueba es que muchos de los requisitos que se exigen para su percepción como indefinida o temporal hacen referencia a las posibilidades reales de la perceptora de ser económicamente independiente y autosuficiente. El Tribunal Supremo ha declarado sobre esta cuestión que el «establecimiento de un plazo de duración es algo excepcional, que está condicionado a que concurran unas concretas circunstancias: corta duración del matrimonio, juventud de la acreedora y superior cualificación profesional que garantice acceder fácilmente al empleo» (STS 9/10/2008). En general, los factores a tener en cuenta por el TS son «edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuántos de estos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado -perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver -reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad.» Vid. las SSTs de 11/05/2016 y las que cita, 24/05/2016, 10/11/2016, etc.

LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES CIVILES Y FAMILIARES EN NICARAGUA: ENTRE LAS DECLARACIONES FORMALES Y LA REALIDAD MATERIAL

NEYLIA L. ABBOUD CASTILLO
Profesora catedrática, Nicaragua

SUMARIO: I. CONTEXTUALIZACIÓN. II. ¿DISPOSICIONES JURÍDICAS EN NICARAGUA ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19? DE LO GENERAL A LO PARTICULAR. III. POSIBLES REPERCUSIONES A DERECHOS SUBJETIVOS - CIVILES Y FAMILIARES - PROVOCADOS POR LA PANDEMIA EN LA REALIDAD NICARAGÜENSE. IV. ACERCANDO RESPUESTAS. V. IDEAS CONCLUSIVAS.

I. CONTEXTUALIZACIÓN

Es necesario contextualizar al lector que estas letras se escriben en ocasión de nuestra intervención en el Congreso Internacional a Distancia que llevó por tema «*Le tutele stragiudiziali dei diritti durante la pandemia Covid-19: ¿soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*», celebrado el 24 de abril del presente año 2020 y que fuere organizado por la *Università degli studi di Cagliari Facoltà di scienze economiche, giuridiche e politiche Dipartimento di Giurisprudenza*.

En dicho evento se dieron cita expositores de diversos países del mundo para abordar problemáticas y desafíos que la pandemia del COVID-19 provoca en el Derecho y particularmente en lo que hace a los procesos civiles, de familia, mediación y conciliación.

Es en ese escenario que esta autora compartió, en voz alta, algunas ideas sobre los efectos del COVID-19 en las relaciones civiles y de familias en Nicaragua, a partir de relacionar/contrastar las decisiones formales de país con las consecuencias que - de facto-provoca esta pandemia en dichas relaciones.

Como es conocido la OMS en fecha 11 de marzo de 2020 declaró la COVID-19 como pandemia. Esta enfermedad causada por un nuevo coronavirus conocido como el SARS - CoV- 2 se originó en Wuhan, ciudad China, se extendió a Europa y sobre el mes de marzo llega al continente americano. En el propio mes de marzo, 2020 se declara su llegada a Nicaragua y desde entonces a la fecha en que se escriben estas letras han transcurridos cuatro meses. Es posible que al pasar de los años y a espectadores ajenos este tiempo parezca corto, pero para quienes lo hemos vivido se siente como cuatro siglos por toda la carga emocio-

nal que ha exigido este tiempo. Al 16 de julio de 2020 la OMS reporta para las Américas 7, 154, 840 casos y 297,855 muertes.¹

II. ¿DISPOSICIONES JURÍDICAS EN NICARAGUA ANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19? DE LO GENERAL A LO PARTICULAR

Ante la situación de la pandemia del COVID-19 cada país en el ejercicio de su soberanía ha decidido qué hacer a partir de su realidad concreta, de escuchar recomendaciones de la comunidad científica y de las sugerencias de la OMS y en nuestra región se añaden las recomendaciones de la OPS.

En la inmensa mayoría de los países afectados por la pandemia se han dictado disposiciones legales de rango diverso que declaran confinamiento social obligatorio y preventivo, o aislamiento social imperativo, cierres de comercios y servicios, limitaciones de circulación vehicular y peatonal, suspensión temporal de obligaciones, beneficios de espera para deudores, suspensión de plazos judiciales² y en ocasiones, medidas específicas que conciernen a la niñez y su cuidado en estas especiales circunstancias.³

Las disposiciones fluctúan por país en rango normativo, extensión e intensidad, pero lo común ha sido adoptar algún tipo de medida a nivel social que, a nuestro modo de ver, ofrecen un marco protector a las relaciones jurídicas que se han visto afectadas por causa de esta pandemia. Dichas disposiciones son de notorio y público conocimiento por la magnitud de la crisis a nivel mundial. En este sentido y por solo citar algunos ejemplos se ubican las experiencias de España⁴, Italia⁵, Argentina⁶, Costa Rica⁷, Cuba⁸ y El Salvador.⁹

¹ Cfr. OMS, *COVID-19 Americas' Regional Dashboard. Geographic Distribution of Cases and Deaths*, en <https://who.maps.arcgis.com/apps/dashboards/efb745c3d88647779becb91c0e715f9>

² Sobre plazos judiciales en tiempos de pandemia, *Vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Aspectos jurídicos del coronavirus», en Carlos Rogel Vide y Silvia Díaz Alabart (directores), *Derecho Español Contemporáneo*, Ed. Reus, Madrid, 2020, págs. 231 - 280.

³ *Vid.* Resoluciones del Ministerio de Desarrollo Social Argentino No. 132/2020 de 20 de marzo, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227094/20200321> y Resolución No. 134 de 22 de marzo, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227117/20200324>. También, Decreto del Poder ejecutivo nacional argentino No. 297/2020, de 20 de marzo de 2020, «Aislamiento social preventivo y obligatorio», en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>

⁴ Real Decreto 463/2020, «por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», publicado en el *Boletín Oficial del Estado* No. 67 de 14 de marzo de 2020, España, en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692>. Desde el 14 de marzo de 2020 este Decreto ha sido varias veces modificado para adaptarse a nuevas circunstancias.

⁵ *Vid.* *Boletín Oficial del Estado*, edición actualizada al 17 de mayo de 2020, «Crisis sanitaria COVID-19. Normativa Italiana», en https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/covid19/normativa_italiana.pdf

⁶ En Argentina se ubica el DNU 297/2020 de 20 de marzo de 2020 que dispone el «Aislamiento social preventivo y obligatorio», en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>. En el mismo sentido el Decreto 260/2020 de 12 de marzo que amplió la emergencia sanitaria y recientemente el Decreto 605/2020 de 18 de julio, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232234/20200718>. También el Decreto 320/2020, de 29 de marzo de emergencia para contratos de locación, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227247/20200329> y el Decreto 319/2020 de 29 de marzo, sobre emergencia pública para hipotecas, en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227246/20200329>

En contraste con la posición anterior, otros países (los menos) han optado por no disponer medidas de cierre, ni aislamiento preventivo y se procura mantener las actividades acostumbradas del país, bajo el argumento de irreparables efectos para la economía. Esta segunda posición es la adoptada por el gobierno de Nicaragua.¹⁰ Corresponde mencionar que el abordaje de esta pandemia en el país ha sido cuestionada desde el mes de marzo; tanto, por la opinión pública nacional (prensa escrita, radial, redes sociales), como por la OPS.¹¹ Según datos de la OMS y al corte de 14 de julio, 2020 Nicaragua reporta 2, 712 casos y 99 muertes.¹²

La decisión de Nicaragua de no disponer aislamiento preventivo y obligatorio fue expresada en comparecencia pública del Presidente de la República, el pasado 15 de abril. El resumen es que no es sostenible para la economía del país tomar medidas de cierre, siendo que esta se sostiene de la micro, pequeña y mediana empresa. En su declaración también expuso que se toman medidas profilácticas y de educación a la población, unido al abordaje médico puntual ante contagios y casos sospechosos.

En lo personal pienso que esta decisión - no disponer el aislamiento social preventivo y obligatorio - que se comprende fundada en la realidad socio-económica del país, pudo ir acompañada de otras medidas sanitarias a nivel social que colaborarán con aminorar los índices de contagio local comunitario; y también, podrían haberse adoptado otras medidas de tipo legal que con carácter temporal dieran especial amparo a relaciones civiles y de familias, eventualmente afectadas como consecuencia de esta pandemia; tales pudieron ser:

- Ordenar, desde que se conoció del primer caso, el uso obligatorio de mascarillas en los lugares y establecimientos públicos, también en las instituciones del Estado, en los centros de salud y hospitales, previendo sanciones administrativas de multas ante el incumplimiento de dicha medida;

⁷ Decreto No. 42227- MP - S., «Gobierno declara estado de Emergencia Nacional, impide llegada de extranjeros y se suspende lecciones en todos los centros educativos del país», 16 marzo 2020; Decreto No. 42253- MOPT- S., «Restricción vehicular en horario nocturno para mitigar los efectos del COVID-19», 24 de marzo de 2020; «Directriz presidencial a Bancos Comerciales del Estado para atender emergencia por COVID-19», 20 de marzo de 2020, insta a los bancos a disminuir tasas de interés, extender plazo de créditos y prorrogar pagos, todo disponible en <https://www.blplegal.com/es/Disposiciones-normativas-COVID19-Coronavirus-Costa-Rica>

⁸ *Periódico Granma* de 26 de mayo de 2020, «Insiste Cuba en mantener las medias contra la COVID- 19», en <http://www.granma.cu/cuba-covid-19/2020-05-26/insiste-cuba-en-mantener-las-medidas-contr-la-covid-19-26-05-2020-01-05-25>

⁹ Sobre el marco legal en la Unión Europea en ocasión del COVID-19, *Vid.* Newtral, «¿Qué medidas excepcionales han tomado los países de la Unión Europea para combatir el COVID-19?», en <https://www.newtral.es/medidas-excepcionales-marco-normativo-paises-covid-19/20200513/>. Sobre el mismo marco para América Latina *Vid.* LEXLATIN, «Resumen legal COVID-19 Latinoamérica: 13 de julio de 2020», en <https://lexlatin.com/noticias/medidas-legales-covid-19-latinoamerica>

¹⁰ *Vid. El 19 digital*, «Presidente Daniel Ortega se dirige al pueblo de Nicaragua», 15 de abril de 2020, en <https://www.el19digital.com/articulos/ver/titulo:102299-presidente-daniel-ortega-se-dirige-al-pueblo-de-nicaragua>

¹¹ *Voz de América* (VOA), «OPS considera «inadecuado» manejo del COVID-19 en Nicaragua OPS», 7 de abril de 2020, en <https://www.voanoticias.com/centroamerica/ops-considera-inadecuado-manejo-del-covid-19-en-nicaragua>

¹² *Cfr.* OMS, *COVID-19 Americas' Regional Dashboard. Geographic Distribution of Cases and Deaths*, en <https://who.maps.arcgis.com/apps/dashboards/efb745c3d88647779becb91c0e715f9>

- suspender/evitar actividades públicas que implican aglomeración de personas;
- masificar las pruebas para la detección temprana de la enfermedad;
- diseñar un plan organizacional preventivo que permitiera contactar para advertir y en su caso aislar a las personas que se hubieran relacionado con quienes contrajeron la enfermedad;
- recomendar el teletrabajo en los casos que fuere posible para trabajadores del Estado y del sector privado;
- suspender cobros de intereses moratorios y punitivos para quienes tuvieran que cerrar sus establecimientos, o cuya actividad comercial estuviere de facto notoriamente suspendida (gimnasios, cines, restaurantes, etc.), con indicación de reprogramaciones de pago;
- suspender ejecuciones de prendas, hipotecas y desahucios;
- prorrogar el período de los arrendamientos vencidos a la fecha de la pandemia;
- suspender los intereses de los préstamos bancarios y tarjetas de crédito; y,
- establecer indicaciones para decisiones judiciales que ventilen reclamos sobre cuidado y crianza, regímenes de comunicación, violencia intrafamiliar y cuidado de adultos mayores en tiempos de pandemia.

Sin menoscabo de lo anterior y en el propósito de hacer balance cabe señalar que se han adoptado otro tipo de medidas referidas al quehacer sanitario, como son: disponer los hospitales públicos a la situación de la pandemia, visitas comunitarias para la educación poblacional en hábitos de higiene para prevenir la COVID-19, también en la radio y televisión se han realizado campañas educativas y se han intensificado las campañas de fumigación a cargo del Ministerio de Salud. Es justo destacar y reconocer la encomiable labor desempeñada por todo el personal de la salud; tanto pública, como privada, en medio de una realidad muy adversa.

A lo anterior se suma algunas decisiones adoptadas por el Poder judicial de Nicaragua¹³ que, aunque no atañen a derechos subjetivos en relaciones civiles y de familias, sí expresan un pronunciamiento ante la circunstancia de la pandemia. En este sentido se encuentra que la Corte Suprema de Justicia (CSJ) dispuso por Acuerdo No. 44, dado a conocer por la Circular de 23 de abril de 2020, lo siguiente:

- medidas preventivas y campañas de sensibilización educacional,
- medidas institucionales todas relativas al ámbito sanitario en los locales de justicia,
- seis medidas judiciales que refieren a:
 - suspender el ingreso de público en las salas de audiencias penales;
 - habilitar una ventanilla externa para presentación de procesados;
 - activar un plan de contingencia para la presentación de escritos;
 - limitar el ingreso de personas a los complejos judiciales;
 - mantener separación con un metro de distancia en las audiencias y otros actos judiciales; y,

¹³ De estas medidas se conoce a partir del método de observación personal participativa que tiene esta autora como abogada en Nicaragua y las relaciones académico- profesionales que se mantienen con el sector judicial.

- ordenar que se establezcan coordinaciones entre el tribunal de apelaciones y el sistema penitenciario para evitar presentaciones de reos con síntomas de la COVID-19.¹⁴

También, a nivel de Juzgados, aunque no se ha dispuesto la suspensión de plazos procesales, cada órgano ha procurado la adopción de algunas medidas paliativas. En este sentido se aprecian:

- Reprogramaciones de las audiencias de los meses de mayo y junio,
- se evita la comparecencia de niños/as en los Juzgados,
- se pospone la realización de los estudios bio - psico- sociales para evitar exponer a las trabajadoras sociales,
- se evita la práctica de pruebas que impliquen trabajo de campo. Si la controversia es profunda se reprograma las decisiones a la espera de poder practicar las pruebas que impliquen visitas *in situ* y traslado de personal,
- se potencian las notificaciones electrónicas y el uso del sistema de gestiones electrónicas de abogados y notarios, denominado «Nicarao».

En resumen, cada Juzgado ha realizado lo que ha considerado mejor para enfrentar la realidad material que tienen ante sí, al menos a nivel organizacional y también por su parte la CSJ. Hubiera sido deseable contar con unos criterios uniformes de actuación judicial conjunta. En este sentido es interesante revisar la experiencia de los Juzgados de familia de Barcelona que, en marzo de 2020, establecieron acuerdos para unificar criterios en relación al estado de alarma.¹⁵

Hasta lo aquí expuesto cabe resumir que las opciones de país antes mencionadas - decretar o no aislamientos sociales obligatorios y dictar o no medidas temporales - han sido objeto de debate en la arena política y económica, cuyo análisis desborda los propósitos del actual escrito. Su mención en esta oportunidad es al efecto de fijar la base que origina nuestro cuestionamiento: ¿Cómo resolver en relaciones civiles y familiares afectaciones de derechos sobrevenidas por la circunstancia del COVID-19 en aquellos contextos, como el nicaragüense, en el que no se dictan normas jurídicas especiales para esta coyuntura?

III. POSIBLES REPERCUSIONES A DERECHOS SUBJETIVOS - CIVILES Y FAMILIARES - PROVOCADOS POR LA PANDEMIA EN LA REALIDAD NICARAGÜENSE

Como se ha expuesto anteriormente en Nicaragua no se ha decretado medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio. Esto no ha sido óbice para que la población de manera espontánea haya adoptado medidas de autoprotección. Por ejemplo, el uso de las mascarillas (no declarado obligatorio) se ocupa cada vez más

¹⁴ Cfr. Acuerdo 44 de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, dado a conocer mediante Circular de 23 de abril de 2020, en https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/sgc/pdf/circular_covid-19.PDF

¹⁵ «Acuerdo de unificación de criterios de los Juzgados de familia de Barcelona en relación al estado de alarma», 18 de marzo de 2020, España, en <https://www.icab.cat/files/242-501507-DOCUMENTO/Acuerdo-unificacion-criterios-Familia-Barcelona-COVID-19-18-marzo-2020.pdf>

frecuente, también en los espacios de servicios públicos (bancos, supermercados, transporte) se extreman las medidas de higiene, los colegios y universidades privadas han suspendido las clases presenciales y dan continuidad al curso por medio virtual, las familias procuran permanecer más en casa evitando la exposición a lugares públicos de los niños/as y adultos mayores, la empresa privada potencia el teletrabajo; y, otras análogas que tienen como referente la experiencia internacional y regional.

El punto conflictual surge porque hay un contraste entre la ausencia de pronunciamientos legales en el país y lo que la población está interpretando y de facto haciendo. El accionar de la población se aleja de las declaraciones formales y ello desencadena efectos en las relaciones de familias y civiles, lo que al modo de ver de esta autora se hará mayormente visible en corto tiempo, expresado en *litis* judiciales. Desde este momento es posible anticipar las siguientes áreas de conflicto:

a) En el cuidado y crianza de los hijos y en el régimen de comunicación. Aunque no se haya decretado aislamiento social obligatorio muchas madres o padres cuidadores deciden - de facto- suspender el régimen de comunicación con el progenitor y familia no cuidadora, bajo la lógica de evitar traslados físicos que pueden poner en riesgo la salud, no solo de los niños/as, sino también de los adultos con los que conviven.

Esta actuación fáctica provoca que se incumpla con el régimen acordado entre madre y padre, o bien el establecido en sentencia, lo cual no siempre es bien comprendido por ambos padres y se convierte en fuente de discordias. Al no haber una norma de país que declare que la situación de trasladar a los niños de un hogar a otro es ciertamente riesgosa para la salud de todos surge un conflicto desprovisto de protección a nivel de norma jurídica y sujeto al (no) buen juicio; tanto de progenitores, como del órgano juzgador.

Por otra parte, pero en igual sentido, la decisión voluntaria de las familias de permanecer más en casa para evitar riesgos de contagio representa de facto una recarga en las labores del progenitor cuidador, que las más de las veces son las madres, porque en esta circunstancia de pandemia se ha puesto de especial relieve la injusta división sexual del trabajo que históricamente sobrecarga a la mujer en las labores domésticas.

Esta situación especial de confinamiento (aunque sea voluntario y de autoprotección en Nicaragua) merece un pronunciamiento que recuerde a madre y padre el deber compartido de cuidar de los hijos/as y que ese deber de corresponsabilidad o coparentalidad permanece y que requiere reorganización, en tiempos de pandemia.

A lo anterior se añade el nuevo rol de las familias en la educación formal de los hijos, ante el hecho de la enseñanza virtual. Modalidad con fines transitorios, pero que ya acumula cuatro meses y pareciera que se extenderá por todo este año. En las actuales circunstancias la familia está asumiendo mayores responsabilidades en la educación de los hijos/as cubriendo espacios que antes compartía con el colegio. En esta nueva tarea nuevamente aparecen las madres sobrecargadas de funciones y se enfrentan a regímenes de comunicación y cuidado y crianza que responden a un formato educacional desactualizado.

No hay que dar mucha rienda suelta a la imaginación para ubicarse en la posición de una madre trabajadora - que se desempeñe mediante traslado físico, o

por teletrabajo – con hijos pequeños que deben estar conectados en clases virtuales cada día (para niños/as que tienen esta oportunidad; otros no) con trabajos y tareas de autoestudio que parecen estar más dirigidas a los padres que a los propios estudiantes, ingeniarse como ganar su concentración, con limitación de asistencia a parques u otros sitios de esparcimiento y recreación propios de la niñez, en hogares a veces de espacios muy reducidos, atendiendo todas las tareas del hogar (limpia, lava, cocina, plancha y lo que sume y en este contexto son mayores las cautelas de higiene: alcohol, cloro y afines, en cada momento y para todo, cada diminuta compra y salida del hogar); añádase que no es infrecuente que todo esto coexista con el cuidado a un adulto mayor o persona con discapacidad. En fin... la lista de deberes se hace interminable; pero seguimos con un régimen de comunicación de «cada 15 días»... en el mejor de los casos. Este mismo escenario elévese al exponencial para el cuidado de adolescentes.

Todo esto está ocurriendo de facto sin pronunciamientos normativos que colaboren de alguna forma a dar cauce a estas realidades: ¿cómo reordenar el régimen de comunicación con los hijos/as procurando, en tiempo de pandemia, la equidad en los deberes parentales?¹⁶

b) Violencia intrafamiliar. Otra punta de iceberg vamos a encontrar en la violencia intrafamiliar. En estos tiempos los miembros de las familias tienen la necesidad de permanecer más tiempo en casa y todos juntos. Si en relaciones familiares básicamente armónicas se torna difícil la convivencia cuando es obligatoria y confinada, cuanto más difícil no será en relaciones con precedentes de violencia y/o con presencia de adicciones. De especial atención es determinar cómo se protegen los derechos de la niñez y adolescencia en esos entornos familiares. ¿Cómo deberían activarse los apoyos organizacionales externos a la familia para auxiliarles cuando la violencia se presenta en el contexto del aislamiento social necesario? Digo necesario por razones de preservar la salud y hasta la vida, porque en nuestro contexto, como ha quedado dicho, aislarse no es obligatorio.

c) En los deberes de asistencia familiar y el cuidado de los adultos mayores. El cuidado al adulto mayor es otro asunto potencialmente conflictual, en tanto en esta situación de pandemia cuidar de los adultos mayores es una responsabilidad que se acentúa y que requiere distribuirse entre los miembros de las familias. Esta labor suele recaer igualmente en la mujer por razones históricas de inequidad de género, pero que en definitiva así gravita. ¿Cómo organizan las familias el cuidado de sus ancianos, siendo estos el sector poblacional de mayores riesgos ante la enfermedad de la COVID-19?

d) En los procesos de familia. En las actuales condiciones los Juzgados de familia han limitado el acceso físico de las partes a los actos de procesales y la mayoría de los trámites se realizan por abogados/as; no obstante, no se han suspendido las audiencias del proceso familiar las que siguen siendo presenciales, aunque se dan reprogramaciones.

¹⁶ Para un mayor desarrollo de estos temas véase a MEDINA, Graciela, «Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica», *LA LEY*, 09/04/2020, AR/DOC/1011/2020, Thompson Reuters; y, MOLINA DE JUAN, Mariel F., «Cuidado de los hijos en tiempos de pandemia. Apuntes para repensar la experiencia Argentina», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* No. 12 bis, mayo 2020, pp. 190 - 201.

Se ha estado evitando que los/as niños/as y adolescentes acudan a los Juzgados, lo que vemos muy sensato y pertinente, pero a la vez plantea una cuestión: ¿cómo garantizar su escucha activa en los procesos que se están decidiendo en el contexto de pandemia?¹⁷ Al pensar en una respuesta téngase en consideración que con los recursos que hoy se dispone no es posible realizar audiencias con uso de medios telemáticos.

Para poder realizar audiencias de familia virtuales se necesitan recursos materiales de los que no se dispone en este momento, a nivel de Juzgados, ni podría exigirse a los usuarios de los servicios de justicia. Los índices de pobreza en el país son altos y aunque no se dispone de un estudio sobre viabilidad de las audiencias judiciales virtuales, lo vivencial hace obvia la respuesta. Sobre este tema sería interesante revisar, salvando las distancias, la experiencia de Costa Rica que ha ensayado un protocolo de audiencias de familia en modalidad virtual.¹⁸

e) En las relaciones civiles patrimoniales. En Nicaragua es apreciable el cierre de establecimientos de ocio y comerciales como consecuencia de la pandemia, o la merma de estos servicios. Es de esperar que ante el riesgo a la salud y la vida las personas eviten frecuentar lugares públicos de recreación. Los mismos servicios médicos privados experimentan una baja sensible, siendo que las personas acuden a lo estrictamente indispensable. Especialidades como odontología, nutrición, cirugías selectivas y análogas se han visto especialmente afectadas.

También las personas que tienen por empleo los servicios del hogar, muy común en nuestro país, han sido sensiblemente afectadas ante la medida de evitar el ingreso de personas a las casas. Así se conocen despidos laborales o rebajas sustanciales de salarios. Y, aunque se cumplan con las prestaciones laborales, finalmente es una pérdida de empleo.

Las pérdidas de empleo o mermas de ingresos generan el efecto dominó porque a su vez provoca impagos de arrendamientos, de deudas bancarias, a proveedores, impagos o retrasos en las pensiones de alimentos, incumplimientos de compensaciones económicas y deberes de asistencia familiar, entre otras. Por lo tanto, las relaciones civiles patrimoniales están sufriendo - de facto - afectaciones.

Los ejemplos presentados y otros muestran que tenemos una realidad material que supera las declaraciones formales y que impacta a las relaciones jurídicas, por sus efectos económicos y personales. La ausencia de normas especiales en esta coyuntura de emergencia hace pensar que «todo sigue normal», pero lo cierto es que se han producido cambios y el Derecho debe acomodarse a esas transformaciones coyunturales.

En este escenario el problema a resolver sigue siendo ¿cómo finalmente quedan los derechos de las personas que han sido afectadas por esta situación coyuntural ante la ausencia de disposiciones normativas de país que declaren la fuerza mayor, o permitan acercar la validez de una cláusula *rebus sic stantibus*?

¹⁷ Para un mayor desarrollo de este tema véase a BERMEJO, Paula N., «Sobre la exigibilidad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ante la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus», *LA LEY*, 9 de abril de 2020, AR/DOC/1016/2020.

¹⁸ *Vid.* Poder Judicial de Costa Rica, «Protocolos para la realización de audiencias orales virtuales por medios tecnológicos y/o videoconferencia», en <https://audienciasvirtuales.poder-judicial.go.cr/index.php/protocolos> y en, <https://audienciasvirtuales.poder-judicial.go.cr/index.php/materias/familia>

IV. ACERCANDO RESPUESTAS

La ausencia de normas legales específicas para esta situación de pandemia sobrevenida traslada al sujeto afectado una carga probatoria que puede ser desproporcionada y acentuar el daño causado; no obstante, se impone acercar algunas respuestas a la problemática planteada.

La respuesta genérica que se visibiliza es que la persona que considere afectado su derecho por esta coyuntura le corresponderá pedir justicia para su caso concreto haciendo uso de las normas que el Derecho vigente le franquea, sin otro respaldo legal específico de país que haya surgido producto de esta crisis de pandemia. Y aunque no es alentadora la respuesta, es la que se observa. Cuánto prosperará o no esta petición de justicia dependerá de los argumentos de parte y del buen juicio de la autoridad judicial que juzgue el caso.

Específicamente en materia familiar, si los padres no pueden alcanzar acuerdos por vía amistosas sobre el cuidado equitativo de los hijos comunes, ante la especial situación de pandemia, lo que corresponde es petitionar judicialmente un cambio de medidas, bien para suspender o modificar las decisiones sobre cuidado y crianza y régimen de comunicación. En igual sentido se petitionaria lo que concierne a conflictos sobre asistencia familiar y cuidado de los adultos mayores.

Se recomienda que en las peticiones judiciales que ventilen sobre grupos en situación de vulnerabilidad se utilice en apoyo la «Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas».¹⁹

En el ámbito de las relaciones civiles patrimoniales la persona que se estime afectada puede optar con amparo a lo establecido en el Código Civil de Nicaragua por lo siguiente:

- a) Argumentar la figura de la fuerza mayor regulada en el art. 1864 para sustentar la imposibilidad sobrevenida que regula el art. 1851 y con ello pedir la resolución contractual o la imposibilidad de cumplimiento; o bien,
- b) argüir a su favor la cláusula *rebus sic stantibus* para soportar excesiva onerosidad de la prestación y con ello una revisión contractual que lleve a una suspensión de pago temporal y así modular las prestaciones convenidas, todo con fundamento en el art. 2479 y 2562 del Código civil de Nicaragua.²⁰ Esta opción a la *rebus sic* requerirá en nuestro caso interpretación integradora de la norma porque no tenemos configurado un planteamiento normativo general sobre acciones rescisorias por excesiva onerosidad, como por ejemplo sí lo tiene el Código civil cubano, en el artículo 80.²¹

¹⁹ Vid. OEA, «Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas», 7 de abril de 2020, en https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-032/20

²⁰ Sobre los elementos para calificar la fuerza mayor: exterioridad, imprevisibilidad, irresistibilidad y lo imposible de haber sido razonablemente tenido en cuenta al momento de contratar, Véase a FERNÁNDEZ, Leonardo F., «El problema de la renuncia anticipada a los efectos del caso fortuito ante la pandemia», *Diario LA LEY*, 6 de julio de 2020, Año LXXXIV No. 124, Buenos Aires, Argentina, págs. 4 - 8.

²¹ Cfr. Código civil cubano, Ley No. 59, promulgado el 17 de julio de 1987. *Artículo 80. Procederá también la rescisión de la obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse razonablemente que este no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida.*

Estas instituciones: fuerza mayor y *rebus sic stantibus* se presentan aquí en titulares, pero su aplicación exige deshilar para mayor profundización a partir de determinar si el contrato es sinalagmático o no, si la imposibilidad es parcial o total y si las deudas son de dar o hacer y si son de dar dinerarias o no; y, razonar la pertinencia de exclusión de la *rebus sic stantibus* en los contratos aleatorios, en particular en los contratos de seguros.²²

V. IDEAS DE CIERRE

A la fecha no se conoce de algún estudio jurídico en Nicaragua que aborde sobre los efectos que la pandemia COVID-19 ha provocado en las relaciones civiles y de familia. Probablemente las circunstancias de angustias, incertidumbres y la prioridad de la supervivencia a niveles personal, familiar y social concentran la atención; sin embargo, se advierte que en un futuro cercano comenzarán a producirse esta clase de investigaciones porque la realidad socio - jurídica así lo demanda. Para entonces, habrá mucha tela por donde cortar y sobre todo problemas legales reales a solucionar.

Al hilo de lo anterior también se advierte que serán necesarios estudios que revelen el impacto que en la demografía y economía ha provocado en Nicaragua la pandemia del COVID -19. El particular acento deberá estar en la llamada economía informal, la que ha sido notoriamente afectada.

Por último y en el propósito de acercar sencillas respuestas a la cuestión planteada desde el título de este texto: ¿Qué efectos provoca el COVID - 19 en las relaciones civiles y de familia de Nicaragua? se concluyen con dos posibles respuestas:

La primera; falaz, pero conforme con las declaraciones formales: La pandemia del COVID - 19 no provoca efectos algunos en las relaciones civiles y de familia. Dichas relaciones quedan tal cual como si la situación del COVID-19 no hubiere acontecido, ni exigiera normas de emergencia.

La segunda; de sabor agridulce, pero más cerca a las afectaciones reales de derecho que se están produciendo en relaciones jurídico concretas, es que corresponde a cada persona afectada hacer valer sus derechos a partir del caso concreto y esperar/confiar que el órgano juzgador estime a bien considerar esta pandemia como una circunstancia excepcional con incidencia en los derechos; y bajo esa lógica, cada parte pedirá lo que a lo suyo corresponda.

Si se trata de una relación civil patrimonial podría argumentarse la fuerza mayor/imposibilidad sobrevenida; o bien, la cláusula *rebus sic stantibus* para sostener excesiva onerosidad y llegar a la revisión contractual.

Si se trata de relaciones de familias - léase cuidado y crianza, régimen de comunicación, deber de alimentos, compensaciones económicas o asistencia familiar - habrá que demostrar cómo esta circunstancia de la pandemia ha provocado un cambio y pedir una modificación de medidas.

²² SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, «Fuerza mayor y cláusula *rebus sic stantibus* entre la imposibilidad sobrevenida y la excesiva onerosidad por el confinamiento derivado del covid-19», *diariolaley* sección Tribuna, 13/04/2020, Wolters Kluwers, en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/04/24/fuerza-mayor-y-clausula-rebus-sic-stantibus-entre-la-imposibilidad-sobrevenida-y-la-excesiva-onerosidad-por-el-confinamiento-derivado-del-covid-19>

LOS PACTOS PREMATRIMONIALES COMO MECANISMO DE JUSTICIA PREVENTIVA

MANUEL GARCÍA MAYO
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN. II. PACTOS PREMATRIMONIALES Y SISTEMA DE *COMMON LAW*. III. LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 1. La autonomía de la voluntad y el Derecho de familia. 2. La admisibilidad del pacto prematrimonial. 3. La intervención de notario en el otorgamiento de los pactos prematrimoniales: 3.1 El pacto como parte de la capitulación matrimonial. 3.2 La necesaria intervención de fedatario público: 3.2.1 Capacidad y consentimiento de las partes. 3.2.2 Control de justicia o equidad. 3.2.3 Publicidad.

I. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

Aunque la defensa de los métodos alternativos de resolución de conflictos viene siendo una constante desde hace un tiempo a esta parte, los esfuerzos en demostrar las ventajas que los mismos ofrecen se multiplican en tiempos de crisis. En España, y en el mundo, la reciente crisis sanitaria –y económica– provocada por el COVID-19, ha vuelto a propiciar que se fomente el recurso a métodos alternativos de resolución de conflictos ante el preocupante colapso judicial existente tras los meses más críticos de la reciente crisis sanitaria, en los que la declaración del estado de alarma ha supuesto la práctica paralización de una Administración de Justicia ya de por sí mermada con carácter previo por la falta de medios.

Más allá de los medios alternativos que conforman el objeto de estudio de la inmensa mayoría del resto de capítulos que integran esta obra colectiva, valga hacer, en este otro capítulo, una breve referencia a una justicia, no solo alternativa, sino también preventiva, que permita, precisamente, la resolución del conflicto por mutuo acuerdo antes de que, en su caso, se origine. Y dentro de esta justicia preventiva vamos a referirnos, concretamente, al recurso a los pactos prematrimoniales.

Cuando se habla comúnmente de pactos prematrimoniales se hace referencia a aquellos celebrados por los futuros contrayentes, antes de la celebración de su matrimonio, destinados, con carácter general, a regular determinados aspectos –derechos y obligaciones– de los cónyuges durante la estabilidad matrimonial, así como cuestiones referidas a las consecuencias personales y –sobre todo– patrimo-

niales que la ruptura matrimonial lleva consigo tanto respecto a los propios cónyuges como, en su caso, respecto a los hijos sometidos a su patria potestad. Un recurso cada vez más utilizado por quienes pretenden contraer matrimonio en un futuro inmediato, o bien, incluso, por aquellos que, habiéndose dado ya el «sí quiero», se encuentran en una fase de convivencia matrimonial pacífica. Solo se excluyen, pues, aquellos supuestos en los que ya ha acaecido la crisis familiar o bien es conocido por los esposos que va a producirse de manera inmediata¹.

Si bien, *a priori*, habrá quien podría considerarlo como una muestra de desconfianza entre los miembros de la pareja, lo cierto es que se trata de un instrumento altamente eficaz: en primer lugar, a fin de que las posibles consecuencias de una posible ruptura matrimonial puedan ser acordadas por los propios cónyuges –y no por un juez– en un momento de confianza mutua y, sobre todo, de estabilidad emocional, a diferencia de cuanto ocurre cuando se pretende confeccionar un convenio regulador, una vez producida la crisis o ruptura matrimonial; en segundo lugar, a efectos de que la hipotética ruptura matrimonial no suponga un desgaste personal –y también económico– superior al que ya de por sí genera; y, en tercer lugar, todo lo anterior contribuye, a su vez, a otorgar certidumbre –seguridad jurídica–². Esto último cobra especial importancia cuando la crisis matrimonial sobreviene en un tiempo similar al que el mundo ha vivido recientemente, donde la suspensión de la actividad judicial ha conllevado, no solo la imposibilidad de un pronunciamiento judicial sobre las medidas a adoptar con ocasión de la separación o divorcio, sino una demora notable en los procesos una vez reanudada la actividad judicial, con el perjuicio que ello conlleva para unas relaciones familiares que, especialmente cuando existen hijos menores de edad, han de ser mantenidas y, por tanto, reguladas³. La existencia de un pacto prematrimonial proporciona a las partes un valioso instrumento en el que son ellas mismas las que, con carácter previo a la crisis familiar, contemplan las consecuencias de esta última.

No obstante, las ventajas que este instrumento ofrece con carácter general, y en tiempo de crisis en particular, así como el auge que el mismo viene experimentando, contrasta con la falta de su regulación en algunos ordenamientos jurídicos como el español.

II. PACTOS PREMATRIMONIALES Y SISTEMA DE COMMON LAW

La certeza o seguridad jurídica que –según hemos referido– proporcionan estos instrumentos, explica que los antecedentes más inmediatos en cuanto a la admisión de los mismos hundan sus raíces en los países adscritos al sistema de *Common Law*, donde, a diferencia de cuanto acontece en ordenamientos como el

¹ Mantiene GARCÍA RUBIO, M. P., «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», en *Anuario de Derecho civil*, núm. 4, 2003, pág. 1655, que ha de tratarse, en todo caso, de acuerdos *pro futuro* o de carácter prospectivo.

² Mantiene, al respecto, RAMS ALBESA, J. J., «La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, 2009, pág. 83, que «la finalidad de los pactos prenupciales de contenido personal y los atinentes a la preordenación preventiva de convenios reguladores no es otra que la de proporcionar seguridad jurídica allí donde, hoy por hoy, reina el imperio de capricho y la ficción de los sujetos bajo la relativa vigilancia propia de un libérrimo arbitrio judicial».

³ *Vid.*, al respecto, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Aspectos jurídicos del coronavirus», *Reus*, 2019, págs. 231 y ss.

nuestro, no existen regímenes económico-matrimoniales, por lo que las consecuencias patrimoniales de las crisis familiares dependen, en gran medida, de la discrecionalidad de los tribunales. Es por ello que, con estos pactos prematrimoniales, se logra, en cierta medida, reducir la incertidumbre que las consecuencias de esa eventual ruptura genera entre los cónyuges.

En EE.UU.⁴, el 8 de marzo de 1972, el Tribunal Supremo de Florida, en el asunto *Posner v. Posner*, admite por primera vez un pacto en este sentido. Hasta entonces, estos pactos eran considerados contrarios al orden público por entenderse que favorecían la ruptura matrimonial frente a la idea de matrimonio como compromiso permanente y duradero; argumento –cuanto menos– discutible, en tanto que, dependiendo del contenido del pacto, podría plantearse si, más que favorecer la ruptura matrimonial, restringe incluso la libertad de las partes para instar la disolución.

Ya en el año 1983, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* aprueba la *Uniform Premarital Agreement Act* (en adelante, UPAA), aceptada en EE.UU. por veintisiete estados⁵, a través de la cual se propone a los distintos Estados una serie de normas generales a incorporar en sus legislaciones; nace, pues, con una vocación de armonización. Se refiere a los pactos prematrimoniales –no a los concertados durante el matrimonio–, para reconocer su eficacia vinculante siempre que no atenten contra el orden público ni afecten a los alimentos de los hijos menores. Posterior a este texto, el *American Law Institute*, cuyo fin es promover la clarificación del Derecho y su adaptación a la realidad social, publicó en 2002 los *Principles of the Law of Family dissolution* (en adelante, PFD), que, sin tener un valor normativo, influyeron en la jurisprudencia norteamericana. Finalmente, el texto más actual en EE.UU. es la ley uniforme *Premarital and Marital Agreements Act* del año 2012 (en adelante, UPMAA), aceptado solo por dos estados⁶, y que propone un tratamiento –un régimen– jurídico unitario para los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales.

También en el Derecho inglés, hasta mitad del siglo XX, los acuerdos –prematrimoniales y posmatrimoniales– en previsión de una eventual ruptura familiar, fueron considerados contrarios al orden público por considerarse que alentaban el incumplimiento la obligación de convivir juntos⁷. Fue la *Matrimonial Causes Act* de 1973 (en adelante, MCA), en su Sección 34, la que contempló la posibilidad de que los cónyuges pudieran prever, mediante acuerdo con carácter vinculante, las consecuencias económicas de su eventual crisis matrimonial; acuerdos posmatrimoniales –y previos a la ruptura– que no se discutían por parte de los

⁴ Para un estudio en profundidad sobre este tipo de pactos tanto en EE.UU., *vid.*: ANTÓN JUÁREZ, I., «Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 2015, págs. 5-45; CERVILLA GARZÓN, M. D., «Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform Premarital and Marital Agreement Act», en *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2017, págs. 3-54; o ANGUITA VILLANUEVA, L. A., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, 2009, págs. 273-330.

⁵ *Vid.* <https://cutt.ly/3yflHY6> (consultado el 10 de abril de 2020).

⁶ *Vid.* <https://cutt.ly/ZyflBYy> (consultado el 10 de abril de 2020).

⁷ Sobre los acuerdos prematrimoniales en Derecho inglés, *vid.* GASPÁR LERA, S., «Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés», en *InDret*, núm. 3, 2012.

tribunales. La cuestión es que, desde entonces, por la referencia expresa a «los cónyuges» en el referido texto, se comenzó a distinguir entre acuerdo prematrimonial y posmatrimonial, reconociéndole los tribunales carácter vinculante solo al segundo, que es el que contaba con una regulación específica. Es a partir del caso *Radmacher v. Granatino*, en el año 2010, cuando se equipara el primero al segundo, reconociéndose también naturaleza contractual y eficacia al acuerdo prematrimonial.

III. LOS PACTOS PREMATRIMONIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. La autonomía de la voluntad y el Derecho de familia

El Derecho de familia se ha caracterizado tradicionalmente por su consideración como Derecho público, con el correspondiente carácter imperativo de sus normas y el escaso margen para la autonomía de la voluntad⁸. Sin embargo, «esta concepción individualista está dando paso a la visión contractualista que, sin desconocer la función social de la familia, permite la autorregulación de los cónyuges, trasladando la discusión doctrinal a la determinación de qué normas son imperativas y cuáles dispositivas y en los límites a la autonomía de la voluntad de los contrayentes»⁹. Se ha ido, pues, ampliando, progresivamente, el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, impulsado, entre otros factores, por la exclusión del concepto patriarcal de familia -la democratización de las relaciones familiares- y la instauración del divorcio libre.

A ello han contribuido, obviamente, diferentes hitos legislativos. El primer paso para que se acaben admitiendo los pactos sobre las consecuencias de la crisis familiar fue la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. Sin embargo, el actual tratamiento de la autonomía de la voluntad tiene su respaldo más importante en la Constitución Española de 1978. Como ya advirtiera DÍEZ-PICAZO, «lo que corresponde al orden público familiar es indisponible y queda más allá de las posibilidades de actuación de la autonomía privada»¹⁰. Corolario del texto constitucional fueron la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que otorgó libertad entre los cónyuges para que celebrasen entre ellos todo tipo de actos y negocios jurídicos o la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que introdujo la igualdad entre los cónyuges y la libertad individual en la disolución del matrimonio, permitiendo, asimis-

⁸ Ya la STS de 15 de julio de 1978 dispuso que «en el ámbito del Derecho de Familia, caracterizado por las notas de interés público, contenido ético, transpersonalismo y la relevante función a que sirven los poderes y facultades otorgados, la autonomía de la voluntad viene constreñida por normas imperativas e inderogables, como las referentes a la relación de un status».

⁹ HIJAS CID, E., «Pactos prematrimoniales», en *La Ley Derecho de Familia*, núm. 24, 2019. Distintas voces se han mostrado expresamente a favor de esta evolución, como la de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, 2009, pág. 126.

¹⁰ DÍEZ PICAZO, L. «La figura del convenio regulador en el marco del negocio jurídico familiar y de los principios constitucionales del Derecho de familia», en *Convenios reguladores de las crisis matrimoniales*, Universidad de Navarra, 1989, pág. 44.

mo, acordar de mutuo acuerdo los efectos de la ruptura. Más recientemente, un avance importante en el reconocimiento de la libertad y de la voluntad de los cónyuges en la disolución del matrimonio vino de la mano de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que hizo desaparecer las causas hasta entonces existentes para instar el divorcio, así como de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, que introduce la separación y el divorcio ante notario.

Todo lo anterior ha propiciado que puedan encontrarse diferentes manifestaciones de la autonomía de la voluntad en sede matrimonial: en primer lugar, en la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales destinadas a «*estipular, modificar o sustituir el régimen, económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*» (art. 1325 del Código Civil [en adelante, CC]); en segundo lugar, en la propia figura del convenio regulador, que se diferencia del pacto prematrimonial en que se formaliza una vez surgida la crisis y es homologado por el juez (arts. 81 y 90 CC); y, en tercer lugar, en el acuerdo privado de separación de hecho, al que la jurisprudencia le reconoce la eficacia vinculante propia del contrato¹¹. En cambio, nuestro ordenamiento jurídico no se refiere en modo alguno a los pactos prematrimoniales ni, por tanto, regula nada al respecto.

2. La admisibilidad del pacto prematrimonial

Aun no existiendo referencia expresa alguna en nuestro ordenamiento jurídico a los pactos prematrimoniales, los mismos vienen siendo reconocidos tanto por la doctrina como por la escasa jurisprudencia existente al respecto¹² y ello sobre la base, fundamentalmente, del art. 1323 CC, en virtud del cual «*Los cónyuges, podrán [...] celebrar entre sí toda clase de contratos*»; precepto, este, que a su vez podría entenderse como una manifestación del art. 1255 CC, paradigma de la autonomía de la voluntad. No solo es que se vengán reconociendo los mismos, sino que se viene defendiendo la aplicación a los mismos de la libertad de forma consagrada para los contratos en el art. 1278 CC, de modo que las partes podrían optar fundamentalmente entre la forma de un contrato privado y la elevación del pacto a escritura pública¹³.

Ya la STS 217/2011, de 31 de marzo, se refirió a la validez del contrato celebrado entre cónyuges en previsión de una posible ruptura, considerándolo como un

¹¹ Vid., entre otras: SSTS 325/1997 de 22 de abril; 1183/1998, de 21 de diciembre; 116/2002, 15 de febrero; 1053/2007, de 17 de octubre; o 572/2015, de 19 de octubre.

¹² Como –acertadamente– mantiene HIJAS CID, E., *op. cit.*, no se puede admitir, en contra de la admisibilidad de estos pactos, argumentos tales como que afectan al derecho a contraer matrimonio con plena autonomía o que limitan la libertad de decisión de la separación o divorcio, lo que llevaría al extremo de impedir capitulaciones matrimoniales pactando la separación de bienes; es más –continúa– el propio legislador regula la pensión compensatoria y no por ello se considera que vulnera el principio constitucional de libertad.

¹³ Entre quienes abogan por la libertad de forma en los pactos prematrimoniales, *vid.*, REBOLLEDO VARELA, A., «Pactos en previsión de una ruptura matrimonial», en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Aranzadi, 2008, pág. 742; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, 2011, pág. 84 y ss.; o GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, pág. 1660. *Vid.*, entre las pocas sentencias de la jurisprudencia menor sobre el particular, la SAP de Valencia 255/2012, de 3 de abril, que declara válido un pacto de renuncia anticipada a la pensión compensatoria en documento privado, o la SAP de Vizcaya 421/2017, de 8 de junio.

contrato atípico, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, siempre que reúna los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC, además de las reglas reguladoras de los contratos. Se pronunció sobre esta validez apoyándose en otras tantas resoluciones anteriores del Alto Tribunal en las que ya se había admitido la validez de los convenios que no han llegado a ser aprobados judicialmente o de los acuerdos privados de separación¹⁴. En consecuencia, siendo válido el pacto, las partes han de cumplir con lo acordado en los mismos términos en que suscribieron el acuerdo, *ex* art. 1091 CC. El pacto es vinculante y su eficacia jurídica, para la doctrina, es similar a la plena eficacia «inter partes» que se le viene reconociendo al convenio regulador no ratificado judicialmente¹⁵.

3. La intervención de notario en el otorgamiento de los pactos prematrimoniales

3.1 El pacto como parte de la capitulación matrimonial

Aunque continuamente se haga referencia a la ausencia de previsión alguna en el Código Civil que se refiera de manera expresa a los pactos prematrimoniales, la posibilidad de alcanzar acuerdos por los futuros contrayentes, antes de la celebración del matrimonio, para regular tanto aspectos jurídicos de su convivencia como las consecuencias de su eventual divorcio, encuentra amparo a tenor de lo ya dispuesto en el Código Civil, concretamente en sede de capitulaciones matrimoniales¹⁶.

El art. 1325 CC establece que «*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*»; capitulaciones que, además, requieren de escritura pública como requisito de forma esencial sin el cual serían nulas (art. 1327 CC). Ya ESPÍN reconocía que, aunque el contenido propio de las estipulaciones matrimoniales es el régimen económico del matrimonio, también «se admite, en virtud de principios generales, la posibilidad de que, junto a tal estipulación principal o específica de los capítulos, figuren otros pactos que se relacionen con la órbita familiar de los futuros cónyuges»¹⁷. Nótese, pues, la interpretación amplia que del término «capitulaciones matrimoniales» realiza la doctrina refiriéndose a su posible contenido¹⁸; se parte, para ello, del último inciso del referido art. 1325 CC, en

¹⁴ La sentencia se apoya, para confirmar la validez de los pactos en previsión de crisis familiar, en las SSTS 325/1997, de 22 de abril; 31/1998, 27 de enero; 1183/1998, de 21 de diciembre; 1226/1998, 23 de diciembre; 116/2002, 15 de febrero; o 1053/2007, de 17 de octubre.

¹⁵ *Vid.*, por todos, MORENO VELASCO, V., «La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *Diario La Ley*, núm. 7049, 2008. Sobre la eficacia jurídica del convenio regulador o pacto aun sin homologación judicial, *vid.*, entre otras muchas: SSTS 325/1997 de 22 de abril; 31/1998, 27 de enero; 1183/1998, de 21 de diciembre; 116/2002, 15 de febrero; 1053/2007, de 17 de octubre; 569/2018, de 15 de octubre; o 615/2018, de 7 de noviembre.

¹⁶ La STS 392/2015, de 24 de junio, afirma: «*El fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior*».

¹⁷ ESPÍN, D., *Manual de Derecho Civil español*, vol. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 173.

¹⁸ *Vid.* PÉREZ SANZ, A., «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 21 de octubre de 1982, Biblioteca del Colegio Notarial de Madrid, pág. 2, quien mantiene que, con la reforma que sufre el precepto en 1981, el contenido de los capítulos parece así

virtud del cual en tales capitulaciones pueden los otorgantes referirse, no solo al régimen económico matrimonial, sino también a «*cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*», interpretándose ese «mismo» como «matrimonio», atendiendo, para tal conclusión, a factores tales como la realidad social¹⁹ o la tramitación parlamentaria que antecedió a esta redacción. En relación con esto último, el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, proponía la siguiente redacción para el art. 1325 CC: «*En las capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros o modificar éstas o el régimen legal. Podrán contener, asimismo, cualquier pacto por razón de matrimonio*»; texto que se vio alterado por diferentes enmiendas hasta llegar al tenor literal actual. Una interpretación sociológica de tal precepto, como expresión de una nueva realidad social –al menos catalana–, es la que podría haber dado lugar a la regulación contemplada en el Derecho foral, donde se contempla un concepto amplio de capitulación matrimonial: el art. 231-19.1 *in fine* del Código Civil catalán (en adelante, CCcat.), referido a las capitulaciones matrimoniales, dispone que se puede, además de determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios o hacer donaciones, «*establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial*»²⁰.

Es más, pese al texto que formó parte del Proyecto de Ley –que acabamos de transcribir–, el uso, en el texto actual del art. 1325 CC, de la conjunción disyuntiva «o», en lugar de la copulativa «y» («*o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*»), podría hacer pensar en la posibilidad de la existencia de capitulaciones que solo se refieran a esas «*otras disposiciones*» y no al régimen económico matrimonial, pues parece presentarse a un mismo nivel el pacto sobre el régimen económico matrimonial y el resto de pactos por razón del matrimonio. Más allá del texto original, que desacreditaría esta posibilidad, también la doctrina mayoritaria descarta que unos y otros pactos se encuentren al mismo nivel. Se viene refiriendo el sentido diverso en que se utiliza el término capitulación matrimonial: por una parte, para referirse al negocio jurídico en que se establece, modifica o sustituye un régimen económico matrimonial o algún extremo respecto al mismo; por otra parte, para referirse al *instrumentum* nupcial, en el que tienen cabida pactos de diversa índole²¹. En virtud de tal distinción, aun otorgándose el *instrumentum* capi-

ampliado, pues, de ser el estatuto del régimen económico del matrimonio pasa a ser el estatuto general, no solo económico, del matrimonio; LACRUZ BERDEJO, J. L. [et ál.], *Elementos de Derecho civil*, t. IV (Familia), Dykinson, 2010, págs. 135 y 139; o CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «artículo 1329», en *Código Civil comentado*, vol. III, Civitas, 2016.

¹⁹ REBOLLEDO VARELA, A. L., *op. cit.*, pág. 741, además de en una interpretación del art. 1325 CC de acuerdo a la realidad social (art. 3.1 CC), se apoya en que el propio CC es prueba de que en capitulaciones matrimoniales se admiten estipulaciones no referidas al régimen económico, como es el caso de las donaciones por razón del matrimonio (art. 1341 CC).

²⁰ También la Ley 80.7 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, contempla expresamente este contenido amplio al establecer: «*Las capitulaciones matrimoniales podrán establecer libremente cualquier régimen de bienes de la familia y ordenar: [...] Cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio*». Por su parte, el art. 195.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, establece que «*Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren al otorgamiento, sin más límites que los del principio standum est chartae*».

²¹ *Vid.*, al respecto, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de familia*, Bosch, 1974, pág. 173.

tular, no habrá capitulaciones matrimoniales a los efectos del art. 1315 CC cuando el mismo no contenga las estipulaciones concernientes al régimen económico matrimonial²²; se distingue, así, entre contenido típico y atípico de las capitulaciones matrimoniales, estando constituido el primero por las estipulaciones relativas al régimen económico matrimonial²³; nótese, además, que antes de la reforma de 1981, el entonces art. 1315 CC, al referirse a las capitulaciones matrimoniales lo hacía exclusivamente respecto al régimen económico: «*Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros [...]*».

3.2 La necesaria intervención de fedatario público

Ciertamente distante hemos de mostrarnos frente a la postura de la doctrina y la jurisprudencia –ya referida– que aboga por la validez y eficacia del pacto prematrimonial aun recogido en un contrato privado. Como ya se ha reiterado en numerosas ocasiones, «en nuestro ordenamiento el matrimonio es algo más que un contrato»²⁴. Es cierto que el divorcio libre ha dado lugar a un mayor protagonismo de la autonomía de la voluntad, pero que el divorcio sea libre no es equiparable a que el mismo se haya privatizado. No es posible equiparar, en cuanto a su eficacia, el pacto prematrimonial privado al convenio regulador que no ha llegado a ser homologado judicialmente, pues entre ambos instrumentos existe una diferencia fundamental: el momento de su formalización, que en el caso de los pactos prematrimoniales puede acontecer muchos años antes de que sobrevenga la crisis matrimonial.

Ha de exigirse –consideramos– que el pacto prematrimonial, por su importancia y trascendencia, se someta a un control público al momento de su formalización. Del mismo modo en que la validez y eficacia jurídica de un divorcio, o incluso de una separación –si se la quiere con relevancia jurídica–, se ha de formalizar, por razones de control de legalidad y justicia, por manos de un juez o, en su caso, de un notario, así ha de serlo también aquel preacuerdo, que funciona como una suerte de preconvenio regulador. En tanto que no puede intervenir el juez, como ocurre con el convenio regulador cuando se insta la separación, nulidad o divorcio, es el notario quien puede desarrollar un control de legalidad y de seguridad jurídica, a modo de justicia preventiva, dentro de su función pública, aunque lo desempeñe privadamente y carezca de *imperium* (cfr. arts. 1 de la Ley y del Reglamento Notarial [en adelante, LN y RN])²⁵.

²² Vid.: HERRERO GARCÍA, M. J., «artículo 1315», en *Comentario del Código Civil*, t. II, 1991, pág. 572; o MORALEJO IMBERNÓN, N., «artículo 1329», en *Comentarios al Código Civil*, t. VII, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 9286-9287.

²³ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. cit.*

²⁴ PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alineación parental y provisiones capitulares*, Dykinson, 2008, pág. 117, defiende que «Es una institución bifronte, con una fuerte proyección pública, por cuanto es fuente de un estado civil (con un contenido prefijado) y a la vez con otra proyección privada, por cuanto es fuente de un modelo de convivencia y solidaridad».

²⁵ Vid., al respecto, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario, en España: entre su oportunidad político y su exigencia constitucional», en *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, 2016, pág. 60, quien, aun reconociendo la nulidad declarada por el Tribunal Supremo (STS de 20 de mayo de 2008) de parte de los arts. 145 y 147 RN, defiende que el control de legalidad forma parte esencial de la función notarial, llegando a considerar la existencia de un principio general del Derecho (no solo del notarial) que confiere el control de legalidad a toda autoridad pública.

Tal intervención notarial en materia matrimonial ya existe, pues nótese cómo el art. 1327 CC obliga a la consignación en escritura pública de las capitulaciones matrimoniales, en las que pueden contenerse –según lo advertido– estos pactos prematrimoniales. No obstante, en tanto que –entendemos– no es posible que la capitulación matrimonial la conforme únicamente contenido del que hemos llamado atípico, las partes podrán optar, bien por incluir tales pactos como parte de ella o, en su defecto, otorgar una escritura pública *ex professo* para tales acuerdos en previsión de una eventual ruptura familiar.

Es esta la posición adoptada por el CCcat., cuyo art. 231-20.1 establece que los pactos en previsión de ruptura matrimonial, para su validez y eficacia, habrán de otorgarse «en capítulos matrimoniales o en escritura pública», es decir, en capitulaciones matrimoniales o en escritura no capitular. También en el País Vasco, donde, asimismo, se regulan los pactos en previsión de ruptura de la convivencia, el art. 4 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, LVRF) establece un requisito de forma *ad solemnitatem*: «Para su validez, estos pactos habrán de otorgarse en escritura pública»²⁶.

La intervención del notario la consideramos como esencial en relación con varias cuestiones íntimamente ligadas al pacto prematrimonial, algunas de las cuales serán objeto de desarrollo en las siguientes páginas. En primer lugar, solo así las partes podrán contar con un título ejecutivo (art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LEC]), legitimador de derechos y probatorio (ex arts. 319 LEC, 1218 CC y 17 bis de la Ley del Notariado): *inter partes* constituye prueba de su contenido, mientras que *erga omnes* constituye prueba de su existencia y fecha y, en general, de su presunta legalidad²⁷. En segundo lugar, supone una garantía de la suficiencia en capacidad, legitimación y libertad de consentimiento en los intervinientes (arts. 145 RN). En tercer lugar, su intervención permite realizar un control de justicia o equidad, a fin de proteger a la parte más débil como una cuestión de orden público. En cuarto lugar, la escritura pública goza de acceso directo a los registros públicos a efectos de su publicidad y eficacia frente a terceros. Puede decirse, si se quiere, que tales controles podrían realizarse por el juez –o el notario– al momento de la separación, nulidad o divorcio; sin embargo, no es menos cierto que dilatar hasta ese momento el referido control conllevaría la pérdida de seguridad jurídica que es, precisamente, uno de los fines que las partes persiguen con el pacto prematrimonial: conocer, de antemano, cuáles serán las consecuencias de una hipotética y futura crisis matrimonial.

Así configurados, estos pactos se caracterizarían por su eficacia vinculante y exigibilidad²⁸. Tal y como establece el art. 90.2.IV CC en relación con el convenio regulador, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio, aunque no necesariamente desde el otorgamiento de la escritura pública como establece tal

²⁶ Para su comentario, *vid.* AYERRA MICHELENA, K., *Derecho civil vasco de familia: comentario crítico a la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Aranzadi, 2016, especialmente págs. 46-50.

²⁷ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcios...», *op. cit.*, págs. 60 y ss.

²⁸ El art. 231-20.1 CCcat., establece que «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 [...] vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede».

precepto, sino desde que se contrae matrimonio o desde que sobreviene la ruptura matrimonial, según si se trata de pactos relacionados, respectivamente, con la etapa de estabilidad o de crisis familiar.

Cuestión distinta sería que una variación de las circunstancias que se tomaron en consideración al momento del pacto conlleve un grave perjuicio para uno de los cónyuges, en cuyo caso podría ser considerado ineficaz en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, siempre que se cumplan los requisitos²⁹. O que se tratase de medidas atinentes a hijos menores de edad, en cuyo caso –consideramos– sería necesaria la intervención judicial, atendiendo a que tal intervención es necesaria –aunque discutida–³⁰ en los supuestos de divorcio cuando existen tales hijos menores³¹.

3.2.1. Capacidad y consentimiento de las partes

En lo que a capacidad se refiere, el art. 323 CC dispone que «*La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor*», exigiendo el consentimiento solo para las acciones contempladas en el propio precepto; en la misma línea, el art. 324 CC, referido al casado menor de edad y a la posible necesidad de consentimiento de los padres o curadores, únicamente contempla el supuesto de «*enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor*». Necesitarán, pues, el complemento de capacidad de los padres o del curador para los actos de disposición expresamente previstos en el Código Civil, no necesitándolo, en cambio, un régimen económico de comunidad o uno de separación o participación, máxime cuando el primero es de aplicación supletoria sin necesidad de consentimiento alguno y los dos últimos –según el art. 1329 CC– podrían ser también pactados por los menores aun sin emancipar³². En virtud de lo expuesto, si en el acuerdo prematrimonial se pacta, por ejemplo, la atribución del uso de la vivienda familiar, partiendo de la consideración de que el referido uso es un derecho real de uso, aunque especial, se estaría gravando un bien inmueble y, por tanto, se necesitaría el consentimiento de los padres o del curador.

En lo que respecta al consentimiento prestado por las partes, en aplicación de lo dispuesto por las normas generales de nuestro Código Civil, aquel ha de ser libre, espontáneo, íntegro, no estando viciado por error, violencia, intimidación o dolo (cfr. art. 1265 CC). Entre los argumentos más recurrentes por quien, aun ha-

²⁹ Así lo prevé expresamente el art. 231-20.5 CCcat.: «*Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron*».

³⁰ *Vid.*, al respecto, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcios...», *op. cit.*, págs. 75 y ss. En el mismo sentido se pronuncia en «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 2014, págs. 97-115.

³¹ En Cataluña, el art. 233-5.3 CCcat. hace una precisión respecto a los pactos en materia de guarda y de relaciones personales con los hijos menores, así como los de alimentos en favor de estos: «*solo son eficaces si son conformes a su interés en el momento en que se pretenda el cumplimiento*». En el País Vasco, por su parte, el art. 4 LVRF establece que «*Estos pactos serán válidos y obligarán a todos los firmantes aun cuando no contengan todos los extremos mínimos de un convenio regulador*», pero aclara: «*Únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente aprobados por el juez*».

³² MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *op. cit.*, pág. 212, se muestra partidaria de exigir la mayoría de edad y plena capacidad cuando los pactos afecten a la esfera personal, debido a su trascendencia.

biendo formado parte de un pacto prematrimonial, pretende, llegado el momento del cumplimiento, apartarse del mismo y cuestionar su validez, se encuentran, precisamente, los posibles vicios del consentimiento³³.

En este sentido, se ha llegado a defender la necesidad de una serie de medidas adicionales a las que, con carácter general, rigen en derecho contractual, a fin de proteger al más débil y evitar tales vicios del consentimiento, atendiendo a las especificidades propias de este tipo de contratos³⁴: por una parte, la especial naturaleza de la materia objeto de estos pactos; por otra parte, la especial relación de confianza –y correspondiente riesgo de abuso de confianza– que existe entre quienes alcanzan el acuerdo. La especial confianza entre los cónyuges –o incluso futuros cónyuges– puede conllevar la eliminación o atenuación de la «natural capacidad de autoprotección que en otro tipo de negociación sí se tendría»³⁵; podría facilitar, en definitiva, que uno de los cónyuges influyera sobre la voluntad del otro.

A fin de propiciar que se trate de un consentimiento libre, se ha puesto especial interés en que el mismo sea informado, para lo cual se propone una doble medida. En primer lugar, un asesoramiento legal independiente a las partes contratantes por un profesional jurídico. En segundo lugar, la puesta a disposición de cada uno los cónyuges de información suficiente sobre el patrimonio del otro que pueda ser relevante en atención a los acuerdos que se van a recoger en el reiterado pacto prematrimonial. En algunas regulaciones –como veremos– se han fijado, incluso, como medida adicional, límites temporales a fin de evitar que, en caso de pactos prematrimoniales, la cercanía de las nupcias condicione la voluntad de los futuros contrayentes, o bien que la existencia de un plazo dilatado entre un momento y otro –pacto y nupcias– conlleve que la voluntad de los contrayentes al momento de contraer matrimonio no se corresponda fielmente con lo manifestado tiempo atrás.

En EE.UU., en virtud de lo dispuesto en la UPMAA, un acuerdo prematrimonial no es ejecutable si una de las partes demuestra que, como resultado de la coacción, no tuvo acceso a una representación jurídica independiente que le asesorase jurídicamente sobre el alcance del acuerdo (Sección 9 UPMAA)³⁶. Y esta misma Sección contempla la posibilidad de oponerse a la ejecución del acuerdo si la parte que se opone demuestra que antes de firmar el acuerdo no recibió una información financiera adecuada³⁷. Asimismo, se otorga especial relevancia el plazo de tiempo que

³³ Entre las sentencias que se han pronunciado sobre posibles vicios del consentimiento, *vid.*, entre otras, las SAP de Valladolid 132/2002, de 13 de mayo, o la SAP Santa Cruz de Tenerife 927/2001, de 30 de noviembre.

³⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., «Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 38, 2018, pág. 114.

³⁵ *Íb.*, pág. 115.

³⁶ El texto considera que una parte tiene acceso a representación jurídica independiente si antes de firmar ha dispuesto de un plazo razonable para decidir sobre la contratación de un abogado, localizarlo, obtener el asesoramiento y asimilar el asesoramiento recibido; o si, estando una parte representada por abogado, la otra tiene capacidad económica para contratar otro o, en su defecto, le ofrece el otro cónyuge sufragarle uno.

³⁷ En virtud de lo dispuesto en el texto, se considera que se tiene información financiera suficiente cuando, alternativamente: recibe una descripción razonablemente exacta y una estimación de buena fe del valor de los bienes, deudas e ingresos de la otra parte; renuncia expresamente a una información financiera más amplia de la recibida; o bien tiene un conocimiento adecuado –o una base razonable para tenerlo– de la información financiera.

haya transcurrido entre la firma el acuerdo y la celebración del matrimonio, si bien no como un criterio determinante, sino como algo a considerar, junto con otras circunstancias, a la hora de valorar si existió o no una falta de libertad al prestar el consentimiento.

Son medidas, en cualquier caso, que no se contemplan en nuestro Derecho civil común, lo cual podría hacer pensar en la peligrosidad de la figura ante la falta de garantía de su validez y legalidad. Sin embargo, tales medidas, en gran medida, sí que pueden ser suplidas con la intervención del notario como fedatario público, por la que venimos abogando. La inexistencia en los países adscritos al sistema de *Common Law* de la figura del fedatario público tal y como está configurada en nuestro sistema latino explicaría que en esos otros países sí existan unas medidas de tal índole. Nosotros, en cambio, podemos acudir a los instrumentos que nos proporciona nuestro ordenamiento jurídico, en particular, a la escritura pública, la cual supone una garantía de la suficiencia en capacidad, legitimación y libertad de consentimiento en los intervinientes (arts. 145 RN). El notario, además, puede, por ser función propia suya, asesorar neutral o imparcialmente *-respondere et cavere-* (arts. 1 y 147 RN)³⁸.

Así, tanto la necesidad de un asesoramiento legal independiente, como de un consentimiento informado, quedaría cubiertas con la intervención del notario. Nótese cómo el art. 147 RN establece que *«El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado»*. Es, precisamente, en la presencia de este operador jurídico, en lo que se apoyan algunas sentencias para descartar la existencia del vicio de consentimiento alegado por una de las partes. En este sentido, la STS 315/2018, de 30 de mayo, referida a un pacto prematrimonial realizado ante notario seis meses antes de las nupcias y en el que se renuncia a la pensión compensatoria, la renunciante acaba recurriendo en casación alegando, entre otros motivos, el desconocimiento, tanto de la trascendencia de lo efectuado, como de la lengua española. Al respecto, el Alto Tribunal afirma que *«consta que Dña. Gloria conocía el idioma castellano cuando firmó el acta de manifestaciones, como lo garantiza la presencia del fedatario público»*; y añade que *«De lo expuesto cabe razonar que Dña. Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario»*³⁹.

A pesar de la garantía que supone la intervención del notario, el CCcat., que no solo regula expresamente este tipo de pactos, sino que prevé la intervención del notario, incluye algunas de las medidas adicionales referidas. En relación con el consentimiento informado, se establece que, con carácter previo al otorgamiento de la escritura, el notario debe: por una parte, informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio; y, por otra parte, advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre que esta información fuese relevante en relación con el contenido del pacto (cfr. art. 231-20.2

³⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcios...», *op. cit.*, pág. 62.

³⁹ En un sentido similar, *vid.* la SAP de Madrid 1117/2002, de 27 de noviembre.

y 4 CCcat.)⁴⁰. El mismo art. 231-20.1 CCcat., contempla también un límite temporal: «En el supuesto de que sean antenupticiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2», estableciendo este último que los capítulos matrimoniales «caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año»⁴¹. En el caso del Derecho civil común consideramos que sería de aplicación el plazo máximo de un año establecido en el art. 1334 CC, en sede de capitulaciones matrimoniales. Ni tan siquiera estimamos necesario, como propuesta *de lege ferenda*, la previsión de un plazo mínimo en la forma en que lo hace el CCcat.: en caso de existir un breve lapso temporal entre el otorgamiento del pacto y las nupcias, eso no será más que un elemento más a valorar junto al resto de circunstancias del caso y a la luz de las normas generales sobre vicios del consentimiento⁴², máxime si, siguiendo lo que aquí proponemos, el pacto se otorga ante un notario que habrá de dar fe de la capacidad y legitimación de los otorgantes.

3.2.2. Control de justicia o equidad

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad, a la que nos hemos venido refiriendo, es necesario compatibilizarlo con la necesaria tutela de otros principios necesitados de especial protección, según el ordenamiento. La discusión en relación con los pactos prematrimoniales gira, no tanto alrededor de su admisibilidad, como de los límites a la referida autonomía de la voluntad. En virtud de lo establecido en el art. 1255 CC, la autonomía de la voluntad habrá de respetar, en todo caso, la ley, la moral y el orden público, que están ínsitos en los arts. 32.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) y 45.II CC.

Ya ROCA TRÍAS definió el Derecho de familia como «el conjunto de normas, en gran parte imperativas, que traducen a la legislación ordinaria los principios constitucionales que afectan a los individuos que la forman». Las normas civiles que se consideren aplicables a los pactos prematrimoniales deben ser interpretadas, en cualquier caso, conforme a los principios constitucionales de libertad (art. 1 CE), libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), protección de la familia y de los hijos (art. 39 CE), igualdad (arts. 14 y 32 CE), libertad de residencia (art. 19 CE) o seguridad jurídica (art. 9.3 CE), hasta el punto de que se habla de «constitucionalización» del Derecho de familia⁴³. Estos principios, este orden público familiar, actúan como límite a la autonomía de la voluntad.

⁴⁰ Este deber de información «no constituye, propiamente, un requisito formal de la validez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez» (STSJ de Cataluña 19/2006, de 31 de marzo).

⁴¹ En el País Vasco, el art. 4 LVRF solo se refiere al límite máximo de antelación respecto al momento del matrimonio o la convivencia: «quedarán sin efecto en caso de no contraerse matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año».

⁴² No son pocas las sentencias que han reconocido la validez de un pacto, aun habiéndose acordado poco tiempo antes de contraer matrimonio. *Vid.*, en este sentido: SAP de Madrid 141/2007, de 27 de febrero; SAP de Murcia 374/2002, de 29 de octubre; SAP de Almería 44/2003, de 17 de febrero; SAP Santa Cruz de Tenerife 927/2001, de 30 de noviembre; o SAP de Granada 377/2001, de 14 de mayo.

⁴³ *Vid.* ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social*, Civitas, 1999, pág. 69, y «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Homenaje al Profesor Puig Ferriol*, vol. II, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 2110.

Entre esos principios –límites, a su vez–, y en lo que a pactos prematrimoniales se refiere, uno de los que más discusión ha generado a la hora de ser interpretado es el que se refiere a la igualdad entre los cónyuges, reconocida tanto en la Constitución Española (arts. 14 y 32 CE), como en el propio Código Civil (arts. 66 y 1328 CC).

En virtud del art. 1328 CC, incluido en sede de capitulaciones matrimoniales, «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge». Esta redacción es fruto de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo y, más concretamente, de su tramitación parlamentaria, pues, en el Proyecto de Ley⁴⁴ el –entonces– art. 1326 CC contenía una redacción similar a la del originario art. 1316 CC –precedente del actual art. 1328 CC–, previendo la nulidad de cualquier estipulación «*depresiva de la potestad que corresponde en la familia a cada cónyuge*».

La nueva –y actual– redacción del precepto ha recibido la crítica de consagrados autores, que se han mostrado más favorables a la redacción que se contemplaba en el Proyecto del Gobierno. Es el caso de LACRUZ, quien consideró que se da «un paso adelante (más bien, un salto en el vacío)», pues el precepto declara como si los cónyuges, en cuanto tales, no pudieran autolimitarse, a diferencia de lo que acontece con cualquier ciudadano⁴⁵.

Sea o no prescindible el referido precepto, lo cierto es que el mismo se refiere a la igualdad, no siendo, además, el único precepto –como hemos advertido– que se refiere a la misma. Es cierto que a esa igualdad real, que es la que realmente propugna el legislador, solo se llega mediante el reconocimiento de una libertad equivalente entre los que se tienen por iguales⁴⁶. Se trata, en cualquier caso, de una igualdad que ha de ser entendida como una expresión de justicia: una igualdad proporcional, que lleve a la existencia de equivalencia o reciprocidad entre las partes. Así es entendida también la igualdad en el CCcat., cuyo art. 231-20.3 contempla –con carácter general– la posibilidad de que en el pacto prematrimonial se excluyan –renuncien– o se limiten derechos, en cuyo caso tales pactos habrán de «*tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia*».

La salvaguarda de esa igualdad proporcional al formalizar el pacto prematrimonial consideramos que es una de las funciones que compete al notario cuando se otorga un pacto prematrimonial, y que justifica –como venimos nosotros haciendo en este trabajo– su necesaria intervención en la formalización de este tipo de pactos. Solo así, con este control de equidad –de justicia, en definitiva– es posible proteger al cónyuge más débil, al más necesitado de protección. Necesidad, esta,

⁴⁴ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), el 14 de septiembre de 1979.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et ál.*], *op. cit.*, pág. 140. También DE LOS MOZOS, J. L., «artículo 1328», en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 1, Edersa, 1982, consideró superflua la limitación referida a la igualdad del art. 1328 CC, en tanto que nada añade a la norma del art. 66 CC.

⁴⁶ DE LOS MOZOS, J. L., «artículo 1328», *op. cit.*, considera que la libertad de pacto en capitulaciones llevará a los cónyuges a establecer unas relaciones jurídicas en las que, como consecuencia de las mismas, su situación jurídica tendrá que ser diferente. PÉREZ SANZ, A., *op. cit.*, pág. 6, afirma, además, que no se arriesga en principio la autonomía personal cuando los cónyuges convienen ampliar los poderes jurídicos de uno de ellos a costa de los del otro.

que no ha de identificarse necesariamente con cuestiones de género, pudiendo fundamentarse en factores de lo más variopintos (económicos, sociales, formativos...).

Esa necesidad de velar por la igualdad –de proteger al más débil– en el otorgamiento del pacto prematrimonial, encuentra su justificación más inmediata en aquellas tantas normas en materia de nulidad, separación y divorcio que prestan especial atención al más necesitado. Una clara manifestación de cuanto acabamos de referir la encontramos en el art. 90.2.I CC, en virtud del cual los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio serán aprobados por el juez «salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges». En relación con las medidas que únicamente afecten a los cónyuges, ese control tendente a evitar el «grave perjuicio» de uno de los cónyuges consideramos que está íntimamente unido a la igualdad contemplada tanto en el CC como en la CE y que se proyectará de forma diferente en función del tipo de pacto⁴⁷: se ha de cuidar especialmente que exista tal igualdad en las medidas de carácter personal; en las medidas de carácter patrimonial, el perjuicio a uno de los cónyuges para denegar la aprobación del pacto será tenido en consideración especialmente cuando la medida en cuestión tenga un contenido asistencial (*v. gr.* vivienda familiar o alimentos entre cónyuges). Es por ello por lo que autores como AGUILAR RUIZ⁴⁸ consideran este precepto como un sesgo, en la legislación vigente, de la función reequilibradora del Derecho en aquellos casos en que la desigualdad entre los esposos justifica una cierta tutela de la parte débil de la relación.

Ese control contemplado en el art. 90.2 CC es aplicable al pacto prematrimonial al igual que lo es al convenio regulador, pues, por su contenido, no deja de ser un preconvención. En este mismo sentido se pronuncia, refiriéndose a los pactos prematrimoniales, la STS 392/2015, de 24 de junio, cuando afirma que «no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el art. 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»; sentencia que, posteriormente, llega a identificar la igualdad con la ausencia de grave perjuicio.

Es más, nótese que ese control de justicia o equidad a realizar por el notario en sede matrimonial no es casual. Es importante acudir, llegados a este punto, a cuanto sucedió en la tramitación parlamentaria de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. El Proyecto de Ley, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 5 de septiembre de 2014, proponía la incorporación de un nuevo párrafo tercero al art. 90.2 CC, en relación con el divorcio notarial, que decía: «Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos

⁴⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «artículo 90», en *Comentarios al Código Civil*, t. I, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 888, mantiene que la referencia del art. 90 a la no homologación de los acuerdos dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para los cónyuges no hace sino recoger los principios constitucionales de protección de los hijos e igualdad conyugal (arts. 39 y 32 CE).

⁴⁸ AGUILAR RUIZ, L., «Pacto prematrimonial de fijación de indemnización por ruptura de la convivencia a favor de la esposa. Límite a la autonomía de la libertad de los cónyuges, principio de igualdad y exigencia de reciprocidad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 33, 2014, pág. 427.

podiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado».

Sin embargo, hubo autores, entre quienes cabe destacar a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA⁴⁹, que ya durante dicha tramitación defendieron que el control del notario debía alcanzar también tales extremos y no limitarse a una «legalidad mal entendida desligada de la equidad o de la moral» (cfr. arts. 3.2 y 1255 CC)⁵⁰; que se tratase de una cuestión de jurisdicción voluntaria no habría de impedir que el control de legalidad fuese pleno. Decía –entonces– que es deber del notario proteger o velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da fe pública –convenio regulador– (cfr. arts. 1 y 147 RN). Tal control no se entendería si no alcanza la protección de los hijos –terceros directamente afectados por el convenio– (art. 6.2 CC y 19.1 LEC) e, incluso, de los cónyuges. Finalmente, se acabó admitiendo esta crítica adoptando el art. 90.2.III CC la redacción actual, en virtud de la cual, cuando el notario considerase, a su juicio, que alguno de los acuerdos «*podiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente*».

Del mismo modo en que, para el divorcio ante notario, se exige un control de equidad a realizar por el notario como paso previo y necesario, por interpretación lógica extensiva, que no analógica, debe requerirse también tal control para el otorgamiento de un pacto en el que se contemplan esas mismas medidas para el caso de un hipotético y futuro divorcio: hay *eadem ratio*⁵¹. Si no supera este control, no podrá otorgarse la escritura pública. Absurdo sería que el divorcio se tramitase ante el mismo notario que tiempo atrás homologó el pacto prematrimonial, y sea ahora y no antes –en el momento del pacto– cuando deba hacerse ese control de equidad, con la posibilidad, en ese caso, de que se niegue a homologar lo que él mismo homologó antes sin someterlo al control de equidad.

Solo de esta forma es posible asegurar la justicia como salvaguarda de los más débiles, ya sea en un proceso de separación o divorcio actual o inminente o bien con ocasión de un pacto prematrimonial referido a las medidas que regirán con ocasión de un futuro e hipotético proceso tendente a la disolución del matrimonio. Es esta una exigencia del propio Código Civil que se refleja, no solo en el referido art. 90.2 CC, sino, incluso, en el art. 1328 CC que, en sede de capitulaciones matrimoniales ya se refiere al deber del notario de controlar que el pacto respete el equilibrio e igualdad entre los cónyuges, lo cual sería directamente aplicable si el pacto se recogiese en capitulación matrimonial o por extensión en el caso de que se hiciese en una escritura pública no capitular.

⁴⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Separaciones y divorcios...», *op. cit.*, pág. 70.

⁵⁰ En contra. *vid.*, entre otros: PÉREZ HÉREZA, J., «La separación y divorcio notarial», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015, pág. 24, o LONGO MARTÍNEZ, A. A., «La escritura de separación o divorcio», en *La Notaría*, 2015, núm. 2, pág. 98.

⁵¹ En el Derecho foral de Cataluña, se contempla expresamente la ineficacia de lo acordado por los cónyuges cuando con ello se comprometa la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario o acreedor y siempre que se refiera a medidas que –según la regulación catalana– tienen carácter asistencial, como son la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión compensatoria (cfr. arts. 233-21.3 y 233-16.2 CCcat.).

3.2.3. Publicidad

En lo que a publicidad se refiere, y a la correlativa eficacia *erga omnes* de lo inscrito, se ha de hacer referencia tanto al Registro de la Propiedad como al Registro Civil.

En cuanto al primero –Registro de la Propiedad–, constando los acuerdos alcanzados en documento público, y siempre que afecte a derechos inmobiliarios, nada parece obstar a la aplicación del art. 75 del Reglamento Hipotecario que, referido a las capitulaciones matrimoniales, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1333 CC, dispone que las mismas serán inscribibles «*en cuanto contengan respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados, alguno de los actos a que se refieren los artículos 2 de la Ley y 7 de este Reglamento*»; ahora bien, no habiéndose aún contraído matrimonio, establece el párrafo segundo del precepto que «*se suspenderá la inscripción y podrá tomarse anotación preventiva de suspensión, que se convertirá en inscripción cuando se acredite la celebración de aquél o se cancelará a solicitud de cualquiera de los otorgantes si, transcurridos un año y dos meses desde la fecha de las capitulaciones, no se hubiere acreditado que el matrimonio se celebró dentro del plazo de un año desde dicha fecha*». En nuestro caso, si se trata de medidas en previsión de una ruptura familiar, hay quien defiende el acceso de estos pactos preventivos liquidatorios al Registro de la Propiedad por la vía del negocio bajo condición suspensiva⁵².

En cuanto al Registro Civil, habrá de atenderse al art. 77 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, cuyo apartado primero establece que «*Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal*». En consonancia, el art. 1333 CC, refiriéndose a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, establece que en la inscripción «*se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio*». El resto de pactos –como serán, por lo general, los realizados en previsión de una ruptura matrimonial– no tienen cabida en el Registro Civil (*vid.* RDGRN 4/2003, de 19 de junio)⁵³.

⁵² PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 48, Edersa, 2009, pág. 588.

⁵³ La RDGRN 4/2003, de 19 de junio, denegó el acceso al Registro Civil a una escritura de capitulaciones en previsión de ruptura con cláusulas liquidatorias, al afirmar que: «*los pactos en previsión de una ruptura quedan al margen de la publicidad registral, que como queda dicho (cfr. art. 77 LRC) se limita a la indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal*».

Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección familiar en tiempos de crisis, dirigido por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla y Carlo Pilia se imprimió en la República Argentina en octubre de 2020.