

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Departamento de Derecho civil - Universidad de Sevilla

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

N. 13
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA

N. 13



Cagliari - 2020

N. 13
Quaderni di
conciliazione

N. 13
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2020

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2020

Volume pubblicato con i contributi:

M.I.U.R (P.R.I.N. 2009) - Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei



Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Departamento de Derecho Civil y Derecho
Internacional Privado dell'Università di Siviglia



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari

Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22

web: www.edizioniav.it

e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-107-4

Grafica, composizione e copertina: Antonino Valveri

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); María Inés Laverde (Universidad Católica de Colombia); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzone (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Introduzione - La responsabilità sociale dell'Università nelle riforme post Covid-19</i>	Pag.	9
CARLO PILIA, <i>La responsabilità sociale nella gestione dei conflitti</i>	»	17
FABIANA MARION SPENGLER, <i>La mediazione familiare in Brasile</i>	»	85
ROSA RAQUEL RUIZ TRASCASTRO, <i>La soledad en las personas mayores dependientes: la mediación como alternativa a los conflictos con la familia</i>	»	93
YVETTE VELARDE, <i>Custodia compartida y régimen de visita en tiempos de pandemia y la mediación obligatoria</i>	»	103
MARÍA JOSÉ BRIZ CLARIGET, FLORENCIA RYCHTENBERG MILANS, MARÍA ELENA VARELA RAGGIO, <i>La protección del vínculo paterno-filial en el proceso de mediación</i>	»	113
GLORIA TERRATS, IMMACULADA ARMADANS, <i>Coordinación de parentalidad en tiempo de pandemia: tele intervención</i>	»	121
DARIELA KATIA DESLOY HECHAVARRÍA, MAIDOLIS LABAÑINO BARRERA, <i>La mediación como vía de solución de conflictos para los negocios familiares del trabajador por cuenta propia en Cuba. Desafíos para el ordenamiento jurídico</i>	»	131
TOMÀS FARTO PIAY, <i>Màs allà del acuerdo de mediación: el coordinador de parentalidad en los procesos de familia</i>	»	159
JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ, <i>El desarrollo de la mediación en las comunidades de propietarios</i>	»	167
NURIA BELLOSO MARTÍN, <i>La función mediadora del defensor universitario en un escenario post-covid</i>	»	177
KATIA ROLÀN GONZÀLEZ, FRANCISCA FARIÑA RIVERA, <i>El conflicto interpersonal y grupal en las fuerzas armadas. Reflexión teòrica</i>	»	195

Indice

DILIA PAOLA GÓMEZ PATIÑO, <i>Ombudsman corporativo y el principio rector de remediación</i>	Pag. 205
KAREN BARRIGA VILLAVICENCIO, <i>La mediación concursal en el contexto del Covid-19</i>	» 211
ROSA MARÍA GARCÍA NAVARRO, SARA MIRALLES PÉREZ, <i>El trabajador social como alternativa idónea en el desarrollo profesional de la mediación</i>	» 219
CARMEN CAVA FERNANDÉZ, JOSÉ LUIS SARASOLA SÁNCHEZ-SERRANO, <i>Mediación en el servicio ayuda domicilio</i>	» 245
MARIE LINE KARAM, <i>Du conflit au dialogue...déficit continu et permanent (Les civilisations et le droit international</i>	» 253
GRETTCHEN RIVERA RODÓN, ROSA JULIET GONZÁLEZ RUIZ, <i>La mediación derivada de la protección y salvaguarda del patrimonio cultural material en Cuba: supuestos e ideas preliminares</i>	» 267
HAYDEE M. MARTÍNEZ VASALLO, ARANAY RODRIGUEZ DIHIGO, <i>Mediación, lenguaje y axiología</i>	» 285
MAIDOLIS LABAÑINO BARRERA, <i>Esbozo en prospectivo del centro de resolución extrajudicial de conflictos (cenrec) de la Universidad de Oriente, Cuba</i>	» 293
OLGA M. PIASKOWSKA, <i>Posibilidades para el desarrollo de la mediación en Polonia durante la pandemia Covid-19</i>	» 323
MARIANO DILLON, <i>Una aproximación a la justicia restaurativa en el ámbito del sistema penal de la república argentina el especial caso de la justicia juvenil</i>	» 339
CARLO PILIA, <i>La crisi dell'autodeterminazione sanitaria durante la crisi pandemica</i>	» 347
EMANUELE TUCCARI, <i>Contratti del settore turistico e Covid-19</i>	» 359
CARLO PILIA, <i>L'interesse del minore durante la pandemia Covid-19: tra tutela della salute e della bigenitorialità</i>	» 387

INTRODUZIONE

LA RESPONSABILITÀ SOCIALE DELL'UNIVERSITÀ NELLE RIFORME POST COVID-19

L'anno 2020 è stato segnato in maniera indelebile dalla crisi pandemica Covid-19 che ha stravolto l'organizzazione e il funzionamento della società, oltre che la normalità della vita delle persone, senza limitazioni geografiche, né esclusioni sociali. Una vicenda drammatica che ha colto impreparati gli Stati e le organizzazioni europee e internazionali, imponendo una immediata reazione emergenziale.

L'emergenza ha visto l'approvazione di misure straordinarie, anzitutto di tipo sanitario per contenere la diffusione dilagante della pandemia e salvaguardare la salute collettiva e individuale. Parimenti straordinarie sono state le disposizioni emergenziali di tipo economico e sociale finalizzate a sostenere i sistemi produttivi e assistere ampie fasce della popolazione, che versano in situazione di forte difficoltà.

La profonda e prolungata crisi provocata dalla pandemica e dall'applicazione delle misure sanitarie restrittive di contrasto ai contagi, tuttavia, richiede interventi di riforma strutturali che possano accompagnare la società verso una nuova normalità post Covid-19. Superata la fase emergenziale, ancora in corso, non è pensabile un ritorno alla situazione precedente. La crisi pandemica, per tanti versi, ha messo a nudo le criticità croniche e irrisolte della società ante Covid-19.

Si apre una stagione di riforme all'insegna della solidarietà, per la costruzione di una società più inclusiva, sostenibile e resiliente, ispirata dai programmi del *New green deal* dell'Unione europea e dell'*Agenda 2030* delle Nazioni Unite. Per elaborare le nuove politiche e attuare le azioni di riforma nei diversi ambiti pubblici e privati di attività occorrono processi partecipativi che coinvolgano tutte le componenti della società. Le ingenti

dotazioni finanziarie messe a disposizione per le riforme, infatti, richiedono capacità di progettazione e intervento che, in breve tempo, dovrebbero tradursi in cambiamenti profondi e in un miglioramento complessivo delle condizioni di vita.

L'Università, con le sue competenze nella ricerca, formazione e divulgazione deve essere impegnata in prima linea sul fronte delle riforme. Il suo contributo, validato dal metodo scientifico, è necessario per lo studio e la predisposizione di politiche di riforma che siano adeguate ai nuovi scenari di cambiamento post Covid-19.

Sul versante sanitario, la scienza medica ha già dato prova di impegno e risultati positivi nella ricerca e sperimentazione di metodologie, attrezzature, farmaci e, infine, vaccini contro il virus. Parimenti importanti sono stati gli sforzi nella formazione di medici e personale sanitario, oltre che nella divulgazione delle conoscenze sanitarie per affrontare la pandemia.

Sugli altri versanti scientifici, a cominciare da quelli giuridici, economici e sociali, l'Università è impegnata a supportare i processi di riforma nei diversi settori dell'ordinamento. Alle attività di ricerca, si affiancano quelle di formazione dei giovani studenti e divulgazione delle conoscenze tra gli esperti e l'intera società da preparare a gestire i cambiamenti.

Pur non essendo legalmente obbligato, il mondo accademico assume una responsabilità sociale che lo spinge a cimentarsi sui temi delle riforme strutturali post Covid-19. In tal modo, gli atenei contribuiscono allo sviluppo e al miglioramento dell'intera società, mettendo a disposizione docenti, ricercatori e personale amministrativo e tecnico, oltre che strutture, attrezzature e materiali di ricerca, didattici e divulgativi indispensabili per sostenere i processi innovativi.

L'Ateneo di Cagliari, su più fronti e numerose iniziative, è impegnato sulle questioni inerenti al Covid-19. In questa sede, in particolare, si segnalano alcune delle attività svolte in relazione alle necessarie riforme del sistema della giustizia, comprensivo di giurisdizione e tecniche di risoluzione extragiudiziale delle controversie.

Anzitutto, l'utilizzazione della didattica a distanza nel corso del 2020 ha permesso di svolgere dei moduli internazionali all'interno dei corsi, con l'invito di docenti ed esperti stranieri. In tal senso,

nella laurea magistrale in giurisprudenza, meritano di essere segnalate le attività didattiche dei corsi sulle tutele dei diritti e del diritto civile, aperte alla partecipazione di numerosi colleghi stranieri, chiamati a sviluppare le tematiche della tutela dei diritti durante la pandemia e le proposte di riforma post Covid-19.

A tal fine, utilizzando la tecnologia delle piattaforme a distanza e i canali social di comunicazione, è stata animata una serie di iniziative convegnistiche sulle riforme della giustizia post Covid-19 con il diretto coinvolgimento degli studenti dei corsi universitari. In particolare, si segnalano quella del 24 aprile 2020 dedicata a *“Protezione extragiudiziale dei diritti durante la pandemia di Covid: soluzioni di emergenza o riforme strutturali?”* e quella del 15 maggio 2020 intitolata *“ADR e ODR dopo la pandemia Covid-19”*, che hanno chiuso l'attività didattica del corso sulle tutele dei diritti.

Per l'avvio dei corsi di diritto civile del nuovo anno accademico 2020/2021, si è pensato a un'iniziativa più strutturata, svolta di concerto tra le Università di Cagliari e di Siviglia. I corsi di diritto civile dei due atenei, da tanti anni oramai, si sono aperti mediante convegni internazionali di confronto tra docenti e studenti universitari sulle tematiche di interesse generale e di maggiore attualità. La grave crisi Covid-19 ha imposto di adeguare le modalità organizzative e i temi di discussione: il convegno internazionale si è dovuto svolgere *online* sulla piattaforma Zoom, il 28, 29 e 30 settembre 2020 e ha trattato di *Pandemia e principi generali di riforma: verso un nuovo “Co(vi)d-Civile”?*

Si è ritenuto, infatti, che l'impegno didattico del corpo docente dovesse aprirsi proprio con la trattazione delle problematiche giuridiche sollevate dall'esperienza pandemica e sollecitare gli studenti a prendere coscienza del ruolo fondamentale e della responsabilità sociale che i giuristi assumono per la tutela dei diritti nelle situazioni di crisi in cui vivono. Sul piano educativo, formativo e culturale, anzitutto, la comunità accademica si è soffermata sulla rinnovata funzione sociale dei civilisti per la salvaguardia dei diritti fondamentali delle comunità e dei suoi componenti.

Nei contenuti, l'attività convegnistica internazionale a distanza ha visto l'alternanza di più docenti italiani, spagnoli e latinoamericani che hanno parlato della pandemia e dei principi gene-

rali del diritto civile, nei diversi settori, in una prospettiva di riforma delle attuali codificazioni.

Dal 30 settembre al 2 ottobre 2020, sempre attraverso la piattaforma elettronica, nell'ambito del circuito internazionale dedicato ai *Percorsi mediterranei di mediazione per la pace* che ha già fatto tappa in diversi Paesi dislocati sulle sponde del Mediterraneo, si è svolto il secondo Convegno Internazionale *online* sulle *"Riforme della giustizia post Covid-19"*, con il coinvolgimento di un centinaio di relatori provenienti da vari continenti.

La settimana dell'avvio delle lezioni del nuovo anno accademico 2020/2021 ha offerto l'occasione propizia per discutere insieme con gli studenti delle criticità e delle prospettive del futuro della giustizia in vista delle necessarie riforme post Covid-19. Con taglio internazionale e interdisciplinare, tanti colleghi, magistrati ed esperti di numerosi Stati si sono confrontati sulle criticità e l'opportunità di riforme per migliorare la giustizia, sia nella giurisdizione che nelle ADR.

Con il codirettore prof. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla sono stati presentati i nuovi tre volumi pubblicati sulla *Biblioteca de medios alternativos de solución de conflictos* de la Editorial Olejnik, intitolati a *"El renacer de la tecnología tras la pandemia"*, *"Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección de la familia en tiempos de crisis"* e *"Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia"*. La recente collana editoriale ha così raggiunto il significativo numero di 5 volumi pubblicati.

Sul piano convegnistico, di particolare importanza è stato il *"Vº Congreso internacional a distancia Mediación, gestión de conflictos y pandemia Covid-19"* organizzato nei giorni 17, 18 e 19 novembre 2020 dall'Università degli Studi di Cagliari, quale componente della Cuemyc (*Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto*): la rete accademica internazionale costituita nel 2012 e composta da oltre 50 università spagnole, europee e americane che promuove la ricerca e il trasferimento di conoscenze alla società in materia di mediazione e gestione amichevole dei conflitti (<https://www.congresocuemyc2020.it/>).

Per l'Ateneo di Cagliari, che festeggia i 400 anni dalla fondazione, l'intera Sardegna, l'Italia e l'Europa è stata un'importante occasione convegnistica per consolidare il ruolo internazionale di centro di ricerca, formazione e divulgazione nel campo della

mediazione e della gestione amichevole dei conflitti, che da tempo si svolge dal bacino del Mediterraneo.

A tal proposito, l'iniziativa convegnistica ha ottenuto prestigiosi patrocini, a cominciare da quello concesso dal Rettore dell'Università di Cagliari, prof.ssa Maria del Zompo, che ha inaugurato i lavori, e dai rappresentanti di altre istituzioni pubbliche: Parlamento Europeo, Senato della Repubblica, Camera dei Deputati, ANAC, Regione Autonoma della Sardegna, Comune di Cagliari, Ordini professionali, Fondazione Sardegna, Camera di Commercio di Cagliari, ANBI, Irriganti d'Europa.

La conferenza iniziale sul *"Dialogo per la pacificazione dei conflitti"* è stata svolta dall'avvocato tunisino AbdelAziz Essid, Premio Nobel per la Pace 2015, che si è soffermato sul ruolo dell'avvocatura quale presidio di legalità e tutela dei diritti fondamentali minacciati da guerre e regimi prevaricatori. I rappresentanti nazionali e territoriali dell'avvocatura italiana hanno sostenuto il confronto con gli altri professionisti ed esperti della materia.

La presidente della Cuemyc, prof.ssa Leticia Villaluenga, si è soffermata sulla collaborazione sinergica tra università e società nella costruzione dei sistemi di gestione pacifica dei conflitti, mediante il trasferimento delle conoscenze acquisite nei processi di ricerca scientifica. Il Presidente del Comitato scientifico del Convegno internazionale, prof. Carlo Pilia, ha insistito sulla necessità dell'assunzione di una responsabilità sociale ad opera non solo delle istituzioni, ma anche delle imprese e dei cittadini per contribuire a una gestione sostenibile della conflittualità che garantisca la coesione e la giustizia.

Con approccio internazionale e interdisciplinare, sono state trattate le principali novità e prospettive di sviluppo della mediazione, quale strumento stragiudiziale di risoluzione amichevole delle controversie che promuove gli accordi pacificatori, applicabili nei vari ambiti privati e pubblici dei conflitti: familiare, civile, commerciale, amministrativo e penale.

In particolare, si è prospettato un nuovo approccio metodologico nella mediazione familiare, che vada oltre l'accordo (Modulo I) per realizzare il contemperamento dei diritti fondamentali di tutti i componenti la famiglia, specie quelli dei soggetti più deboli e indifesi. Si è passati poi alla mediazione da applicare

per mitigare la conflittualità sociale nelle organizzazioni e nelle comunità (Modulo II), che sono stravolte dalle misure sanitarie di contrasto al Covid-19.

Dalla prospettiva universitaria, ancora, si è lavorato per costruire un profilo formativo e professionale di mediatore internazionale (Modulo III), anche sviluppando progetti europei (LIMEDIAT) per l'inclusione sociale (Modulo IV) oggetto di recente finanziamento a favore dell'Ateneo di Cagliari, con quelli di Minho (Portogallo) e Murcia (Spagna), che durante il convegno animeranno dei laboratori di confronto con i partner professionali e sociali francesi di Parigi (CNAM) e Limoges (Comune).

Per garantire l'inclusione e la coesione sociale, quindi, la mediazione diviene sempre più necessaria e costituisce una innovazione sociale (Modulo V). Il mondo accademico con il sistema produttivo e dei servizi pubblici devono declinare la mediazione come processo partecipativo di crescita e sviluppo, specie per le fasce di popolazione più emarginate e in difficoltà.

La crisi pandemica si è abbattuta in maniera devastante non solo sul sistema produttivo e sociale, ma anche sui meccanismi di tutela, sia stragiudiziali (Modulo VI) e sia giudiziali (Modulo VII). Per entrambi, si pone l'esigenza di profondi cambiamenti di funzionamento e organizzazione, a cominciare dall'utilizzazione delle tecnologie a distanza.

La chiusura del convegno è stata dedicata alla collaborazione tra magistrati e mediatori guidati dall'obiettivo di garantire la tutela dei diritti fondamentali e rinsaldare la coesione economica e sociale delle nostre comunità. Durante il convegno internazionale si sono confrontati quasi duecento relatori, appartenenti a un centinaio di atenei, dislocati principalmente nel bacino del Mediterraneo e nell'America Latina. Parimenti significativa è stata la partecipazione di magistrati, esperti e titolari di cariche istituzionali che animeranno un confronto davanti a un folto pubblico di studenti e i tanti professionisti italiani e stranieri interessati alla materia.

Sul piano editoriale, le attività di ricerca presentate durante le attività convegnistiche internazionali sono state trasfuse nei tre nuovi volumi (n. 12, 13 e 14) della nostra collana dei *Quaderni di conciliazione*, Ed. Valveri, 2010-2020, Cagliari, che, con il supporto dell'Associazione dei Mediatori Mediterranei (*MEDIATORI*

MEDITERRANEI – MEDIATORI MEDITERRANEI ONLUS), ha accompagnato scientificamente nel decennio i *Percorsi mediterranei di mediazione per la pace*. Con i nuovi volumi pubblicati, la collana editoriale ha rafforzato la sua diffusione internazionale, grazie ai contributi dati dai numerosi autori stranieri e alla condivisione che gli stessi docenti stanno favorendo tra i ricercatori e gli studenti negli atenei di appartenenza.

La scelta di politica editoriale di diffondere per via telematica l'intera collana, composta da 14 volumi collettanei e 2 volumi monografici resi disponibili gratuitamente *online*, costituisce una soluzione agile che si dimostra appropriata rispetto alla situazione dell'emergenza pandemica e, comunque, alla riorganizzazione agile dell'attività accademica alla quale si accingono le Università. L'auspicio di tutti è di riuscire a contribuire ai processi di riforma della giustizia, ispirati da una nuova cultura di gestione collaborativa dei conflitti, che privilegi le soluzioni condivise, siccome capaci di rinsaldare la coesione delle parti in conflitto.

Cagliari 15 dicembre 2020

*Direttore scientifico
di Quaderni di conciliazione
prof. Carlo Pilia*

CARLO PILIA*

LA RESPONSABILITÀ SOCIALE NELLA GESTIONE DEI CONFLITTI

SOMMARIO: 1. La pandemia Covid-19 e la crisi profonda dei rapporti. - 2. I limiti e le potenzialità della legislazione emergenziale. - 3. La necessità di ripensare i diritti e gli obblighi per garantire la coesione economica e sociale. - 4. I principi generali di solidarietà e buona fede. - 5. L'obbligo della rinegoziazione. - 6. Le tutele collaborative. - 7. La mediazione finalizzata alla conciliazione. - 8. I sistemi ADR e ODR in materia di consumo. - 9. La negoziazione assistita tramite avvocati. - 10. La salvaguardia della tutela giudiziale. - 11. L'attuazione della responsabilità sociale. - 12. La democraticità dei processi partecipativi di riforma.

1. *La pandemia Covid-19 e la crisi profonda dei rapporti.* – La normalità della vita quotidiana, delle relazioni e dell'attività delle organizzazioni, sia pubbliche che private, è stata stravolta dall'irrompere improvviso della pandemia Covid-19. I suoi effetti devastanti si sono abbattuti violentemente sulla salute delle popolazioni colpite e, quindi, sui sistemi giuridici, economici e sociali, compromettendone la funzionalità. La rapidità, l'intensità e l'ampiezza della diffusione dell'infezione virulenta hanno sorpreso le istituzioni nazionali e internazionali. Tutte sono state colte impreparate, senza alcuna esclusione, né sostanziali distinzioni tra i vari Paesi coinvolti. Ovunque il contagio sia giunto, infatti, si sono registrate infezioni e morti che le cronache hanno rilevato, spesso con gravi ritardi e ampie sottostime dei numeri esatti delle vittime¹, specie tra le persone più anziane e di salute cagionevole.

* Professore di diritto civile e tutele dei diritti dell'Università di Cagliari.

¹ Per la consultazione delle principali informazioni, anche statistiche, sulla diffusione della pandemia nei vari continenti, si rimanda alle pagine dedicate al Covid-19 nel sito web istituzionale dell'Organizzazione mondiale della sanità: <https://www.who.int/home>.

Per salvaguardare la salute e la vita delle popolazioni, le autorità sono state costrette ad imporre in via d'urgenza misure emergenziali² riferite anzitutto al settore sanitario, mediante l'adeguamento infrastrutturale, tecnologico e organizzativo dei presidi ospedalieri e il reclutamento straordinario di personale medico e infermieristico. Tutti i settori dell'ordinamento, tanto in ambito pubblico quanto in quello privato, inoltre, sono stati direttamente o indirettamente coinvolti e, per tanti aspetti, stravolti dall'attuazione della scelta politica di dare ovunque preminenza assoluta all'obiettivo del contrasto alla pandemia³. L'imposizione generalizzata del distanziamento sociale, quale misura sanitaria necessaria a limitare il contagio del virus, ha costretto le persone a rimanere a casa per lungo tempo e, quindi, a limitare lo svolgimento della maggioranza delle interazioni personali, sociali ed economiche. L'applicazione delle misure sanitarie di contrasto alla pandemia, pertanto, ha determinato una generale serrata (c.d. *lockdown*) di tantissime attività lavorative sia pubbliche che private, tranne quelle ritenute essenziali⁴.

La profonda crisi sistemica provocata dall'irrompere della pandemia e dall'applicazione delle conseguenti prescrizioni restrittive di tipo sanitario ha costretto le autorità a bilanciarne gli effetti negativi sulla funzionalità del sistema mediante l'adozione di una serie di misure straordinarie di tipo giuridico, econo-

² Sul territorio italiano, il Consiglio dei Ministri del 31 gennaio del 2020 ha inizialmente dichiarato lo stato di emergenza per sei mesi, prorogato per la prima volta fino al 15 ottobre 2020 nella riunione del 29 luglio 2020 e per la seconda volta fino al 31 gennaio 2021 nella riunione del 7 ottobre 2020. Sulle varie misure governative collegate alla dichiarazione dello stato di emergenza, <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>.

³ In generale, con riguardo all'impatto dell'emergenza pandemica sull'ordinamento giuridico, AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, 2 e 3, in *Giustizia civile.com*, in <http://giustiziacivile.com/>; AA.Vv., *Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, 2020*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>.

⁴ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo 2020, recante "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

mico e sociale⁵. In generale, durante la fase della pandemia si è intervenuti con la sospensione, il differimento o la limitazione dei rapporti giuridici esistenti⁶, oltre che mediante l'esonero da responsabilità per l'inattuazione delle prestazioni dovuta al rispetto delle prescrizioni sanitarie⁷. Inoltre, sono state previste straordinarie misure di sostegno economico e socio-assistenziale per aiutare le persone, le famiglie, i lavoratori e le imprese durante la situazione emergenziale⁸ e pure nelle fasi successive di graduale ripresa⁹ e finalmente ritorno alla normalità.

⁵ AA.VV., *Coronavirus*, in *El Cronista*, n. 86-87, 2020; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Aspectos jurídico del coronavirus*, Madrid, 2020.

⁶ M.R. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 11 ss.; P. IERVOLINO, *Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il Covid-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, *ivi*, pp. 135 ss.;

⁷ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 207 ss.; S. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, *ivi*, pp. 213 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, *ivi*, pp. 227 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, pp. 233 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, pp. 237 ss.

⁸ Cfr. F. SCARPELLI, P. SORDI, M. MARAZZA, *I giuslavoristi di fronte all'Emergenza COVID-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 51 ss.; G. CAVALLINI, *Emergenza COVID e contratto di lavoro autonomo*, *ivi*, pp. 93 ss.; P. TOMASSETTI, *Emergenza COVID-19 e conseguenze sulla somministrazione di lavoro*, *ivi*, pp. 101 ss.; M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, *ivi*, pp. 133 ss.; S. D'ACUNTO, *La politica fiscale in Italia ai tempi del Covid-19: dall'austerità espansiva al mega-moltiplicatore*, *ivi*, pp. 153 ss.; A. RICCOBONO, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, *ivi*, pp. 177 ss.; M. MARAZZA, *Procedure sindacali e CIGD causale "COVID-19": la commedia degli equivoci*, *ivi*, pp. 187 ss.; M. MARRUCCI, *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, *ivi*, pp. 191 ss.;

⁹ C. CARCHIO, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell'emergenza Covid-19: un'ennesima conferma*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 454 ss.; C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 432 ss.; M. AMITRANO ZINGALE, *Emergenza da Covid-19 in ambito socio-assistenziale: garanzie dei servizi anche in deroga al codice appalti?*, in *Urbanistica e appalti*, 3/2020, pp. 329 ss.

2. *I limiti e le potenzialità della legislazione emergenziale.* – Le normative approvate durante l'emergenza, per loro natura, si connotano in termini di straordinarietà, dovendo affrontare situazioni di estrema gravità che non sono gestibili con gli strumenti ordinari¹⁰. Per questa ragione, in conformità al principio di stretta necessità¹¹, si ammette l'applicazione di misure emergenziali che introducono altrettante regole derogatorie, tanto nel procedimento quanto nei contenuti, rispetto a quelle ordinarie. Le due specie di regole sono da ritenere compatibili e, nell'insieme, coerenti con l'unitarietà dinamica dell'ordinamento che nell'evoluzione contempla il susseguirsi delle fasi ordinarie e di quelle d'emergenza.

Le disposizioni emergenziali, pertanto, esprimono la risposta normativa c.d. "a caldo" per una situazione straordinaria sovrappiunta che impone una reazione immediata che si connota in termini di tendenziale provvisorietà e temporaneità. Solo per affrontare l'emergenza e per il tempo necessario al suo superamento, pertanto, si giustificano misure derogatorie rispetto a quelle ordinarie che, quindi, rimangono in vigore e riprendono la normale e piena applicazione con il superamento della crisi.

Per l'urgenza di intervenire sui vari fronti critici, la legislazione emergenziale soffre anche di limiti redazionali e contenutistici¹². Siccome sono introdotte in maniera impellente, mediante speciali procedimenti accelerati, le disposizioni non risultano adeguatamente curate nel lessico, né precise nella stesura contenutistica dei precetti giuridici. Scarso, se non assente, è pure il raccordo organico delle norme emergenziali con le fonti che contengono le discipline oggetto di deroga, manca altresì una visione sistematica rispetto ai principi generali della materia e dell'intero ordinamento. All'attività interpretativa compiuta dal-

¹⁰ A. CELOTTO, *Libertà "limitate" e ruolo del Parlamento*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 25 ss.;

¹¹ AA.VV., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, in *federalismi.it*; C. ZUCHELLI, *La sospensione della Costituzione, senza un perché. L'analisi di Zucchelli*, in www.formiche.net;

¹² F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., p. 210.

lo stesso legislatore e dagli operatori del diritto, pertanto, spetta un ruolo fondamentale al fine di assicurare una coerente ricostruzione del significato, della portata e dei contenuti delle disposizioni emergenziali. Nel tentativo di superare le difficoltà e incertezze applicative, l'attività interpretativa autentica, dottrinale e giurisprudenziale sovente è costretta ad attribuire significati giuridici differenti rispetto a quelli fatti palesi dal tenore letterale, dalla terminologia approssimativa e dalla formulazione frammentaria e lacunosa delle disposizioni.

In Italia, le prescrizioni emergenziali sono state adottate in maniera alluvionale, con una pluralità di fonti multilivello, mediante una moltitudine di provvedimenti e collegati documenti tecnici¹³. È stata introdotta una miriade di nuove disposizioni, alcune più volte reiterate e modificate, altre anticipatamente ritirate, che nell'insieme risultano assai eterogenee per natura, portata e contenuti¹⁴. Tanto si spiega per l'impellenza di intervenire e di modulare costantemente le disposizioni straordinarie rispetto all'imprevedibile evolvere della pandemia e al manifestarsi dei plurimi fronti di crisi nei vari ambiti e settori dell'ordinamento.

¹³ M. LUCIANI, *"Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza"*, in *Rivista AIC*, 2, 10 aprile 2020, 2020; C. TRIPODINA, *"La Costituzione al tempo del Coronavirus"*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020; V. CAVANNA, *La "fluidità" del rapporto tra fonti: poteri di Sindaci e Presidenti delle Regioni ai tempi del Covid-19*, in *Ambiente & sviluppo*, 5/2020, pp. 373 ss.; V. DI CAPUA, I. FORGIONE, *Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2020, pp. 330 ss.; F.F. PAGANO, *"Il principio di unità e indivisibilità della Repubblica ai tempi dell'emergenza Covid-19"*, in *www.biodiritto.org*, 18 marzo 2020; G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *Unità per la Costituzione*, 4/2020.

¹⁴ V. NERI, *Diritto amministrativo dell'emergenza: tra unità e indivisibilità della Repubblica e autonomia regionale e locale*, in *Urbanistica e appalti*, 3/2020, pp. 346 ss.; M. CAVINO, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, 2020; G. TROPEA, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *federalismi.it*, 2020; G. PIPERATA, *Emergenza pandemica e distribuzione del potere amministrativo tra centro e periferia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2020, pp. 318 ss.; M. DI GIULIO, *L'emergenza Covid-19, i rapporti centroperiferia e le lezioni che dovremmo apprendere. Per non sprecare una crisi*, in *www.rivistailmulino.it.*; F. SPANICCIATI, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2020, pp. 305 ss.

La legislazione emergenziale, pertanto, presenta dei limiti che non permettono di dare una risposta completa ed esauriente alle diverse situazioni critiche che sono state provocate dalla pandemia Covid-19 e dall'applicazione delle misure straordinarie di contrasto ai contagi. Pur essendo originata dalla pandemia, la straordinarietà non è circoscritta alle situazioni emergenziali durante il *lockdown*, ma si trascina nelle fasi successive e si irradia sull'intero ordinamento. Lo stesso, per tanti aspetti, subisce gli effetti delle misure emergenziali che si manifestano sul sistema nel breve, medio e lungo termine. Comunque, le modifiche normative apportate in ragione dell'emergenza spingono l'evoluzione dell'ordinamento in senso maggiormente resiliente rispetto ai nuovi fattori di crisi¹⁵.

Per la novità, la gravità e la profondità della pandemia Covid-19 non sono ancora immaginabili i tempi e le modalità di rientro alla piena normalità. Sul piano sanitario, fintanto che non scompaia il virus, in attesa della scoperta e applicazione del vaccino, si impone la continuazione delle politiche di contrasto mediante l'imposizione di limitazioni ai comportamenti, di misure di sicurezza nello svolgimento delle varie attività, di controlli e monitoraggi dei contagi¹⁶. Sul piano economico e sociale, con il superamento del *lockdown*, si assiste alla graduale ripresa delle varie attività non solo produttive ma più in generale rela-

¹⁵ F. FIMMANÒ, *Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 31 ss.

¹⁶ E. DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 61 ss.; P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, *ivi*, pp. 73 ss.; A. INGRAO, *C'è il CoViD19, ma non adeguati dispositivi di prevenzione: sciopero o mi astengo?*, *ivi*, pp. 107 ss.; F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, *ivi*, pp. 115 ss.; M. TURRIN, *La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, *ivi*, pp. 147 ss.; M. GAMBINO, *Accordo sindacale telematico. Decalogo di emergenza*, *ivi*, pp. 163 ss.; V. FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 4, pp. 332 ss.; S. ROSSI, *L'infortunio per Covid-19 del personale sanitario*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 446 ss.; G. CORSALINI, *Coronavirus, la tutela dell'Inail in caso di contagio del lavoratore*, in *Questione Giustizia*, 2020.

zionali, ancorché con modalità organizzative e di svolgimento assai differenti e innovative rispetto al passato.

Si prende consapevolezza, pertanto, che il ritorno alla normalità non è affatto immediato, né significa l'automatico e integrale ripristino della situazione antecedente, neppure sul piano giuridico, con la semplice cancellazione di tutte le norme emergenziali. Piuttosto, si assiste a un processo di interferenza e compenetrazione tra le nuove disposizioni emergenziali, c.d. "diritto straordinario", e le restanti norme vigenti, c.d. "diritto ordinario", che favorisce il rinnovamento complessivo dell'ordinamento. Da un lato, per intendere e applicare correttamente le disposizioni emergenziali del Covid-19 non può prescindersi dalle restanti discipline e dai principi generali dell'ordinamento in cui si innestano. Dall'altro lato, nell'affrontare situazioni nuove che hanno sconvolto il sistema, le stesse norme emergenziali approntano una disciplina innovativa che confluisce nell'ordinamento generale e lo integra. In esso, alcune delle disposizioni emergenziali tendono a svilupparsi nel tempo e stabilizzarsi, cosicché dal fronte della straordinarietà passano a quello dell'ordinarietà, nel continuo moto evolutivo del diritto vivente.

L'interazione tra diritto straordinario e diritto ordinario, per gli aspetti non affrontati direttamente dai singoli interventi legislativi di modifica e raccordo delle fonti, è rimessa principalmente all'attività ermeneutica degli operatori del diritto¹⁷. Costoro, nell'affrontare le situazioni conflittuali, sono chiamati a gestire norme riconducibili ai due canoni della straordinarietà e dell'ordinarietà, all'interno dell'unitarietà dinamica dell'ordinamento. Le potenzialità innovative e trasformatrici del diritto emergenziale, peraltro, si colgono con riferimento sia alle disposizioni di natura sostanziale¹⁸, per dare una diversa regola-

¹⁷ Tra i tanti, C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 159 ss.; E. DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 61 ss.

¹⁸ Sulle discipline emergenziali del diritto civile sostanziale, v. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 207 ss.; S. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, *ivi*, pp. 213 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità*

mentazione dei rapporti civili e commerciali, sia a quelle di natura procedimentale¹⁹, tanto giudiziale quanto extragiudiziale, che hanno registrato approcci assai innovativi.

sopravvenuta della prestazione, *ivi*, pp. 227 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, *ivi*, pp. 233 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, pp. 237 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, pp. 253 ss.; M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, *ivi*, pp. 259 ss.; M. ATELLI, *Privato sociale alla prova della videoconferenza*, *ivi*, pp. 267 ss.; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 3 ss.; R.M. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, *ivi*, pp. 11 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, pp. 143 ss.; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, *ivi*, pp. 151 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, di Claudio Scognamiglio, *ivi*, pp. 159 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, *ivi*, pp. 169 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, *ivi*, pp. 225 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, *ivi*, pp. 235 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, pp. 245 ss.; R. RIZZO, *La gestione delle rate condominiali all'epoca del Covid-19: tra obblighi reali e fittizie sospensioni*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 377 ss.; E. TROTTA, *Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid-19*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 442 ss.; P. PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto Rilancio*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 6/2020, pp. 578 ss.; F.M. PUTATURO DONATI, *Covid-19 e decadenza dall'impugnazione del licenziamento*, *ivi*, pp. 591 ss.; A. CIRLA, *Il Covid-19 tocca anche i contratti di locazione e cambia il modo di vivere in condominio*, in *Immobili & proprietà*, 5/2020, pp. 318 ss.; G. TRIMARCHI, *Le "locazioni commerciali", il Covid-19 e gli equilibri contrattuali dei rapporti di durata*, in *Notariato*, 3/2020, pp. 235 ss.; V. PANDOLFINI, *Epidemia Covid-19 e contratti di locazione commerciale: quali rimedi per i conduttori?*, in *Contratti*, 3/2020, pp. 308 ss.; N. CRISPINO, M. SANNINO, *L'impatto delle misure di contenimento del coronavirus sulle locazioni commerciali e gli strumenti a disposizione del conduttore*, in *Studium Iuris*, 6/2020, pp. 675 ss.; A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Supplemento NGCC*, 3/2020, pp. 102 ss.

¹⁹ Con riguardo alle disposizioni emergenziali sul processo civile e le procedure ADR, v. A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il proces-*

Per entrambi i piani giuridici, nella legislazione emergenziale, sono ravvisabili significative novità che offrono l'opportunità di ripensare le discipline previgenti e di superare alcune gravi arretratezze normative e organizzative del sistema delle tutele, tanto nei risalenti contenuti codicistici quanto nella scarsa utilizzazione delle soluzioni tecnologiche e collaborative. A tal proposito, la fase emergenziale ha costretto alla sperimentazione di soluzioni straordinarie che, in quanto si avvalgono di modalità agili, a distanza e partecipate²⁰, possono tornare utili anche successivamente.

3. *La necessità di ripensare diritti, obblighi, responsabilità e tutele per garantire la coesione economica e sociale.* – L'uscita dalla fase emergenziale, con il ritorno alla nuova normalità post pandemica Covid-19, non è una vicenda istantanea, tantomeno sem-

so civile. Osservazioni a prima lettura, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 3 ss.; F.M. GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, *ivi*, pp. 133 ss.; F. DANOVI, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 431 ss.; G. BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 391 ss.; A. CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere ... all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 364 ss.; M. TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it.*, 13 marzo 2020; G.P. MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5/2020, pp. 697 ss.; F. DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, pp. 612 ss.; R. BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, pp. 737 ss.

²⁰ A.M. GAMBINO, *Accordo sindacale telematico. Decalogo di emergenza*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 163 ss.; M. ATELLI, *Privato sociale alla prova della videoconferenza*, *ivi*, pp. 267 ss.; M. PALAZZO, *Ex facto oritur ius. A proposito delle nuove disposizioni in tema di svolgimento delle assemblee di società*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 255 ss.; F. MAGLIULO, *La (non) necessaria compresenza del presidente e del segretario degli organi societari*, in *Rivista del Notariato*, 1, 2020, pp. 3 ss.; *Id.*, *Quel che resterà del verbale assembleare dopo il Covid-19*, in *Notariato*, 3/2020, pp. 249 ss.; A. BUSANI, *Assemblee e cda in audiovideo conferenza durante e dopo COVID-19*, in *Società*, 2020, pp. 393 ss.

plice da raggiungere. Si prevede un processo lungo e tormentato, di continua rimodulazione delle prescrizioni straordinarie che si prorogano, estendono e attenuano, finché non si riescono a superare in ragione dell'imprevedibile andamento della situazione dei contagi. La priorità resta la tutela della salute²¹, sia collettiva che individuale, da salvaguardare anche mediante la reiterazione di vincoli alla libertà dei comportamenti, l'adozione di misure di sicurezza e il monitoraggio della diffusione del virus, in modo da ridurre progressivamente l'impatto, fino a neutralizzarlo. In tal senso, malgrado le insidie della "convivenza" con il virus, si procede alla graduale riapertura delle attività produttive, oltre che alla riorganizzazione in sicurezza delle relazioni economiche e sociali che ripartono nei vari campi²².

Nella fase di uscita dall'emergenza rimane assai complicato realizzare il bilanciamento tra una pluralità di confliggenti esigenze che sottendono altrettanti valori di rango costituzionale collegati a diritti inviolabili aventi copertura costituzionale²³. L'assoluta preminenza della tutela della salute, infatti, deve conciliarsi con la salvaguardia degli altri diritti della persona e dei valori economici e sociali che sono riferibili sia ai singoli che alle collettività. Un grande contributo, rispetto al passato, è offerto dall'utilizzo di tecnologie e modalità agili di svolgimento delle attività, a cominciare da quelle lavorative prestate a distanza e in c.d. *smartworking* che, applicate in via straordinaria durante la fase acuta della pandemia, si stanno stabilizzando e

²¹ D. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid 19 e disciplina ordinaria*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 113 ss.

²² F. DI NOIA, *Covid-19 e relazioni industriali: il Protocollo del 14 marzo 2020 e oltre*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 125 ss.

²³ A. BALESTRA, *Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 45 ss.; C. SILVESTRI, *Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 79 ss.; A. TIRA, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge 22 maggio 2020, n. 35*, in *Giustiziainsieme.it*; F. DI CIOMMO, *Covid-19 e crisi dei diritti fondamentali della persona: le responsabilità della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 3/2020, pp. 309 ss.

“normalizzando” non solo in ambito privato, ma anche in quello pubblico²⁴.

Per riuscire a realizzare un equilibrato bilanciamento dei valori, tuttavia, occorre passare attraverso un complessivo ripensamento del previgente sistema normativo dei diritti, degli obblighi, delle responsabilità e delle tutele privatistiche²⁵. La pandemia, infatti, ha segnato un momento di brusca frattura, di netta cesura fra un prima e un dopo²⁶, che impone la necessità di una riflessione profonda sull’evoluzione dell’ordinamento e sulle modalità più appropriate di perseguire le finalità individuali e quelle generali. L’applicazione delle prescrizioni del distanziamento sociale e, in specie, dei limiti alla circolazione, dei divieti di assembramenti, della restrizione in casa delle persone con la sospensione coattiva delle relazioni e delle attività presenziali esterne, per tanti aspetti, hanno messo in discussione l’idea stessa della socialità e dell’appartenenza degli individui alla Comunità²⁷. L’isolamento domestico, infatti, ha reso a tutti

²⁴ Sull’applicazione dello *smartworking* a seguito della crisi pandemica, v. AA.VV., *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D’Onghia, L. Zoppoli, Roma, 2020; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l’Italia*, vol. 1, cit., pp. 55 ss.; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, *ivi*, pp. 67 ss.; S. CAIROLI, *L’incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID19: prime osservazioni*, *ivi*, pp. 87 ss.; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e dei poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, *ivi*, pp. 169 ss.; I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell’emergenza Covid-19?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l’Italia*, vol. 2, cit., pp. 101 ss.; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, *ivi*, pp. 107 ss.; M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d’imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, p. 511 ss.; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1, 2020, pp. 1 ss.

²⁵ R. NATOLI, *Covid-19 e crisi dei contratti. Dall’emergenza sanitaria all’emergenza giuridica*, in <http://magazine.cisp.unipi.it/covid-19-e-crisi-dei-contratti-dallemergenza-sanitaria-allemergenza-giuridica/>.

²⁶ R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l’Italia*, vol. 2, cit., pp. 151 ss.

²⁷ R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l’Italia*, vol. 3, cit., pp. 359 ss.

percepibili i limiti della sfera privata e dell'esistenza individuale in mancanza della dimensione relazionale, sociale e pubblica, indispensabile per la pienezza dello sviluppo della personalità nei diversi campi affettivi, economici e sociali. L'imposizione delle restrizioni alla libertà dei comportamenti individuali e collettivi, pertanto, ha assunto il significato solidaristico della soggezione a un sacrificio indispensabile per la salvaguardia dei diritti relazionali, propri, altrui e dell'intera comunità²⁸. In tal senso, l'attesa per la graduale cessazione delle norme restrittive, da sostituire con altre misure di sicurezza e da comportamenti responsabili a tutela del prossimo, esprime una tensione ancora una volta solidaristica verso il recupero pieno della dimensione relazionale e sociale, che costituisce il segno immediato e tangibile dell'appartenenza alla comunità²⁹.

Sul piano normativo, anche nella fase di uscita dalla pandemia s'impongono altre prescrizioni per riuscire a conciliare le varie esigenze individuali e collettive attraverso l'osservanza di nuove modalità responsabili di interazione tra le persone e, quindi, una diversa conformazione delle posizioni giuridiche riferibili a ciascuno dei soggetti. Tuttavia, l'intervento legislativo non sarà sufficiente, in quanto le situazioni e le vicende oggetto della disciplina transitoria non esauriranno tutte quelle che risultano effettivamente coinvolte e che, quindi, sono meritevoli di essere tutelate³⁰.

Le numerose disposizioni straordinarie che sono state finora approvate, sia durante la fase più acuta dell'emergenza sanitaria che successivamente, hanno profondamente alterato i contenuti dei previgenti modelli relazionali. Pertanto, occorre intervenire anche in via ermeneutica per rendere compatibili le vecchie situazioni giuridiche e le nuove, all'interno dell'unica cornice ordinamentale.

²⁸ F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. VII ss.; R. BALDUZZI, *Solidarietà cardine costituzionale delle eccezionali misure anti-virus*, in *Avvenire*, 14 marzo 2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

²⁹ U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 333 ss.

³⁰ C. BERTI, *Il «fatto storico» Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'«atto» e del «rapporto»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2020, pp. 578 ss.

L'obiettivo fondamentale da garantire è il mantenimento della coesione economica e sociale³¹, così gravemente minacciata dall'emergenza pandemica e dalle conseguenze negative dell'applicazione delle misure restrittive. In tal senso, le autorità stanno facendo ricorso a piani economici straordinari che proiettano il loro orizzonte ben oltre la fase pandemica³², per abbracciare un rilevante arco temporale, di almeno un quindicennio se non un ventennio. Nel sistema si immettono ingenti flussi di risorse pubbliche, attinte prevalentemente dall'indebitamento *extra ordinem* degli Stati e delle organizzazioni sovranazionali, cui dovranno fare fronte in futuro cittadini e imprese contribuenti. Tanto esprime la condivisa necessità di approvare una coraggiosa scelta di politica solidale di portata intergenerazionale con la quale le istituzioni riaffermano il valore fondamentale della coesione economica e sociale per la sopravvivenza delle comunità interne e internazionali.

Si sono avviate politiche attive di tipo solidaristico per contenere gli effetti negativi della crisi pandemica e, al contempo, sostenere la graduale ripresa delle attività produttive. Mediante l'elargizione straordinaria di sostegni economici pubblici si intende facilitare il ripristino della normale dinamica relazionale sul mercato. In senso solidaristico, possono leggersi sia le manovre economiche e sia le disposizioni normative e riorganizzative pubbliche di sostegno post pandemia finalizzate al rilancio del Paese. L'approccio solidaristico, tuttavia, non è di breve periodo, né circoscritto alle sole politiche pubbliche, ma tende a stabilizzarsi e strutturarsi per coinvolgere tutti i soggetti economici e sociali e, di conseguenza, a riconformare l'intero ordinamento anche in ambito privatistico³³.

³¹ C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Persona e mercato*, Saggi, 2/2020, pp. 77 ss.

³² F. DI GIROLAMO, *Rilancio e rafforzamento patrimoniale delle imprese in crisi Covid*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 437 ss.; R. RORDORF, *È privilegiato il credito di regresso spettante Sace in caso di escussione delle imprese in difficoltà a seguito della pandemia?*, *ivi*, pp. 453 ss.

³³ M. MAGGIOLÒ, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 39 ss.

A tal proposito, si apre un confronto multilivello per orientare al meglio la destinazione delle risorse, per garantire una società più inclusiva, solidale e resiliente, meno individualistica, egoista e fragile. Si tenta di cogliere l'occasione drammatica della pandemia Covid-19 per avviare una stagione di riforme strutturali all'insegna dello sviluppo più equo e sostenibile del Paese che permetta di superare le tante criticità e diseguaglianze del passato, nella prospettiva della costruzione condivisa di un futuro migliore³⁴.

4. *I principi generali di solidarietà e buona fede.* – Nei rapporti privatistici, siano essi di diritto familiare, civile o commerciale, si impone una complessiva rivisitazione delle posizioni giuridiche e delle corrispondenti tutele alla luce dei nuovi scenari originati dalla pandemia sanitaria Covid-19. Molteplici sono i meccanismi di intervento, normativi, interpretativi e negoziali utilizzabili per realizzare assetti più equilibrati e solidali, che garantiscano la coesione economica e sociale interna e internazionale³⁵.

In primo luogo, occorre prestare attenzione alle disposizioni legislative straordinarie, emergenziali e post emergenziali, per verificare come il legislatore abbia inteso ripartire il rischio inerente alla sopravvenuta crisi pandemica Covid-19, anche attraverso la combinazione di una pluralità di misure di natura eterogenea. Sul piano sostanziale, assumono rilievo primario le disposizioni generali che stabiliscono l'esonero o la limitazione di responsabilità per l'inattuazione delle prestazioni³⁶ e quelle settoriali di natura con-

³⁴ D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 429 ss.

³⁵ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 207 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., pp. 583 ss.

³⁶ All'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, il seguente: "6-bis. *Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*". Al

servativa del rapporto³⁷. Parimenti rilevanti sono le misure indirette di sostegno economico³⁸, che attribuiscono agevolazioni fiscali, finanziamenti e contributi al reddito e alle attività per i tanti soggetti

riguardo, v. F. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 213 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 245 ss.; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 345 ss.

³⁷ A. PEPE, *L'emergenza sanitaria da Coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero (artt. 88 e 88 bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2020, pp. 596 ss.; R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit., pp. 225 ss.; V. VILLANOVA, *I viaggi e gli spostamenti al tempo del Covid-19: qualche riflessione sullo scioglimento del contratto e sulla tutela di passeggeri e viaggiatori*, in *Aa.Vv., Emergenza Covid-19 e questioni di diritto civile*, a cura di E. Lucchini Guastalla, Torino, 2020, pp. 71 ss.; M. VERZARO, *Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia"*, pp. 277 ss.; G. ILIAS VIGLIOTTI, *Note sulla Cassa integrazione in deroga al tempo del diritto emergenziale*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 251 ss.; P. LERVOLINO, *Sospensione (rectius nullità) dei licenziamenti economici per il COVID-19 e dubbi di legittimità costituzionale*, *ivi*, p. 293; L. MASSA, *Oltre la Crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, *ivi*, p. 309; F. FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, *ivi*, pp. 315 ss.

³⁸ M. FALSONE, *Emergenza Covid e benefici dedicati al "settore privato": chi ne resta escluso?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 95 ss.; M. VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Le Società*, 5/2020, pp. 525 ss.; M. FAIOLI, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. COVID-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/index.html>.; L. TESSAROLI, *Coronavirus Response Investment Initiative (CRII)*, in http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Tessaroli_-tutela_del_lavoro_e_emergenza_da_COVID-19_Coronavirus_Response_Investment_Initiative.html.; S. ROSSI, *Il Fondo di integrazione salariale al tempo del Covid-19*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 471 ss.; S. CAFFIO, *Questioni in tema di finanziamento (e) di prestazioni (accessorie) dei fondi di solidarietà bilaterali*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 488 ss.; R. BELLÉ, O. RUSSO, *Lavoro e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 6, 2020, pp. 717 ss.; M. MISCIONE, *Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020, pp. 327 ss.; A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, 1, pp. 253 ss.

pregiudicati. L'azione combinata, infatti, permette di intervenire sia all'interno dei singoli rapporti, dettando una diversa regolamentazione tra le parti, sia all'esterno mediante la concessione di sostegni economici che permettono ai beneficiari di continuare a tenere in piedi le relazioni nei contesti di più grave criticità.

Le disposizioni straordinarie di recente approvate tracciano il nuovo ordine legislativo che, nell'essenza, declina il principio solidaristico per le situazioni giuridiche più gravemente colpite dalle prescrizioni sanitarie restrittive e per quelle ad esse in vario modo collegate. Dagli interventi straordinari, specie quelli rivolti alle fasi post pandemiche, traspare un'esplicita finalizzazione al perseguimento di ambiziosi obiettivi di sviluppo sostenibile, economico, sociale e ambientale, non già verso il semplice ripristino della situazione anteriore³⁹. La destinazione delle risorse economiche, infatti, esprime una notevole carica riformatrice che vorrebbe favorire la costruzione di una nuova situazione di normalità, con assetti giuridici, economici e sociali per tanti aspetti diversi e da migliorare rispetto al passato.

Per quanto non sia stato contemplato, in maniera diretta o indiretta, dalla legislazione straordinaria si pone il problema di quale disciplina sia applicabile ove la relazione giuridica abbia comunque risentito degli effetti negativi riflessi della pandemia e dell'applicazione delle prescrizioni sanitarie. In termini schematici, in chiave ricostruttiva, è prospettabile l'alternativa essenziale tra i canoni contrapposti della conservazione o dell'evoluzione⁴⁰. Per un verso, se a prevalere fosse il primo canone conservativo, si continuerebbe ad applicare esclusivamente la disciplina previgente, in

³⁹ U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti, Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, cit., pp. 341 ss.

⁴⁰ Sulle diverse chiavi interpretative della legislazione emergenziale, v. A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.com*, 2020; SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, cit., pp. 159 ss.; STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, *ivi*, pp. 169 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, cit., pp. 235 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., pp. 245 ss.; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, pp. 123 ss.

quanto non sia stata, espressamente o tacitamente, derogata/abrogata dalla legislazione straordinaria. Per altro verso, se si ritenesse prevalente il secondo canone evolutivo, la nuova normativa sarebbe da estendere anche alle altre relazioni pregresse che siano state incise in maniera significativa dalla crisi pandemica.

Il primo orientamento, seguendo un approccio interpretativo più formale e conservatore, appare sostenitore dell'opinione che le nuove disposizioni straordinarie, per loro natura, hanno carattere eccezionale o derogatorio rispetto a quelle ordinarie. Pertanto, ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c., sarebbe da escludere l'applicazione analogica delle nuove disposizioni, se del caso, ammettendosene al più un'interpretazione estensiva. Siffatto approccio, in fondo, ritiene che le norme emergenziali abbiano natura meramente provvisoria e temporanea, esaurendo la loro efficacia con la cessazione della crisi pandemica. Perlomeno per le disposizioni privatistiche, tuttavia, è da dubitare che tali siano la natura e la portata effettive delle disposizioni emergenziali del Covid-19 che, invero, potrebbero anche avere un'ultrattività temporale e del campo applicativo.

Il secondo orientamento, conseguentemente, potrebbe sostenere l'ultrattività delle disposizioni privatistiche emergenziali facendo leva anzitutto sulla reiterazione ed estensione delle stesse operata dal legislatore a fronte del manifestarsi di plurime criticità nel sistema, anche fuori dai più gravi e limitati casi inizialmente contemplati. Si assiste, infatti, al consolidarsi delle disposizioni privatistiche emergenziali, in ragione della gravità e profondità della crisi pandemica e degli effetti devastanti sul sistema economico e sociale, a livello sia nazionale che internazionale. Non si è in presenza di provvedimenti estemporanei, destinati a dissolversi in breve tempo, né di impatto limitato, ma di interventi più incisivi e idonei a consolidarsi se non anche a strutturarsi nelle discipline settoriali e in quelle generali. Una riprova in tal senso è offerta dalla circostanza che sostanzialmente le medesime politiche e disposizioni emergenziali risultano approvate dalla maggioranza degli Stati che hanno affrontato la pandemia Covid-19⁴¹. Perciò, potrebbe accadere che sia lo stesso legislatore ad estendere l'applicazione delle

⁴¹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., pp. 586 ss.

disposizioni emergenziali mediante l'approvazione di successivi interventi di riordino organico delle varie fonti straordinarie succedutesi. Con tali disposizioni, invero, si dovrà convivere ancora a lungo, fino alla ripresa della nuova normalità, che non sarà quella dell'ordinamento previgente allo scoppio dell'epidemia.

L'ultrattività delle disposizioni straordinarie, peraltro, è sostenibile e realizzabile anche a prescindere dall'intervento legislativo che ne consolidi in maniera espressa la portata. Potrebbe invocarsi l'attività ermeneutica, quale leva fondamentale per ricostruire l'esatto significato e l'effettiva portata delle disposizioni emergenziali. L'interpretazione, specie se occasionata dalla gestione pratica, in sede extragiudiziale e giudiziale, delle vicende conflittuali originate dalla pandemia, infatti, potrebbe condurre all'estensione dell'ambito applicativo delle nuove disposizioni anche a situazioni giuridiche diverse e ulteriori rispetto a quelle considerate dal legislatore, magari ad esse collegate, ovvero simili e analoghe. In via interpretativa, inoltre, sarebbero superabili intollerabili vuoti di tutela o trattamenti discriminatori originati dalla frammentaria e disordinata legislazione emergenziale. L'interpretazione sistematica, in primo luogo, dovrebbe scongiurare proprio il grave rischio che l'applicazione letterale delle nuove norme protettive integri la violazione dei principi generali di eguaglianza, ragionevolezza e non discriminazione nella tutela dei diritti dei soggetti pregiudicati dalla pandemia. L'interpretazione sistematica, inoltre, attribuirebbe alle soluzioni emergenziali la più corretta collocazione tra le fonti dell'ordinamento per garantire l'effettività dei diritti tutelati.

L'estensione applicativa delle disposizioni emergenziali potrebbe svilupparsi anche attraverso una qualificazione diversa e, perciò, un inquadramento sistematico alternativo delle stesse all'interno dell'ordinamento. Piuttosto che considerarle semplicemente eccezionali o derogatorie rispetto alle discipline ordinarie (pre)vigenti, le disposizioni emergenziali sono da ritenere esplicative dei contenuti di principi generali dell'ordinamento che contribuiscono ad attuare, a cominciare da quelli di solidarietà e buona fede⁴². In tal senso, le nuove disposizioni emergen-

⁴² D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., pp. 3 ss.; M. MAGGIOLÒ, *Una autentica solidarietà sociale come eredi-*

ziali, con riferimento al rischio di sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, potrebbero esprimere l'assetto giuridico aggiornato e più appropriato agli scenari di crisi. La legislazione emergenziale, quindi, sarebbe applicabile oltre le situazioni direttamente contemplate, per estendersi a quelle ad esse collegate, oltre che ai casi simili e alle materie analoghe (art. 12 disp. prel. c.c.), che risultino parimenti interessate dalla crisi.

L'applicazione dei principi generali di solidarietà e buona fede, in altri termini, potrebbe favorire l'evoluzione in via interpretativa dell'intera vigente disciplina dei rapporti contrattuali di durata⁴³. L'introduzione delle nuove disposizioni, infatti, se risponde direttamente alle esigenze emergenziali originate dal Covid-19, soddisfa pure un'esigenza di tutela più ampia e già da tanto tempo avvertita nell'ordinamento, proprio con riferimento all'inadeguatezza del risalente regime delle sopravvenienze contrattuali⁴⁴. La crisi Covid-19 e la legislazione emergenziale, in sostanza, potrebbero facilitare il processo di adeguamento della disciplina codicistica, in via interpretativa, oltre che legislativa.

L'evoluzione in senso solidaristico della disciplina privatistica, con particolare riguardo ai rapporti contrattuali di durata, è stata sostenuta autorevolmente in dottrina, che la ritiene realiz-

tà del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute, cit., pp. 39 ss.; F. MACARIO, Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus", cit., pp. 207 ss.; A. DE MAURO, Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione, cit., pp. 227 ss.

⁴³ V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *Giustiziainsieme.it*; S. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, cit., pp. 222 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., pp. 233 ss.

⁴⁴ In relazione alle valutazioni critiche del regime codicistico delle sopravvenienze contrattuali, G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, 1, pp. 3 ss.; E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, pp. 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*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 63 ss; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

zabile proprio attraverso i principi generali di solidarietà e buona, attuabili con l'obbligo di rinegoziazione delle parti e il controllo giudiziale, secondo modelli da tempo sperimentati in altri ordinamenti⁴⁵. In tal senso, nel progetto di legge governativo sulla revisione del codice civile portato all'attenzione del Parlamento⁴⁶, tra i vari punti da riformare, prevede proprio quello della disciplina vigente delle sopravvenienze contrattuali. Il criterio di delega legislativa al Governo sul punto, infatti, menziona espressamente l'applicazione dei principi di solidarietà e buona fede e il congegno rimediale dell'obbligo di rinegoziazione⁴⁷. L'emergenza Covid-19, pertanto, ha dato nuovo impulso alle riflessioni dei giuristi sia sulle migliori modalità di formulazione del contenuto della novella e sia sulla necessità dell'approvazione immediata dell'attesa riforma codicistica⁴⁸.

⁴⁵ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., pp. 207 ss.; E. DEL PRATO, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1, pp. 174 ss.

⁴⁶ Una proposta in tal senso è contenuta nel disegno di legge governativo per la revisione del codice civile (DDL Senato n. 1151. Al riguardo, v. F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contratto e impresa*, 2019, n. 2, pp. 571 ss.; L. BALESTRA, V. CUFFARO, C. SCOGNAMIGLIO, G. VILLA, *Proposte di riforma del Codice civile: prime riflessioni*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 5/2019, pp. 589 ss.; A. GENTILI, *Il drafting legislativo (per una revisione del codice civile) - Introduzione*; M. ANIS, *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*, contenuti negli *Atti del Convegno "Il Drafting Legislativo (per una revisione del codice civile)"* organizzato dalla Associazione dei Civilisti italiani a Roma il 25 gennaio 2019, resi disponibili online all'indirizzo: <https://www.civilistiitaliani.eu/>.

⁴⁷ Più precisamente, tra i criteri delega, si prevede testualmente il "*diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti*".

⁴⁸ L'Associazione dei Civilisti italiani ha proposto l'inserimento di un nuovo art. 1468-bis all'interno della disciplina generale dei contratti del codice civile (https://www.civilistiitaliani.eu/images/notizie/Una_riflessione_ed_una_proposta_per_la_migliore_tutela_dei_soggetti_pregiudicati_dagli_effetti_della_

Un contributo decisivo, inoltre, dovrebbe essere offerto dalla pratica applicativa, dalla sperimentazione delle soluzioni concrete che saranno raggiunte nel comporre le innumerevoli situazioni conflittuali conciliando le esigenze di tutela delle parti, sia individuali che collettive, volta a volta coinvolte. L'elaborazione delle soluzioni che incontreranno il maggiore gradimento, infatti, sostanzierà il contenuto del diritto effettivamente vivente durante la crisi Covid-19, al di là delle astratte dispute sull'inquadramento sistematico delle disposizioni emergenziali. Le stesse, infatti, sono strumenti che intendono dare risposte adeguate alla nuova situazione di crisi e che andranno valutate e riconsiderate alla prova concreta dei fatti. Si rimanda, in buona sostanza, alla verifica dell'effettiva idoneità delle norme ad essere d'ausilio per le parti nella ricerca dialettica della rapida e soddisfacente composizione delle situazioni conflittuali e, quindi, capaci di garantire la coesione economica e sociale del Paese.

L'affermazione dell'istanza solidaristica nel diritto privato, in ogni caso, richiede degli appositi strumenti tecnico-giuridici per intervenire sui rapporti di durata pregressi, in modo da fornire le risposte più adeguate alle esigenze di tutela. La copertura dei principi generali, oltre che della rinnovata cornice legislativa e valoriale, infatti, permette di intervenire sul contenuto del rapporto giuridico adeguandolo alle sopravvenienze del Covid-19. A tal fine, un ruolo fondamentale possono assumere alcune tutele collaborative, attivabili anzitutto in sede stragiudiziale e poi giudiziale⁴⁹.

5. *L'obbligo della rinegoziazione.* – Nell'ordinamento giuridico, il piano delle tutele ha assunto una crescente importanza, l'attenzione si è spostata dal momento costitutivo dei diritti a quel-

pandemia.pdf). In proposito, A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, cit., pp. 330 ss.

⁴⁹ Sul nuovo approccio collaborativo nella gestione dei conflitti, v. E. LAUROBA, *El derecho colaborativo como ADR y herramienta de la abogacía del futuro*, in AA.VV., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, cit., pp. 43 ss.

lo attuativo, al fine di garantirne l'effettività⁵⁰. La tendenza si è accentuata nella gestione dei conflitti conseguenti all'emergenza pandemica Covid-19. Qualora le sopravvenienze fossero assoggettate unicamente alla rigida disciplina generale del codice civile vigente, che attribuisce rilevanza quasi esclusivamente alle fattispecie patologiche tipizzate dell'impossibilità (artt. 1256 e 1463 c.c.)⁵¹ e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.) della prestazione dovuta⁵², con la conseguente estinzione del rapporto obbligatorio e risoluzione del contratto sinallagmatico, infatti, si avrebbero risultati in larga misura insoddisfacenti e assai pericolosi per la salvaguardia della coesione economica e sociale tra le parti e nell'intero Paese⁵³.

La prospettiva rimediabile, a questo proposito, sarebbe la più appropriata in quanto permetterebbe di verificare la perdurante meritevolezza di tutela delle originarie posizioni giuridiche, da rivalutare alla luce delle vicende critiche innescate dalla sopravvenienza pandemica. La tutela dei diritti, quindi, divente-

⁵⁰ Con riguardo alle declinazioni civilistiche del principio di effettività delle tutele, v. M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 2018, pp. 1071 ss.; G. VETTORI, *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, 2017, in *Juscivile*, 2, 2017, pp. 133 ss.; G. ALPA, *Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato*, in *Contratto e impresa*, 2, 2018, pp. 610 ss.; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2016, pp. 401 ss.; L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2016, pp. 715 ss.

⁵¹ Sulla disciplina codicistica dell'impossibilità sopravvenuta, v. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2008; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; A. DE MAURO, *Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea, sub art. 1256*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2011.

⁵² Sulla disciplina codicistica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, v. A. RICCIO, *Eccessiva onerosità (1447-1469)*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2010; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti (artt. 1467-1469)*, in *Codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1995.

⁵³ In tal senso, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corriere giuridico*, 5/2020, pp. 581 ss.; A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.com*, 2020.

rebbe il momento decisivo per saggiare l'effettiva rispondenza ai precetti normativi delle posizioni giuridiche delle parti in conflitto. L'attivazione delle tutele, inoltre, potrebbe costituire l'occasione affinché siano le stesse parti a valutare dialetticamente l'opportunità di rimodulare consensualmente il contenuto e le modalità attuative del proprio rapporto, al fine di adeguarlo in base al concreto manifestarsi delle sopravvenienze, secondo l'atteggiarsi delle loro rispettive esigenze.

La rivalutazione del rapporto, infatti, consentirebbe alle parti di aprire un confronto sull'effettiva incidenza della pandemia sulle reciproche posizioni. In particolare, oltre all'impossibilità e all'eccessiva onerosità sopravvenute, già contemplate dalla disciplina generale del codice civile, potrebbero assumere rilievo altre situazioni critiche, a cominciare da quelle specificamente normate dalla legislazione emergenziale⁵⁴. Più in generale, le parti potrebbero condividere la significatività di ulteriori situazioni critiche che, sebbene non tipizzate dalle discipline generali e settoriali del diritto ordinario, né da quello straordinario, siano suscettibili di ripercuotersi negativamente sul rapporto, alterando in maniera significativa l'iniziale equilibrio tra le loro posizioni.

L'avviato confronto, peraltro, è suscettibile di condurre a valutazioni di segno differente, concordanti o discordanti tra le parti, in ordine tanto all'incidenza delle sopravvenienze pandemiche sulle posizioni di ciascuna di esse, quanto sull'applicabilità dei rimedi a tutela dell'iniziale equilibrio del rapporto. La dialettica tra le parti, inoltre, si spinge a valutare la preferibile natura, conservativa o caducatoria, delle tutele e, in specie, dello specifico rimedio ritenuto più efficiente a contrastare gli effetti patologici delle sopravvenienze.

Anzitutto, le parti potrebbero concordare che il rapporto non è stato in alcun modo scalfito dalle sopravvenienze e, quindi, escludere la necessità di modificarlo. Probabilmente, se si considera l'intera massa dei rapporti giuridici in corso all'affacciarsi del Covid-19, questa sarà l'ipotesi fisiologica più frequente, rav-

⁵⁴ Al riguardo, v. STUDIO BONELLI EREDE, *Incidenza del coronavirus su alcune tipologie contrattuali*, cit., pp. 169 ss.; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, cit., pp. 345 ss.

visabile allorquando il rapporto non subisca alterazioni significative e permanga perciò vincolante tra le parti, che passano indenni la crisi pandemica. Resta ferma, anche in questi casi, la possibilità per le stesse parti di concordare liberamente eventuali integrazioni e modifiche del contenuto e delle modalità attuative del rapporto, compresa l'estinzione anticipata, in base alle scelte di convenienza compiute nell'esercizio della loro autonomia contrattuale (art. 1372, comma 2, c.c.)⁵⁵.

Le parti, in altri casi, potrebbero condividere che stante la ritenuta incidenza negativa della sopravvenienza pandemica, sia necessario intervenire sul loro rapporto. Al tal riguardo, l'accordo rimediale potrebbe essere di tipo sia caducatorio che manutentivo-correttivo, a seconda delle circostanze e della valutazione di convenienza espressa dalle parti, nel rispetto delle posizioni dei terzi⁵⁶. Sono le stesse, infatti, a scegliere se avvalersi dei rimedi legalmente tipizzati della risoluzione e riduzione ad equità, della prestazione sostitutiva (c.d. *voucher*)⁵⁷, ovvero se preferiscono dare un diverso contenuto atipico all'accordo rimediale. In tal senso, nei limiti dell'autonomia contrattuale, le parti possono liberamente rimodulare il loro rapporto, apportando tutte le integrazioni e modifiche che ritengano utili a mantenerlo in equilibrio e renderlo più adeguato alle loro nuove esigenze.

⁵⁵ G. ORLANDO, *Mutuo dissenso. Contributo per una teoria della causa di «neutralizzazione» degli atti giuridici*, Napoli, 2016; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980; M. FRANZONI, *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Tratt. dir. priv. dir. M. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, V, Torino, 2002, pp. 66 ss.; A. ORESTANO, in *Commentario del codice civile dir. E. Gabrielli*, in A. ORESTANO, E. NAVARRETTA, *Dei contratti in generale (artt. 1387-1424)*, 3, Torino, 2012, pp. 411 ss.; P. SIRENA, in *Trattato dei contratti dir. V. Roppo*, III, *Effetti* a cura di Costanza, 2006, pp. 1 ss.

⁵⁶ V. VERDICCHIO, *Il mutuo dissenso di contratto ad effetti reali (con particolare riferimento alla donazione)*, in *Rass. Dir. civ.*, 2012, pp. 830 ss.; F. MAGLIULO, *La natura del mutuo dissenso nei contratti con effetti reali*, in *Il notariato*, 2/2012, pp. 4 ss.

⁵⁷ Con riferimento alla disciplina del recesso ex art. 28, comma 5, d.l. n. 9 del 2020, che prevede espressamente il riconoscimento di *voucher* a favore dei viaggiatori che non abbiano potuto fruire dei pacchetti turistici a causa delle prescrizioni sanitarie anticoronavirus (rimedio esteso ai contratti di soggiorno ex art. 88, d.l. n. 9 del 2020), v. R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit., pp. 225 ss.; M. CAPRINO, M. MARRAFFINO, *Coronavirus e vacanze annullate: voucher o rimborso? Ecco cosa dice la legge*, in *Il Sole-24 Ore*, 4 aprile 2020.

L'atteggiamento delle parti, tuttavia, potrebbe non essere collaborativo, qualora le stesse non siano effettivamente disponibili a compiere la valutazione congiunta, non condividano il percorso di revisione ovvero il relativo esito. Al riguardo, occorre verificare che la disponibilità al negoziato non sia meramente formale e apparente, né strumentale e inconcludente. In tali situazioni, l'atteggiamento discordante delle parti segnala una situazione latente di conflittualità che è suscettibile di degenerare se non tempestivamente gestita attraverso l'attivazione delle tutele stragiudiziali e giudiziali, a cominciare da quelle di natura collaborativa che si basano sull'accordo bonario delle parti.

L'obbligo di rinegoziazione, in difetto di un'espressa previsione nella vigente disciplina codicistica dei contratti in generale, si vorrebbe introdurre mediante l'approvazione della novella sulle sopravvenienze contrattuali⁵⁸, che è stata sollecitata durante la crisi pandemica⁵⁹. Nel frattempo, l'obbligo suddetto è stato fondato direttamente sui principi generali di solidarietà e buona fede, mediante un'interpretazione sistematico-evolutiva delle discipline in vigore⁶⁰. A tal stregua, le parti sarebbero tenute a rinegoziare in maniera effettiva, leale e corretta allorquando le sopravvenienze abbiano alterato in maniera significativa il loro rapporto, in modo da ripristinare convenzionalmente l'iniziale equilibrio delle posizioni. L'imposizione della rinegoziazione attraverso i principi generali è stata riproposta con riferimento alle sopravvenienze della pandemia Covid-19, in una prospettiva evolutiva in senso solidaristico dell'intero ordinamento⁶¹. In mancanza di puntuali indicazioni normative, sono le prassi negoziali e giurisprudenziali che permettono di precisare gli aspetti applicativi della rinegozia-

⁵⁸ V. *supra* note 47 e 48

⁵⁹ V. *supra* nota 49.

⁶⁰ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996,

⁶¹ F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., pp. 209 ss.; G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., pp. 9 ss.; S. VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID19*, cit., pp. 222 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., pp. 227 ss.

zione, quanto ai presupposti, alle modalità di svolgimento, al controllo giudiziale dei comportamenti abusivi e scorretti.

Per la concreta declinazione dell'obbligo generale di rinegoziazione e per l'elaborazione delle migliori prassi applicative, peraltro, interessanti spunti ricostruttivi sono forniti dall'esame delle vigenti discipline, collocate all'esterno della sistematica del codice civile, che si occupano delle nuove forme collaborative di tutela dei diritti. L'attività di negoziazione, specie nei contesti di crisi e nei rapporti squilibrati, per un verso, richiede delle specifiche garanzie procedurali che ne favoriscano il successo nel rispetto della legalità, quali indici di effettività dei diritti tutelati. Prima dell'intervento autoritativo giudiziale che imponga la decisione della controversia, per altro verso, occorre che le parti siano assistite nella consapevole scelta e corretta utilizzazione delle tutele collaborative che si basano sull'assunzione responsabile dell'obbligo di trovare una soluzione consensuale mediante un'effettiva rinegoziazione delle posizioni in conflitto.

6. *Le tutele collaborative.* – La gestione delle sopravvenienze contrattuali e, più in generale, della conflittualità nelle situazioni crisi, specialmente quelle emergenziali, qual è stata generata dalla pandemia Covid-19, richiede strumenti compositivi che assicurino l'effettività⁶² delle tutele dei diritti contestati e garantiscano la coesione tra le parti e la pacificazione dei contesti economici e sociali⁶³. Sono perciò da preferire le tutele immediatamente attivabili, che siano semplici da gestire e conducano rapidamente a risultati soddisfacenti per entrambe le parti, che le coinvolgano e responsabilizzino nei procedimenti di costruzione delle soluzioni compositive consensuali e nella relativa attuazione⁶⁴. Sono evi-

⁶² G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele* (diritto civile), in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, pp. 387 ss.

⁶³ A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 283 ss.

⁶⁴ E. DALMOTTO, *L'arbitrato, la mediazione, la negoziazione assistita e gli altri ADR durante il COVID-19*, in *Il caso.it*, 29/07/2020, in https://blog.ilcaso.it/news_980/29-07-20/L%E2%80%99arbitrato_la_mediazione_la_negoziazione_assistita_e_gli_altri_ADR_durante_il_COVID-19; C. PILIA, *Le tutele dei diritti du-*

denti, perciò, i limiti della tradizionale tutela giudiziale incentrata sul litigio, sulla dialettica avversariale che contrappone le pretese avanzate dalle parti in conflitto e viene composta in maniera autoritativa dal giudice con la tecnica aggiudicativa dell'imposizione della decisione. Di regola, all'esito del processo, la sentenza stabilisce chi sia il vincitore, ossia abbia il diritto, e chi sia lo sconfitto, ossia abbia torto.

Alle croniche difficoltà del sistema giurisdizionale, risultanti dall'enorme carico di arretrato pendente, dalle intollerabili lungaggini dei processi e dai risultati largamente insoddisfacenti delle soluzioni aggiudicative ottenute, si uniscono le sopraggiunte criticità scatenate dalla pandemia Covid-19. Il *lockdown* ha colpito anche l'attività giurisdizionale che è stata costretta all'osservanza delle prescrizioni restrittive sanitarie, con divieto delle udienze e degli incumbenti presenziali dentro gli uffici giudiziari⁶⁵. Sono state assicurate soltanto le decisioni urgenti ed indifferibili, mediante l'applicazione di soluzioni processuali derogatorie rispetto a quelle ordinarie, con una diversa attuazione a distanza del contraddittorio tra i giudici e gli avvocati delle parti⁶⁶. Il rallentamento, se non la

rante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?, cit., pp. 77 ss.

⁶⁵ Sulle disposizioni emergenziali relative a processi e ADR, v. E. DALMOTTO, *I termini sostanziali e processuali civili nello sperabile crepuscolo del coronavirus. Tecniche della sospensione e altri rimedi*, in *Il caso.it*, 4/5/20, in https://blog.ilcaso.it/news_937; F.M. GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, cit., pp. 133 ss.; F. DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 431 ss.; G. BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 391 ss.; A. CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere ... all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 364 ss.; M. TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it.*, 13 marzo 2020; G.P. MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5/2020, pp. 697 ss.; F. DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, pp. 612 ss.; R. BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, pp. 737 ss.

⁶⁶ Al riguardo, v. A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 3 ss.

sostanziale paralisi dell'attività giurisdizionale, oltre ad aggravare l'arretrato, porta a dubitare che per la fase della ripresa si riesca ad assicurare l'adeguata tutela rispetto alla nuova ondata di accesa conflittualità originata dalla pandemia Covid-19.

Più alla radice, sarebbe da scongiurare che la conflittualità pandemica finisca direttamente nei Tribunali, così si accentuerebbero le già gravi difficoltà nello svolgimento dei processi e si esaspererebbero gli animi dei contendenti⁶⁷. Le contrapposizioni dei lunghi litigi, inoltre, metterebbe a repentaglio la coesione economica e sociale del Paese. Perciò, la priorità dovrebbe essere agevolare la ricerca delle soluzioni amichevoli, a cominciare dalla rinegoziazione, con le quali siano le stesse parti a impegnarsi a comporre amichevolmente i propri conflitti⁶⁸. In caso di insuccesso del negoziato diretto, invece, sarebbero da sperimentare le tutele collaborative che permettono alle parti di raggiungere accordi avvalendosi di qualificati servizi compositivi che offrono assistenza e danno garanzie di effettività, qualità e legalità del negoziato⁶⁹. Lo sfogo giudiziale della lite, pertanto, opererebbe solo in via residuale, quale *extrema ratio*, nella tutela dei diritti disponibili. Nell'adozione della decisione, i giudici dovrebbero tenere in particolare considerazione del comportamento tenuto dalle parti nella ricerca di una soluzione amichevole.

La cultura dominante del litigio, purtroppo, ha finito per delegare quasi per intero all'autorità giudiziaria la gestione contenziosa delle controversie, in tal modo deresponsabilizzando sostanzialmente le parti, che dovrebbero essere le principali artefici della costruzione delle soluzioni compositive. In relazione alle controversie sui diritti disponibili, pertanto, si sviluppa anche in Italia un processo di degiurisdizionalizzazione volto a ridurre il contenzioso giudiziario a favore di meccanismi compo-

⁶⁷ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., pp. 585 ss.

⁶⁸ V. ANIBALLI, *Emergenza sanitaria e piattaforme conciliative: una proposta per gestire le transazioni da remoto*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 245 ss.; L. GUERRINI, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, cit., pp. 358.

⁶⁹ M. RABITTI, *Pandemia e risoluzione delle future controversie. Un'idea «grezza»*, in www.diritto.bancario.it.

sitivi alternativi, sia preventivi che successivi all'attivazione del giudizio⁷⁰. Si sono delineati percorsi risolutivi che, per lo più, strutturano dei procedimenti dialettici di assistenza delle parti nella composizione consensuale delle controversie, secondo una logica collaborativa, anziché oppositiva.

Le vigenti discipline delle tutele extragiudiziali e giudiziali prevedono i procedimenti strutturati delle principali tutele collaborative che si incentrano sul dialogo tra le parti finalizzato al raggiungimento di una soluzione consensuale delle controversie⁷¹. Gli indici normativi sono rilevanti ai fini dell'individuazione delle modalità di attivazione e corretta gestione di un'effettiva negoziazione da svolgere in maniera leale e che conduca ad accordi rispettosi delle norme imperative e dell'ordine pubblico.

Le discipline trasversali e settoriali sulle tutele collaborative, sulle quali si sposterà l'indagine, rispondono ad alcuni principi generali di buona fede, solidarietà, effettività e inviolabilità dei diritti⁷², che dovrebbero sostanziare il fisiologico utilizzo della negoziazione nella gestione delle situazioni conflittuali. In particolare, nella segnalata prospettiva rimediabile, anzitutto, l'analisi si sofferma sul fondamento normativo degli obblighi di negoziazione da attuare attraverso le tutele collaborative, come soluzioni che responsabilizzano le parti a trovare soluzioni consensuali che preservano la relazione, scongiurando l'exasperazione della conflittualità determinata dallo schieramento su fronti contrapposti nell'agone giudiziale. Le tutele collaborative, infatti, sono governate da proprie regole di funzionamento, che si

⁷⁰ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 13 ss.; C. PUNZI, *La c.d. «degjurisdizionalizzazione della giustizia civile»*, in AA.VV., *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2014*, a cura di C. Punzi, Torino 2015, pp. 2 ss.; F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2016, pp. 811 ss.; O. DESIATO, *Le politiche dell'Unione europea in favore della «degjurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADD per i consumatori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2016, pp. 1793 ss.;

⁷¹ Per un quadro generale dell'evoluzione in Italia e all'estero degli strumenti extragiudiziali di risoluzione delle controversie, v. AA.VV., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-2020;

⁷² Cfr. G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., pp. 5 ss.

distinguono rispetto a quelle del successivo processo giudiziale aggiudicativo. La dialettica del negoziato, nelle tutele collaborative, inoltre, è scandita in precise sequenze, che garantiscono il pieno e libero confronto, con l'assistenza e le garanzie per la migliore ricerca di un accordo risolutivo del conflitto.

Di fondamentale importanza, tra le tutele collaborative sono i meccanismi A.D.R. (*alternative dispute resolution*) e, in questa fase di emergenza pandemica, soprattutto O.D.R. (*online dispute resolution*) che già dispongono a livello europeo e nazionale di una disciplina legislativa, oltre che di una capillare organizzazione del servizio compositivo, sia trasversale che settoriale⁷³. Die-

⁷³ F. CUOMO ULLOA, *Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della legge Gelli. I parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018, pp. 297 ss.; M. BOVE, *Responsabilità sanitaria ed esperimento di ADR come condizione di procedibilità: su alcune questioni aperte*, in *Rivista dell'arbitrato*, 3, 2019, pp. 587 ss.; M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 2015, pp. 919 ss.; V. DONATO, *Sulle ADR tra riforma del processo e riforma del Giudice: la ricerca affannosa dei luoghi della iurisdiction*, in *Giustizia civile*, 4, 2019, pp. 871 ss.; D. DALFINO, *L'Abf e i principi del processo civile: contestazione, "contumacia", onere della prova*, *Il processo*, 1, 2019, pp. 27 ss.; R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1, 2017, pp. 21 ss.; E. DALMOTTO, *Per la semplificazione del quadro normativo in tema di arbitrato nelle società*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2015, pp. 981 ss.; R. D'ANGIOLELLA, *La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti alternativi per la soluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2, 2018, pp. 345 ss.; A. TUCCI, *L'arbitro bancario finanziario tra trasparenza bancaria e giurisdizione*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 5, 2019, pp. 623 ss.; A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR CONSOB»*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 3, 2016, pp. 251 ss.; F. MARONE, *Favor arbitratu e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1, 2018, pp. 1 ss.; M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Rivista dell'arbitrato*, 3, 2017, pp. 521 ss. D. CORAPI, *"Arbitrato societario" Convegno A.I.A. - Rivista dell'Arbitrato Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2 dicembre 2016*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2, 2017, pp. 213 ss.; P. MAZZA, *L'arbitrato per l'accesso al Fondo di solidarietà istituito con l. 208/2015: natura e funzionamento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2, 2019, pp. 407 ss.; F. CORSINI, *La procedura di natura arbitrale per accedere al fondo di solidarietà istituito dalla L. n. 208/2015*, in *Banca, Borsa, titoli di credito*, 4, 2018, pp. 491 ss.; G. DE NOVA, *L'arbitrato e i contratti dell'arte*, in *Rivista dell'arbitrato*, 3, 2018, pp. 593 ss.; V. DI CATALDO, *Liti societarie e composizioni stragiudiziali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5, 2019, pp. 783 ss.; I. LOMBARDINI, *Il nuovo arbi-*

tro impulso delle istituzioni europee, i sistemi compositivi extragiudiziali hanno avuto un notevole sviluppo nella più recente legislazione che, per numerose controversie civili e commerciali, ne impone il previo esperimento come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale⁷⁴.

L'emergenza pandemica, per tanti aspetti, offre nuove opportunità di utilizzo delle tutele consensuali extragiudiziali per comporre le controversie, sia interne che transfrontaliere, originate dall'impossibilità o difficoltà di dare attuazione agli impegni assunti. A questo riguardo, la legislazione emergenziale non è intervenuta solamente sul piano sostanziale, ma anche su quello delle tutele extragiudiziali, prima che giudiziali, con soluzioni innovative che probabilmente torneranno utili anche dopo la pandemia, per la costruzione di una nuova e migliorata normalità delle tutele⁷⁵.

trato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?, in *Rivista dell'arbitrato*, 4, 2016, pp. 715 ss.; I.C. MAGGIO, *La conciliazione e l'arbitrato nel diritto del lavoro: lo stato dell'arte*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 2017, pp. 98 ss.; M. DE MARI, *Prime riflessioni intorno alla competenza dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2, 2018, pp. 275 ss.; V. MIRRA, *Il nuovo sistema ADR in ambito Consob: l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, tra alte aspettative e primi riscontri operativi*, in *Rivista dell'arbitrato*, 4, 2018, pp. 615 ss.; M. RAGNI, *La nuova condizione di procedibilità ex art. 696-bis c.p.c. delle controversie di responsabilità medico-sanitaria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2019, pp. 269 ss.; A. NARDONE, *I poteri di vigilanza, controllo e regolazione dell'ANAC: natura giuridica e strumenti di tutela*, in *Foro amministrativo* (II), 6, 2019, pp. 1131 ss.; M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2015, pp. 481 ss.; F. SANTAGADA, *Meccanismi deflativi e acceleratori per le controversie di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria: note a prima lettura sull'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2018, pp. 1123 ss.; V. DOMINICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2020, pp. 55 ss.; G. GRISI, *L'esdebitazione del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2020, pp. 1 ss.

⁷⁴ In proposito, C. Pilia, *Le obbligatorio della mediazione al tempo del Covid-19*, in *AA.VV., Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, 14, 2020, pp. 343 ss.

⁷⁵ M. MARINARO, *Semplificato l'iter per la mediazione, videoconferenza e accordo «a distanza»*, in *Guida al diritto* del 30 maggio 2020, pp. 89 ss.; ID., *La mediazione (telematica) dell'emergenza: un'opportunità per la giustizia civi-*

7. *La mediazione finalizzata alla conciliazione.* – Tra le tutele collaborative, un ruolo primario e una portata generale spettano alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali su diritti disponibili, ai sensi della direttiva europea 2008/52/CE⁷⁶, recepita in Italia con il d.lgs. 28/2010⁷⁷.

le, in *www.Judicium.it del 1° giugno 2020*, pp. 1 ss.; E. DALMOTTO, *La fine anticipata della seconda fase e la ripresa dei processi dopo il COVID-19*, in *Il caso.it*, 27/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_971; V. MAGLIONE, *Il lockdown toglie spazio alla mediazione. Ma intanto l'arretrato civile cresce*, in *Il Sole24ore*, 23 novembre 2020, in https://www.ilssole24ore.com/art/il-lockdown-toglie-spazio-mediazione-ma-intanto-l-arretrato-civile-cresce-ADwazh1?refresh_ce=1.; A.L. TERZI, *I giudici del lavoro, l'udienza da remoto e la conciliazione giudiziale*, in *Questione giustizia*, 7.7.2020, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/i-giudici-del-lavoro-l-udienza-da-remoto-e-la-conciliazione-giudiziale>.

⁷⁶ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Sullo statuto europeo della mediazione, v. AA.Vv., *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.Vv., *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.Vv., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.Vv., *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, pp. 11 ss.; AA.Vv., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; G. Esplugues, G.L. Iglesias, G. Palao, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013.

⁷⁷ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali". Sulla disciplina italiana della mediazione, v. Sulla disciplina italiana, tra gli altri, v. AA.Vv., "La nuova mediazione civile e commerciale" a cura di T. Galletto, Editore Aracne, Roma, 2014; AA.Vv., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile. Commento organico al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali* cura di B. Sassani, F. Santagata, Roma, 2010; AA.Vv., *La nuova disciplina della mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; AA.Vv., in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-2020.

La mediazione⁷⁸ è un procedimento strutturato con il quale su base volontaria le parti, con l'assistenza del mediatore, cercano esse stesse di raggiungere un accordo amichevole che risolva la controversia⁷⁹. Nel meccanismo compositivo non aggiudicativo, il mediatore opera in maniera imparziale, indipendente ed efficace per favorire la comunicazione tra le parti mediante l'utilizzo delle tecniche facilitative e valutative, senza però imporre decisioni o esprimere giudizi vincolanti⁸⁰. Sono le parti che condividono la soluzione amichevole, anche mediante l'adesione alla proposta risolutiva scritta formulata per loro dal mediatore⁸¹.

Quanto alle modalità di accesso⁸², la mediazione può essere promossa volontariamente da ciascuna parte (mediazione c.d. facoltativa)⁸³, oppure in attuazione di un'apposita clausola inse-

⁷⁸ Sull'istituto giuridico della mediazione, v. AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia e sucesiones*, dir. da M. García Mayo, Madrid, 2020; AA.VV., *La mediación en las diversas disciplina jurídicas* dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago de Chile, 2020; AA.VV., *La mediación por el mundo: un camino hacia la paz*, dir. M. García Mayo, Santiago de Chile, 2020; AA.VV., *Anuario de mediación y solución de conflictos* dir. L. García Villaluenga, E. Vásquez de Castro, Madrid, 2020; AA.VV., *La mediación. Las nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, dir. G. Alpa, M. Córdoba, Buenos Aires, 2015; AA.VV., *La mediación: nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado*, dir. G. Alpa, M. Córdoba, Buenos Aires, 2015; F. DANОВI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano 2013; G. CONTE, *Cultura della iurisdiction vs. cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di A.D.R.*, in *Mediazione e progresso*, Milano, 2012, pp. 235 ss.

⁷⁹ Art. 3, lett. a), direttiva 2008/52/CE; art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁰ Art. 3, lett. b), direttiva 2008/52/CE; art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 28/2010.

⁸¹ Art. 11 d.lgs. n. 28/2010.

⁸² Sui vari sistemi di accesso alla mediazione, cfr. D. DALFINO, "Accesso alla giustizia" e "Mediazione", nel quadro normativo europeo. *El marco regulatorio de la mediación en la Unión Europea, Justicia y Unión Europea*, cit., pp. 125 ss.; G. SPINA, in *La nuova mediazione. Regole e tecniche dopo le modifiche introdotte dal "Decreto del Fare" (d.l. 69/2013, conv., con mod., in l. 98/2013)* a cura di G. Falco, G. Spina, cit., pp. 235 ss.; C.P. DELL'ANNA, E. GASBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., pp. 212 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, cit., pp. 873 ss.

⁸³ Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

rita negli atti costitutivi e negli statuti degli enti ovvero nei contratti le parti possono obbligarsi a utilizzarla per tentare di dirimere consensualmente le conseguenti controversie prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria (mediazione c.d. concordata)⁸⁴. L'esperimento della mediazione è però imposto per legge come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale per un ampio ventaglio di controversie civili e commerciali, comprese quelle contrattuali e dei rapporti di durata (mediazione c.d. obbligatoria)⁸⁵. In ogni caso, fino al grado d'appello, il giudice può ordinare alle parti di una lite pendente di esperire la mediazione allorquando lo reputi appropriato (c.d. mediazione delegata)⁸⁶. Il procedimento di mediazione, pertanto, può essere una sede appropriata per svolgere la negoziazione del rapporto, sia prima

⁸⁴ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁵ Art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010, che si riferisce alle controversie in materia di "condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari". Al riguardo, v. C. PILIA, *El modelo italiano de mediación: la utilización de la obligatoriedad para reforzar la voluntariedad*, in *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* diretto da J.L. Argudo Pérez, cit., pp. 175 ss.; L. GAROFALO, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria* in *Studi sull'integrazione europea*, 2014 n. 2, pp. 247 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, Composizione della lite e processo nel d.lgs n. 23/2010 e nel D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, pp. 109 ss.; A.G. Diana, *La mediazione civile e commerciale*, Milano, 2011, pp. 89 ss.; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *La resp. civ.*, 2011, pp. 326 ss.; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in www.judicium.it; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, *ivi*; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, *ivi*; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, *ivi*; E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, pp. 1153 ss.; G. REALI, *La mediazione obbligatoria e delegata: riflessi sul processo civile*, in *Annali facoltà giurisprudenza Taranto*, 2011, pp. 531 ss.; G. BATTAGLIA, *La nuova mediazione obbligatoria*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, fasc. 1, p. 126; L. BUGIOLACCHI, *La mediazione obbligatoria nelle controversie civili e commerciali dopo la conversione in legge del "Decreto Letta"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1, pp. 349 ss.

⁸⁶ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

dell'avvio che durante la pendenza della lite giudiziale, restando impregiudicato il diritto fondamentale delle parti, in caso di mancata conciliazione, di insistere per ottenere la tutela giudiziaria⁸⁷.

Sul piano della legalità, si osserva come lo statuto comune europeo della mediazione⁸⁸, così come attuato in Italia, salva-guarda il diritto delle parti alla tutela giudiziale, anche scongiurandone la decadenza e la prescrizione durante il procedimento della mediazione⁸⁹, che deve svolgersi nel rispetto della riservatezza⁹⁰ e tendere a raggiungere un accordo suscettibile di acquisire forza esecutiva⁹¹, in quanto sia rispettoso delle norme imperative e dell'ordine pubblico⁹². In questa cornice di legalità, pertanto, le parti esercitano la loro autonomia per raggiungere un accordo compositivo, dispositivo dei propri diritti, con l'assistenza del mediatore. La legislazione italiana, sempre sul piano del controllo della legalità, impone pure che per l'intero procedimento di mediazione le parti siano assistite dagli avvocati⁹³. Affinché si attribuisca forza esecutiva all'accordo di conciliazione che non sia contrario a norme imperative e all'ordine pubblico, inoltre, occorrono la sottoscrizione e la certificazione in tal senso degli stessi avvocati⁹⁴ o in difetto la positiva verifica condotta dal presidente del tribunale in sede di omologa⁹⁵. Se l'accordo concluso rientra tra quelli soggetti a trascrizione ex art. 2643 c.c., per eseguire la pubblicità immobiliare le sottoscrizioni devono essere autenticate da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. L'accordo raggiunto, inoltre, può prevedere il

⁸⁷ Art. 5, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

⁸⁸ Sullo statuto europeo della mediazione, C. PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2012.

⁸⁹ Art. 8 direttiva 2008/52/CE.

⁹⁰ Art. 7 direttiva 2008/52/CE.

⁹¹ Art. 6 direttiva 2008/52/CE.

⁹² Art. 12 d.lgs. n. 28/2010.

⁹³ Art. 8, comma 1 d.lgs. 28/2010.

⁹⁴ Art. 12 d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁵ Art. 12 d.lgs. n. 28/2010.

pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento⁹⁶.

Il successo della mediazione, per tanti versi, si basa sulla qualità del servizio compositivo e, in particolare, sulla capacità professionale del mediatore di condurre in maniera imparziale, indipendente ed efficace il procedimento finalizzato all'accordo delle parti⁹⁷. In base ai principi europei, la qualità della mediazione è affidata all'elaborazione e adozione di appositi codici etici ad opera dei centri di mediazione e dei mediatori⁹⁸, oltre all'efficacia dei meccanismi pubblici e privati di controllo⁹⁹. Un ruolo decisivo, ancora, assumono i percorsi formativi e di specializzazione dei mediatori¹⁰⁰, che non corrispondono a quelli delle altre tradizionali professionali legali¹⁰¹. Tanto esprime l'importanza della preparazione del mediatore affinché egli riesca a condurre professionalmente le parti attraverso il dialogo al superamento del conflitto e, quindi, a raggiungere un accordo che permetta loro di condividere una soluzione amichevole che sia conveniente per entrambe. In base alle finalità dichiarate della direttiva europea¹⁰², la mediazione costituisce uno strumento di accesso semplificato alla giustizia che si dimostra utile per garantire la coesione economica e sociale tra le parti in conflitto, specie nei rapporti di durata e di portata transfrontaliera¹⁰³. Per questa ragione se ne promuove la diffusione, con mi-

⁹⁶ Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁷ Artt. 3, lett. b), e 4, direttiva 2008/52/CE.

⁹⁸ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

⁹⁹ Art. 4, par. 1, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁰ Art. 4, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰¹ Art. 16 d.lgs. n. 28/2010, art. 4, comma 3, lett. b), Decreto del Ministero della Giustizia 18 ottobre 2010, n. 180 *“Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, ss.mm.”.*

¹⁰² Art. 1, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰³ Art. 2, direttiva 2008/52/CE.

sure non soltanto positive di incentivazione economica e fiscale, ma anche negative di tipo costrittivo e sanzionatorio¹⁰⁴.

Sotto il profilo sanzionatorio, i comportamenti sleali o non collaborativi della parte che in mediazione senza giustificato motivo non partecipi al procedimento, ovvero non accetti la proposta risolutiva formulata per iscritto dal mediatore, sono valutati dal giudice come elemento di prova contrario ed espone la stessa parte a conseguenze negative di tipo economico e processuale. Quando la mediazione è obbligatoria per legge¹⁰⁵ o per ordine del giudice¹⁰⁶, il mancato esperimento del procedimento non permette alla parte onerata di soddisfare la condizione di procedibilità/proseguibilità dell'azione giudiziale, che il giudice rileva anche d'ufficio¹⁰⁷. La mancata partecipazione alla mediazione della controparte, invece, costituisce un argomento di prova a suo carico (ai sensi dell'art. 112, comma 2, c.p.c.)¹⁰⁸ e, nelle mediazioni obbligatorie, la espone alla condanna al pagamento di una sanzione economica a favore dello Stato¹⁰⁹. La parte che non abbia accettato la proposta risolutiva scritta del mediatore avente un contenuto nella sostanza corrispondente a quello della successiva sentenza che definisce il giudizio, anche se risultasse accolta la sua domanda, è condannata dal giudice al pagamento delle spese mediazione, processuali ed eventualmente di somme aggiuntive a favore dello Stato¹¹⁰, oltre che dei danni per responsabilità processuale aggravata qualora abbia agito con dolo o in mala fede¹¹¹.

In altri termini, il comportamento sleale e non collaborativo della parte che nella mediazione obbligatoria si sottragga alla negoziazione del rapporto conflittuale finisce per incidere negativamente sulla tutela giudiziale della sua posizione. In tal sen-

¹⁰⁴ Art. 5, par. 2, direttiva 2008/52/CE.

¹⁰⁵ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁶ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁷ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁸ Art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁹ Art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁰ Art. 13, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹¹ Art. 96 c.p.c.

so, qualora non realizzi l'effettivo e leale negoziato, si attenuano la consistenza giuridica e la meritevolezza di tutela della sua posizione giuridica nei riguardi della controparte che, invece, tenga un comportamento collaborativo. La corretta gestione in mediazione del rapporto conflittuale, quindi, è vicenda giuridica che assume rilievo decisivo ai fini della piena tutelabilità dei diritti oggetto della controversia.

8. I sistemi ADR e ODR in materia di consumo. – Le istituzioni europee hanno pure introdotto un'organica disciplina dei sistemi ADR e ODR per i consumatori che si applica trasversalmente alla composizione stragiudiziale delle controversie nazionali e transfrontaliere derivanti dai rapporti contrattuali con i professionisti, senza limitazioni settoriali, né geografiche¹¹². La direttiva 2013/11/UE¹¹³ garantisce che i consumatori possano, su base

¹¹² Sulla disciplina europea in materia di ADR e ODR di consumo, AA.VV., *Consumer ADR in Europe*, a cura di C. Hodges, I. Benöhr, N. Creutzfeldt-Banda, Oxford, 2012; AA.VV., *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, a cura di P. Cortés, Oxford, 2016; E. GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2, 2018, pp. 409 ss.; E. STORSKRUBB, *Alternative dispute resolution in the Eu: regulatory challenges*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2016, pp. 9 ss.; P. CORTÉS, *A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward*, in *Legal studies*, 2015, pp. 114 ss.; E. THÉOCHARIDI, *Effectiveness of the adr directive: standard of average consumer and exceptions*, in *Eur. Rev. Private Law*, 2016, pp. 103 ss.; F.P. LUISSO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie tra i consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 1299 ss.; N. CREUTZFELD, *Implementation of the consumer ADR directive*, in *Jour. Eur. Consumer and Mark. Law*, 2016, pp. 169 ss.; E. BATELLI, *Esperienze e modelli europei di ADR. Una giustizia a misura di impresa?*, in *Riv. dir. impresa*, 3/2015, pp. 563 ss.; A. VALSECCHI, *I sistemi ADR nel settore finanziario: l'esperienza dei maggiori ordinamenti europei*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2011, 1, pp. 101 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; N. SOLDATI, *L'evoluzione delle procedure ADR in ambito bancario e finanziario nella disciplina dell'Unione europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2016, pp. 943 ss.

¹¹³ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori).

volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie¹¹⁴. È fatta salva la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario. Per garantire il diritto dei consumatori di accedere ai sistemi ADR di qualità, la direttiva impone l'osservanza di requisiti minimi armonizzati sia per gli organismi che per le procedure ADR, che gli Stati membri possono integrare e rafforzare¹¹⁵.

Anzitutto, gli organismi ADR, quali entità istituite su base permanente per gestire le procedure ADR¹¹⁶, sono tenuti a rispettare tutti i requisiti di qualità imposti dalla disciplina europea e da quella attuativa nazionale del Paese dove si sono stabiliti e devono essere iscritti nell'apposito elenco tenuto dall'Autorità nazionale competente¹¹⁷, che ha il compito della vigilanza e del monitoraggio¹¹⁸. I requisiti europei di qualità degli organismi ADR, in particolare, concernono l'accessibilità¹¹⁹ e la trasparenza¹²⁰ per il pubblico delle informazioni rilevanti e del servizio compositivo, che si realizzano principalmente a distanza attraverso il sito *web*. Sono parimenti significativi i requisiti di imparzialità, indipendenza e competenza¹²¹, che si riferiscono essenzialmente alla necessità di una qualificata collaborazione degli organismi con le persone incaricate di gestire professionalmente le procedure compositive. Tra i possibili limiti procedurali all'accesso al servizio compositivo, in particolare, sono da segnalare quelli relativi al mancato esperimento da parte del consumatore del tentativo di risoluzione diretta della contro-

¹¹⁴ Art. 1, direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁵ Art. 2, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁶ Art. 4, par. 1, lett. h), direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁷ Art. 20, par. 2, direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁸ Art. 20, direttiva 2013/11/UE.

¹¹⁹ Art. 5, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁰ Art. 7, direttiva 2013/11/UE.

¹²¹ Art. 6, direttiva 2013/11/UE.

versia con la controparte professionale¹²² ovvero al trascorre di oltre un anno di tempo dall'infruttuoso esperimento del tentativo stesso¹²³. In tal senso, l'avvenuto esperimento del tentativo di negoziato diretto tra le parti costituisce uno dei presupposti per l'attivazione della procedura di risoluzione extragiudiziale davanti agli organismi ADR.

La direttiva 2013/11/UE fissa pure i requisiti minimi di qualità delle procedure ADR modulati tra le diverse tipologie, a seconda che gli organismi si limitino a riunire le parti affinché raggiungano una soluzione amichevole, formulino una proposta risolutiva ovvero impongano una decisione¹²⁴. Mentre le prime due tipologie di procedure che, rispettivamente, utilizzano le tecniche facilitative e quelle valutative, hanno portata generale e sono automaticamente applicabili in tutti gli Stati dell'Unione, le procedure aggiudicative devono essere espressamente ammesse dai singoli Stati¹²⁵. Quanto all'ambito applicativo, inoltre, la direttiva 2013/11/UE si riferisce direttamente alle procedure avviate dai consumatori nei confronti dei professionisti¹²⁶, prevedendo che gli Stati possano includere anche quelle promosse dai professionisti¹²⁷. I requisiti europei di qualità delle procedure ADR sono espressi attraverso dei principi accompagnati all'esemplificazione delle principali declinazioni che riguardano le fasi di scelta, avvio, svolgimento e conclusione. Così, nell'ordine, si impone il rispetto dei requisiti di trasparenza¹²⁸, efficacia¹²⁹, equità¹³⁰, libertà¹³¹, legalità¹³². Si deve segna-

¹²² Art. 5, par. 4, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

¹²³ Art. 5, par. 4, lett. e), direttiva 2013/11/UE.

¹²⁴ Art. 2, par. 1, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁵ Art. 2, par. 4, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁶ Art. 2, par. 1, lett. g), direttiva 2013/11/UE.

¹²⁷ Art. 2, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁸ Art. 7, direttiva 2013/11/UE.

¹²⁹ Art. 8, direttiva 2013/11/UE.

¹³⁰ Art. 9, direttiva 2013/11/UE.

¹³¹ Art. 10, direttiva 2013/11/UE.

¹³² Art. 11, direttiva 2013/11/UE.

lare che tutte le procedure sono accessibili e gestibili sia *online* che *offline*¹³³, non possono superare una durata temporale massima prestabilita¹³⁴, lasciano libere le parti di avvalersi dell'assistenza legale¹³⁵ e per il consumatore sono gratuite¹³⁶.

Agli Stati membri è lasciata ampia autonomia nel rafforzare i requisiti di qualità e scegliere se la partecipazione alle procedure sia solamente volontaria ovvero imposta per legge o suggerita dal giudice¹³⁷. L'Italia ha recepito la direttiva novellando il codice del consumo nella parte V sull'accesso alla giustizia, mediante l'inserimento di un apposito titolo *II-bis* dedicato ai sistemi extragiudiziali di risoluzione delle controversie¹³⁸. Quanto

¹³³ Art. 8, lett. a), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁴ Art. 8, lett. e), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁵ Art. 8, lett. b), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁶ Art. 8, lett. c), direttiva 2013/11/UE.

¹³⁷ Art. 1, par. 1, direttiva 2013/11/UE.

¹³⁸ Decreto legislativo 6 agosto 2015, n. 130, recante "Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)". In proposito, v. P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 494 ss.; C. TROSI, *Composizione extragiudiziale delle controversie tra consumatori e professionisti. Il titolo II bis del codice del consumo*, in *Saggi in tema di controversie civilistiche e rimedi stragiudiziali*, Napoli, 2017, pp. 25 ss.; G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. e imp.*, 2016, pp. 504 ss.; A.M. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2017, pp. 1064 ss.; A.M. MANCALEONI, A. ZOPPINI, *La formazione del contratto elettronico e le ADR in rete*, *Commercio elettronico, autodisciplina e risoluzione stragiudiziale delle controversie*, a cura di A. Zoppini, S. Azzali, Milano, 2004, pp. 51 ss.; P. BARTOLOMUCCI, *sub art. 141*, *Commentario al codice del consumo*, a cura di G. Alpa, L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, pp. 486 ss.; M. BOTTINO, *La nuova normativa europea in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, *Contr. imp. Eur.*, 2014, pp. 396 ss.; C. PILIA-P. CORTÉS-P. VARGIU, *The Implementation of the Consumer ADR Directive in Italy*, in *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, cit., pp. 209 ss.; T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *Judicium*; V. MIRRA, *I sistemi di Alternative Dispute Resolution trovano nuovo vigore: il recepimento della Direttiva ADR e l'introduzione del*

all'ambito applicativo, non sono state ammesse le procedure ADR di tipo aggiudicativo¹³⁹, né quelle promosse dai professionisti verso i consumatori¹⁴⁰. Il codice del consumo ha però introdotto un'apposita disciplina per la negoziazione paritetica¹⁴¹, quale procedura ADR di elaborazione italiana che si affida a una commissione paritetica composta dai rappresentanti delle associazioni dei consumatori e dei professionisti. In quanto cofinanziata dalle associazioni e organizzazioni dei professionisti, la negoziazione paritetica è stata sottoposta a specifici requisiti di indipendenza e trasparenza, aggiuntivi rispetto a quelli generali, in conformità alle prescrizioni europee¹⁴².

L'esperimento delle procedure ADR, seppur di regola volontario¹⁴³, è stato imposto obbligatoriamente per legge come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale in numerosi casi¹⁴⁴. Anzitutto, l'obbligatorietà è prevista con riferimento alla mediazione in materia di consumo¹⁴⁵, alla conciliazione nelle controversie relative alle comunicazioni elettroniche¹⁴⁶ e in quelle relative all'energia elettrica, al gas e al servizio idrico integrato¹⁴⁷. In tali casi, per l'accesso alla tutela giudiziale occorre lo svolgimento della procedura ADR che, a sua volta, presuppone che nell'anno precedente sia avvenuto l'esperimento del negoziato diretto tra il consumatore

nuovo «Arbitro per le Controversie Finanziarie», in Rivista dell'arbitrato, 4, 2016, pp. 693 ss.; M. MARINARO, Spunti di riflessione per l'armonizzazione e la razionalizzazione dei sistemi di ADR per le liti dei consumatori, in Judicium.

¹³⁹ Art. 141, comma 4, cod. cons. C. MANCUSO, *La clausola compromissoria nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e consenso*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2018, pp. 1213 ss.; G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degjurisdizionalizzazione»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 793 ss.

¹⁴⁰ Art. 141, comma 8, lett. f), cod. cons.

¹⁴¹ Art. 141-ter, cod. cons.

¹⁴² Artt. 2, par 2, lett. lett. a), e 6, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

¹⁴³ Art. 141, comma 4, cod. cons.

¹⁴⁴ Art. 141, comma 6, cod. cons.

¹⁴⁵ Art. 141, comma 6, lett. a), cod. cons.

¹⁴⁶ Art. 141, comma 6, lett. b), cod. cons.

¹⁴⁷ Art. 141, comma 6, lett. c), cod. cons.

il professionista¹⁴⁸. L'inosservanza della sequenza negoziale, quindi, finisce per limitare l'accesso alla tutela giudiziale¹⁴⁹.

Con riferimento al mercato europeo digitale, il regolamento (UE) n. 524/2013¹⁵⁰ ha istituito la piattaforma europea ODR¹⁵¹ che costituisce un'infrastruttura informatica, accessibile liberamente e gratuitamente attraverso la rete, con servizio di traduzione in tutte le lingue ufficiali degli Stati membri, che fornisce informazioni e permette l'interazione tra consumatori, professionisti e organismi ADR¹⁵². La piattaforma costituisce il punto unico di accesso per l'avvio delle procedure ADR relative alle controversie scaturenti da rapporti contrattuali *online* tra consumatori e professionisti degli Stati membri dell'UE¹⁵³. La piattaforma ODR, peraltro, non è utilizzabile solo per la presentazione della domanda introduttiva della procedura ADR mediante la compilazione del modulo elettronico *online*¹⁵⁴, ma vi possono anche essere gestite le procedure con gli

¹⁴⁸ Art. 141-*bis*, comma 2, lett. b) ed e), cod. cons.

¹⁴⁹ Art. 141, comma 10, cod. cons.

¹⁵⁰ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori).

¹⁵¹ Art. 5 regolamento 524/2013.

¹⁵² In base al considerando n. 19 del regolamento 524/2013: *“La piattaforma ODR dovrebbe essere un sito web interattivo che offre un unico punto di accesso per consumatori e professionisti che desiderano risolvere in ambito extragiudiziale le controversie derivanti da operazioni online. La piattaforma ODR dovrebbe fornire informazioni generali sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie contrattuali tra professionisti e consumatori derivanti da contratti di vendita o contratti di servizi online. Essa dovrebbe consentire ai consumatori e ai professionisti di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico disponibile in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e di accludere i documenti pertinenti. Essa dovrebbe trasmettere i reclami all'organismo ADR competente. La piattaforma ODR dovrebbe inoltre mettere a disposizione gratuitamente uno strumento elettronico di gestione dei casi che consenta agli organismi ADR di condurre online la procedura di risoluzione della controversia con le parti mediante la piattaforma ODR stessa. Gli organismi ADR non dovrebbero essere tenuti a utilizzare lo strumento di gestione dei casi”*.

¹⁵³ Art. 5, par. 2, regolamento 524/2013.

¹⁵⁴ Art. 8 regolamento 524/2013.

organismi ADR che si siano registrati elettronicamente¹⁵⁵. La piattaforma ODR, inoltre, permette al consumatore di contattare direttamente il professionista per tentare il negoziato risolutore della controversia, prima di procedere all'instaurazione di una procedura ADR e poi dell'eventuale giudizio¹⁵⁶.

Il richiamato pacchetto legislativo europeo, con le norme attuative nazionali, in sintesi, ha infrastrutturato il sistema normativo, amministrativo e tecnologico della giustizia alternativa nell'Unione europea¹⁵⁷. Tanto ha facilitato la conoscenza e l'applicazione della mediazione e delle procedure ADR di consumo in base a principi e requisiti minimi comuni, che hanno però lasciato ampia autonomia sia agli Stati membri e sia a ciascun organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Funzionali a costruire un sistema europeo della giustizia alternativa di qualità sono i processi partecipativi di autodisciplina che coinvolgono gli organismi ADR, le autorità competenti, i punti di contatto ODR e la stessa Commissione, che condividono informazioni sulle criticità e le migliori prassi applicative¹⁵⁸.

La cooperazione istituzionale nello scambio di informazioni¹⁵⁹ e nell'assistenza¹⁶⁰ e adozione delle migliori prassi compositive¹⁶¹. In tal modo, si sviluppa la costruzione di un sistema davvero europeo della giustizia alternativa che sia capace di gestire non solo le controversie interne ai singoli Stati membri, ma anche quelle transfrontaliere con parti provenienti da tutti gli Stati dell'Unione. Il richiamato processo evolutivo, peraltro, trova nella crisi pandemica una straordinaria occasione di sperimentazione delle migliori soluzioni compositive extragiudiziali,

¹⁵⁵ Artt. 5, comma 4, lett. d), e 10, lett. d), regolamento 524/2013.

¹⁵⁶ V. Relazione 13.12.2017 della Commissione al parlamento europeo e al Consiglio sul funzionamento della piattaforma europea per la risoluzione delle controversie *online* istituita ai sensi del regolamento (UE) n. 524/2013 relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori.

¹⁵⁷ C. PILIA, *Aspectos de la mediación en el ámbito europeo*, Madrid, 2019

¹⁵⁸ Artt. 5 e 14, regolamento 524/2013.

¹⁵⁹ Art. 6, regolamento 524/2013.

¹⁶⁰ Art. 7, regolamento 524/2013.

¹⁶¹ Art. 7, par. 6, regolamento 524/2013

che permettano di ridurre la conflittualità sia interna e sia tra gli Stati membri e, al contempo, riaffermare la coesione economica e sociale dell'intera Unione europea.

Le istituzioni europee, infatti, si accingono ad approvare piani economici straordinari di finanziamento per mitigare gli effetti negativi della crisi pandemica e per sostenere il rilancio dell'economia¹⁶². Il principio di solidarietà che ispira gli interventi europei, peraltro, viene realizzato mediante il finanziamento di programmi di riforme e innovazioni che pongano rimedio a strutturali criticità del passato, a cominciare da quelle dell'inefficiente funzionamento della giustizia¹⁶³. Siffatte criticità, invero, sono destinate ad accentuarsi con la conflittualità interna e transfrontaliera originata dalla pandemia Covid-19.

9. *La negoziazione assistita tramite avvocati*. – La legislazione italiana sulla degiurisdizionalizzazione del contenzioso¹⁶⁴, inoltre,

¹⁶² In particolare, il *Recovery and resilience fund* e il Meccanismo europeo di stabilità (MES). Con riferimento ai sistemi di finanziamento della crisi in Europa, v. AA.VV., *Andamento congiunturale*, in *Riv. dott. comm.*, 3, 2020, pp. 525 ss.; A. VILLAGRAFRANCA, *MES: cos'è e come funziona*, in *ISPI*, 16 marzo 2020, in *MES: ecco cos'è e come funziona il fondo salva-stati (ispionline.it)*.

¹⁶³ V. MAGLIONE, B.L. MAZZEI, *La giustizia civile punta sui fondi Ue*, in *Il sole24ore*, 5 Agosto 2020.

¹⁶⁴ Legge 10 novembre 2014, n. 162 di conversione, con modificazioni, del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 recante «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*». Al riguardo, v. AA.VV., *Processo civile efficiente e riduzione arretrato* a cura di F. Luiso, Torino, 2014; AA.VV., *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel D.L. 132/2014 convertito in L. 162/2014* a cura di F. Santangeli, Roma, 2015; AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 17 ss.; AA.VV., *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio*, a cura di Sergio Chiarloni, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, pp. 1257 ss.; M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo*, Messina, 2014; C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della «degiurisdizionalizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2014, pp. 1173 ss.; L. ANSALDI, *Il crescente ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Contratti*, 2/2015, pp. 203 ss.; UFFICIO STUDI DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Il ruolo dell'av-*

ha introdotto un nuovo meccanismo extragiudiziale di risoluzione consensuale delle controversie, la negoziazione assistita tramite avvocati¹⁶⁵, che ha assunto un ruolo fondamentale e una portata generale nel contenzioso privatistico, interessando trasversalmente gli ambiti civile e commerciale¹⁶⁶ e quello familiare¹⁶⁷. Il nuovo tipo di negoziato si caratterizza per la necessaria presenza dei legali delle parti¹⁶⁸, che le assistono nel tentativo di raggiungere un accordo amichevole della controversia. L'esper-

vocato nelle ADR al tempo della "degiurisdizionalizzazione" (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014), in *Contratto e impresa*, 1/2015, pp. 231 ss.; S. CHIARLONI, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2015, pp. 221 ss.

¹⁶⁵ Artt. 2-11 d.l. n. 132/2014. G. DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2014; P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad litem ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, pp. 514 ss.

¹⁶⁶ Art. 2 d.l. n. 132/2014.

¹⁶⁷ Art. 6 d.l. n. 132/2014. Sulla degiurisdizionalizzazione dei conflitti familiari, v. F. DANOVÌ, *L. 10 novembre 2014, n. 162. I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e diritto*, 12/2014, pp. 1141 ss.; Id., *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Famiglia e diritto*, 11/2015, pp. 1043 ss.; G. GABASSI, *Separazione e divorzio semplificato o complicati? Prime note agli artt. 6 e 12 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in L. 10 novembre 2014, n. 162*, in *Studium Iuris*, 2/2015, pp. 132 ss.; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e diritto*, 3/2015, pp. 295 ss.; M. CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in *Quale giustizia*, 2015, www.qualegiustizia.it; M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corriere giuridico*, 4/2015, pp. 515 ss.; S. CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2015, pp. 711 ss.; G.A. PARINI, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *NGCC*, 2015, II, pp. 602 ss.; A. TRINCHI, *La negoziazione assistita nei procedimenti di famiglia*, in *Studium Iuris*, 2016, pp. 135 ss., 284 ss.; A. BOVE, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Rivista di diritto processuale*, 4-5/2017, pp. 891 ss.; M. SESTA, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia e di regole processuali*, in *Famiglia e diritto*, 12/2017, pp. 1145 ss.

¹⁶⁸ In base al d.l. n. 132/2014, la convenzione di negoziazione assistita nelle controversie civili e commerciali può essere sottoscritta da uno o più avvocati (art. 2, commi 1 e 5), mentre nelle controversie familiari occorre la sottoscrizione di almeno un avvocato per ciascuna parte (art. 6, comma 1).

mento del procedimento è stato imposto obbligatoriamente per legge quale condizione di procedibilità dell'azioni per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, e per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro¹⁶⁹. Più in generale, il procedimento può essere volontariamente utilizzato per tutte le controversie sui diritti disponibili in materia civile e commerciale¹⁷⁰, oltre per quelle di separazione, divorzio, scioglimento delle unioni civili¹⁷¹ e di modifica delle relative condizioni¹⁷².

La disciplina legale, per un verso, prevede che le parti debbano cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati, entro un termine concordato nell'osservanza dei limiti temporali prestabiliti¹⁷³. Il mancato esperimento della negoziazione assistita obbligatoria impedisce l'avverarsi della condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, rilevabile anche d'ufficio dal giudice¹⁷⁴. L'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita, inoltre, deve contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio¹⁷⁵, della responsabilità processuale aggravata della parte che agisca con dolo o in mala fede¹⁷⁶ e della concessione della

¹⁶⁹ Art. 3, comma 1, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁰ Art. 2, comma 2, lett. b), d.l. n. 132/2014, che esclude dall'ambito applicativo delle controversie civili e commerciali quelle riguardanti diritti indisponibili e vertenti in materia di lavoro.

¹⁷¹ Art. 1, comma 25, legge 20 maggio 2016, n. 76 recante "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*".

¹⁷² Art. 6 d.l. n. 132/2014.

¹⁷³ Ai sensi dell'art. 2, comma 3, d.l. n. 132/2014, il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso, non può essere non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le stesse parti.

¹⁷⁴ Art. 3, comma 1, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁵ Art. 4, comma 1, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁶ Art. 96 c.p.c.

provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo¹⁷⁷. Costituiscono illeciti disciplinari per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato¹⁷⁸, ovvero tenere comportamenti contrari agli obblighi di lealtà e riservatezza¹⁷⁹.

L'accordo di negoziazione raggiunto dalle parti con l'assistenza degli avvocati, inoltre, acquisisce forza esecutiva allorquando gli stessi avvocati lo sottoscrivano e certifichino che non è contrario a norme imperative e all'ordine pubblico¹⁸⁰. Se l'accordo concluso dalle parti rientra tra quelli soggetti a trascrizione, per dare pubblicità occorre che le sottoscrizioni siano autenticate da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato¹⁸¹.

Con riferimento alle controversie familiari, l'accordo di negoziazione assistita tramite gli avvocati produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali di definizione dei giudizi di separazione, divorzio e modificazione delle relative condizioni¹⁸². In

¹⁷⁷ Art. 642, comma 1, c.p.c.

¹⁷⁸ Art. 5, comma 4, d.l. n. 132/2014.

¹⁷⁹ Art. 9, comma 4-bis, d.l. n. 132/2014.

¹⁸⁰ Art. 5 d.l. 132/2014. A. SPERTI, *Rilevanza in executivis della certificazione degli avvocati circa la conformita' dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 3/2018, pp. 536 ss.; C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 2016, pp. 1287 ss.

¹⁸¹ Art. 5, comma 3, d.l. 132/2014. Al riguardo, G. FREZZA, «Degiurisdizionalizzazione», *negoziazione assistita e trascrizione (l. 10 novembre 2014, n. 162, di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132)*, in *NLCC*, 1-2015, pp. 18 ss.; M. KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, in *www.notariato.it*; F. AULETTA, *Notariato e giurisdizione. La trascrizione dell'accordo di negoziazione per nulla osta del P.M.: il caso Pordeone*, in *Notariato*, 3/2017, pp. 237 ss.; P. CARDINALE, *Sulla trascrizione di accordi di negoziazione assistita contenenti trasferimenti immobiliari*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, pp. 1603 ss.; A. CARDOSI, «Sulla trascrizione degli accordi di negoziazione assistita in materia familiare», in *NGCC*, 9/2017, pp. 1167 ss.; A. TODESCHINI PREMUDA, *La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *NGCC*, 1/2018, pp. 124 ss.; E. FABIANI, M. LEO, *Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2018, pp. 50 ss.

¹⁸² Art. 6, comma 3, d.l. n. 132/2014.

presenza di figli, a tutela dei loro interessi¹⁸³, l'accordo raggiunto dai genitori deve essere sottoposto al vaglio di legalità del procuratore della Repubblica che si attegga diversamente a seconda che la prole sia maggiorenne¹⁸⁴ ovvero minorenni e, comunque, in situazioni di debolezza economica o di salute¹⁸⁵. In caso di accordo, l'avvocato è tenuto a curarne la tempestiva pubblicità nei registri dello stato civile del comune competente¹⁸⁶, a pena dell'applicazione delle sanzioni amministrative pecunia-

¹⁸³ Sulla tutela degli interessi dei minori, v. F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Famiglia e diritto*, 2/2015, pp. 157 ss.; Id., *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Famiglia e diritto*, 4/2015, pp. 390 ss.; A. RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, pp. 1400 ss.; A. NASCOSI, *I poteri del Presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita*, in *NGCC*, 2015, I, pp. 695 ss.; F. DANOVÌ, *Negoziazione assistita e figli nati fuori del matrimonio: il tribunale può sanare l'erroneo utilizzo dello strumento?*, in *Famiglia e diritto*, 7/2016, pp. 687 ss.; Id., *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Famiglia e diritto*, 1/2017, pp. 69 ss.; M.P. CALOGERO, *Negoziazione assistita familiare: poteri del Procuratore della Repubblica e del Presidente del Tribunale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, pp. 2110 ss.; P. LAI, *La negoziazione assistita nella crisi familiare: un mosaico in via di composizione?*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2019, pp. 782 ss.

¹⁸⁴ Più precisamente, ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014: *"In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3"*.

¹⁸⁵ Ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.l. n. 132/2014: *"In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. All'accordo autorizzato si applica il comma 3"*.

¹⁸⁶ Art. 6, comma 3, d.l. n. 132/2014.

rie¹⁸⁷. In mancanza di prole minorenni o, comunque, in situazioni di debolezza, l'accordo di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni può essere raggiunto dai coniugi davanti all'ufficiale di stato civile, senza necessità dell'assistenza dei legali¹⁸⁸.

La negoziazione assistita tramite avvocati, quindi, costituisce un importante meccanismo compositivo collaborativo che permette lo svolgimento di un effettivo negoziato tra le parti per dirimere consensualmente le controversie privatistiche, utilizzabile dalle parti allorquando direttamente non riescano a trovare un accordo rimediale anche rispetto alle sopravvenienze pandemiche. In tal senso, infine, possono operate altri procedimenti conciliativi davanti agli organismi delle camere di commercio istituiti per la risoluzione delle controversie tra professionisti¹⁸⁹, tra professionisti e consumatori e utenti¹⁹⁰, ovvero davanti agli organismi di gestione del sovraindebitamento previsti dal codice della crisi d'impresa¹⁹¹.

¹⁸⁷ Art. 6, comma 4, d.l. n. 132/2014.

¹⁸⁸ Art. 12 d.l. n. 132/2014.

¹⁸⁹ Legge 18 giugno 1998, n. 192 *"Disciplina della subfornitura nelle attività produttive"*, art. 10 (Conciliazione e arbitrato): *"1. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 5, comma 4, le controversie relative ai contratti di sub-fornitura di cui alla presente legge sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580. 2. Qualora non si pervenga ad una conciliazione fra le parti entro trenta giorni, su richiesta di entrambi i contraenti la controversia è rimessa alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio di cui al comma 1 o, in mancanza, alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio scelta dai contraenti. 3. Il procedimento arbitrale, disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile, si conclude entro il termine massimo di sessanta giorni a decorrere dal primo tentativo di conciliazione, salvo che le parti si accordino per un termine inferiore"*.

¹⁹⁰ Legge 580/1993 *"Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura"*, art. 2 (Compiti e funzioni), comma 2, lett. g): *costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti*.

¹⁹¹ S. CERRATO, *Il mosaico dell'arbitrato al tempo del Codice della crisi: nuove vague o antiche aporie*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2020, pp. 66 ss.; G. BENVENUTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 3, 2019, pp. 537 ss.

10. *La salvaguardia della tutela giudiziale.* – Negli evocati meccanismi compositivi stragiudiziali, l'attivazione dei procedimenti vale a interrompere la prescrizione e impedisce per una volta la decadenza dei diritti¹⁹². Tanto scongiura il rischio che il tempo occorrente all'espletamento del procedimento compositivo, avente una prestabilita durata massima¹⁹³, possa pregiudicare la tutela giudiziale. In ogni caso, la tutela giudiziale può essere immediatamente azionata nei casi di urgenza per chiedere la necessaria adozione delle misure cautelari¹⁹⁴. Così come i provvedimenti giudiziali, inoltre, gli accordi compositivi sono suscettibili di acquisire forza esecutiva¹⁹⁵ e, altresì, di essere trascritti nei registri immobiliari¹⁹⁶. Le richiamate discipline dei sistemi compositivi extragiudiziali, più in generale, contengono precise garanzie procedurali e sostanziali di effettività e legalità dell'attività di negoziato che sono gestibili anche attraverso i mezzi elettronici di comunicazione a distanza e sfruttano gli ampi spazi dell'autonomia negoziale di cui godono le parti.

I procedimenti ADR e ODR costituiscono un'opportunità per gestire la conflittualità collegata alla crisi pandemica Covid-19, senza dover ricorrere all'autorità giudiziaria che in questa fase soffre ancora più gravi limiti di operatività. L'applicazione generalizzata delle prescrizioni sanitarie di contrasto dei contagi e delle misure di sicurezza, infatti, hanno comportato per mesi la chiusura forzata degli uffici giudiziari e la sospensione delle attività processuali anche nelle controversie privatistiche, in materia civile, com-

¹⁹² Per la mediazione civile e commerciale ex art. 5, comma 6, d.lgs. 20/2010; per ADR di consumo art. 141-*quinquies* cod. cons.; per la negoziazione assistita tramite avvocati ex art. 8 d.l. 132/2014.

¹⁹³ La durata massima di 90 giorni per la mediazione ex e per ADR di consumo ex art. 141-*quater*, comma 3, lett. e), mentre per la negoziazione assistita tramite avvocati la durata concordata tra le parti non può essere inferiore termine minimo di un mese e massimo di tre mesi ex art. comma 2, d.l. 132/2014.

¹⁹⁴ Per la mediazione art. 5, comma 4, d.lgs. 28/2010, per la negoziazione assistita tramite avvocato art. 3, comma 3, d.l. 132/2014.

¹⁹⁵ Per la mediazione art. 12 d.lgs. 28/2010 e per la negoziazione assistita art. 5 d.l. 132/2014. Al riguardo, v. A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in *Corriere giuridico*, 3/2015, pp. 390 ss.

¹⁹⁶ Per la mediazione art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010 e per la negoziazione assistita art. 5, comma 3, d.l. 132/2014.

merciale, di consumo e familiare¹⁹⁷. Solo le cause urgenti e indifferibili sono state trattate grazie all'adozione di soluzioni emergenziali a distanza, sia mediante lo scambio di memorie scritte difensive fuori udienza e sia attraverso la convocazione di udienze celebrate in videoconferenza dai giudici con gli avvocati¹⁹⁸. Tutte le altre udienze sono state differite, per dare la possibilità al sistema giudiziario di adeguarsi alle nuove modalità di lavoro del personale amministrativo, dei magistrati e degli avvocati¹⁹⁹. Sono perciò prevedibili l'incremento dei carichi giudiziari arretrati e l'allungamento dei tempi processuali che contribuiranno all'accentuazione della crisi cronica della giurisdizione. Già prima dell'emergenza pandemica, infatti, il sistema giudiziario italiano soffriva di un sovraccarico di contenzioso e versava in una situazione di grave e strutturale inefficienza. La pandemia ha messo a nudo le criticità della tradizionale gestione presenziale della giurisdizione contenziosa e costringe all'immediata adozione di profonde riforme delle tutele giudiziali ed extragiudiziali, che siano capaci di dare adeguate risposte alle rinnovate esigenze di giustizia²⁰⁰.

L'insostituibile ruolo dei giudici nel sistema di tutela dei diritti, in ogni caso, deve salvaguardarsi anche in questa situazione straordinaria, ancorché sia da declinare con modalità differenti. Con le

¹⁹⁷ A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 3 ss.;

¹⁹⁸ F. RICCIULLI, *Il contraddittorio e il principio di oralità nel processo "emergenziale"*, nota a Consiglio di Stato 21 aprile 2020, n. 2539, sez. VI, in *Il processocivile.it*; A. STERLICCHIO DE CARLI, *Giusto processo e oralità: il "contraddittorio cartolare coatto" nell'emergenza da COVID-19*, nota a T.A.R. Napoli, 29 maggio 2020, n. 2074, sez. I, in *Ilprocessotelematico.it*; REDAZIONE SCIENTIFICA, *Separazioni e divorzi: prosegue anche a Brescia la trattazione a distanza*, nota al decreto 17 aprile 2020 del Presidente del Tribunale di Brescia, in *Il familiatista.it*

¹⁹⁹ Art. 83 (Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare), Decreto Legge 17 marzo 2020, n. 18 *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27.

²⁰⁰ M. RUBINO DE RITIS, *Gli effetti della pandemia sull'economia digitale*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 259 ss.

attese riforme, le tutele giudiziali contempleranno nuove e più efficaci modalità di intervento rispetto a quelle ordinarie affidate all'emissione della decisione con sentenza all'esito del processo²⁰¹. In particolare, nella gestione del contenzioso, sia quello pregresso che il nuovo, occorre considerare l'impatto delle sopravvenienze emergenziali e delle novità normative che hanno profondamente modificato anche il quadro di diritto sostanziale e processuale. Pure nelle tutele giudiziali, pertanto, assumono un ruolo strategico le pratiche collaborative che portano a privilegiare le soluzioni consensuali raggiunte con l'accordo delle parti su sollecitazione del giudice. In tal senso, il giudice potrebbe tentare direttamente di fare conciliare le parti²⁰², anche mediante la formulazione di un'apposita proposta transattiva²⁰³, ovvero impartire alle parti l'ordine di esperire la mediazione finalizzata alla conciliazione²⁰⁴.

²⁰¹ Libro secondo (Del processo di cognizione), Titolo I (Del procedimento davanti al tribunale), Capo III (Della decisione della causa), artt. 275 ss., c.p.c.

²⁰² Art. 185 (*Tentativo di conciliazione*) c.p.c.: *"Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il giudice istruttore ha altresì facoltà di fissare la predetta udienza di comparizione personale a norma dell'articolo 117. Quando è disposta la comparizione personale, le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale il quale deve essere a conoscenza dei fatti della causa. La procura deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve attribuire al procuratore il potere di conciliare o transigere la controversia. Se la procura è conferita con scrittura privata, questa può essere autenticata anche dal difensore della parte. La mancata conoscenza, senza giustificato motivo, dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata ai sensi del secondo comma dell'articolo 116.*

Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione.

Quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo".

²⁰³ Art. 185-bis (*Proposta di conciliazione del giudice*) c.p.c.: *"Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice".* M. RUVOLO, *La mediazione ex officio judicis e la proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 7, 2014, pp. 1001 ss.

²⁰⁴ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

Le pratiche collaborative, anche per le liti pendenti, potrebbero attivarsi in via immediata e gestirsi anche da remoto, tanto mediante scambio di atti e documenti, quanto attraverso l'utilizzo di sistemi di videoconferenza. Quest'ultima modalità permetterebbe la partecipazione diretta e personale delle stesse parti, oltre che degli avvocati, per sostenere il negoziato finalizzato al raggiungimento di un accordo compositivo. Sarebbe opportuno, infatti, che ai fini dell'effettività del negoziato sia assicurata la partecipazione personale delle parti, non ritenendosi sufficiente la rappresentanza dell'avvocato che le assiste²⁰⁵, come ha già affermato della giurisprudenza con riguardo alla mediazione²⁰⁶. La decisione di intraprendere il negoziato, le modalità di conduzione del procedimento compositivo e la costruzione dell'eventuale accordo risolutivo esprimono altrettan-

²⁰⁵ L'art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010 prevede che: "Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento". La questione controversa attiene alla necessità della partecipazione personale delle parti, oltre che degli avvocati che le assistono, all'incontro programmatico del procedimento di mediazione, per esprimersi sulla possibilità di iniziare la mediazione. Per contrastare la prassi applicativa nella quale l'avvocato difensore in rappresentanza del cliente si limitava a riferire dell'indisponibilità a iniziare la mediazione, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che solo la partecipazione personale della parte (o di un procuratore speciale diverso dall'avvocato) all'incontro programmatico, in caso di mancato accordo, permetta di realizzare la condizione di procedibilità dell'azione giudiziale (art. 5, comma 2-bis, d.lgs. n. 28/2010).

²⁰⁶ Cass. n. 18068/2019 e Cass. n. 8473/2019, in M. RUVOLO, *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione e sull'effettività del tentativo di conciliazione: - considerazioni critiche*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 12/2019, pp. 1533 ss.; A. MELUCCO, *Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 1/2020, pp. 434 ss.; F. LUISSO, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 10/2019; F. FERRARIS, *Mediazione obbligatoria. Partecipazione personale ed effettività del procedimento: - verso una eterogenesi dei fini?*, in *I Contratti*, n. 3/2019, pp. 2128 ss.; F. FERRARIS, *Mediazione obbligatoria. Partecipazione personale ed effettività del procedimento: - verso una eterogenesi dei fini?*, in *I Contratti*, n. 3/2019, pp. 273 ss.

te scelte partecipative delle parti che dispongono dei propri diritti, compiendo valutazioni personali di natura non solo economica, ma anche solidaristica.

Alla prima occasione processuale, perciò, i giudici dovrebbero sollecitare, tramite gli avvocati, l'individuazione di soluzioni conciliative nelle quali siano le stesse parti a valutare l'incidenza delle sopravvenienze sul rapporto controverso, prima di dare ulteriore corso all'attività processuale e, comunque, di adottare la decisione della lite. La negoziazione condotta attraverso i molteplici procedimenti conciliativi costituisce un passaggio fondamentale per l'efficiente gestione delle sopravvenienze anche in sede giudiziale, attraverso la ricerca delle soluzioni preferibili che sono quelle condivise dalle stesse parti in lite. La soluzione conciliativa permette una composizione rapida e amichevole del conflitto, che preserva la buona relazione tra le parti e contribuisce alla coesione economica e sociale del Paese. Non meno significativa, inoltre, è la funzione deflativa del contenzioso giudiziario esistente, che sarebbe definito senza necessità di attendere l'integrale svolgimento delle fasi del litigio processuale. La soluzione aggiudicativa imposta dal giudice, pertanto, dovrebbe costituire l'approdo residuale per il fallimentare esperimento delle tutele collaborative sia prima che durante il processo. La decisione del giudice, inoltre, dovrebbe muovere dalla valutazione delle condotte collaborative tenute dalle parti, prima di affrontare il merito della questione controversa vertente su diritti disponibili²⁰⁷.

In caso di insuccesso della conciliazione, infatti, i giudici dovrebbero valutare negativamente i comportamenti non collaborativi tenuti dalle parti che, ad esempio, senza giustificato motivo si siano sottratte all'attività di effettiva negoziazione ovvero

²⁰⁷ L'art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, individua alcuni fattori significativi ai fini dell'esercizio discrezione del potere del giudice di ordinare la mediazione, prevedendo che *"il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione"*. M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 3, 2018, pp. 459 ss.; F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in www.judicium.it; A. GRAZIOSI, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2019, pp. 37 ss.;

abbiano rifiutato la proposta conciliativa del giudice o del mediatore. Siffatti comportamenti, già sanzionati dalle richiamate discipline delle procedure compositive extragiudiziali²⁰⁸ e giudiziali²⁰⁹, si pongono in diretto contrasto con i principi generali di solidarietà e buona fede che si impongono in maniera cogente sia nell'esercizio dell'autonomia compositiva delle parti e sia nella decisione aggiudicativa del giudice.

In ogni caso, qualora manchi l'effettiva rinegoziazione dei rapporti e, comunque, non si raggiungano accordi conciliativi mediante i meccanismi compositivi consensuali extragiudiziali e giudiziali, ciascuna parte potrà invocare il diritto alla tutela aggiudicativa giudiziale. Con riguardo alle sopravvenienze collegate alla pandemia Covid-19, il giudice dovrà valutare se l'iniziale equilibrio delle posizioni sia stato alterato in maniera significativa per effetto della pandemia e, in caso positivo, adottare i provvedimenti necessari a ripristinarlo. Pur restando controversi sia l'ammissibilità che i limiti di siffatto potere giudiziale correttivo del contenuto del rapporto, invero, se ne afferma la necessità per garantire che la tutela dei diritti si realizzi nel rispetto della cornice di legalità e dei principi generali che governano l'intero ordinamento.

In attesa di un intervento legislativo organico che, sul piano sostanziale delle tutele, adegui la vigente disciplina delle sopravvenienze contrattuali ai paradigmi generali della buona fede e della solidarietà, saranno i giudici a dover valutare in concreto se e in quali termini le situazioni giuridiche invocate dalle parti in conflitto restino meritevoli di tutela. Sarebbe perciò da promuovere e in qualsiasi modo favorire l'effettiva rinegoziazione dei rapporti tra le parti, da realizzare anche mediante i procedimenti extragiudiziali e giudiziali di composizione amichevole delle controversie. In tal senso, dalla pratica negoziale potrebbero scaturire ulteriori elementi utili a concretizzare il nuovo paradigma della solidarietà che passa anche attraverso un'assunzione di responsabilità verso gli altri, che superi i testuali obblighi legali o convenzionali che vincolano e responsabilizzano ciascun soggetto in un contesto comunitario.

²⁰⁸ Per la mediazione: artt. 8, comma 4-*bis*, e 13 d.lgs. n. 28/2010; per la negoziazione assistita: art. 4, comma 1, d.l. n. 132/2014.

²⁰⁹ Per la conciliazione giudiziale art. 185, comma 1, c.p.c.

11. *L'attuazione della responsabilità sociale.* – Nel prospettare i nuovi scenari delle tutele post Covid-19, anzitutto, si auspica che i percorsi collaborativi si sviluppino in maniera generalizzata, tanto nelle sedi extragiudiziali quanto in quelle giudiziali, al fine di scongiurare gli effetti devastanti dell'accumularsi dell'enorme contenzioso giudiziario che finirebbe per paralizzare le relazioni e minacciare la coesione economica e sociale del Paese²¹⁰. Un siffatto rischio di implosione del sistema, in quanto foriero di effetti addirittura peggiori di quelli finora provocati dalla pandemia, dovrebbe essere disinnescato con il contributo di tutti: dai decisori politici preposti all'approvazione delle necessarie riforme, ai giudici che hanno il compito di controllare la corretta applicazione dei principi e delle norme vigenti, ai centri di risoluzione extragiudiziale delle controversie che favoriscono le soluzioni conciliative tra contendenti, ai professionisti incaricati di assistere le parti nella risoluzione amichevole dei conflitti, ai titolari delle posizioni giuridiche in conflitto che dovrebbero procedere responsabilmente alla rinegoziazione dei rapporti per ripristinare la situazione di equilibrio che sia sostenibile.

Se sui vantaggi delle soluzioni conciliative per le parti in conflitto e per l'intero sistema non occorre soffermarsi, rimane aperta la questione più delicata attinente all'individuazione del fondamento giuridico che giustifica l'obbligo generalizzato di avvalersi delle tutele collaborative²¹¹. In altri termini, occorre verificare per quali ragioni le parti sarebbero tenute a ripristinare l'equilibrio dei loro rapporti, perché dovrebbero procedere all'effettiva rinegoziazione in modo che siano esse stesse a individuare la soluzione conciliativa più appropriata che prevenga o definisca la loro controversia²¹². Al riguardo, in estrema sintesi, possono prospettarsi almeno due fondamenti giuridici, l'uno di tipo normativo-prescrittivo, ancorato

²¹⁰ C. PILIA, *Las reformas en sentido solidario*, in AA.VV., *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección de la familia en tiempos de crisis*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020, pp. 17 ss.

²¹¹ Al riguardo, con riferimento all'emergenza pandemica, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, cit., pp. 583 ss.

²¹² F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, Borsa Titoli di Credito*, 2, 2020, pp. 198 ss.

alle norme e ai principi generali che impongono alle parti l'obbligo di rinegoziare; l'altro di tipo volontaristico-solidale, scaturente dalla spontaneità della scelta di assumersi una responsabilità sociale e impegnarsi su base volontaria ad attuare comportamenti collaborativi e solidali verso il prossimo e la collettività.

Sul primo versante, quanto al fondamento prescrittivo, sono stati già richiamati i principali indici normativi che, di regola prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria, impongono alle parti l'obbligo di avvalersi dei sistemi extragiudiziali di composizione consensuale delle controversie civili e commerciali²¹³, oltre che per quelle di consumo²¹⁴. Le corrispondenti discipline, peraltro, ricollegano effetti diversi, positivi e negativi, ai comportamenti delle parti a seconda che siano collaborativi e portino all'accordo²¹⁵ ovvero siano improntati all'indisponibilità al negoziato²¹⁶. Pure le normative processuali, come detto, contengono disposizioni che obbligano le parti a tentare la conciliazione, sia essa imposta per legge²¹⁷ ovvero disposta dal giudice²¹⁸, per trovare una soluzione consensuale della lite, ancora una volta, con la previsione degli effetti positivi e negativi in ragione della diversa natura dei loro comportamenti.

L'obbligo di trovare una soluzione amichevole mediante la rinegoziazione, sempre sul versante prescrittivo, con particolare riferimento alle sopravvenienze nei rapporti contrattuali di durata, in attesa dell'approvazione della novella del codice civile²¹⁹, è

²¹³ Per la mediazione, l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 e per la negoziazione assistita tramite avvocati l'art. 2, comma 1, d.l. n. 132/2010.

²¹⁴ Per le ADR di consumo, l'art. 141, comma 6, cod. cons.

²¹⁵ Per la mediazione, gli artt. 11, 12, 17 e 20, d.lgs. 28/2010 e per la negoziazione assistita tramite avvocati gli artt. 5 e 6 d.l. n. 132/2010.

²¹⁶ Per la mediazione, gli artt. 8 e 13, d.lgs. n. 28/2010 e per la negoziazione assistita tramite avvocati l'art. 4 d.l. 132/2010.

²¹⁷ Nelle controversie familiari, art. 708 (Tentativo di conciliazione e provvedimenti del presidente) c.p.c.: *"All'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentando la conciliazione"*.

²¹⁸ Artt. 185 e 185-*bis* c.p.c.

²¹⁹ Con riguardo al disegno di legge governativo per la riforma della disciplina del codice civile in materia di sopravvenienze contrattuali, v.

stato fondato sui principi generali di solidarietà e buona fede²²⁰. L'applicazione di siffatti principi, per un verso, imporrebbe alle parti l'obbligo generalizzato della rinegoziazione dei loro rapporti e, per altro verso, attribuirebbe ai loro comportamenti effetti di segno opposto, positivi e negativi, a seconda dei casi, in conformità alle specifiche discipline dettate in materia di procedimenti compositivi extragiudiziali e giudiziali di natura consensuale. Tanto gli strumenti ADR/ODR, quanto la rinegoziazione, peraltro, possono essere esperiti anche volontariamente, pur in assenza di una prescrizione legale o di un ordine giudiziale, allorché siano le stesse parti ad essersi impegnate convenzionalmente in tal senso²²¹, ovvero a scegliere di farlo, esercitando la loro autonomia a tutela non solo dei propri interessi²²².

Sul piano delle fonti normative, in occasione dell'approvazione della legislazione finalizzata al rilancio dell'Italia, è stata inserita una nuova prescrizione d'obbligatorietà della mediazione, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, per tutte le controversie contrattuali scaturenti dalla crisi pandemica²²³. L'obbligatorietà della mediazione, pertanto, si affianca alle altre disposizioni emergenziali che attribuiscono rilevanza esimente della responsabilità all'inattuazione delle prestazioni dovuta al

²²⁰ In tal senso, v. nota 47.

²²¹ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

²²² Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

²²³ L'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, ha introdotto il comma 6-bis, del citato art. 3, del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, che dispone "6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti". L'art. 1, comma 1, della legge 25 giugno 2020, nel convertire con modifiche il d.l. 30 aprile 2020 n. 28, ha disposto che "All'art.3 del d.l. 23.2.20 n. 6 convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020 n.13 dopo il comma 6-bis è inserito il seguente: 6-ter nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi dell'art.6 bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1 bis dell'articolo 5 del Decreto Legislativo 28/10, costituisce condizione di procedibilità della domanda".

rispetto delle prescrizioni sanitarie²²⁴. In tal modo, le disposizioni sostanziali e quelle sulle tutele collaborative si saldano e indicano una precisa tendenza evolutiva che dovrebbe permeare l'intero ordinamento, quanto allo svolgimento dell'attività giudiziaria, di quella extragiudiziaria degli organismi ADR e dell'attività di rinegoziazione delle stesse parti in conflitto che dovrebbero cercare una soluzione amichevole.

Sul secondo versante giuridico, quanto al fondamento volontaristico-solidale dell'obbligo di rinegoziazione, potrebbe invocarsi in generale la responsabilità sociale. A tale stregua, i soggetti si impegnerebbero su base volontaria ad attuare comportamenti collaborativi e solidali verso il prossimo e la collettività. Pur in assenza di una prescrizione normativa vincolante o di un ordine perentorio del giudice, e superando l'approccio egoistico dell'immediata tutela del proprio esclusivo interesse, il soggetto che fosse disponibile a negoziare contribuirebbe anche alla tutela degli interessi altrui e, più in generale, della comunità economica e sociale in cui vive.

Il concetto di responsabilità sociale²²⁵ è stato elaborato oramai da tempo a livello internazionale, con particolare riferimento alle

²²⁴ Sulla nuova fattispecie di mediazione obbligatoria introdotta dalla legislazione emergenziale, v. M. MARINARO, *Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza*, in *Guida al diritto del 25 luglio 2020*, pp. 79 ss.; G. FINOCCHIARO, *Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti COVID-19*, in *Quotidiano giuridico*, martedì 7 luglio 2020, in <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/07/07/tutte-in-mediazione-obbligatoria-le-cause-per-gli-inadempimenti-covid-19>; R. NARDONE, *La nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le cause per inadempimento da COVID-19 e le procedure di sfratto*, in *Il processo civile*, 9 Settembre 2020, in <http://ilprocessocivile.it/articoli/focus/la-nuova-ipotesi-di-mediazione-obbligatoria-le-cause-inadempimento-da-covid-19-e-le>; F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19*, in *Diritto e giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 26 Giugno 2020, in http://www.dirittoegiustizia.it/news/23/0000099251/Nuova_ipotesi_di_mediazione_obbligatoria_le_controversie_contrattuali_da_rispetto_delle_misure_COVID_19.html; A. SPEDICATO, *Mediazione obbligatoria nelle controversie causate dal covid-19. Sì, ma restano i dubbi sui casi concreti*, in *Consulenza*, mercoledì, 1 luglio 2020, in <https://www.consulenza.it/Contenuti/News/News/5409/mediazione-obbligatoria-nelle-controversie-ca>.

²²⁵ Sulla responsabilità sociale, AA.VV., *Responsabilità sociale d'impresa* a cura di M.C. Malaguti, G.G. Salvati, Padova, 2017; AA.VV., *La responsabilità*

imprese. Esso esprime l'applicazione dell'etica all'attività commerciale allorquando non sia finalizzata esclusivamente al perseguimento dell'utile immediato degli azionisti, ma si preoccupa anche degli *stakeholders*, delle esigenze ambientali e sociali della comunità. Il vantaggio dell'assunzione della responsabilità sociale per l'impresa non è però soltanto ideale, in quanto si manifesta in esternalità positive di tipo immateriale, quali sono la maggiore considerazione sociale e il gradimento durevole tra i dipendenti, i finanziatori, i fornitori e i clienti. Insomma, i comportamenti socialmente responsabili delle imprese si concretizzano in vantaggi competitivi nel medio e lungo termine che contribuiscono a rafforzare la posizione sul mercato, facendo scalare gli indici di successo nei contesti nei quali si opera.

Inizialmente riferita alle grandi imprese, soprattutto del settore finanziario, la responsabilità sociale si è diffusa anche tra quelle di piccole e medie dimensioni che, individualmente ovvero attraverso l'adesione ad organizzazioni hanno assunto su base volontaria l'impegno di farsi carico di interessi altruistici e generali²²⁶. Dall'ambito delle imprese, tuttavia, la responsabilità sociale si è diffusa anche in altre organizzazioni pubbliche e private nei vari contesti internazionali, nazionali e locali, per preservare interessi solidaristici di carattere generale²²⁷. Si tratta di una prospettiva importante e in continuo sviluppo che dalla dimensione individuale tende a radicarsi tra i vari soggetti che operano nei singoli contesti, anche di crisi, che scelgono di adottare su base volontaria comportamenti maggiormente solidali e altruistici per il bene comune.

Gli strumenti giuridici che si utilizzano per assumere siffatti impegni sono vari, quali l'adozione volontaria di codici etici e di

sociale dell'impresa: idee e prassi a cura di A. Perulli, Bologna, 2013; AA.VV., *La responsabilità sociale d'impresa in Europa* a cura di P. Acconci, Napoli, 2009; AA.VV., *La responsabilità sociale dell'impresa* a cura di G. Conte, Bari, 2008; AA.VV., *Responsabilità sociale d'impresa. Come le PMI possono migliorare le performance aziendali mediante politiche di CSR. Logiche, strumenti, benefici* a cura di M. Molteni, A. Todisco, Milano, 2008.

²²⁶ G. CONTE, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018.

²²⁷ In tal senso, v. L. MORRI, *Storia e teorie della responsabilità sociale d'impresa. Un profilo interpretativo*, Milano, 2008; F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007.

comportamento, prassi virtuose e solidali, protocolli e linee guida di rispetto, agende programmatiche, bilanci ecologici e ambientali²²⁸. In pratica, i soggetti condividono e assumono volontariamente l'impegno ad attuare comportamenti ascrivibili alla responsabilità sociale, nei vari campi e con riguardo a specifici valori generali da tutelare.

L'invito generalizzato rivolto alle persone e alle imprese a tenere comportamenti responsabili durante e dopo la pandemia Covid-19 è stato inteso, anzitutto, come riferito al rispetto delle prescrizioni sanitarie e delle misure di sicurezza per la salvaguardia della salute altrui e di quella collettiva. In tal modo, si evidenzia la necessità che ciascuno contribuisca a realizzare una tutela di portata più ampia e generale, che comporta dei limiti alla posizione individuale di ciascuno nello svolgimento delle proprie attività. L'assunzione della responsabilità, peraltro, assume particolare rilievo nella misura in cui supera i contenuti delle prescrizioni normative o dell'imposizione giudiziale di natura vincolante, per aprirsi alla volontaria assunzione di comportamenti ulteriori, sia più restrittivi e sia attivi, che preservino maggiormente i valori coinvolti a tutela degli altri e della collettività.

Soprattutto in prospettiva, per la gestione delle fasi di uscita dalla pandemia e di rilancio, occorre un rinnovato impegno di tutti per l'osservanza delle prescrizioni sanitarie e delle misure di sicurezza, non solo quelle imposte autoritativamente, ma anche quelle ulteriori che nascono dall'avvertita esigenza di maggiore rispetto della salute altrui. In tal senso, si stanno sviluppando linee guida, protocolli di intesa e buone prassi sulla sicurezza anzitutto nei settori produttivi e nelle varie attività economiche e sociali, al fine di conciliare la tutela della salute e degli altri valori coinvolti, sia individuali che collettivi²²⁹.

²²⁸ In proposito, v. F. BALLUCHI, K. FURLOTTI, *La responsabilità sociale delle imprese: un percorso verso lo sviluppo sostenibile. Profili di governance e accountability*, Torino, 2019; F. GANGI, M. MUSTILLI, *La responsabilità sociale impresa. Principi e pratiche*, Milano, 2018; G. CASTELLANI, *Responsabilità sociale d'impresa. Ragioni, azioni e reporting*, Milano, 2015.

²²⁹ Sul bilanciamento dei valori durante la pandemia, v. L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva compara-*

La medesima soluzione incentrata sull'assunzione generalizzata della responsabilità sociale per la ripresa dopo la crisi pandemica, probabilmente, si dovrebbe applicare anche per le altre misure di salvaguardia economica e sociale del Paese. Ciascun soggetto, anche non professionale, quindi, dovrebbe assumersi la responsabilità sociale per salvaguardare gli interessi e i diritti altrui, compresi quelli economici, sopportando una corrispondente limitazione della propria posizione giuridica. Comportamenti di questo tenore, peraltro, dovrebbero essere positivamente valutati e premiati nell'erogazione delle risorse pubbliche per il rilancio del Paese in attuazione del principio generale di solidarietà²³⁰.

La solidarietà perciò dovrebbe intervenire in maniera reciproca e generalizzata, così da rinsaldare la coesione economica e sociale tra i vari soggetti, evitando gli atteggiamenti opportunistici di quanti pretendono di invocarla in senso unilaterale per ricevere il contributo economico pubblico, ma ad essa si sottraggono nei rapporti privati, asserendo di non esservi giuridicamente obbligati. L'assunzione diffusa di comportamenti socialmente responsabili potrebbe rendere più resiliente l'ordinamento rispetto alle situazioni di crisi.

La promozione della responsabilità sociale, in sintesi, sarebbe una delle chiavi di sostegno delle riforme in senso più equo, giusto e solidale che scaturiranno dalla crisi pandemica del Covid-19. Sempre sulla responsabilità sociale, ancora, poggiano i meccanismi partecipativi che, muovendo dalle prassi compositive dei conflitti, alimentano dal basso la democraticità dei processi riformatori della giustizia alternativa.

ta, a cura di L. Cuocolo, cit., pp. 12 ss.; F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. Prime note sulla gestione dell'emergenza in Francia e Spagna*, ivi, pp. 42 ss.; G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, ivi, pp. 69 ss.; M. OLIVETTI, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, in *Quotidiano giuridico*, di *Leggitali* professionista, 10 aprile 2020.

²³⁰ Sull'applicazione del principio di solidarietà nella gestione dei conflitti e la costruzione delle riforme post pandemia, v. M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 39 ss.; A.A. DOLMETTA, «Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art.91 comma 1 D.L. n. 18/2020), in *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2, 2020, p. 151 ss.

12. *La democraticità dei processi partecipativi di riforma.* – I processi partecipativi di negoziazione e composizione amichevole delle controversie sono suscettibili di assumere un rilievo importante anche in vista dell'approvazione delle sollecitate riforme che dovrebbero caratterizzare la "nuova normalità" dell'ordinamento post pandemia. Pur scaturendo dalla gestione dei singoli conflitti, con riferimento alle parti che negoziano, le soluzioni condivise esprimono dei nuovi assetti giuridici. Il valore di questi accordi rimediali, invero, non è circoscrivibile alla definizione del singolo caso e della concreta vicenda conflittuale. Le soluzioni consensuali, proprio in quanto riescano a soddisfare le esigenze protettive delle parti che patiscono le sopravvenienze della pandemia, proiettano la loro rilevanza all'esterno, contribuiscono ad elaborare criteri compositivi utilizzabili da altre parti che si trovano in analoghe situazioni di crisi.

Le soluzioni conciliative, infatti, sono apprezzabili tanto nei contenuti, quanto nei metodi compositivi. È importante considerare l'oggetto sia della negoziazione e sia dell'accordo rimediale. Del pari, l'attenzione deve tracciare sia il tipo di tutela collaborativa e sia le modalità di gestione efficace del corrispondente procedimento compositivo. Per tutti i segnalati aspetti, le soluzioni conciliative possono costituire delle *best practices* verso le quali si orientano anche altri contendenti. Costoro, prendendo esempio dalle altrui esperienze positive, hanno possibilità di condividere il percorso e, se adeguato, l'esito compositivo. La gestione dei conflitti, infatti, costituisce un momento di straordinaria importanza non solo per cogliere le criticità del sistema ed elaborare le soluzioni più appropriate a risolverle, ma anche per la prospettazione di possibili percorsi di riforma normativa²³¹.

²³¹ Una proposta di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitratori è stata formulata dalla Commissione di studio presieduta dal prof. Guido Alpa, nominata dal Ministro della Giustizia con d.m. 7 marzo 2016, Aa.Vv., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017; G. ALPA, *Commissione di studio per l'elaborazione di una organica disciplina volta alla «degiurisdizionalizzazione»*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2017, pp. 793 ss.; Id., *Arbitration adr ADR reforms in Italy*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2, 2017, pp. 259 ss.; D. RAVENNA, *ADR: le proposte della Commissione Alpa ed un'analisi dei risultati più recenti*, in *Immobili & proprietà*, 4/2017, pp. 239 ss.; L.T. CERIZZI, *Commenti*

A tal riguardo, con particolare riferimento al più avanzato sistema ADR/ODR di consumo costruito dall'Unione europea, sono stati compiutamente disciplinati i processi partecipativi multilivello che si incentrano proprio sui meccanismi compositivi. Anzitutto, sono gli organismi ADR a dover rendere trasparenti le proprie regole di funzionamento²³², nel rispetto dei requisiti di qualità, al fine di permettere agli utenti di compiere scelte consapevoli in merito al servizio compositivo al quale rivolgersi²³³. Parimenti importanti, in base al principio di trasparenza, sono le informazioni sulle performance, con segnalazione non solo dei dati statistici, ma anche delle valutazioni di criticità da superare e delle positività da condividere²³⁴. Gli stessi organismi ADR, peraltro, collaborano tra di essi e con le autorità nazionali competenti²³⁵, che sono tenute al controllo del corretto funzionamento del sistema compositivo, con funzioni anche di intervento correttivo e formulazione di proposte migliorative²³⁶. Le relazioni periodiche redatte dalle autorità nazionali competenti²³⁷, peraltro, sono comunicate alla Commissione europea che è anch'essa impegnata sia nella valutazione del funzionamento del sistema compositivo²³⁸ e sia nella formulazione delle proposte di riforme da approvare, per quanto attiene non solo alla disciplina del sistema ADR/ODR, ma anche di quelle sostanziali dei rapporti contrattuali di consumo²³⁹. A tal fine, prima di riferire con periodicità al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale²⁴⁰, la Commissione ha svolto anche consultazioni pubbliche tra i componenti della

alla relazione della Commissione di studio Alpa per la riforma della mediazione, in Contratti, 2/2017, pp. 243 ss.

²³² Artt. 4 e 9, direttiva 2008/52/CE e artt. 7, 15 e 19 direttiva 2013/11/UE.

²³³ Artt. 1 e 5, direttiva 2008/52/CE, artt. 1, 5 e 13 direttiva 2013/11/UE.

²³⁴ Artt. 7, par. 2, e 19, par. 3, direttiva 2013/11/UE.

²³⁵ Art. 17, direttiva 2013/11/UE.

²³⁶ Art. 20, direttiva 2013/11/UE.

²³⁷ Art. 20, par. 6, direttiva 2013/11/UE.

²³⁸ Art. 20, direttiva 2013/11/UE.

²³⁹ Art. 26, direttiva 2013/11/UE, art. 21 regolamento 524/2013.

²⁴⁰ Art. 26, direttiva 2013/11/UE.

comunità della giustizia alternativa, che riunisce tutti gli operatori e interessati alla materia²⁴¹.

Sulla scorta di tali indicazioni, i processi partecipativi legati alla negoziazione e alle tutele collaborative nella gestione delle sopravvenienze della pandemia Covid-19 possono assumere una importante valenza strategica, tanto a livello nazionale quanto europeo, nell'elaborazione più democratica delle riforme. Al riguardo, da più parti, tra le criticità della legislazione emergenziale sono state segnalate proprio quelle relative all'ampia utilizzazione di meccanismi urgenti e straordinari di decisione, principalmente affidati alle autorità governative, con una costrizione degli spazi di confronto democratico degli organi parlamentari²⁴². Per le riforme post pandemia, il ripristino della normale dialettica parlamentare potrebbe non essere sufficiente, dovendosi garantire la maggiore condivisione ed effettività delle soluzioni che si approvano.

In tal senso, si è aperta una stagione di confronti aperti, non solo tra il Governo e le diverse forze politiche parlamentari, di maggioranza ed opposizione, ma anche con le forze economiche, sociali e intellettuali, nazionali, europee e internazionali²⁴³. Si intendono raccogliere quante più informazioni utili per l'ap-

²⁴¹ Relazione 25.09.2019 della Commissione al Parlamento europeo e al Comitato Economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, accessibile in <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/IT/COM-2019-425-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>.

²⁴² In tal senso, v. A. CELOTTO, *Libertà "limitate" e ruolo del Parlamento*, cit., pp. 25 ss.; S. ALEO, *Democrazia, comunicazione e diritti nel tempo del Coronavirus*, in Giustiziainsieme.it

²⁴³ In particolare, si richiama l'incontro ("Stati generali dell'economia") convocato il 13 giugno 2020 dal Premier italiano Giuseppe Conte nella sede di Villa Pamphili a Roma fra rappresentanti del Governo, dell'opposizione parlamentare (che però ha rifiutato di partecipare), rappresentanti delle parti sociali e alcuni intellettuali, per definire in modo condiviso le linee di intervento economico per il rilancio del paese dopo la crisi causata dalla pandemia di Covid-19, https://www.ansa.it/sito/notizie/politica/2020/06/07/conte-lavora-al-piano-per-gli-stati-general-i-e-riapre-il-confronto_60d5ec78-1fdd-4324-8952-e8d0dca0c5ae.html.

provazione di una riforma che risponda effettivamente alle avvertite esigenze di rilancio del Paese, che permetta una svolta in senso autenticamente solidale dell'ordinamento.

L'attenzione verso i processi partecipativi di composizione dei conflitti, pertanto, favorirebbe l'acquisizione di ulteriori informazioni e dati esperienziali che, nella condivisione degli accordi risolutivi dei conflitti originati dalla pandemia, esprimono un contributo fondamentale per una riforma che sia improntata all'effettività e alla democraticità²⁴⁴. Siffatti elementi, peraltro, si apprezzano particolarmente se si considera che i principi ispiratori della riforma, la solidarietà e la buona fede, per tanti versi esprimono formule valoriali aperte che, ancorché in maniera esemplificativa, richiedono delle concrete declinazioni delle soluzioni praticabili²⁴⁵.

La crisi pandemica, in conclusione, offre uno scenario straordinariamente interessante per analizzare i processi partecipativi di composizione dei conflitti e, quindi, di declinazione pratica dei principi generali sui quali si intendono costruire le attese riforme. I dati esperienziali, pertanto, sono oggetto di vaglio critico da parte degli operatori del diritto e degli studiosi che si intendono confrontare su questi temi. Una dialettica partecipativa che, per tanti versi, la crisi pandemica favorisce oltre i ristretti confini nazionali e, in prospettiva, suggerisce di strutturare in maniera stabile ed efficiente per rendere più giusti e resilienti gli ordinamenti post-Covid²⁴⁶.

²⁴⁴ C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid-19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?* cit., pp. 77 ss.

²⁴⁵ G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, cit., pp. 5 s.

²⁴⁶ Sul versante dell'elaborazione di proposte di riforma per la giustizia post Covid-19 sono parimenti importanti i lavori di ricerca e confronto che si svolgono tra docenti ed esperti della materia che sono stati pubblicati durante la pandemia. Tra le tante opere collettanee, si segnalano AA.VV., *El renacer de la tecnología tras la pandemia: una justicia alternativa de futuro*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020; AA.VV., *Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020; AA.VV., *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección familiar en tiempos de crisis*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020; AA.VV., *Quaderni di conciliazione*, 12, 13 e 14, a cura di C. Pilia, Cagliari, 2020.

FABIANA MARION SPENGLER*

LA MEDIAZIONE FAMILIARE IN BRASILE

SOMMARIO: 1. La mediazione brasiliana. - 2. La mediazione familiare in Brasile. - 3. Considerazioni finali.

1. *La mediazione brasiliana.* – La mediazione e la sua procedura sono stati istituite nel territorio brasiliano attraverso la politica pubblica di trattamento adeguato dei conflitti, prevista inizialmente dalla Risoluzione 125/2010 del “Conselho Nacional de Justiça” (CNJ), successivamente dalla Legge 13.105/2015 - Codice di Procedura Civile (CPC) e, infine, dalla Legge 13.140/2015, nota come la Legge di Mediazione (SPENGLER, 2017).

Con la entrata in vigore di quest’ultima, c’è ormai la necessità di 17 mila mediatori, secondo Flávio Caetano, segretario della riforma giudiziaria del Ministero della Giustizia (POMBO, 2015).

Con l’entrata in vigore del Codice di Procedura Civile, il “Conselho Nacional de Justiça” (CNJ) ha creato un registro nazionale dei conciliatori e dei mediatori con l’obbiettivo di favo-

* Borsista della Produttività in Ricerca del CNPq (Pq2), è altresì Ph.D. in Diritto presso l’UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos –, ha inoltre conseguito un posdottorato in Diritto in Italia presso l’Università degli Studi di Roma Tre. Tra gli altri titoli vi sono specializzazioni e master nel settore del Diritto amministrativo, con particolare riferimento ai temi dello Sviluppo locale, e il coordinamento di progetti di ricerca presso l’Universidade de Santa Cruz do Sul –UNISC, di cui è peraltro da tempo docente. Coordina numerosi gruppi di lavoro e progetti di ricerca sociale, tra i quali quello su *Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos* (del CNPq), sul ruolo del Terzo nei conflitti (*O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papeis políticos e sociais*, finanziato dalla Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS), sulla cultura della pace (*A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos*, finanziato dalla Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Autrice di numerosi libri e articoli scientifici (email fabiana@unisc.br).

rire l'accordo nei conflitti, sia in ambito giudiziario che extra-giudiziale. Questo registro è disponibile per tutto il paese. Le persone possono scegliere il mediatore o il conciliatore di loro interesse, siano volontari siano professionisti pagati.

Nel 2017 sono stati registrati 1.000 conciliatori provenienti da 7 Stati, compreso il Distretto Federale. Il numero dei mediatori è quasi il doppio: 1.747 in 13 Stati. Lo stato di São Paulo e Goiás hanno, rispettivamente, 1.155 e 206 mediatori registrati. In ordine decrescente ci sono Bahia (130); Rio Grande do Sul (83); Minas Gerais (77); Rio de Janeiro (37); Sergipe (19); Distretto Federale (13); Pará (11); Rio Grande do Norte (6); Paraíba (5); Pernambuco (2); Ceará (2) e Acre (1). Altri 12 stati non hanno rappresentanti registrati (CNJ, 2017).

In Brasile, come in altri Paesi, la procedura di mediazione ha delle sue peculiarità delle sue differenze. C'è, tuttavia, un punto convergente che riguarda una caratteristica specifica: l'oralità, dato che si tratta di un processo informale in cui le parti hanno la possibilità di discutere i suoi problemi per trovare una via d'uscita. Questa oralità serve, appunto, per ricollegare le parti in conflitto. L'istituto della mediazione, a differenza della giurisdizione tradizionale, cerca di affrontare le questioni in sospeso attraverso il dialogo e il consenso, con l'obiettivo finale di ristabilire i rapporti tra le parti coinvolte.

Il punto di partenza del consenso è l'autonomia nel prendere le decisioni. Compete alle parti la necessità di scegliere il meglio per sé, bastando che l'oggetto sia lecito. Non compete al mediatore offrire la soluzione per il conflitto, appena mantenere ed orientare la sua gestione.

Affinché la procedura abbia successo, è necessario che ci sia un equilibrio nei rapporti tra le parti. È fondamentale che si dia a tutti la possibilità di esprimersi e di garantire la comprensione delle azioni che si stanno sviluppando. La priorità della procedura di mediazione è il ripristino dell'armonia, ricercata attraverso un metodo conciliatorio che favorisce gli scambi tra le parti (MORAIS e SPENGLER, 2019).

2. *La mediazione familiare in Brasile.* – La mediazione familiare è un procedimento “imperfetto, che impiega una terza persona im-

perfetta, per aiutare altre persone imperfette, a concludere un accordo imperfetto in un mondo imperfetto" (MARLOW, 1999, p. 31).

Specificamente nell'ambito familiare, la mediazione è un processo nel quale un terzo che interviene nella controversia, utilizza tecniche di facilitazione per stabilire il contesto del conflitto esistente. Per arrivare a questo, il terzo fa uso di tecniche scientifiche e psicologiche e identifica quali sono le necessità e gli interessi, sempre attraverso ricorsi venuti dall'assistenza sociale. Infine, si producono decisioni consensuali con l'aiuto del Diritto (SPENGLER, 2018).

Nelle procedure di questo tipo, in Brasile, alcune definizioni si presentano posteriormente allo sviluppo dei lavori: a) nei casi di separazione e divorzio il procedimento viene fatto con la coppia, potendo estendersi, comunque, a tutto il gruppo familiare; b) la strada per arrivare all'accordo dipende dell'abilità del mediatore e della disposizione reale di ogni parte per cambiare i propri concetti ed atteggiamenti, evitando così la condotta litigiosa; c) il mediatore deve contare sull'ausilio di un supervisore o di un co-mediatore che possiede, preferibilmente, qualità professionali diverse delle sue; d) il mediatore lavora con il rapporto familiare e con la relazione della coppia; e) le due parti sono genitori e/o due persone che hanno costruito una vita in comune, una società coniugale o familiare; f) il consenso aiuta a riordinare la vita comune della coppia per favorire i figli, così come la vita familiare nel caso di conflitto tra genitori e figli.

Comunque, il ricorso alla mediazione familiare non interviene unicamente nei casi di divorzio o di separazione; l'ambito familiare copre tutto quello che viene collegato con la famiglia: ne fanno parte il rapporto tra la coppia, tra genitori e figli (qualsiasi sia la loro età), tra fratelli e sorelle (per esempio, nei casi di successione, ecc.) e tutto il contesto dell'ambiente familiare (SPENGLER, 2018).

In questi casi, cosa si può proporre come etica particolare al mediatore familiare?

a) per primo, un'etica del tempo. L'adeguatezza e la prudenza in questo dominio consistono nel prevedere il tempo necessario: né pochissimo, perché si tratta di rispettare le maturazioni necessarie; né tantissimo, perché si tratta di non trasformare le mediazioni in assistenze passive interminabili; b) un'etica anche dello spazio. Il mediatore non deve scegliere una parte, deve os-

servare da “lontano” per riuscire a controllare in maniera chiara. Non è una fredda neutralità, è un bisogno di evitare il sentimentalismo. Il mediatore deve stabilire un terzo spazio, essere lui stesso questo spazio intermediario. Conviene che lui stabilisca un campo chiaro, nel quale faccia rigorosamente la mediazione e che non sia altro che un mediatore: un avvocato, per esempio, o uno psicoterapeuta; c) infine, un’etica della relazione, nella quale la mediazione familiare, in primo luogo, sia preventiva e che (come per la salute) ci siano dei diagnostici attraverso i quali si possa appellare a un mediatore con il la famiglia possa dialogare pacificamente, ancora prima che fosse dichiarato un problema (SIX, 2001, 71.72).

La mediazione familiare brasiliana (così come quella sviluppata in altre aree del diritto) segue i passi descritti sotto (HAYNES; MARODIN, 1996):

- 1) Identificare il conflitto: le trattative possono realizzarsi da quando le parti in conflitto riconoscono e accordano la risoluzione dello stesso. Si sa che alle volte non tutti riconoscono il conflitto e quindi, non esiste accordo. Per questo, il mediatore deve aiutare le parti a chiarire quali sono i problemi e i danni che possono insorgere, in caso di sottomettere la decisione al Giudice.
- 2) Scegliere il metodo: nel momento che le parti accordano che devono risolvere il conflitto, basta che decidano il metodo più adeguato, in questo caso la mediazione. Si deve avere in mente i vantaggi, tra questi: la mancanza di avversari; la privacy; l’economia; la velocità, visto che si prende meno tempo nell’accordo che in un processo giudiziario.
- 3) Fare la scelta del mediatore: la scelta del mediatore adeguato al caso si basa sulla sua conoscenza del processo, sulla sua reputazione e sul consiglio/indicazione di altri professionisti.
- 4) Raccogliere i dati: primo, il mediatore raccoglie i dati sull’oggetto in conflitto e il punto di vista delle parti.
- 5) Definire il problema: quando si definisce il conflitto, si deve prendere in considerazione che non deve esistere vantaggio di una parte sull’altra.
- 6) Sviluppare le opzioni: dopo che il conflitto sia definito, il mediatore aiuta le parti a gestire i loro conflitti in maniera che le opzioni siano reciproche.

- 7) Ridefinire le posizioni: generalmente, le prime posizioni delle parti di fronte al problema sono emozionali e non riflettono l'interesse reale della persona coinvolta nel conflitto. Il mediatore deve ausiliare nella trattativa, in maniera tale che le parti possano usare la razionalità per identificare i loro reali interessi e possano selezionare le opzioni.
- 8) Accordare: a questo punto, le posizioni tendono a trasformarsi, visto che per arrivare ad una soluzione le parti fanno degli accordi fra di loro e, alla fine, desistono di una o altra richiesta a fine di arrivare a un consenso soddisfacente per entrambi.
- 9) Scrivere l'accordo: finalmente il mediatore scrive l'accordo in modo dettagliato e lo indirizza giudizialmente per essere omologato dall'autorità competente.

Si nota che durante la mediazione sono attribuiti ai conflitti diversi significati; avendo questa percezione, le parti che si sono ammesse come autrici del problema riescono facilmente a tracciare la soluzione che gli sia più proficua.

Attualmente, gli operatori di diritto brasiliano che lavorano con la mediazione, riconoscono innumerevoli vantaggi, tra questi si trovano: è un procedimento volontario e privato che porta una certa tranquillità alle parti, specialmente nelle dispute che determinano privacy; le parti coinvolte normalmente dividono i costi e gli onorari. I costi sono quasi sempre molto inferiori a quelli che vanno a giudizio e la burocrazia è ridotta; si riduce principalmente il sentimento di angoscia dei coinvolti.

La mediazione familiare può frequentemente rappresentare l'unico modo di gestione democratica dei conflitti. Al di là di quest'affermazione, Rodrigo da Cunha Pereira (2000) intende che il sistema giudiziario deve smettere di essere "il posto dove le parti depositano i loro resti. Il resto dell'amore e di un matrimonio che lascia sempre la sensazione che qualcuno è stato tradito o ingannato. Dato che la passione si è raffreddata e l'amore si è oscurato, il "matrimonio" si è trasformato in "patrimonio". Quindi, un lungo e tenebroso processo giudiziario deciderà chi ha la colpa nella separazione. Nel frattempo, essi rimangono sposati. Il conflitto è, perciò, un modo di non avere separazione, visto che per quanto dura la lite, la relazione continua. Non potendo relazionarsi attraverso l'amore, la coppia si relaziona attraverso il dolore".

Alla fine, non possiamo dimenticarci che l'utilizzazione della giustizia è un diritto del cittadino. Ma, più che usare la giustizia, più che essere ascoltato dai tribunali, il cittadino ha diritto a una prestazione giurisdizionale più qualitativa che quantitativa; questo sarà possibile soltanto quando la complessa società attuale supererà il modello conflittuale, sostituendolo per un altro che possa "costruire giuridicamente" la gestione democratica dei conflitti.

3. *Considerazioni finali.* – La mediazione come una pratica modesta nel trattamento dei conflitti brasiliani ha acquisito forza soprattutto con l'entrata in vigore della risoluzione 125/2010 del CNJ, con la risoluzione 174/2016 del CSJT, con il CPC e con la legge 13.140/2015. Con l'intensificarsi della pratica mediatica, il lavoro del mediatore ha acquisito importanza. Attraverso questa ricerca si è potuto sviluppare la metodologia e l'obiettivo proposto nel riassunto come accennato prima.

Dunque, rispondendo oggettivamente il problema della ricerca, è possibile affermare che la mediazione familiare in Brasile è un mezzo adeguato per gestire i conflitti perché rispetta e preserva i legami di affetto, ristabilisce il dialogo e aiuta le persone a comunicare in modo produttivo.

Alla luce delle ricerche effettuate, diventa chiaro che la mediazione familiare brasiliana si basa necessariamente sulla presenza di una terza parte, chiamata mediatore, la quale può assumere ruoli diversi a seconda delle specificità del conflitto. Pertanto, essa può lavorare nel corso del processo ed essere nominata dal giudice (mediatore giudiziario), nonché agire prima del processo o nel suo svolgimento, essendo scelto dalle parti (mediatore extragiudiziale), lavorare a servizio di un'istituzione od essere un cittadino che possiede le tipiche competenze mediatiche.

Nello spazio informale della mediazione, la memoria e i sentimenti dei conflittati non si trovano bloccati. Lo spazio della mediazione familiare non ha l'obiettivo di ricostruire una verità, perché si ricostituiscono varie verità possibili. Una mediazione raggiunta non traduce un accordo sulla verità effettivamente corrispondente all'esatta dinamica dei fatti (BOUCHARD; MIEROLO, 2005, p. 226).

Siamo di fronte a una profonda mutazione familiare. I sociologi e demografi hanno osservato che il vincolo affettivo si è messo, per esempio, al di là della concezione familiare come spazio economico. Dunque, il cambiamento familiare nasce della sua evoluzione, della sua doppia natura (che significa essere, allo stesso tempo, un fenomeno dei diritti e dei costumi) e dei problemi economici, affettivi e sociali che le sue diverse funzioni presentano.

La famiglia è diventata così importante nel produrre norme e regolamentazioni sociali che oggi si parla, accanto alla politica legislativa familiare, di politiche pubbliche familiari o, semplicemente, di politica familiare. Questo dimostra che la mediazione può essere una politica pubblica concepita come una volontà politica di promozione e di protezione alla famiglia.

Bibliografia

- L. Marlow, *Mediación familiar – una practica em busca de una teoria – una nueva visión del derecho*. Barcelona: Granica, 1999.
- J. MORAIS, F. SPENGLER, *Mediação e arbitragem*. Alternativas à jurisdição. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- J.F. SIX, *Dinâmica da mediação*. Traduzione di Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- F.M. SPENGLER, *Chi è dunque il Terzo?* Riflessioni su società e conflitto. Firenze: Classi, 2019.

ROSA RAQUEL RUIZ TRASCASTRO*

LA SOLEDAD EN LAS PERSONAS MAYORES DEPENDIENTES: LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS CON LA FAMILIA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Método. - 3. Discusión y resultados

1. *Introducción.* – La soledad en las personas mayores es cada más un fenómeno que afecta a la sociedad española, según la aproximación conceptual que realiza Bermejo (2003). El autor, la define como la condición de malestar emocional que surge cuando una persona se siente incomprendida o rechazada por otras. O bien carece de compañía para realizar las actividades deseadas, tanto físicas, como intelectuales para lograr la intimidad emocional. Pero no todas las soledades se producen la misma manera. Existen varios tipos:

- Soledad objetiva: Falta de compañía que podría ser buscada y ser una experiencia enriquecedora.
- Soledad subjetiva. Es la que sienten las personas que se sienten solas, es dolorosa y la más temida.
- Soledad patológica. Tiene impacto genético, neuronales y hormonales que afectan a la morbilidad y mortalidad (Hawkley & Cacioppo, 2010).

Esta soledad en las personas mayores supone un problema cuando empiezan aparecer discapacidades y dependencias sobrevenidas de la edad y la persona vive sola ya que en ocasiones desestructura a la familia y empiezan aparecer los conflictos.

La mediación es un mecanismo que permite una negociación donde todas las partes involucradas obtienen un beneficio. El

* Profesora de Trabajo social y mediación en la Universidad de Màlaga.

éxito de este proceso se centra en gran medida en la capacidad que tiene el mediador de negociar durante el mismo. En la mediación se favorece la obtención de acuerdos, aun cuando estos no estaban planteados en un primer momento, estos acuerdos satisfacen intereses comunes y se convierten en la puerta de entrada a nuevas conversaciones creando un clima para el futuro de respeto y reconocimiento del valor de las partes en el proceso. Uno de los objetivos más anhelados de la mediación independientemente del contexto en el cual se desarrolle, es lograr construir una nueva narrativa en torno a la situación de conflicto que permita suavizar la actitud frente al mismo y evitar situaciones de estrés, en este caso intrafamiliar, en las situaciones que se presentan con los adultos mayores. Por otro lado, la mediación se presenta como una gran alternativa para la resolución de conflictos en hogares de cuidado donde el roce y la convivencia entre personas mayores eventualmente hacen complicado el trabajo de cuidadores, voluntarios y personal externo.

El cuidado hacia las personas de la tercera edad en situación de dependencia se encuentra en las legislaciones de la mayoría de los países occidentales, llegando al punto de naciones en las que existen normativas extensas y específicamente dedicadas al tema. En este orden se encuentra la legislación española en la que se encuentra inserta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia de España que plantea la necesidad de «Establecer un marco jurídico que ofrezca protección a las personas de la tercera edad». Se hace referencia a la gestión integral en torno al cuidado de aquellos que no tienen los medios para valerse por sí mismos.

Ahora bien, esta condición se complementa con un nivel de orden emocional, en el que el afecto representa la activación de un proceso en el que las personas establecen lazos permanentes y perdurables, en función de una emoción que los identifica. El afecto es reconocido como una construcción conjunta entre dos personas, que sienten empatía entre sí, conformando de esta manera, un vínculo que las hace interactuar de manera positiva. Como puede apreciarse, hace referencia a una actividad social humana, gracias a la cual se fortalecen las relaciones. En este caso sería la persona cuidadora principal y la persona depen-

diente a su cargo, surgen emociones que pueden derivar en conflicto y de ahí actuar la mediación como soporte formal para solucionar los problemas derivados de sus cuidados.

2. *Método.* – El paradigma que subraya el presente estudio se basa en la perspectiva fenomenológica, centrándose en las experiencias de ser mayor y vivir solo, con personas que puedan contar sus historias, y dar sentido a sus experiencias. Como punto de partida, nos situamos en la perspectiva de la pluralidad metodológica y una reflexión bigliográfica del tema que nos ocupa.

3. *Discusión y resultados.* – Resulta interesante acotar la poca investigación realizada sobre el tema, sobre todo desde la perspectiva de la comprensión del problema asociado a la depresión sobre todo desde la perspectiva de la solución a ser aportada o en referencia al manejo precisamente a través de la mediación. Al respecto, Zhao et al. (2018) señalan: “Algunos factores protectores pueden ayudar a prevenir que la soledad se convierta en depresión

Desde el punto de vista psicosocial, la mediación ha influido satisfactoriamente en la reducción de conflictos y comportamientos problemáticos puesto que proporciona habilidades y recursos para la convivencia pacífica. Además, después de un proceso de mediación las relaciones se modifican en tanto se apodere a sus participantes.

En este sentido, se han elaborado una serie de programas de mediación en España y especialmente en el continente europeo con la finalidad de abordar aspectos subyacentes a las situaciones de conflicto como la desconfianza o la insatisfacción. Esto a su vez que se facilita la comprensión de las diferencias y discrepancias que son objeto de las tensiones que ocasionan conflictos.

La experiencia les ha permitido a los participantes analizar su realidad, su entorno, sus expectativas y decidir lo que quiere para su futuro desde la perspectiva del cambio. Por esto, la mediación no solo es efectiva para la persona de la tercera edad en virtud de solucionar y atender las situaciones que le generen estrés, sino que además incide positivamente en las demás personas involu-

cradas independiente del grupo etario al que pertenezcan. Todos estos efectos han tenido una repercusión positiva hacia la mediación y se ha generado toda una cultura alrededor de la aplicación de esta herramienta, así como sus efectos y beneficios en casi cualquier ámbito al que se pueda aplicar.

En este sentido, se puede observar que la mediación se convierte en una herramienta, no solo para la solución de conflictos, sino para la gestión de una interacción positiva entre personas con diferencias que no siempre son insalvables. La mediación impone un criterio integral para el manejo de problemas sociales y familiares. La intervención de personas ajenas al conflicto agrega un sentido de pertinencia a cualquier actividad desarrollada en este sentido.

Sin embargo y a pesar que la mediación viene arrojando resultados positivos, las personas no son siempre enteramente capaces de obtener herramientas para la resolución de conflictos a través de la mediación, llegado el caso y en esa línea se mueve el Preámbulo de la Ley 1/2009, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad de Andalucía, cuando dice: "No debe considerarse que la mediación vaya a posibilitar la resolución de todos los problemas o conflictos familiares y es preciso reconocer que, como cualquier otro procedimiento, tiene sus limitaciones, por lo que es preciso verificar, según el caso, la pertinencia o idoneidad de la misma".

De esta forma, Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar dice, en su artículo 16. d), que es deber de los mediadores velar, en todas sus actuaciones, por el interés preferente de los hijos e hijas menores y de las personas dependientes, como es deber suyo, en base al artículo 16. h), dar efectivo cumplimiento al principio de igualdad por razón de género.

En este punto, la mediación adquiere un sentido no solo práctico sino imprescindible para permitir el funcionamiento adecuado de la sociedad. Si asumimos el crecimiento vegetativo de la población, podemos comprender que este tipo de situaciones adquieren una dimensión particularmente importante. En este aspecto, se hace necesario no solo desarrollar el ámbito regulador que hace obligatoria la mediación en caso de conflictos, sino ir mucho más allá en la búsqueda de un lenguaje común de carácter intergeneracional.

La principal barrera observada se relaciona con la presencia de códigos comunicacionales que no encuentran un punto medio efectivo. De acuerdo con esta premisa, lo importante es desarrollar un lenguaje inclusivo y transgeneracional, que, además, se relacione con la gestión desde la escuela, hasta las instituciones de todo tipo. Así como se ha desarrollado un lenguaje inclusivo e incluso legalmente exigible para situaciones de diferencias de género, o de interculturalidad, también se debe desarrollar una interacción que promueva valores de aceptación de las personas en generaciones diferentes.

Una de las conclusiones más importantes de este capítulo es que la mediación es un proceso integral que no puede separarse a partir de eventos o condiciones particulares. Requiere de una atención compleja, determinada por su carácter Interdisciplinario que, a su vez, deviene de la caracterización del adulto mayor como individuo igualmente particular. Las características del entorno sobre todo para personas mayores en situaciones de soledad son esenciales para comprender la afectación natural, así como problemas asociados como la depresión, en función de lo cual, es posible comprender la importancia de la interdisciplinariedad en el manejo de la mediación.

En efecto, no basta con caracterizar problemas puntuales de atención geriátrica para que un programa o acciones de mediación tengan éxito. Por el contrario, se requiere de una evaluación larga y rigurosa de las condiciones que generan la situación de soledad, pero también del adulto mayor en sí mismo. Se requiere de atención en áreas, como la salud, tanto física como emocional, además de personal que conozca sobre las implicaciones legales y administrativas de cualquier acción mediadora.

En este aspecto es necesario incluir también al personal de asistencia en los centros de manejo de personas adultas mayores si es el caso o a la familia, además de personal con conocimiento en el manejo de la mediación propiamente dicha. En muchos sentidos, este es un campo en ciernes, en pleno crecimiento, desarrollo y expansión al que se agregan aspectos día a día.

Por otra parte, se deben considerar situaciones de todo tipo, entre las que describimos con mayor importancia aspectos como la condición transgeneracional. Las brechas en la comunicación entre generaciones es un punto importante de cualquier

abordaje de mediación, sobre todo porque identifican parte de las barreras naturales de la comunicación, pero también, porque se convierten en excusas para un manejo adecuado del problema.

El proceso de mediación implica escuchar al otro y para ello, es fundamental que las partes mantengan códigos de comunicación que les permitan la interacción positiva y efectiva. En efecto, no se trata solo de conversar sobre un determinado problema, sino de encontrar soluciones que permitan avanzar a las partes hacia una situación aceptable para todos.

En función de ello, el carácter transgeneracional, se convierte, además, en una posibilidad de solución para otros aspectos propiamente operativos. Casos como la ampliación de la vida productiva, pueden partir precisamente de ese carácter de diferencia generacional, permitiendo que el adulto mayor aporte experiencia en ámbitos determinados. El problema se convierte entonces en parte de la solución, demostrando la importancia y relevancia de los contextos mediadores. El aprendizaje permanente y la interacción continua entre generaciones pueden tener efectos positivos muchas veces desconocidos y que los programas de mediación pueden exponer, concretar e incrementar.

En otro orden de ideas, se presenta el contexto de la brecha de género. Los procesos de mediación, deben asumir el mismo en función de la diferencia que pasa a ser de todo orden, porque existe una clara referencia investigativa. La adaptabilidad de la mujer, así como la resistencia al cambio por parte del hombre son elementos a ser considerados en una gestión integral de mediación.

Los estudios analizados para este trabajo parecen demostrar que existe una tendencia a una mejor adaptación a la participación social por parte de la mujer. La relación es directa con respecto al rol que asume sobre todo la mujer de generaciones anteriores a la actual. Es decir, personas que vivieron realidades sociales diferentes a la nuestra.

En efecto, las mujeres mantienen su rol protector, maternal extendido a toda actividad social disponible, pueden adaptarse más rápidamente a soluciones concertadas en un proceso de mediación siempre que se les ofrezcan alternativas productivas. Por el contrario, el hombre presenta una resistencia natural a

eventos que no forman parte de su rutina, sobre todo porque la misma se concentra en su actividad laboral. Debemos recordar en este punto que estamos hablando de una generación en la que la asignación de roles era muy estricta y la conversión o adaptación es muy compleja. Por eso si debe migrar, lo ideal es hacerlo a una actividad similar a la desempeñada anteriormente.

Asimismo, el manejo intercultural de la mediación es un aspecto destacable en cualquier iniciativa en este sentido. Sobre todo, y particularmente en sociedades como la española, declaradamente multicultural. La referencia es de tal importancia porque cada comunidad maneja roles de manera diferente y el proceso de mediación debe considerarlos como un todo homogéneo. Una persona del área rural, reacciona de manera muy diferente a lo que lo hace alguien del entorno urbano y esa valoración debe formar parte de cualquier análisis previo a una intervención mediadora que espere tener éxito.

En este mismo sentido, el éxito depende precisamente de la valoración previa y para ello, lo mejor es contar con instrumentos específicamente diseñados para tal finalidad. El análisis particularizado asumiendo las diferencias por caso, así como la construcción de un modelo de acción a partir de la información previa, resultan elementos esenciales en el proceso de mediación. Las categorías adscriptivas de información no solo son importantes, sino que definen el proceso a niveles fundamentales. Por ejemplo, la edad, el género, el grupo étnico, la extracción cultural, el tipo de soledad, así como la resiliencia y factores asociados a cualquier alternativa de solución son factores de interés primario para el análisis previo a la intervención mediadora.

Un aspecto que no debemos dejar de mencionar se relaciona con la poca cantidad de estudios presentados para comprender la mediación. En parte se debe a que es un hecho reciente y que, además, se incorporan otros aspectos como la importancia relativa del tema en una sociedad que da mucho valor a la productividad. Así mismo, existen algunas limitaciones metodológicas como la posibilidad limitada de estudios a profundidad o longitudinales que permitan verificar y ofrecer validez a algunos resultados. Sin embargo, subyace en los estudios analizados un aspecto fundamental, referido a la participación social como respuesta.

En efecto, el proceso de mediación debe tener un resultado y el más operativo de los encontrados es el que incorpora al adulto mayor a un entorno social en el que pueda participar. Se convierte entonces la participación social en una respuesta efectiva para el problema de la soledad y de la interacción limitada con las familias. Al respecto, el acompañamiento institucional, familia y profesionales de la salud resulta básico, porque como observamos anteriormente, se trata de una labor que tanto en su desarrollo como en sus resultados debe ser interdisciplinaria.

Finalmente, como indicamos, el problema supera el contexto de las leyes o incluso de las normas no escritas para establecer una necesidad de solución a este tipo de conflictos en función de las condiciones en las que se producen eventos como la separación familiar, el abandono del adulto mayor, la recarga institucional en ámbitos de pocos recursos como son precisamente los establecimientos de asistencia para estas situaciones.

Así mismo, en el caso de la soledad como problema, la incidencia de la depresión, incrementa la necesidad de recursos para el manejo y tratamiento que por Ley debe ofrecerse a los adultos mayores en estas condiciones. Es decir, desde cualquier perspectiva, humana, financiera o política, la inclusión de un modelo de mediación efectiva, redundante positivamente en el contexto social.

Bibliografía

- J. BERMEJO, (2005). *La Soledad en los mayores*. Madrid: IMSERSO. Humanizar.es.
- S.G. CACIOPPO, (2015). *Loneliness: Clinical Import and Interventions. Perspectives on Psychological Science: A Journal of the Association for Psychological Science*, 10(2), pp. 238-249. Obtenido de <https://doi.org/10.1177/1745691615570616>
- Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación (2020).
- M.B. KARAKAYA, (2009). *Functional mobility, depressive symptoms, level of independence, and quality of life of the elderly living at home and in the nursing home*. J. Am. Med. Dir. Assoc. 10, pp. 662-666. doi: <https://doi.org/10.1016/j.jamda.2009.06.002>.

La soledad en las personas mayores dependientes: la mediación como ...

- X.Z. ZHAO, (2018). *Loneliness and depression symptoms among the elderly in nursing homes: A moderated mediation model of resilience and social support. Psychiatry research, 268, pp. 143-151.*

YVETTE VELARDE*

CUSTODIA COMPARTIDA Y RÉGIMEN DE VISITA EN TIEMPOS DE PANDEMIA Y LA MEDIACIÓN OBLIGATORIA

SOMMARIO: 1. Introducción. - 2. Después del levantamiento del confinamiento y del estado de alarma. - 3. Previsiones de futuro. 4. Potenciación de la mediación. - 5. A modo de conclusión.

1. *Introducción.* – La pandemia del Covid-19 ha supuesto una alteración sin parangón en nuestro sistema de vida en todos los órdenes (sanitario, laboral, social, educativo, familiar, etc.) En una situación sanitaria y económica de tal envergadura como la que estamos atravesando, de consecuencias y resultados todavía imprevisibles, nos parece interesante detenernos en sus repercusiones en el ámbito familiar.

En este artículo haremos referencia a cómo esta situación de excepcionalidad debido a la pandemia, ha incidido creando desconcierto e inseguridad jurídica en aquellas familias en situación de crisis, concretamente en las parejas separadas o divorciadas con hijos menores de edad, para adaptar los acuerdos suscritos o fijados por el Juez, cuando la guarda y custodia de esos hijos menores es compartida o exclusiva y los mecanismos adoptados para llevar a cabo los intercambios y el cumplimiento de los regímenes de visita, en su caso. Analizaremos los medios que prevé nuestro ordenamiento jurídico ante los supuestos de incumplimiento de las medidas personales y económicas en cuestión, y los procedimientos *ad hoc* creados por el gobierno y que suponen una innecesaria judicialización del sistema y la conveniencia de la aprobación del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación de enero 2019, que incluye el recurso a la mediación obligatoria.

* Profesora de derecho civil en el CUNEF - Centro Universitario Privado de Formación e Investigación.

Ante la situación de incertidumbre generalizada, se impone la adopción de medidas que aseguren a los ciudadanos la tutela judicial efectiva, evitando el colapso de todo el sistema judicial ante la presumible avalancha de pleitos en materia civil y mercantil y especialmente en el ámbito del Derecho de familia, para lo cual resulta conveniente enfocar la mirada del legislador no sólo en las recomendaciones de la Unión Europea en el sentido de introducir en los sistemas jurídicos de los Estados miembros los sistemas de resolución de conflictos en general y la mediación obligatoria en particular, sino contemplar y utilizar como modelo a seguir, la experiencia contrastada de su conveniencia y efectividad en la legislación italiana.

Para hacer frente a la pandemia del Covid-19, el gobierno español dictó el Real Decreto- Ley (RD-L) Real Decreto-ley 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*, que establecía a nivel nacional el estado de alarma como medida de salud pública, para intentar contener los contagios descontrolados, con el consiguiente confinamiento de la población y la prohibición de desplazamientos salvo por razones debidamente justificadas y acreditadas.

Esta medida tan extrema, inédita en nuestro estado de derecho, supuso la paralización de la vida social y comercial y la obligatoria adaptación súbita de trabajadores de distintas áreas e índoles a reinventarse, para adecuarse al teletrabajo; la proliferación de innumerables expedientes de regulación temporal de empleo; e igualmente, en el ámbito familiar, concretamente en las familias en situación de crisis y con hijos menores de edad, la necesaria reorganización rápida, procurando dar cumplimiento a los acuerdos alcanzados en cuanto a la guarda y custodia o al régimen de visita, o fijados por el Juez.

Entre la multiplicidad de normas dictadas por el ejecutivo al amparo de la situación de emergencia nacional, se dicta una que incide particularmente en dos sectores donde se concentran los focos de conflicto actuales y venideros, el ámbito civil y el mercantil (conflictos familiares, contractuales en general, bancarios, arrendamientos, propiedad horizontal, hipotecarios, mercantiles, de consumo, laborales, etc.)

La norma en cuestión es el RD-L 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. Por medio del mismo, se pretende dar una respuesta ágil a los procedimientos suspendidos durante la declaración del estado de alarma, cuando se produzca el levantamiento de la suspensión, y ventilarlos en un procedimiento sumario, en dos ámbitos distintos, en el Derecho de familia, y en los demás conflictos de naturaleza civil y mercantil, para los cuales ya existe una regulación previa, como veremos a continuación:

- 1) Con respecto al Derecho de familia, el previsible aumento de litigiosidad se centra básicamente en dos cuestiones.
 - a) Medidas personales: ¿Cómo se gestionaban los intercambios de los menores? ¿Era conveniente que permanecieran en el domicilio del progenitor con el que se hallaban al decretarse el confinamiento, fuera o no el custodio o a quien le correspondía la guarda y custodia, en casos de custodia compartida? ¿Suponía un riesgo para la salud de los menores y de sus padres realizar los intercambios previstos durante el confinamiento?
¿Qué debía ponderarse más, el cumplimiento de lo acordado o fijado por el Juez o la protección de la salud de los menores evitando desplazamientos innecesarios? ¿Cómo podría compensarse las estancias de custodia compartida no cumplidas? ¿Y el régimen de visita?

En este primer supuesto, en caso de incumplimiento del régimen de visitas, la ley establece que se va a la ejecución de la sentencia, donde el incumplidor podrá oponer los motivos de su incumplimiento, el por qué no ha podido llevar a cabo el preceptivo intercambio (por miedo, por precaución, etc.).

- b) Medidas de carácter económico: Junto a todas las complicaciones apuntadas, producto únicamente de la atención puesta en el aspecto sanitario, la pandemia ha tenido unas consecuencias devastadoras también en el ámbito económico.
 - c) ¿Qué mecanismos utilizar en los supuestos justificados de incumplimiento de la pensión de alimentos? Los cierres de empresas con los consiguientes despidos masivos, la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del deber de alimentos. ¿Cómo establecer medidas para paliar el incumplimiento, para ampliar los plazos sin penalizaciones injustas para el progenitor incumplidor?

Lo mismo cabe decir, si cambia la situación económica del obligado, se puede acudir a solicitar momentáneamente la reducción de la pensión de alimentos, para lo cual existe un procedimiento que se regula en el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que se denomina procedimiento de modificación de medidas, y dentro de ese procedimiento principal, se pueden pedir medidas cautelares, medidas provisionales de reducción inmediata de la pensión, que podrá ser acordado por el Juez si queda acreditado.

Este RD-L 16/2020, con poco acierto, crea dos procedimientos *ad hoc* denominados “procedimientos Covid”, para los supuestos comentados y regulados por la ley. Creando confusión y duplicidad, como una forma innecesaria de judicializar más el sistema y de llamamiento a las partes para que acudan al Juzgado en cuanto se levante el estado de excepción, con el consecuente riesgo de sobrecargar los tribunales habitualmente congestionados.

La prueba fehaciente de que dichos “procedimientos Covid”, más que solventar situaciones conflictivas, son una forma adicional de complicar el sobrecargado sistema judicial, se puso de manifiesto por las decisiones dispares adoptadas en los acuerdos de las distintas Juntas de Jueces. El gran dilema planteado era la suspensión o no de los períodos de custodia compartida y del régimen de visitas. Había básicamente dos criterios enfrentados. Unos abogaban por la suspensión de los intercambios, para evitar toda movilidad del menor, y fijando cuando fuera posible, un sistema de compensación de los días no disfrutados; y otros, por la obligatoriedad del cumplimiento sin paliativos del régimen que correspondiera durante el estado de alarma, para no privar al progenitor de su derecho de relacionarse con sus hijos.

Se discutía igualmente, entre los intereses en conflicto cuál debería ponderarse sobre el otro: el interés superior del menor a relacionarse con ambos progenitores y con la familia extensa, en su caso, o el interés general de salud pública, de evitar los intercambios y los desplazamientos innecesarios para que el menor no quedara expuesto, reduciendo los riesgos de contagio. Se aplicó con carácter general, el criterio más coherente, el de la suspensión de los intercambios y posterior compensación de los períodos de tiempo pendientes de disfrutar.

- 2) En cuanto a los demás conflictos de naturaleza civil y mercantil y a las posibles consecuencias perjudiciales debidas a la paralización total y a nivel nacional de la actividad económica, el RD-L 16/20, introduce una previsión considerada positiva por los profesionales jurídicos: arbitra una suerte de aplicación generalizada de la cláusula *rebus sic stantibus* en el siguiente sentido. Las medidas introducidas, no suponen una modificación formal de la Ley Concursal, pero intentan salvar a aquellas empresas que serían viables en condiciones generales de mercado: manteniendo la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que ya venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado; aplazando el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación en determinadas circunstancias; incentivando la financiación de su liquidez y reduciendo la litigiosidad, entre otras.

El RD-L 16/20, nace con un carácter temporal reducido, fija su pérdida de vigencia el 31 de dic de 2020. Sin embargo, ha sido derogado por Ley 3/2020, de 18 de septiembre, *de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. Esta Ley, deroga junto con el RD-L mencionado, los “procedimientos Covid”, de nula eficacia. No obstante, deja vigente la aplicación de la *rebus* en los mismos términos del RD-L derogado, incluso amplía su vigencia hasta el 14 de marzo de 2021.

2. *Después del levantamiento del confinamiento y del estado de alarma.* – Estamos inmersos en una segunda ola de infestación que afecta desigualmente, pero con toda su crudeza a nivel global, y las previsiones sanitarias y económicas son devastadoras e imprevisibles.

Desde el punto de vista del Derecho de familia en cuanto a los incumplimientos de los intercambios, régimen de visitas, etc., se ha procedido a la compensación de dichos incumplimientos y el derecho a recuperar los períodos de tiempo no disfrutados, como queda de manifiesto en pronunciamientos pio-

neros, como el de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Igualada, de 9 de noviembre de 2020.

En relación con la aplicación por ley de la *rebus*, está permitiendo a todos los operadores económicos perjudicados por las circunstancias excepcionales creadas por la pandemia, un aire, un respiro, para intentar solventar sus problemas económicos durante su vigencia. El gran problema es que, muchos empresarios no han podido superar tantos meses de inactividad y las situaciones de regulación temporal de empleo se han convertido en despidos masivos, en cierres generalizados de negocios y muchos subsisten a duras penas, soportando estoicamente y a la espera de que se normalice la actividad social y comercial, lo que resulta especialmente complicado con la amenaza constante y continua de nuevos rebrotes y nuevas restricciones de movilidad impuestas, y con el fantasma de un nuevo confinamiento, a la vuelta de la esquina.

El período de gracia previsto por el RD-L 16/20 y ampliado por la Ley 3/20, finaliza el 14/marzo/21, salvo nueva prórroga. Y cabría preguntarse, ¿qué ocurrirá a partir del 15 de marzo? La previsión de aumento de la litigiosidad es dantesca y el temor al colapso total del sistema judicial, específicamente el orden civil, es cada vez más fundado.

¿Qué ocurrirá con el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española (CE)?

3. *Previsiones de futuro.* – Los medios para paliar la previsible hecatombe judicial de mediados de marzo de 2021, los tenemos a nuestra disposición.

1) Únicamente hace falta que volvamos 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*, la cual recomienda la utilización de las técnicas de resolución de conflictos en general y la mediación obligatoria, en particular; y a la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo*.

En el mismo sentido, dos informes del Parlamento Europeo en los que se pretende potenciar en todos los Estados miembros el uso de la mediación obligatoria: *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, January 2014* ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL- JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL- JURI_ET(2014)493042_EN.pdf).) y *The implementation of the Mediation Directive 29 November 2016* ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)5 71395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)5 71395_EN.pdf)).

- 2) Dirigir nuestra mirada a la transposición a su ordenamiento jurídico de la Directiva 2008/52/CE que ha hecho Italia, mediante el Decreto Legislativo 2010, núm. 28, que imponía la mediación como obligatoria en aquellos asuntos considerados de especial conflictividad. No obstante, dicha obligatoriedad se reducía a asistir a la sesión informativa, pudiendo las partes abandonar en cualquier momento el procedimiento de mediación. Esto dio lugar a una fuerte oposición, declarándose inconstitucional el Decreto Legislativo 10, en Sentencia de la *Corte Costituzionale* 272/2012, de 6 de diciembre, por extralimitación de la potestad legislativa delegada, por parte del gobierno. Sin embargo, en su pronunciamiento el Tribunal no entró a valorar el fondo del asunto, pudiendo ampararse la mediación obligatoria en el contenido de la Directiva, que deja libertad de elección a los Estados miembros, sobre el tipo de mediación que pueden establecer. Con posterioridad, se dictó el Decreto-Ley de 21 de junio de 2013, núm. 69 (decreto *del fare*) actual Ley de 9 de agosto de 2013, que restaura la mediación como procedimiento previo a la admisibilidad de la demanda respecto a un gran número de materias conflictivos. En el Informe del Parlamento Europeo de 2014 *Rebooting...*, se señala a Italia como el modelo a seguir por el resto de los Estados miembros, en cuanto a la aplicación exitosa y las estadísticas contrastadas de los asuntos resueltos satisfactoriamente con utilización de la mediación obligatoria.
- 3) Ya disponemos en Derecho español, del mecanismo que puede permitirnos solventar los problemas de gestión de conflictos actuales y futuros. Nos referimos al Anteproyecto de Ley de

impulso de la mediación, de 11 de enero de 2019, y que ha sido valorado positivamente por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su Informe sobre el anteproyecto de ley de impulso a la mediación, de 28 de marzo de 2019.

Dicho anteproyecto de ley, introduce una modificación importante a la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la configura como obligatoria, a diferencia de la voluntariedad con que la define la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. No obstante, la obligatoriedad tiene carácter “mitigado”, como se pone de manifiesto en el texto del anteproyecto: *La nueva regulación supera el modelo de mediación actualmente vigente basado en su carácter exclusivamente voluntario por el denominado de ‘obligatoriedad mitigada’ que obliga a los litigantes a asistir a una sesión informativa y exploratoria en los seis meses previos a la interposición de la demanda en un número tasado de materias.*

Debido a los efectos de la pandemia y a la multiplicidad de litigios que se prevén como consecuencia de la misma, algún sector de la doctrina propone modificar el texto del anteproyecto, ampliando su ámbito de aplicación: para que abarque los distintas materias. Especialmente conflictivas y que amenazan con la congestión y el colapso del orden jurisdiccional civil; que incluya un régimen sancionador a nivel de costas, para quien decida no acudir a mediación sin causa justificada; y de costas agravadas, para quien no acepte la propuesta de acuerdo de mediación y que acuda a juicio, si la sentencia del Juez es similar al acuerdo de mediación que ha quedado sin efecto; que las resoluciones sean orales, lo que supondría la agilización de los casos en un 80%.

4. *Potenciación de la mediación.* – Estamos asistiendo en España a una tendencia creciente en cuanto a la introducción y potenciación de la mediación, en algunos casos obligatoria, con la finalidad de descongestionar la carga de trabajo de los tribunales; reducir los altos niveles de litigiosidad existentes y que se incrementarán presumiblemente con las reclamaciones, procedimientos, demandas, por los efectos ocasionados por la pandemia (des-

pidos improcedentes, concursos de acreedores, reclamaciones de deuda...). Esta posibilidad de introducir la mediación obligatoria está permitida en Europa, tanto por 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 también, por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo*.

Entre las manifestaciones más importantes, podemos mencionar:

- 1) La Junta de Jueces de Primera Instancia de la ciudad de Valencia, aprobó por unanimidad, utilizar habitualmente la mediación como forma de justicia sostenible. Es la primera vez en España que se aprueba una medida de esta importancia, a nivel judicial. (07/06/2020).
- 2) La Sección Española del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación (GEMME) y el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) firman convenio de colaboración para el impulso de la mediación (27/06/2019), estrecha colaboración interinstitucional que adquiere un nuevo impulso con la ingente cantidad de procedimientos que se verán retrasados en su tramitación y resolución tras la reactivación judicial. Resulta fundamental que el CGAE considere la mediación como una herramienta útil para resolver muchos asuntos que se plantean en los tribunales, como una opción a ofrecer a sus clientes, sin que se vea mermado su derecho a la defensa.
- 3) El Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio de España, aprueba la creación del Centro Español de Mediación (CEM), con la finalidad de que se convierta en una institución de referencia en la mediación empresarial (22/06/2020).
- 4) Ley 9/2020, de 31 de julio, *de modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y de la Ley 15/2009, de mediación en el ámbito del derecho privado*. Principales novedades:

Para cumplir con el mandato 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*, introduce la mediación obligatoria en los conflictos fa-

miliares, especialmente en los que afecten a menores de edad, cuando no estén excluido legalmente; potencia la mediación por sus ventajas: menores costes económicos y emocionales, ahorro de tiempo y eficacia en las ejecuciones de los acuerdos alcanzados; y, fomenta la mediación para evitar que su desconocimiento por las partes y por los operadores jurídicos, les haga recurrir a la vía judicial.

5. *A modo de conclusión.* – Ante una situación sanitaria grave, desencadenante de una crisis generalizada y universal en todos los demás ámbitos, que ha repercutido alterando absolutamente nuestra cotidianeidad, nuestra forma de vivir y de relacionarnos, tal vez puede ser el momento oportuno, para que nos planteemos otra forma de enfrentarnos a los conflictos. Que busquemos reconsiderar nuestras posturas e intentemos apostar por soluciones negociadas que nos puedan aportar respuestas realistas, ágiles y adecuadas a nuestras circunstancias. Para que los implicados en los conflictos vuelvan a adquirir el protagonismo que les corresponde, perfilándose la mediación obligatoria, como el mecanismo más adecuado.

La tutela judicial efectiva queda garantizada, aunque se imponga la mediación obligatoria en determinadas materias, porque se establece como un procedimiento previo a la interposición de la demanda, no como una prohibición de acudir a los tribunales.

Impulsar la mediación electrónica, como herramienta fundamental de actuación en las nuevas circunstancias actuales y previsiblemente, en el futuro cercano, estableciendo los controles necesarios para garantizar la protección de datos de los interesados en este entorno y potenciando la ciberseguridad. Convencer a los profesionales jurídicos de que la mediación es un instrumento útil también para ellos, no una amenaza, para que contribuyan a su utilización y la recomienden a sus clientes, cuando sea posible. De lo contrario, sin su inestimable colaboración, aunque se apruebe la nueva ley que establece la mediación obligatoria “mitigada”, no se podrán conseguir los resultados esperados y necesarios para rebajar los altos niveles de litigiosidad existentes en España y descongestionar los tribunales.

MARÌA JOSÉ BRIZ CLARIGET, FLORENCIA RYCHTENBERG MILANS,
MARÌA ELENA VARELA RAGGIO*

LA PROTECCIÓN DEL VÌNCULO PATERNO-FILIAL EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El proceso de mediación. - 3. La mediación familiar.

1. *Introducción.* – La familia es el sistema intermediario entre el individuo y la sociedad. En tal sentido, cumple funciones básicas en los ciclos vitales de las personas que las integran en cuanto a los vínculos afectivos y genera patrones de conductas positivos de relaciones interpersonales; por ello, la participación de todos los miembros que la integran es fundamental. Cuando los conflictos que se gestionan en mediación son aquellos derivados de una separación con hijos menores, el foco del proceso suele estar centrado en el sistema parental pues, si bien el sistema conyugal se disuelve, pretende sentar las bases para la necesaria re estructura familiar. En los procesos de separación de los progenitores muchas veces los vínculos siguen funcionando de manera saludable sin que se genere ninguna consecuencia negativa en cuanto al cumplimiento de esa función básica que constituye la familia.

En aquellas situaciones en las que la separación de los progenitores tiene alto nivel de conflictividad, es cuando las funciones y la generación de esos patrones de conducta son disfuncionales, y en definitiva el vínculo paterno-filial se ve afectado.

Estos conflictos pueden ser de diversa índole, desde la definición de quién será el tenedor de los menores; en el caso de tenencia compartida, de cómo será su funcionamiento; la fijación del régimen de visitas y pensión alimenticia, entre otros.

* Profesores en la Universidad Católica del Uruguay.

Por otro lado, este tipo de conflictos generalmente no impactan solo en el ámbito de la relación entre los progenitores y sus hijos, sino que sus consecuencias afectan a lo que se denomina familia extendida, es decir, abuelos, tíos y primos. Esto hace que sean muchas las partes que influyen en los conflictos que se generan, hecho que provoca que el vínculo paterno-filial se deteriore más aún y también pueda dañarse con la familia extendida del menor. En cuanto a la gestión de los operadores en gestión de conflictos —desde el Juez que es quien toma la decisión en el proceso judicial, el asistente social que visita en algunos procesos el hogar del menor, la maestra que a diario convive con el niño y los impactos que esta situación le genera, los abogados que defienden a cada uno de sus progenitores o los psicólogos que realizan un abordaje emocional de la situación—, deberían ser conscientes del impacto que su hacer profesional genera en el vínculo entre padres e hijos y entender que muchas veces los daños causados por una mala gestión son irreparables y acompañan al niño durante toda su vida.

2. *El proceso de mediación.* – El objetivo de este artículo es realizar un análisis de la relevancia de la gestión de conflictos en el ámbito familiar a través del proceso de mediación en cuanto a la protección del vínculo paterno-filial.

Asimismo, busca visibilizar el necesario abordaje interdisciplinario del tema, que es posible realizarlo a través de un proceso de mediación y que excede el ámbito judicial. La protección del vínculo paterno-filial es lo que muchas veces lleva a los cónyuges a plantearse una y otra vez el hecho de la separación, pero también este hecho genera con el tiempo un ambiente de convivencia altamente conflictiva que produce un desgaste en el vínculo entre los propios cónyuges e incluso entre ellos y sus hijos.

Este tipo de situaciones, en las que la separación del vínculo conyugal no se gestiona saludablemente, comienza a impactar en forma negativa sobre el vínculo parental ya que los sentimientos de venganza recaen sobre lo que se tiene en común y, en la mayoría de los casos, impactan sobre sus hijos.

Existen otro tipo de separaciones en las que se presentan sentimientos de culpa por haber fracasado, por no haber logrado

mantener un hogar conformado para su hijos, por la reducción inevitable del poder adquisitivo y el efecto que esto tiene en la calidad de vida de sus hijos y en la adaptación al entorno social que se genera luego de la separación (vínculos con familia extendida y amigos comunes).

Tal como señalan Enrique Arranz y Alfredo Oliva, el divorcio o separación supone un proceso de cambio que lleva implícito diversas transiciones y reorganizaciones que, evidentemente, son estresantes para el núcleo familiar, sin perjuicio de que a cada integrante lo afecte de manera diferente.

Una de las causas de que el período inicial de cualquier proceso de separación resulte tan estresante para todos los miembros del núcleo familiar es que resulta difícil mantener una comunicación de buena calidad entre sus miembros.

En general, para todos los niños la separación de sus padres conlleva el temor a perder el sustento y la protección que, como seres dependientes, necesitan. Muchas veces, este sentimiento les dificulta separar la idea de destrucción del vínculo conyugal y el mantenimiento del vínculo paternal. Esto genera sentimientos de tristeza, pena, soledad, conflicto de lealtades, rabia y, a veces, sentimientos de culpa por considerarse responsables de la ruptura.

En tal sentido, debería considerarse no solamente la instancia de encuentro entre progenitor e hijos, sino también otras formas de contacto complementarias que podrían ayudar a los menores a transitar de manera menos dolorosa la separación familiar.

Por último, resulta también relevante la actitud de ambos progenitores en relación al cuidado del vínculo paterno-filial. Ya sea en el caso de una tenencia compartida o una tenencia de solo un progenitor, el padre visitante debe cumplir con su derecho-deber de visitas y hacerlo siempre velando por el bienestar del menor y su derecho a vincularse sanamente con su familia.

Estas situaciones disfuncionales pueden llegar a extremos, generando contextos familiares que afectan de sobremanera el vínculo paterno-filial, como el denominado 'síndrome de alienación parental', definido por Richard Gardner en el año 1985, que es un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas legales sobre la custodia de los hijos. Su manifestación primaria es la campaña de denigración de un hijo hacia

uno de sus progenitores, sin justificación. El hijo visualiza un padre malo, que es odiado y difamado verbalmente, y un padre bueno, que es amado e idealizado.

Cuando se presentan estos síntomas es vital poder trabajar de forma coordinada entre todos los profesionales que están gestionando el conflicto en el ámbito familiar, a los efectos de poder trabajarlos en el tiempo y del modo conveniente para la protección del interés del menor.

Muchas veces, lo que sucede es que en situaciones conflictivas como puede ser la separación, las partes se bloquean temporalmente debido, en algunos casos, a la pérdida de comunicación y el mediador debe lograr generar la oportunidad para que las partes vuelvan a comunicarse a través de una escucha activa, que es el camino para lograr acuerdos que puedan satisfacer los intereses de ambas partes. Cuando una pareja decide separarse lleva consigo una historia común llena de sentimientos positivos y negativos.

Al acudir a la justicia para que un tercero resuelva sus desacuerdos es difícil, en general, que todo este bagaje emocional pueda expresarse a través del lenguaje jurídico y es entonces cuando las partes comienzan a no transmitir sus verdaderos intereses. Por otro lado, cada parte, al tratar de fundamentar su posición para lograr acordar en base a su interés, genera una catarsis de argumentaciones y fundamentos que, a veces, al ser escuchados por la otra provocan una escalada del conflicto que afecta cada vez más la comunicación entre ellas.

El proceso judicial tiene como resultado final una sentencia que puede no complacer el interés de las partes y lo que sucede inevitablemente es la sustitución de las normas legales por las familiares generando una interminable dependencia del Poder Judicial.

No conseguir lo deseado hace culpar al sistema judicial, al juez o al abogado del fracaso. Desde hace años, la mediación se viene imponiendo como un medio de resolución alternativo a la hora de gestionar conflictos derivados de procesos de separación.

Podemos hablar de la mediación como mecanismo extrajudicial, cuando los cónyuges, antes de judicializar el conflicto, deciden gestionarlo a través de este mecanismo o de la mediación in-

trajudicial, cuando esta se realiza por la derivación de un juez en un proceso judicial.

El proceso de mediación en la separación o divorcio supone, por parte del mediador, obtener datos de las partes implicadas, verificarlos, identificar y definir el problema, y negociar la opción precisa que responda a las necesidades de las partes.

En una sociedad tan cambiante, en la que la dinámica familiar permanece en continuo cambio, la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos logra cuidar la calidad del vínculo interpersonal entre los integrantes de la familia, en particular el vínculo paterno filial, para que sean capaces de gestionar todas sus diferencias sin encontrarse con barreras insuperables que puedan quedar como cicatrices que marquen la vida de los integrantes de la familia.

Si bien en la mediación en procesos de separación o divorcio los asuntos concretos que deben tratarse y resolverse tienen una naturaleza jurídica que es incuestionable, es evidente que en esta materia el mediador debe contar con cierta capacidad en el manejo de las emociones y de las reacciones de los mediados que es propia de la disciplina psicológica. Desde el primer momento en que se comenzó a trabajar en mediación en este ámbito, abogados y psicólogos han encontrado un campo de trabajo conjunto, complementario y enriquecedor que permite abordar el conflicto de una manera integral.

No podemos olvidarnos de que las personas que atraviesan ese proceso de separación seguramente estén viviendo psicológicamente uno de los momentos más complejos en su vida, y la gestión de sus emociones pasa a ser un tema fundamental en ese proceso de mediación ya que, de lo contrario, no será posible gestionar sus aspectos jurídicos.

3. *La mediación familiar.* – En el ámbito específico de la mediación familiar, el interés del menor adquiere una gran significación ya que, partiendo de la base de que son las partes las que deben lograr el acuerdo, éste siempre deberá traducir el interés de los menores que sean afectados o que puedan ser afectados por lo allí acordado. El mediador debe tener especialmente en cuenta el bienestar y el interés superior del niño, debe alentar a

los padres a concentrarse sobre las necesidades del menor y debe apelar a la responsabilidad básica de los padres en el bienestar de sus hijos y a la necesidad que tienen de informarles y consultarles.

En la práctica, ante un conflicto generado por una separación o divorcio, los padres de los menores siempre manifiestan que quieren lo mejor para sus hijos, pero, en ocasiones, puede haber dudas de que así sea. Muchas veces, los padres están sumergidos en sus propios conflictos y no son capaces de decidir de acuerdo al interés de sus hijos. En las relaciones familiares, tanto conyugales como paterno-filiales, deben primar el respeto, la ayuda mutua, los cuidados materiales, morales y espirituales.

Todos estos valores no se cuestionan durante la convivencia, pero sí pueden poner en evidencia su falta en las situaciones de separación. En este tipo de situaciones se presentan desviaciones en el comportamiento que anteriormente a la ruptura no se presentaban. Estos comportamientos se presentan tanto en la pareja conyugal como en la parental. Las consecuencias sobre los hijos de una separación o divorcio mal gestionado que genere este tipo de conductas por parte de los cónyuges pueden variar según las edades, sexo y características del vínculo que mantenían con sus padres.

El interés de los menores que forman parte de ese núcleo familiar está en riesgo de no ser protegido por las decisiones que tomen sus padres. Los hijos en un proceso de separación o divorcio tienen la necesidad de mantener tres «continuidades» en su vida: la corporal, la afectiva y la social. Necesitan obtener información sobre el proceso que están viviendo ambos progenitores, ya que eso les dará seguridad, mantener una buena comunicación con ellos, no sentirse responsables de la separación ni sentirse obligados a tomar partido por una parte o la otra. Todas estas necesidades, que ya son conocidas y estudiadas por los especialistas, si bien en primer lugar deben ser atendidas por los padres, también debe ser tenidas en cuenta por los mediadores que estén interviniendo en el proceso de mediación para, si procede y teniendo en cuenta el criterio del interés del niño, tratar de hacer reflexionar a ambos progenitores sobre dichas necesidades.

A través de la mediación familiar no se busca destruir a la familia ni rearmarla, la situación ya está planteada y la mediación familiar no puede modificar este hecho. En cambio, lo que sí se intenta con este mecanismo es que ese proceso se transite con el menor daño posible sobre los involucrados, sobre todo en aquellas decisiones que afecten a los menores que están en juego y en particular el vínculo con sus progenitores.

Los conflictos planteados en los procesos de separación con hijos, que ponen en juego la protección del vínculo entre el menor y sus progenitores, son los relativos a la tenencia y régimen de visitas y comunicación. En cuanto a la tenencia, lo primero que el mediador debe tener presente y transmitir a los padres es la posibilidad de que la misma sea compartida o exclusiva de un progenitor, tratando de encontrar la mejor solución desde la perspectiva del interés del menor y no del de ambos padres. En el caso de la tenencia exclusiva a cargo de un progenitor, el otro tema es el derecho a visitas que tiene el menor con respecto al progenitor que no reside con él y el derecho de ese progenitor a mantener el vínculo con su hijo a través de un régimen de comunicación constante. Es rol del mediador, también pensando en el interés del menor, tratar de transmitir a las partes la idea de que cuanto más amplio sea el régimen, más se verá favorecido el vínculo paterno-filial.

Es importante no dejar de plantear que, a veces, el acuerdo sobre la tenencia y visitas se dificulta, ya que existen otro tipo de cuestiones que no están resueltas. La más frecuente, y que el mediador debe tener presente, es la culpabilidad de la ruptura, frente a lo cual el mediador debe dejar claro que la tenencia no es un premio a la inocencia: es regular el mejor lugar para que pueda vivir el menor pensando en su propio interés. La otra es el intento de castigar al progenitor que decidió separarse a través de la regulación de la tenencia en forma desfavorable para su interés. Este último hecho puede desarrollarse de manera tal que llega a situaciones en las que se presenta el síndrome de alienación parental, causando daños irreparables a los menores. Es aquí donde el mediador debe proteger el interés del hijo y dejar de lado otro tipo de intereses que se puedan presentar.

El proceso de mediación, frente a este tipo de conflicto generado en el ámbito de una separación o divorcio con la presen-

cia de hijos, supone un sistema de intervención que potencia el principio de autonomía de la voluntad de las partes, a través de una gestión cooperativa del conflicto en la que las partes, padres e hijos, pueden transmitir sus necesidades y diseñar el escenario más adecuado para que las relaciones familiares puedan desarrollarse de acuerdo a la dinámica intrafamiliar; con un abordaje interdisciplinario que logre proteger lo más preciado para cualquier niño que es el vínculo con ambos progenitores para toda la vida.

GLORIA TERRATS, IMMACULADA ARMADANS*

COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD EN TIEMPO DE PANDEMIA: TELE INTERVENCIÓN

Sommario: 1. Incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en la resolución de conflictos. - 2. ADR vs. ODR. Tecnologías de la Información y Comunicación. - 3. La intervención del Coordinador de Parentalidad durante el estado de alarma. - 4. Seguridad en la Intervención online. - 5. Beneficios y riesgos de las Intervenciones online. Adaptado de (De la Torre y Pardo 2018). - 6. Resultados. - 7. Conclusiones.

1. *Incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en la resolución de conflictos.* – El incremento en la utilización de las TIC ha estado motivado por su esperada efectividad en la mejora de vida de las poblaciones, acompañado de estrategias estatales con soporte tecnológico conocidas como gobierno electrónico (Tursunbayeva et al, 2017) de auge en todo el mundo (aunque con mayor visibilidad en países con ingresos elevados), con el objetivo de reducir las brechas geográficas y sociales entre ciudadanos y Estado. Las intervenciones digitales han llegado para quedarse y en palabras de Eysenbach, “es un fenómeno que ha transformado profundamente el mundo contemporáneo, es la inserción de las tecnologías de la información y la comunicación en la vida social humana y su promesa de desarrollo y evolución”. Dentro del campo de la salud, para algunos autores la evidencia del impacto de las intervenciones es todavía escasa, no concluyente y dispersa (Ancker et al., 2012), mientras otros afirman que su implementación está todavía en su infancia (Ammenwerth, 2015) puesto que la mayoría de estudios (en el ámbito clínico) no superan la etapa piloto. De hecho, uno de los grandes retos en tele evaluación

* Profesoras de Psicología en la Universidad de Barcelona.

sanitaria es que, como entidad dinámica y construida socialmente en la interacción, pueda producir fácilmente una serie de resultados inesperados (Agudelo-Londoño 2020).

2. *ADR vs. ODR. Tecnologías de la Información y Comunicación.* – Desde el ámbito de la informática jurídica, se observa la necesidad previa a cualquier otro planteamiento de diferenciar entre los Métodos Alternativos de Resolución de conflictos (ADR) y las Online Dispute Resolution (ODR) (Conforti, 2015), dentro de los que entendemos quedarían incluidas tanto la Mediación como la Coordinación de Parentalidad. Para (Vázquez de Castro, 2013) existe un “evidente paralelismo” entre ADR y ODR, siendo estos últimos “sistemas que obedecen a un intento de aprovechar la tecnología de la información y la comunicación (TIC) para desarrollar los métodos extrajudiciales o alternativos de solución de conflictos sin el elemento de la presencialidad” afirmando que “hay que ser conscientes de que la tecnología sólo es un instrumento utilizado para facilitar el desarrollo a los modelos de solución de conflictos ya conocidos”. Fuera de España la corriente apuesta por la no diferenciación entre ODR y Mediación Electrónica (Conforti, 2015)

Internet ha incrementado la satisfacción vital de la población en la última década, especialmente dentro de los grupos sociales desfavorecidos (Lissitsa y Kol, 2016). ADR y ODR suponen la concreción de sistemas alternativos de resolución de conflictos configurándose como una vía alternativa que permite a las partes resolver una cuestión litigiosa con la colaboración de un tercero¹ desde la presencialidad o a través de medios tecnológicos. La Mediación electrónica debe entenderse como una especie dentro del género ODR (Conforti, 2013) y por extensión las intervenciones electrónicas del Coordinador de Parentalidad (CP, deberían incluirse dentro de la misma categoría. El propio creador de los ODR, Ethan Katsh ha dicho respecto a los ODR: “is an umbrella for many different approaches to resolving disputes. All ODR processes share some common goals in that the communications systems employed need to be trusted and ac-

¹ www.legaltoday.com.

cessible. All ODR systems also share some challenges such as when choices need to be made between synchronous and asynchronous forms of communicatio”.

Dentro del ámbito terapéutico las intervenciones a distancia (por carta o por teléfono) tienen bastantes décadas de antigüedad (Perle, Langsam y Nierenberg, 2011), pero el surgimiento de Internet y, sobre todo, su penetración en segmentos cada vez más amplios de la población han abierto un nuevo abanico de posibilidades. Las intervenciones online reúnen una serie de características que resultan especialmente interesantes como son: la inmediatez de la comunicación, las posibilidades multimedia (involucrando texto, imagen y audio), la facilidad para establecer contacto desde distintos dispositivos y ubicaciones, etc. No obstante, también implican una serie de riesgos que obliga a los profesionales que quieren utilizarlas a una adaptación continua al ritmo con el que avanza la tecnología. La versatilidad que ofrece la intervención online hace que su aplicación pueda contemplarse en distintos contextos como: la psicología, psicoeducación, consuelo, así como dentro del ámbito de la intervención en resolución de conflictos representados por la Mediación y la Coordinación de Parentalidad. Características de las intervenciones telemáticas. - combinar con sesiones presenciales con el objetivo de aumentar la frecuencia de sesiones y hacer seguimientos más completos. - Como método principal para dar atención a los usuarios - Como servicio de apoyo para personas con dificultad de movilidad

3. *La intervención del Coordinador de Parentalidad durante el estado de alarma.* – Las solicitudes de intervención de un CP se han incrementado significativamente a raíz del estado de alarma sanitaria. Las parejas divorciadas o separadas cuya relación gira alrededor del conflicto, han necesitado del asesoramiento profesional para poder llegar a acuerdos que permitieran que los menores quedaran protegidos de las continuas interferencias entre progenitores. Al igual que el mediador el CP ha tenido que adaptarse al uso de las plataformas tecnológicas para dar soporte a sus clientes, en especial en lo que afecta a la regulación del régimen de visitas durante la pandemia, que se ha convertido en uno de los puntos calientes donde el conflicto entre

progenitores ha alcanzado mayor intensidad dando lugar a un gran número de incumplimientos, argumentando el temor al riesgo de contagio que en muchas ocasiones no era más que una pantalla que ocultaba sus propios intereses.

4. *Seguridad en la Intervención online.* – Las intervenciones telemáticas presentan características propias que las distingue de las intervenciones presenciales. Los profesionales que prestan su servicio a través de plataformas online tienen que disponer de las competencias necesarias para poder desarrollar intervenciones a distancia y evitar actuaciones negligentes o iatrogénicas hacia los usuarios, garantizando que la atención (como mínimo), sea de la misma calidad que la que ofrecen en entornos presenciales (De la Torre y Pardo; 2018).

5. *Beneficios y riesgos de las Intervenciones online.* – Ventajas:

- a) Una de las principales ventajas del uso de las intervenciones online es la eliminación o reducción de numerosas barreras que dificultan el acceso de muchas personas a profesionales cualificados y entrenados en la resolución de conflictos como los que actúan en los ámbitos de la Mediación y la Coordinación de Parentalidad.
- b) Favorece que más gente – en especial de ámbitos con difícil acceso – puedan acceder a una intervención adecuada resultando particularmente interesante para colectivos procedentes de áreas rurales o mal comunicadas, personas con discapacidades o enfermedades que dificultan su movilidad, personas con compromisos laborales (viajes frecuentes u horarios cambiantes) o familiares que presentan dificultades a la hora de poder acudir periódicamente a las sesiones agendadas.
- c) Otra de las ventajas a considerar es la económica ya que, como mínimo, se reducen los costes de desplazamiento y, en ocasiones, el coste de la intervención es menor.

No obstante, estas ventajas llevan aparejados una serie de riesgos que deben tenerse muy presentes antes de lanzarse a la práctica de la intervención online:

- a) En primer lugar, requiere que tanto el profesional (Mediador o CP) como el usuario estén familiarizados con las tecnologías que se van a utilizar. Será necesario un entrenamiento específico, no solo en las tecnologías necesarias, sino también en cómo adaptar y transferir sus competencias de intervención al nuevo medio y al formato escogido (p. ej., chat, videoconferencia, etc.).
- b) Respecto al usuario resulta imprescindible evaluar a priori si éste dispone de las competencias necesarias para el uso de la tecnología y si se siente suficientemente cómodo en este medio. El profesional deberá proporcionar las ayudas e instrucciones oportunas para garantizar el buen funcionamiento de los medios técnicos empleados durante las intervenciones.
- c) Uno de los temas que más preocupa en el ámbito de la seguridad es el intercambio de información sensible. Desafortunadamente es un aspecto que a veces no se cuida lo suficiente debido a la falta de conocimientos tecnológicos por parte del profesional y a la subestimación de los riesgos en los que incurre él mismo y a los que somete a sus clientes. Algunas recomendaciones básicas son:
- d) Utilización de contraseñas seguras que protejan el acceso al equipo donde se almacena la información, así como a los archivos generados y a las cuentas de los programas empleados.
- e) Uso de medios de comunicación encriptados (en lugar del email convencional); o proteger el equipo frente a malware o spyware. No se puede olvidar que muchos de los peligros se sitúan en el extremo del usuario, por lo que será necesario proporcionarle recomendaciones de seguridad para garantizar que su equipo y cuenta se encuentren debidamente protegidos por contraseñas seguras (De la Torre y Pardo, 2018)

Hay un tema controvertido sobre si existen perfiles de usuarios que no pueden ser atendidos adecuadamente por Internet (Mallen, Vogel y Rochlen, 2005), los autores sugieren que aquellos clientes con problemas de abuso de sustancias, problemas psicóticos o tendencias suicidas, entre otros, serían mejor atendidos en contextos presenciales.

1. Confidencialidad, Protección de datos y Privacidad (adaptado de De la Torre y Pardo, 2018).

En las intervenciones telemáticas en general se aplican los mismos principios que en intervenciones presenciales respecto a normativa ética y deontológica que garantizan una práctica adecuada, aunque es cierto que se requieren adaptaciones específicas propias del nuevo escenario y modelo de comunicación.

6. *Resultados.*

- Se recomienda la realización de supervisiones entre profesionales. Para garantizar una revisión adecuada.
- Mantener registros profesionales sobre cada sesión de manera que el supervisor pueda tener acceso a las transcripciones completas de las sesiones de asesoramiento en base al texto o a grabaciones (siempre con el consentimiento del informado)
- En la intervención online, el profesional puede recomendar el formato más adecuado atendiendo a la problemática del cliente y el contexto social en el que se encuentra. Debe ser capaz de evaluar si la intervención online es adecuada, así como discriminar cuándo es recomendable y cuándo no ofrecer este servicio.
- Resulta imprescindible que el profesional se mantenga actualizado sobre la prestación de servicios telemáticos, herramientas tecnológicas, métodos nuevos de evaluación o intervención, así como en el desarrollo de necesidades cambiantes como puede ser la prevención de consecuencias frente a una crisis sobrevenida.

Probablemente la realización de intervenciones online ponga en contacto a profesionales con los que se compartan realidades culturales diferentes. Frente a la posibilidad de tratar con personas fuera del ámbito nacional, será fundamental tener en cuenta las variables culturales y su interacción con la problemática del cliente. Al igual que dentro del ámbito sanitario, existen modelos de formación multicultural (Sue, Zane, Hall y Berger 2009), es esperable que el profesional de la mediación o de la Coordinación de Parentalidad disponga de habilidades para poder trabajar con poblaciones diversas y sea capaz de disponer de la información necesaria sobre los recursos que faciliten información sobre el entorno del usuario. Existen distintas opciones a través de las que adqui-

rir las competencias necesarias para la intervención online (artículos científicos, guías internacionales etc.) y se aconseja que el profesional practique con las tecnologías, las herramientas o los dispositivos que vaya a utilizar y que a veces pueden resultar complejos, ya que será él el que deberá entrenar al usuario y resolver sus dudas. Otra recomendación es la participación en grupos de trabajo para compartir experiencias sobre sesiones online, argumentar sobre aspectos controvertidos y escuchar recomendaciones y practicar habilidades mediante técnicas de role -playing.

Por otra parte, la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental que tienen todos los usuarios, recogido en el Tratado Fundacional de la Unión Europea. Art. 16.1 y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE – Art. 8. La protección de datos es de obligado cumplimiento de acuerdo con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). UE 2016/679 de 27 de abril, marco de referencia común en el espacio europeo. Respecto a la normativa española, se incluye en nuestro país en la Ley Orgánica 3/2018 para la Protección de Datos que incluye la Garantía de Derechos Digitales.

Es posible que la provisión de servicios en materia de resolución de conflictos por Internet quede enmarcada dentro del reglamento del Servicio de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE), que incluye directrices respecto al comercio electrónico y provisión de servicios por internet. En España la normativa jurídica que la regula es la Ley 34/2002, del 11 de julio² y el Reglamento EPrivacy (pendiente de aprobarse para reforzar algunos aspectos sobre privacidad, marketing y comercio en internet).

7. *Conclusiones.* – La mediación electrónica es una realidad en España. La Ley 5/2012³, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha resuelto a través del artículo 2.d, defi-

² https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l34-2002.html#:~:text=Ley%2034%2F2002%2C%20de%2011,informaci%C3%B3n%20y%20de%20comercio%20electr%C3%B3nico&text=El%20Real%20Decreto%20926%2F2020,9%20de%20noviembre%20de%202020.

³ [https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l5-2012.html.](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l5-2012.html)

nir su ámbito de aplicación y determinar su exclusión de los asuntos de consumo, en consonancia con la legislación europea (Directiva 2008/52/CE⁴, que prohíbe la aplicación de la directiva sobre mediación, a los conflictos derivados del ámbito de consumo en cualquiera de sus versiones. A pesar de no contar con una regulación específica sobre la intervención del Coordinador de Parentalidad, hemos considerado pertinente contemplar que en sus intervenciones online se mantengan las mismas consideraciones contempladas en los casos de la Mediación electrónica, hasta que (en su caso) se determine cualquier otra alternativa que regule específicamente las actuaciones online del CP. El pasado mes de febrero se celebró en Madrid el II Forum Estatal de la Coordinación de Parentalidad (FECPA)⁵ donde entre otras conclusiones se llegó a las siguientes:

- a) Establecer los criterios en el perfil, funciones y formación del/la CP.
- b) Se considera conveniente promover el desarrollo de una norma mínima para incluir la figura de la coordinación de parentalidad en el procedimiento judicial. Esta debería mejorar y precisar la definición jurídica de la figura, y establecer aspectos tales como la protección de datos, la responsabilidad civil.
- c) El FECPA debe ser vigilantes con la formación que se ofrece en coordinación de parentalidad, siendo su obligación la de velar porque esta sea adecuada y de calidad.

Dentro de la serie de actuaciones propuestas por el FECPA, entendemos que debería contemplarse la formación del CP en las intervenciones online, ya que, al igual que sucede con la mediación, son los momentos de crisis (en especial la situación de pandemia que nos afecta), la que pone de manifiesto la necesidad de recurrir a las intervenciones online del CP para poder ofrecer a los usuarios alternativas que les permitan disminuir la escala de conflicto en la que se encuentran y poder garantizar a la vez, la seguridad y el bienestar de los menores con los que conviven.

⁴ <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>.

⁵ https://www.coppa.es/gestor/uploads/programas/Doc._Conclusiones_II_Forum__1_.pdf.

Referencias:

- S.M. AGUDELO-LONDOÑO (2020), *Reflexión sobre la evaluación de impacto en Salud*. «No todo lo que brilla es oro». *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad* (12):22. DOI: <https://doi.org/10.22430/21457778.1262>
- E. AMMENWERTH (2015), Evidence-based Health Informatics: How Do We Know What We Know? *Methods of Information in Medicine*, 54(4), pp. 298-307. <https://doi.org/10.3414/ME14-01-0119>
- J. ANCKER, L. KERN, E. ABRAMSON, R. KAUSHAL (2012), The Triangle Model for evaluating the effect of health information technology on healthcare quality and safety. *Journal of the American Medical Informatics Association*, 19(1), pp. 61-65. <https://doi.org/10.1136/amiajnl-2011-000385>
- F. CONFORTI (2015), Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos. *INDRET Revista para el Analisis del Derecho*. www.indret.com. Consultado en noviembre 2020
- G. EYSENBACH (2007), Poverty, Human Development, and the Role of eHealth. *Journal of Medical Internet Research*, 9(4), pp. 1-3. <https://doi.org/10.2196/jmir.9.4.e34>.
- E. KATSH, J. RIFKIN (2001), *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. San Francisco: JosseyBass.
- S. LISSITA, O. KOL (2016), Generation X vs. Generation Y. A decade of online shopping *Journal of Retailing and Consumer Services* 31, pp. 304-312
- M. MALLÉN, D.L. VOGEL, A.B. ROCHLEN (2005), *The Practical Aspects of Online Counseling: Ethics, Training, Technology, and Competency*. *The Counseling Psychologist* (2005). (33). <https://doi.org/10.1177/0011000005278625>
- M. DE LA TORRE, R. PARDO (2018), *Guía para la Intervención Telepsicológica*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. <http://www.copmadrid.org/web/publicaciones/guia-para-la-intervencion-telepsicologi>. Consultado en Noviembre 2020
- J. PERLE, L. LANGSAM, B. NIERENBERG (2011), *Controversy clarified: An updated review of clinical psychology and tele-health*. *Clinical psychology review*, 31(8): pp. 1247-58.

Gloria Terrats, Immaculada Armadans

- S. SUE, N. ZANE, G.C.N. HALL, L.K. BERGER (2009), *The case for cultural competency in psychotherapeutic interventions. Annual Review of Psychology*. (60).
- A. TURSUNBAYEVA, M. FRANCO, C. PAGLIARI (2017), *Use of social media for e-Government in the public health sector: A systematic review of published studies. Government Information Quarterly*, 34(2), pp. 270-282. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2017.04.001>.
- E. VÁZQUEZ DE CASTRO (2013), *Estudios sobre la justicia online*. Granada: Editorial Comares.

DARIELA KATIA DESLOY HECHAVARRÍA, MAIDOLIS LABAÑINO BARRERA*

LA MEDIACIÓN COMO VÍA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA LOS NEGOCIOS FAMILIARES DEL TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA EN CUBA. DESAFÍOS PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

SUMARIO: 1. Reflexiones introductorias. - 2. Los negocios familiares del trabajador por cuenta propia en Cuba, su existencia práctica y desprotección legal. - 3. Principales problemáticas que se generan internamente entre los socios de los negocios familiares cubanos. - 4. ¿Acceso a la justicia de los negocios familiares en Cuba? La mediación como vía fáctica de solución de sus actuales conflictos internos. - 5. A modo de epílogo. - 6. Bibliografía.

1. Reflexiones introductorias. – Las transformaciones que se producen actualmente en la economía cubana suponen el redimensionamiento de viejos y nuevos actores sociales que asumen en su accionar diario las diversas prestaciones que antes eran monopolio del Estado. Así, los denominados trabajadores por cuenta propia y las cooperativas en su más amplia concepción, de conjunto con la empresa estatal socialista, resultan ser sujetos esenciales del escenario en el que se desenvuelven actualmente las relaciones sociojurídicas en Cuba. Esto supone la aparición en este contexto de negocios familiares como motores de innovación y generación de disímiles relaciones jurídicas, en los que la familia interviene de forma decisiva en su administración y dirección; y que, a su vez se erigen como instrumentos que trascienden, más allá de la actividad desplegada, al sostenimiento y fortalecimiento del ente familiar en sí.

Es una realidad el auge de la actividad por cuenta propia, que ha venido a convertirse en una opción recurrente para el sustento de la economía familiar, por lo que se ha fortalecido el sector y con ello, la estructuración de negocios familiares, pese a no con-

* Profesoras de derecho en la Universidad de Oriente de Cuba.

tar con protección legal expresa, dada la apreciación dogmática de solo reconocerse la figura del trabajador por cuenta propia como sujeto individual, particular que no fue resuelto con la aprobación de las normativas jurídicas del año 2018. Sin embargo, han sido reconocidos formalmente por la dirección política del país, se dan *per se* en la práctica social cubana, y a los que se les adhieren las problemáticas más comunes de los negocios familiares del mundo, no encontrándose aún las respuestas para darle solución a las mismas. Elemento que sin lugar a dudas, puede incidir directamente en la perdurabilidad en el tiempo de estos emprendimientos familiares, toda vez que se imposibilita la transmisión de la titularidad de la actividad y así la condición de socio. Todavía no existe una cabal representación en caso de impedimentos del ejercicio del titular por el resto de los familiares socios y, las insuficiencias normativas para darle respuesta a los conflictos societarios de los familiares que participan directamente en el negocio, son cuestiones que constituyen un freno desde lo normativo, para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia de estos sujetos de la economía cubana.

2. Los negocios familiares del trabajador por cuenta propia en Cuba, su existencia práctica y desprotección legal. – Los emprendimientos familiares se encuentran en todas partes del mundo y en algunos países predominan respecto de otros tipos de empresas, representando un desafío frente a la globalización de los grandes intereses económicos mundiales. Es por ello que la realidad jurídica imperante, recibe el reto de la economía y de las dificultades siempre crecientes que afectan extensamente al mercado, para dotar de mecanismos protectores a los sectores económicos emergentes, como las pequeñas y medianas empresas. Hoy la doctrina económica reconoce que el desarrollo de los países está íntimamente ligado a la capacidad de construir un entorno propicio para la generación de nuevas empresas y el desarrollo de las existentes. En este sentido, los negocios familiares son una estructura recurrente en los orígenes de las pequeñas empresas convirtiéndose en una gran opción de empleo y futuro, donde el clima laboral es muy bueno, y de hecho, hoy son la base de la economía mundial. Empero, es una

realidad que estos emprendimientos tropiezan cada vez más, con dificultades que surgen desde lo interno de sus relaciones y que conllevan en la mayoría de los casos a su extinción.

Sobre la base de estos postulados, es válido destacar que la realidad socioeconómica cubana está en consonancia con los fenómenos antes descritos que acontecen en el escenario del mercado mundial, la economía patria se encuentra actualmente en un proceso de reestructuración en condiciones especialmente complejas. El nuevo modelo económico, en pleno proceso de configuración, se orienta a hacerle un mayor espacio a las relaciones monetarias mercantiles y al surgimiento y ulterior consolidación de otros sectores económicos complementarios al estatal, como; el cooperativo, mixtos y privado. Esto de hecho, conforma nuevas formas de propiedad social e individual y nuevos agentes y sujetos económicos en la actividad económica del país, elementos que ya se han corporizado en nuestro ordenamiento jurídico, siendo reflejados en la actual Constitución de la República en vigor desde el 10 de abril de 2019¹. No obstante, en el plano jurídico no existe una cabal regulación de la actuación de dichos sujetos en la economía ni de todas las transformaciones adoptadas, si bien se han venido instrumentando diferentes medidas legislativas para reglamentar esta nueva situación, particular que conlleva a su desprotección y se traduce en no contar con una tutela jurídica efectiva.

El paquete de medidas adoptadas en medio del ajuste estructural, contenido en la vigente Política Económica y Social del país, tiene entre sus prioridades, la extensión del trabajo por cuenta propia como alternativa a la racionalización del empleo en el sector estatal, fenómeno que no es nuevo en Cuba, y consecuencia de nuestro sistema económico social, ya que desde la etapa prerrevolucionaria han existido trabajadores que con el apoyo familiar se dedicaban al ejercicio de actividades independientes. Lo cierto es, que este fenómeno ha adquirido nuevos matices en la actualidad, que se reflejan en las finalidades

¹ La vigente Constitución de la República reconoce la propiedad privada para estos tipos de negocios, pero no hace referencia alguna a las PYMES, tampoco a los emprendimientos familiares como expresión más concreta de los actuales negocios familiares del trabajador por cuenta propia, quedando rezagado aún el reconocimiento constitucional de estos sujetos de la economía nacional. *Cfr. Sic.* Art. 22 inc. d) de la nueva Carta magna.

propicias para el momento, porque constituye una alternativa más de empleo, un complemento de la actividad estatal en la producción de bienes y prestación de servicios útiles a la población, se configura como un aporte al presupuesto estatal a través del cobro de los correspondientes tributos, y para los que lo ejercen, representa una vía de incremento de los ingresos personales. Aspectos que fueron destacados en lo establecido en los Lineamientos de la Política Económica y Social aprobados en abril del año 2011², y materializados con la puesta en vigor de disposiciones jurídicas, como las extintas Resoluciones, n° 32 de fecha 7 de octubre del año 2010³, y n° 33 del 6 de septiembre de 2011⁴, y luego por la Resolución n° 41 del 22 de agosto de 2013⁵ vigente hasta junio del 2018; año en que quedó derogada por la Resolución n° 11 del 29 de junio del 2018⁶, todas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

² Lineamiento 168. Ampliar el trabajo del sector no estatal, como una alternativa más de empleo, en dependencia de las nuevas formas organizativas de la producción de los servicios que se establezcan. / Lineamiento 287: Introducir formas no estatales de gestión de la actividad, en particular, en el caso de la gastronomía. / Lineamiento 290: Estructurar las ofertas de bienes y servicios de la población, en correspondencia con la demanda solvente de los consumidores. Revisar las prohibiciones que limitan el comercio actualmente. *Vid.* Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, XII Política para el Comercio, VI Congreso del PCC, Editora Política, La Habana, 2011, p. 32.

³ Resolución n° 32 de 7 de octubre de 2010, que establece el «Reglamento para el ejercicio del trabajo por cuenta propia» del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria Especial n° 12* de fecha 8 de octubre del 2010.

⁴ Resolución n° 33 de 6 de septiembre del 2011, que establece el «Reglamento para el ejercicio del trabajo por cuenta propia» del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria Especial n° 29* de fecha 7 de septiembre de 2011.

⁵ Resolución n° 41 de 22 de agosto de 2013, que establece el «Reglamento para el ejercicio del trabajo por cuenta propia», del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, publicado en *Gaceta Oficial Extraordinaria n° 40* de fecha 26 de septiembre de 2013.

⁶ Resolución 11 «Reglamento del ejercicio del Trabajador por Cuenta Propia» del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 19 de junio de 2018, publicada en *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba n° 35* del 10 de julio del 2018.

A su vez, sobre la base de la voluntad de la dirección política del país, encaminada a diversificar las diferentes formas de propiedad y gestión interrelacionadas con la estatal, se aprobaron como documentos políticos la «*Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*», y, el «*Plan nacional de desarrollo económico y social hasta el año 2030: Propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*»; documentos en los que se ratifica la esencia social y de contribución al desarrollo económico de la nación de la actividad del trabajo por cuenta propia, reconociéndose en su capítulo segundo, apartado primero, inciso d)⁷, la propiedad privada de este sector sobre sus bienes y en función de la prestación de servicios en el ámbito de la vida social, así como los negocios constituidos entre el trabajador por cuenta propia y sus familiares⁸, lo que conlleva a que se cuente en los momentos actuales, con un reconocimiento formal y fáctico de los negocios familiares, avistándose entonces, el rezago de la figura en el ámbito normativo.

A pesar del avance, son muy visibles las problemáticas sociales que presenta el cuentapropismo en Cuba, entre las que destacan; la desprotección legal de las relaciones que a lo interno de los negocios familiares tienen lugar, por la falta de reconocimiento de la forma colectiva del trabajo por cuenta propia, lo que a su vez provoca la imposibilidad de la representación del titular en caso de impedimento en el ejercicio de la actividad por uno de los familiares socios del negocio que no ostente la

⁷ «d) La propiedad privada

Se reconoce la propiedad privada que cumple una función social, cuyos titulares son personas – naturales o jurídicas – tanto cubanas como totalmente extranjeras, en determinadas actividades.

Los actores económicos de carácter privado son un elemento complementario, facilitador de bienestar, que canalizan potencialidades productivas que pueden aportar al desarrollo socioeconómico del país». *Vid.* Documentos Políticos del VII Congreso del PCC, abril de 2016.

⁸ «Las personas naturales cubanas pueden constituir los siguientes emprendimientos: 1. Pequeños negocios realizados en lo fundamental por el trabajador y su familia. 2. Empresas privadas de mediana, pequeña y microescala, según el volumen de la actividad y cantidad de trabajadores reconocidas como personas jurídicas». *Vid.* Documentos Políticos del VII Congreso del PCC, abril de 2016.

condición de trabajador contratado, y/o en caso de su fallecimiento, trayendo consigo la paralización de la actividad que se desarrolla; así como la inexistencia de mecanismos jurídicos para dar respuesta y solución ante las desavenencias surgidas entre los miembros del negocio familiar, lo que conmina a ser abordadas y resueltas por los estudiosos e investigadores de las ciencias jurídicas.

Ahora bien, sería válido preguntarse; ¿existen negocios familiares en el marco del trabajo por cuenta propia en Cuba?

Para ello se debe tener en cuenta que, en consideración a los criterios de mayor actualidad, la empresa familiar es concebida como toda organización comercial en la que los miembros de una determinada familia se unen entre sí para trabajar, tomar decisiones, cumplir ciertas tareas y distribuirse los beneficios de forma justa mediante la producción de bienes y servicios, teniendo en cuenta además, que el concepto «familiar» se extiende más allá de la consanguinidad y aplica también a los cónyuges y miembros afines⁹.

Se puede afirmar, que el trabajo autónomo o trabajo por cuenta propia, dada su naturaleza de independencia financiera, organizativa y patrimonial, puede englobar en su seno manifestaciones de negocios familiares, específicamente en la modalidad de autoempleo colectivo, en los que la figura del cuentapropista se apoya de la cooperación familiar con la misma condición de cuentapropistas o no, y también de terceros, para la consecución de sus fines gananciales y sociales. Un particular que, unido a la actualización constante del trabajo por cuenta propia y a esa voluntad política existente, afianza la posibilidad de que los emprendimientos familiares puedan ser implementados en nuestro ordenamiento jurídico embestidos de la forma societaria de carácter civil, porque las manifestaciones de prestaciones de servicios, emergen como un elemento central, para la satisfacción de las necesidades genéricas de carácter público y social de la población cubana en general.

⁹ Vid. V. PÉREZ DE MADRID CARRERAS, «*La empresa, el protocolo y la sociedad familiar*, Anotaciones al RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares », *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 48, Madrid, 2007, p. 118.

La idea de microempresas y empresas privadas no deviene entonces, en requisito indispensable para que el trabajador por cuenta propia tenga que ser considerado estrictamente un empresario mercantil en el ordenamiento jurídico cubano, a los efectos de poder reconocerse la asociación que existe entre el titular de la licencia con sus familiares y personas afines. Aunque no coincidan los conceptos de empresario ni de comerciante con los términos con que puede identificarse en la norma, no puede desconocerse que la actividad del cuentapropista gira en torno al comercio, pero no de forma especulativa sino con marcado carácter social y preponderantemente económico, tanto para las relaciones públicas con las que satisface necesidades, como en las privadas a lo interno del negocio, en tanto se configura como la base del sustento económico de la familia.

En la actual normativa jurídica reguladora del trabajo por cuenta propia, se reconocen actividades que entran en la categoría de negocios familiares, entre las que se destacan: actividades de alimentos en sus cinco modalidades (elaboración y venta de alimentos ligeros, servicios gastronómicos, restaurantes o llamados paladares, venta de materias primas para la elaboración de alimentos y ventas a domicilio), arrendamientos de espacios y habitaciones y/o hospedaje turístico en vivienda privada, actividades de servicios relacionados con la informática, productor-vendedor de artículos varios de uso en el hogar, servicios personales (peluquería, barbería, estilista, etc.), zapatero remendón, entre otras similares. En todas estas actividades la normativa vigente permite la contratación o colaboración de trabajadores, sean familiares o terceros. De las anteriores, las más frecuentes en la práctica, por su estabilidad, perdurabilidad, organización y funcionamiento, son aquellas destinadas a las prestaciones de bienes y servicios de consumo a la población; precisamente es en estos ejemplos de negocios, donde las relaciones internas entre su titular y el resto de los familiares, que son partes de los mismos, no encuentran amparo legal en las citadas normas jurídicas reguladoras del sector, a pesar de su diversidad y significación socioeconómica.

El tratamiento jurídico actual, sólo regula de forma escueta, las relaciones contractuales de trabajo entre el cuentapropista y sus trabajadores contratados ajenos al seno familiar desde el

propio Código de Trabajo¹⁰, lo que les permite cierto grado de derechos y garantías laborales y de seguridad social, no así para los familiares del cuentapropista partes del vínculo contractual, ni para aquellos negocios donde son precisamente, los familiares del titular de la actividad, los que realizan aportaciones a esta, sea con participación laboral, aportación dineraria, bienes o intelecto. Tales prestaciones de dar o hacer no encuentran amparo en las actuales disposiciones jurídicas laborales, por tratarse de relaciones jurídicas de cooperación, de prestación de servicios, y que son vistas por el elaborador de la norma como «ayuda familiar».

En tal sentido, sin dudas, se hace necesario que el ordenamiento jurídico dote de mecanismos a estas figuras que les permitan ordenar, prescribir, las relaciones internas del negocio familiar y brindar herramientas de protección a las relaciones entre los miembros de una familia que participan en el negocio y su titular, y en caso de existir desavenencias, recurran a herramientas que les proporcionen una solución. Así la actualización del modelo económico y sus formas de gestión, que se hace acompañar a su vez, de la actualización en el orden del Derecho, se encontrará a tono con la esencia social y de contribución de la actividad del trabajo por cuenta propia al desarrollo económico de la nación y, a lo que se le denomina hoy en la doctrina moderna y en la economía mundial, como el fenómeno de la «*contractualización de los negocios familiares*».

Autores como SUÁREZ FEBLES Y RODRÍGUEZ MÉNDEZ¹¹ defienden que la actividad por cuenta propia en Cuba asume la naturaleza

¹⁰ Artículo 72 En el sector no estatal las relaciones de trabajo entre trabajadores y personas naturales autorizadas a actuar como empleadores se formalizan mediante un contrato de trabajo o documento equivalente, donde se precisan las cláusulas y condiciones acordadas, con copias para las partes. En estas relaciones rigen las disposiciones establecidas en esta Ley para el contrato de trabajo por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra. *Vid.* Ley 116 de 20 de diciembre del 2013, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria nº 29 de 17 de junio del 2014.

¹¹ O. SUÁREZ FEBLES, I.M. RODRÍGUEZ MÉNDEZ, «*Consideraciones acerca del reconocimiento de los trabajadores por cuenta propia empleadores como empresarios mercantiles Individuales*», Universidad Camilo Cienfuegos, Matanzas, Cuba, publicado el 16 junio 2014, en <http://aijdfssgc.org/2014/06/16/>. Consultado el 12 de diciembre del 2015.

de una pequeña o mediana empresa. Más allá de los debates conceptuales y terminológicos sobre el particular, es coherente la decisión del país respecto a la denominación asumida, porque no parece que ubicar esta actividad en una categoría especial sea la prioridad, ya que pudiera entrañar fuertes debates en torno a su carácter social. En esta especie de transición hacia el afianzamiento de nuestra base económica, el reconocimiento político y legal del trabajo por cuenta propia, asume una posición general y genérica, que para nada excluye la preeminencia de los intereses públicos ni limita el control del Estado socialista sobre las posibles amplitudes, en cuanto a facultades y beneficios de estos sujetos económicos.

Los argumentos para afianzar el criterio de la inexistencia de una protección legal a los negocios familiares, y sí, la existencia de obstáculos que frenan y desnaturalizan la actividad contractual interna en ellos, se basan en las propias deficiencias de la ordenación jurídica específica, la ausencia de un reconocimiento legal expreso como figura jurídica rectora de aquellas actividades que dentro del trabajo por cuenta propia, implican a los miembros de la familia, parte de sus bienes patrimoniales y una colaboración organizada y coherente de su fin social y económico, vista desde el ángulo del Derecho, ya sea como sociedad de carácter civil o mercantil. Nada regula el actual Reglamento del trabajo por cuenta propia (*Cfr.* Resolución n° 11/2018), en materia de titularidad de la actividad, acerca de la forma societaria para tales negocios y sólo se refiere al trabajador por cuenta propia como elemento individual.

De igual forma el Decreto Ley n° 356 del 2018 sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia, en su tercer artículo¹², ofrece un marcado tratamiento personalísimo a la figura del cuentapropista como elemento subjetivo, descartando así la forma de autoempleo colectivo como una de las modalidades que mundialmente se registran, aunque la realidad socioeconómica del país deje expuesta la existencia formal de los negocios familiares.

¹² Artículo 3 Las personas naturales pueden ejercer el trabajo por cuenta propia de manera individual o como trabajador contratado por otro trabajador por cuenta propia. La autorización para el ejercicio es personal e intransferible.

Se advierte en el citado precepto, el carácter personal e intransferible de tal condición, una vez autorizada el ejercicio de la actividad, lo cual afecta la eficacia interna de negocios actuales cuya gestión y administración se encuentra desarrollada por varios miembros de una familia, aun cuando sea uno solo de ellos el titular declarado o autorizado; y por ende, se pone en riesgo también la perdurabilidad de dichos negocios en el tráfico socioeconómico. Esta dificultad de regulación no debe ser interpretada de forma estricta, mucho menos apreciarse como una cuestión actual forzada, máxime si por las disposiciones normativas precedentes, el trabajador por cuenta propia contaba con la posibilidad de realización de sus actividades solo con una *ayuda familiar*, y por lo tanto, esta sencilla autorización o venia, dejaba más clara la idea de un reconocimiento tácito de existencia de pequeños negocios familiares en la práctica, cuya representación recaía en el titular de la actividad, y sus familiares apenas contaban con el legítimo derecho de asistencia, refuerzo o apoyo a la actividad prestada al público consumidor.

En la realidad cubana actual, se dan notorias diferencias en cuanto a la participación de los miembros de la familia en el negocio y esto repercute en su funcionamiento interno. Existen negocios familiares cuya dirección, propiedad, gestión y administración, recaen en la mayoría de los miembros de la familia con sentido de permanencia en el tiempo, y se diferencian de aquellos negocios personales con participación de los parientes, donde existe el vínculo familiar, pero los parientes se encuentran solo en una relación de subordinación frente al trabajador cuentapropista titular. En estos últimos, el eje negocial no es equilibrado. En tanto en los primeros, destaca la participación del grupo familiar de forma significativa y relevante en el control de la actividad económica desplegada, respondiendo al vínculo afectivo existente entre los miembros de una familia y manteniendo como concepción que, el negocio es un proyecto para satisfacer el resguardo patrimonial, las necesidades económicas, y hasta laborales, de los miembros de la familia.

Sin perder la esencia con la que se implementó y se ha perfeccionado el trabajo por cuenta propia en el país, la actual explotación de la actividad que realiza un trabajador de este sec-

tor, la desarrolla con la colaboración de trabajadores contratados o con la contribución de parte de sus familiares. Esta percepción legal deviene en dos supuestos de concertación, dignos de reseñar.

En el primer supuesto, más visible a partir de las modificaciones en la norma, se configura el trabajador por cuenta ajena, aquel que con su actividad contribuye al sostenimiento de un negocio cuyo titular es el cuentapropista, quien tiene a su cargo la remuneración de dicho trabajador, ambos, titular y contratado, reciben el mismo *nomen iuris* por la norma jurídica comentada. Ahora bien, ¿bajo qué reglas se precisan los elementos que le permiten al contratante remunerar el trabajo del contratado? Si tenemos en cuenta que, durante el proceso de crear la actividad y presentar los trabajadores contratados ante el Ministerio de Trabajo, no existen pronunciamientos normativos que fijen el proceder del cuentapropista para el pago de sus empleados, se queda entonces el trabajador contratado en una situación desfavorable, porque de ese modo, el titular se configura como empresario individual, con objetivos más gananciales que sociales¹³. En una segunda instancia y donde el enfoque de análisis ha de ser más profundo, se encuentra el supuesto de los negocios donde la ayuda familiar es visible a pesar de contar también con trabajadores ajenos al núcleo familiar, y se despliegan con el enfoque de la familia de que el negocio es y será siempre para sus miembros.

Ambos supuestos admitidos en la realidad cubana no son en un sentido estricto, empresas familiares, tal y como funcionan en otros ordenamientos jurídicos y económicos, no se trata de que resulten reconocidas como tal en nuestro ordenamiento ju-

¹³ Con respecto al trabajador contratado, podemos advertir un silencio con respecto a la validez de los reglamentos y contratos de trabajo que pudieran concertar el titular de la actividad y sus trabajadores contratados, a los efectos del régimen laboral que viene recogido en el actual Código de Trabajo, de la exigibilidad por incumplimiento y de sanciones, entre otras cuestiones que claramente el cuerpo legal hace mención, pero que en aras de su inserción en la cotidianidad, resultaría provechoso un enlace legal entre estas normativas para un mejor acondicionamiento de la actividad contractual. De igual forma, la Resolución nº 41 de 2013 fue omisa en lo referente al tratamiento del régimen de responsabilidad para los trabajadores contratados.

rídico. En primer lugar, porque un reconocimiento desde ese ángulo, rompe con la esencia social del cuentapropismo en el país, además de que el ánimo corporativo todavía no se ha asentado en muchos de estos negocios, por lo que no se piensa ni se actúa como empresa mercantil en ninguno de los supuestos concretos. Legalmente no es posible, a partir de lo regulado en la norma sustantiva civil, la creación de empresas entre personas naturales¹⁴, aun cuando realicen actos constitutivos de empresa, es decir, comercialicen productos y servicios de forma estable, sistemática y con la obtención de ganancias.

Se trata entonces de comprender y reconocer legalmente, el fenómeno del negocio familiar, a los efectos de su actuación y proyección hacia el futuro, si se quiere lograr que estos agentes económicos bajo la figura del trabajador por cuenta propia, cumplan un papel en el sostenimiento de la economía cubana. Se cuenta con las herramientas necesarias para la estructuración jurídica de estos negocios familiares a través de las sociedades civiles, contratos reconocidos por el propio Código Civil, amén de las insuficiencias de regulación que sus actuales reglas jurídicas pudieran presentar, siempre susceptibles de reformas en pos de su concatenación con la práctica social. Esto se traduce en la necesidad de atemperar el contrato de sociedad civil con sus postulados teóricos básicos, y en tal sentido, reconocérsele como finalidad jurídica intrínseca el ánimo de lucro, esto es, la obtención de ganancias, objetivos cuyo alcance siempre esté en armonía con los intereses sociales. (Cfr. Artículo 396.1 del Código Civil). O, en otro sentido, la concertación de un contrato marco familiar, que cumpla con las funciones del denominado doctrinalmente protocolo familiar, y que tenga fuerza vinculante para los miembros del negocio.

Estas incongruencias de regulación, afectan intensamente los derechos y la actuación de estos sujetos económicos, por cuan-

¹⁴ «Artículo 39.2 Son personas jurídicas, además del Estado: a) Las empresas y uniones de empresas estatales; e) las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades.

Artículo 160.1 El Estado reconoce también la propiedad de las sociedades, asociaciones y fundaciones. /2. Asimismo, reconoce la de las empresas mixtas, conjuntas e internacionales y de otras personas jurídicas de características especiales.». *Vid.* Código Civil cubano, Ley nº 59 de julio de 1987.

to al encontrarse los familiares socios del negocio en situaciones de conflictos entre sí, no pueden acudir de forma directa a los órganos jurisdiccionales para lograr una solución vinculante y definitiva en torno a la administración, funcionamiento o sucesión del negocio.

3. Principales problemáticas que se generan internamente entre los socios de los negocios familiares cubanos. – A pesar de la significación económica e histórica de la empresa familiar en el mundo contemporáneo, con sus características y problemáticas propias, existe entre ellas un denominador común en la mayoría de los países en que se han reconocido jurídicamente, y es el hecho de que no sobreviven al paso generacional y ante los conflictos entre sus miembros, cuestión que principalmente se debe a la desorganización de las relaciones entre la familia y la empresa, diferencias generacionales, mala planeación de la sucesión, deficiente negociación de conflictos, entre otras causas. Por tal razón, la coyuntura económica, jurídica y social actual ha hecho necesario tomar en consideración los conflictos específicos que habitualmente presenta la empresa familiar, a fin de dotarlas de mecanismos que faciliten su solución, los que pasan por la implantación y adaptación de ciertos instrumentos jurídicos, que regulen las relaciones a lo interno de los negocios familiares, de manera que garanticen o faciliten el desarrollo, la supervivencia y seguridad jurídica de los mismos.

Los problemas más difíciles de solucionar en un negocio familiar no son los problemas de organización, sino los problemas emocionales que vienen con ellos, se presentan especialmente cuando los intereses de uno o todos los miembros de la familia no son los mismos que los intereses derivados del negocio. También existe el caso en que hay discrepancia entre los intereses de los miembros de la familia, esto es muy común al querer involucrar a las siguientes generaciones de la familia, pues si seguir en la empresa no está dentro de sus objetivos, puede crear conflicto entre las familias.

Otra variable reconocida mundialmente que aumenta estas complicaciones en las empresas familiares, es la influencia de familiares políticos tales como nueras y yernos, ya sea, intervi-

niendo en forma directa, cuando trabajan en la empresa, o de manera indirecta cuando no trabajan, pero opinan y critican, contaminando emocionalmente a su cónyuge con comentarios subjetivos y tendenciosos, motivados por la desazón o la rivalidad con los otros integrantes de la familia.

Así pues, la empresa familiar además de todas las dificultades que afectan a una empresa cualquiera, dígase rentabilidad, competitividad, supervivencia en un mundo en crisis, se ve abocada a soportar otras que surgen por su propia esencia, las que constituyen sus debilidades, y en especial debe señalarse entre las que más afectan su supervivencia, según la doctrina argentina¹⁵, criterios que a nuestra consideración se ajustan a la mayoría de las empresas familiares de diferentes ordenamientos:

- El trasvase de los conflictos familiares a la empresa y viceversa. Tomando en consideración que existe un alto riesgo de que las desavenencias familiares afecten a las decisiones empresariales, que acabarán estando dirigidas por motivaciones personales.
- Confusión entre propiedad, trabajo y capacidad de dirección. Porque resulta habitual en las empresas familiares el considerar que los miembros de la familia¹⁶ poseen, en virtud de dicha condición, el derecho y el deber de trabajar en el negocio, con independencia de su voluntad, preparación y capacidad profesional. En tal sentido no se toma en cuenta la competencia de algunos integrantes de la familia para integrar y heredar el negocio, asimismo, existe una tendencia a contemplarse los permisos excesivos para los integrantes familiares, así como la justificación de errores por una visión afectiva.
- Toma de decisiones inapropiadas. Se carece de un consejo o de una figura legal en donde se discutan formalmente asuntos importantes y se tomen decisiones grupales. Las decisiones generalmente son emocionales más que racionales, tie-

¹⁵ G. MEDINA, «*La Empresa Familiar Conferencia para Cuba* ». Presentación en Power Point, para curso pre-evento en XIII Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, curso 2014, inédito, consultado el 22 de octubre del 2015.

¹⁶ Vid S. AZZARELLO, P.E. BRESSAN, «*El Protocolo de Familia. Régimen Jurídico de la empresa Familiar* », 2013, Presentación Power Point. Consultado el 9 de febrero del 2016.

nen poco sustento financiero, contable y carecen de conocimiento del mercado.

- Intereses personales en conflicto, que se traducen en celos y rivalidades entre los integrantes, poca aceptación a las críticas, formación de subgrupos por afinidad familiar, que conllevan a enfrentamientos internos.
- Incoherencias retributivas entre empleados familiares y no familiares. En muchos negocios de carácter familiar la retribución satisfecha a los trabajadores-familiares no guarda correspondencia alguna con sus capacidades y méritos reales. En efecto, un trabajador que por el hecho de pertenecer a la familia propietaria percibe una retribución excesiva no se siente motivado a perfeccionar su labor o a corregir sus errores, sino que por el contrario dilapidada la riqueza generada por los otros miembros de la familia. A la par, un trabajador que por el hecho de pertenecer a la familia propietaria percibe una retribución diminuta o no percibe retribución, tampoco se siente motivado a realizar una labor adecuada, ya que considera que lo suyo no es un trabajo sino un favor hacia la empresa de la familia.
- Dificultades a la hora de planificar la sucesión. El miedo a las desavenencias que pueden surgir en el ámbito familiar como consecuencia del inicio de un proceso abierto de planificación de la sucesión provoca que el mismo trate de retrasarse hasta que resulte inevitable.

Estas constituyen de manera general las problemáticas más frecuentes a las que se enfrentan las empresas familiares en el orbe, dilemas que sin duda pueden presentarse, y de hecho se presentan, en los negocios familiares existentes en la sociedad cubana, para los cuales el ordenamiento jurídico no proporciona mecanismos ni solución. Disímiles han sido los negocios familiares de trabajadores por cuenta propia que han atravesado por situaciones conflictuales y desavenencias de intereses entre los familiares socios del negocio, o entre el titular y el resto de los familiares que participan activamente en este, para los cuales la normativa reglamentaria del sector no ha ofrecido una vía de solución y al mismo tiempo, tampoco han encontrado amparo en el resto de las normativas vigentes, dado el tratamiento especial que tiene la figura del trabajador por cuenta propia.

En los casos de negocios creados bajo la regla jurídica de una sola persona como titular, denominado trabajador por cuenta propia, y en los que realmente, diferentes miembros de la familia son los que realizan las aportaciones para su desarrollo e incluso prestan colaboración laboral, y por tanto, de manera directa cada uno prevé la obtención de sus correspondientes ganancias, el hecho de no contar con herramientas legales que le permitan reclamar en caso de no cumplirse con lo pactado internamente, provoca que estas relaciones interpartes enfrenten una serie de conflictos afectivos, económicos, patrimoniales, etc., que pudieran conllevar a la extinción del propio negocio. No obstante, la existencia de pactos o estipulaciones que hayan acordado, a lo interno del negocio, los miembros de la familia¹⁷.

Esta situación se complica mucho más, cuando el titular de la actividad fallece y con eso la extinción del negocio, si bien para la Resolución n° 11 del 2018, la muerte es una causa de baja como trabajador por cuenta propia¹⁸, lo que trae consigo una serie de efectos al negocio familiar. En primer lugar, la no transmisibilidad de la actividad en caso del fallecimiento del titular, pudiendo quedar en situación desfavorable el acreedor de la relación jurídica cualquiera, en la que aquél sea parte deudora o viceversa, al no

¹⁷ V.gr. En la provincia de Santiago de Cuba, sólo en el municipio cabecera, encontramos en el marco de la actividad por cuenta propia un número considerable de negocios familiares autorizados y en prestación de sus servicios, entre los que destacan; *Bar-Restaurante St. Pauli, Impresiones y Arrendamiento Miguel, Peluquería Nany, Restaurante La Tropical, Fotomax, Km. Cero, El Holandés, Impresiones, Restaurante la Karreta, La Fabada de Marieta, El Renacer, Las Terrazas, Mundo Móvil, El Madrileño, Primos Twice, los Naranjos, El palenquito, Cafetería «Las Lucías», Los Hermanos, El Indio, Pronto Moda Kikita, Mercado de Micro III, Los Manolos, Los madrileños.com*, entre otros. Vid. DESLOY HECHAVARRÍA, DARIELA K., «Los negocios familiares del trabajador por cuenta propia. Presente y futuro de su contractualización interna», *Trabajo de Diploma en opción al Título de Licenciatura en Derecho*, bajo la dirección Dra. Maidolis Labañino Barrera, Santiago de Cuba, 2016.

¹⁸ «Artículo 28. Los jefes de las entidades facultadas pueden disponer la baja de un trabajador por cuenta propia por las causas siguientes: d) de oficio o por solicitud del familiar por fallecimiento; (...)». Vid. Resolución 11 «Reglamento del ejercicio del Trabajador por Cuenta Propia» del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 19 de junio de 2018, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba n° 35 del 10 de julio del 2018.

poder reclamarse a los miembros de la familia que también son partes del negocio la realización de la prestación del servicio o la entrega de la cosa, principalmente para los vínculos contractuales con las entidades estatales que no admiten la representación para estos negocios¹⁹. En segundo término, para estos familiares resulta igualmente perjudicial el hecho de no contar con la posibilidad directa de heredar el negocio en condición de titular, porque tendría que llevarse a cabo nuevamente el procedimiento administrativo de autorización, trayendo consigo la paralización del negocio familiar y afectaciones económicas, si además se le añade lo engorroso del proceso para adjudicarse los bienes que eran utilizados para el desarrollo de la actividad, o el cumplimiento de los pactos realizados entre ellos sobre este particular.

A estas insuficiencias en el campo legal que impiden una tutela real y efectiva de estos sujetos económicos del trabajo por cuenta propia en Cuba, se anexan otras relacionadas con el propio Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones, elementos que, sin dudas, jugarán un papel determinante en el funcionamiento y estabilidad, en caso de ser reconocidos los negocios familiares.

Se hace referencia puntualmente, a los efectos para los negocios familiares, de la noción de familia como institución, teniendo en cuenta que en la actualidad se han ido configurando nuevas formas de organización familiar; y que en la realidad social cubana están presentes, dígame; las uniones matrimoniales de hecho y las parejas cuyos miembros pertenecen a un mismo sexo. La primera situación debe ser muy evaluada desde la óptica social cubana teniendo en cuenta el bajo índice de formalización de matrimonios, en contraposición, al gran número de divorcios que tiene lugar, y en consecuencia, un asentamiento de las parejas unidas sin formalización. En correspondencia con los negocios familiares, ante las eventuales rupturas de estas parejas y su posterior reconocimiento por el órgano jurisdiccional, la liquidación del caudal común adquirido durante la relación, ante las ganancias que devienen de la explotación de

¹⁹ El único supuesto en materia de trabajo por cuenta propia que se admite la representación es en el caso de los arrendadores de vivienda, habitaciones y espacios, regulado en la Resolución 11 del 2018, actual Reglamento del Trabajo por cuenta propia en Cuba.

la actividad, supone de hecho, una división igualitaria, creando no pocos conflictos para las familias con negocios pequeños, si se tiene en cuenta que uno de los cónyuges resultaría beneficiado, si realmente sus aportaciones no fueron de importancia para el negocio, pero aun así, los efectos patrimoniales derivados de una relación consensual son favorecidos en nuestra norma con similitud a los derivados de un matrimonio formalizado, una vez que se reconozca por tribunal competente²⁰.

Sobre esta línea, más controversial puede resultar el hecho de los negocios en los cuales los elementos subjetivos lo conforman parejas homosexuales, cuya desprotección jurídica en el orden civil y familiar, impiden su reconocimiento legal y el disfrute de derechos patrimoniales entre los miembros de la pareja. Es así como, el reconocimiento futuro de los negocios familiares y del contrato marco como elemento de organización y planificación de sus familiares como partes contratantes, podrá encontrarse con límites existentes en relación a la categoría familia²¹, especialmente para aquellas parejas del mismo sexo que pretendieran conformar un negocio familiar, y que quedan indefensos en cuanto a los beneficios derivados del régimen económico regulado y de las reglas previstas para la sucesión intestada. Con una mirada en perspectiva de la dificultad puntual, ya se observan avances de afirmación del legislador nacional por mandato constitucional en la nueva Constitución de 2019²², que reconoce las uniones de hecho quedando a la espera del desarrollo, a lo futuro, del régimen jurídico de estas relaciones familiares.

Otra de las imprecisiones en cuanto a la regulación en materia familiar está determinada por el único régimen económico matrimonial reconocido en Cuba, la comunidad matrimonial de bie-

²⁰ Cfr. Código de Familia cubano, artículo 18: La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente.

²¹ C.Q. ARAUJO, O. LEGRÁ GAÍNZA, «*El Protocolo Familiar en la relación familia-empresa-propiedad. Sus retos para Cuba*», en J. PLAZA PENADÉS (director), *Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y en Cuba (Dúo)*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2016, pp. 206-216.

²² Cfr. Artículo 82, párrafo segundo, de la Constitución de 10 de abril de 2019.

nes²³, el que puede suscitar innumerables inconvenientes para el funcionamiento y continuidad de los negocios familiares, especialmente para los supuestos eventuales de liquidación de la comunidad, como se ha señalado en otras disertaciones por estas autoras, la literatura sobre empresa familiar recomienda para estos emprendimientos el régimen de división a través de las capitulaciones matrimoniales. Muchas veces en la realidad cubana, las familias con negocios no prestan la atención requerida a las consecuencias de índole patrimonial y económica que se derivan del hecho de contraer matrimonio, y en la mayoría de los conflictos derivados de un divorcio, conllevan al reparto no deseado del capital social, que sirve de base a todo negocio familiar.

Estos dilemas en un régimen de separación poseen otra connotación, porque la titularidad, administración, goce y libre disposición de los bienes van unidos sin que sean alterados por la relación matrimonial, lo que no ocurre en un régimen comunitario. De ahí, que en otros ordenamientos jurídicos, sea posible acompañar el protocolo familiar de capitulaciones matrimoniales, que permiten la regulación convencional de los efectos patrimoniales del matrimonio, siendo estas en muchos casos un instrumento de gran utilidad para atemperar las dificultades que puedan presentarse en el funcionamiento y continuidad de los negocios familiares, sobre todo para prevenir los efectos de una eventual crisis matrimonial o la apertura de una sucesión hereditaria que incida sobre la actividad empresarial. Lo cierto es que, ante los dilemas de las concepciones de las familias para el negocio familiar cubano, no deberá ser su delimitación de forma rígida, estática y universal, más bien deberá responder a las condiciones sociales que luego son refrendadas en el ordenamiento jurídico²⁴.

²³ *Cfr.* Ley n° 1289 del 14 de febrero de 1975. Código de Familia cubano. «Artículo 29: El régimen económico del matrimonio será el de la comunidad de bienes que regula este Código. Este régimen existirá desde el momento en que se formalice el matrimonio o desde la fecha de iniciada la unión en los casos a que se refiere el artículo 19, y cesará cuando el vínculo matrimonial se extinga por cualquier causa.».

²⁴ Con la puesta en vigor de la nueva Constitución cubana en 2019, ya se trabaja por las comisiones del máximo órgano legislativo en el proyecto del nuevo Código de las familias, y se espera que vendrá a aliviar muchas de estas controversiales situaciones de la práctica jurídica y socioeconómica.

En cuanto al Derecho sucesorio, una vez reconocido legalmente los negocios familiares en Cuba, se deberá prestar especial atención por parte de los socios a la legítima, en tanto no deben aportar bienes al negocio que afecten la misma, respetándose de ese modo la porción que corresponde al heredero especialmente protegido²⁵, y de igual forma, será necesario instrumentar a través del testamento, la voluntad del titular del negocio y la de los socios partes con respecto a la sucesión de esta condición en el negocio familiar, teniendo en cuenta el carácter imperativo de las disposiciones testamentarias a fin de prever la continuidad del negocio.

En suma, lo descrito anteriormente corrobora la existencia de problemáticas que a lo interno de los negocios familiares cubanos pueden suscitarse y de hecho acontecen, aún sin amparo legal, de ahí la necesidad de profundas modificaciones legislativas de manera general y específicamente, en las normativas que reglamentan la actividad por cuenta propia, en aras de lograr una concatenación entre lo que está normado y lo que tiene lugar *per se* en la sociedad, y ganando por tanto, la eficacia del Derecho²⁶. Condición que se alcanzaría partiendo del reconocimiento de los negocios familiares con todos los efectos societarios que conlleva, teniendo en cuenta que cumplen con los presupuestos para ser considerados como tal, e insertando en nuestro ordenamiento jurídico una figura contractual, cuya denominación jurídica más apropiada será la de «contrato de sociedad familiar», contrato marco que cumpla con las finalidades sociales y negociales con que cumple todo protocolo familiar en otros contextos jurídicos, y a través del cual se puedan establecer las vías para la perdurabilidad y seguridad jurídica de los negocios familiares cubanos.

4. ¿Acceso a la justicia de los negocios familiares en Cuba? La mediación como vía fáctica de solución de sus actuales conflictos

²⁵ *Vid.* Código Civil cubano, Ley nº 59 de 1987, artículos 492-495.

²⁶ Realización de la norma jurídica en el conjunto de relaciones sociales que regula, es decir, la forma en que se cumplen en nuestra sociedad los preceptos que regulan la actividad del trabajo por cuenta propia, a fin de que cumplan los objetivos por el que fue creada.

internos. – Ante las diversas situaciones que pueden florecer de las relaciones internas entre los socios familiares de un negocio familiar cubano, se hace necesario que el ordenamiento jurídico se encuentre en correspondencia con esta realidad y permita a partir de la propia regulación de estos sujetos, su acceso a la justicia ante situaciones conflictuales que pudieran conllevar a su extinción. Este particular tiene una mirada desde el plano de los propios derechos fundamentales proclives de ser vulnerados a estas personas que se asocian para realizar una determinada actividad comercial, e inexcusablemente el derecho fundamental del acceso a la justicia, es el que implícita e inherentemente, promueve directrices de igualdad, no discriminación y acceso al conocimiento de los derechos y equidad jurisdiccional.

En palabras de NAVA GONZÁLEZ, y BRECEDA PÉREZ²⁷, el acceso a la justicia se puede analizar como la potestad individual o colectiva de cualquier miembro o comunidad de la sociedad con independencia de desigualdades sociales y económicas de acudir a instituciones estatales y paraestatales que administran justicia para una defensa digna durante el procedimiento judicial; mismas que deberán de garantizar una resolución basada en los preceptos de inmediatez, transparencia, autonomía, objetividad, no onerosidad e imparcialidad.

En tal sentido, en toda sociedad los ciudadanos con independencia de origen, cultura, raza, religión u otros patrones tienen derecho a acceder a la justicia para presentar sus pretensiones y lograr consecuentemente, la protección de sus intereses. Sin embargo, a pesar de la evolución experimentada por el marco jurídico, en la realidad todavía parecen persistir barreras, de muy distinta naturaleza, que en mayor o menor grado dificultan el acceso de la ciudadanía al sistema de justicia, aspecto de vital importancia si se asume que la existencia de un Estado Social de Derecho se materializa a través de la protección de los derechos de las personas mediante el ejercicio de la función judicial.

²⁷ W. NAVA GONZÁLEZ, J.A. BRECEDA PÉREZ, *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: «Un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución Mexicana»*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 37, julio-diciembre 2017, p. 206.

Ciertamente para la materialización de este derecho se debe contar con la disponibilidad efectiva de cauces institucionales destinados a la protección de derechos y a la resolución de conflictos de variada índole, de manera oportuna y con base en el ordenamiento jurídico, pues precisamente la ley pudiera convertirse en un obstáculo para su natural empleo. En este sentido, se reconocen en el plano teórico diversos elementos que constituyen barreras al derecho de acceso a la justicia, entre los que se encuentra; la legislación sustantiva defectuosa: con carga diferenciante, poco clara o insuficiente, toda vez que las leyes sustantivas también pueden contener lagunas que las hacen inciertas o dejan sin protección suficiente a algunos derechos, siendo así este derecho se convierte en una falacia si la norma es poco clara o insuficiente²⁸.

Resulta entonces, este punto de análisis un sustentable argumento, para reconocer la vulneración del derecho del acceso a la justicia de los familiares socios en los negocios familiares cubanos, por la propia desprotección legal y no reconocimiento en el marco jurídico cubano como figura del trabajo autónomo colectivo y como negocio contractual asociativo que puede dar lugar a la creación de esa persona jurídica de la que hablamos. Resulta imposible entonces, que los conflictos internos que tienen lugar en ellos, puedan ser resueltos en los órganos jurisdiccionales con una visión a partir de su misma esencia societaria.

Aunque el ámbito jurisdiccional sea el mecanismo más tradicional para el acceso a la justicia, en el Derecho moderno se reconocen otros mecanismos para la solución de controversias, las denominadas vías alternativas de solución de conflictos, siendo hoy muy utilizadas por las personas naturales y jurídicas en el mundo, dado su carácter de voluntariedad, celeridad, confidencialidad, además de que les permite a las partes adoptar soluciones ante sus problemas, con un justo equilibrio entre sus intereses. A esta nueva concepción de justicia se han sumado los negocios familiares, al ser el mecanismo más recurrente para lograr disminuir o en el mejor de los casos, terminar con el cúmulo de situaciones conflictuales que atraviesan constantemente.

²⁸ AA.VV., *Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia*, Editorial Ildis, Venezuela, 2005, p. 64.

La propia naturaleza de los negocios familiares cargados de fuertes emociones y valores que sustentan el compromiso de los miembros de la familia que en ellos trabajan, representa su fortaleza y a la vez su debilidad, ya que si surgen conflictos que los miembros no saben resolver, éstos pueden debilitar el compromiso y generar una alta carga emocional, que puede tener graves consecuencias, tanto para el entorno empresarial como para la propia familia empresaria. En este contexto, el empleo de medios alternativos de solución de conflictos, específicamente la mediación, es una herramienta muy poderosa que, si se utiliza adecuadamente, puede contribuir de forma muy satisfactoria a resolver los conflictos que se presenten, tanto en el ámbito empresarial como en el familiar²⁹.

En el caso cubano, y tomando como base el criterio que sostenemos acerca de la conveniente concertación del contrato marco familiar como instrumento que regule el funcionamiento y las relaciones internas entre los socios familiares del negocio, la aplicación de la mediación toma su sustento en el principio de la autonomía de la voluntad contractual, toda vez que las partes pueden estipular una cláusula en este contrato marco que disponga la utilización de esta alternativa de solución de conflictos de forma previa o, para dotar de soluciones propiamente al negocio.

El contrato marco para los negocios familiares, como instrumento idóneo para regular la vida interna de los emprendimientos familiares cubanos, una vez elevado a escritura pública notarial, colocaría a las partes en posición de cumplir con carácter obligatorio, todos los acuerdos en él instrumentados; aspectos relacionados con el funcionamiento, responsabilidad, distribución de ganancias, y además, con su fuerza vinculante de ley privada, primaría frente a las limitantes legales que la normativa del trabajo por cuenta propia establece con carácter dispositivo. Esto constituye por tanto, un cauce legal para el contrato marco familiar en nuestro Derecho, lo que no resulta óbice para que en algunos casos los socios mediante documento privado, sobre la base del principio de libertad de formas (*actio pro forma*) re-

²⁹ M. PELAYO LAVÍN, *La mediación como vía complementaria de solución de conflictos*, Universidad de Salamanca, España, 2011, pp. 77 ss.

cogido en el Código Civil en su artículo 313³⁰, reconozcan el negocio familiar consumado, alguna deuda, o situación de incumplimiento de sus responsabilidades en el ámbito económico, particular que refrenda también nuestra Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico³¹.

Sobre el basamento anterior, se considera la pertinencia de que los negocios familiares bien estructurados con vocación de permanencia y que así lo deseen, acudan ante notario público a instrumentar las particularidades del negocio atendiendo a la eficacia ejecutiva del documento. Sería el espacio propicio para insertar una cláusula en la que se reconozca el sometimiento a la mediación, ante situaciones conflictuales entre los socios, cuyo acuerdo tenga fuerza ejecutiva para todos los miembros socios.

Así como los conflictos en la empresa familiar pueden ser muy variados, de la misma forma el proceso de la mediación ha de ser diferente en cada uno de los casos para adaptarse a las necesidades del mismo. El problema se resuelve confidencialmente, sin perjudicar la reputación del negocio familiar, y a través de la libre adhesión de los interesados a las soluciones, lo que facilita su cumplimiento voluntario, la asunción de los nuevos roles de cada uno que acuerden a lo interno del negocio familiar, un mayor compromiso con la empresa y con sus valores compartidos. No sólo se salvan los lazos familiares y empresariales, sino que los mismos resultan reforzados, dotando igualmente al negocio familiar de enormes ventajas competitivas.

Son muchas las ventajas de la aplicación de la mediación para la solución de conflictos en esta tipología de negocios, en primer lugar por el carácter voluntario de la misma, lo que sienta las bases de la autodeterminación, elemento clave para que los familiares socios gestionen sus propios conflictos, responsabilizándose de sus acciones y de las consecuencias de las mis-

³⁰ Artículo 313 Si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para la celebración del acto, las partes pueden compelerse recíprocamente a cumplir esa formalidad siempre que exista constancia, por otro medio, de haber intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

³¹ Artículos 288, 297 y 298 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico.

mas en ellos y en los otros. Otros de los motivos de su utilidad recaen en la utilización de la negociación en lugar del enfrentamiento y de la coerción para conseguir el respeto a lo pactado entre las partes, en un ambiente de igualdad, lo que permite ofrecer una solución pactada que se cumpla con mayor facilidad. Otro punto clave resulta la posición neutral del mediador, se trata de una tercera persona ajena al negocio, que no responde a intereses particulares de ninguno de los socios, solo dirige el proceso, facilita la comunicación y ayuda a la concreción de soluciones sin imponerlas, lo que genera una aceptación y un cumplimiento voluntario, empero pudiera resultar una desventaja el hecho de que este acuerdo final al que arriben las partes no obtiene un carácter vinculante como sí lo supone el caso del arbitraje. Esto solo puede lograrse elevando a escritura pública ante notario el acuerdo asumido, para darle fuerza ejecutiva, lo cual se refuerza por el hecho anticipado de comprometerse a mediación preventiva desde el mismo contrato marco familiar, lo cual conduce, una vez sometido a mediación el conflicto en cuestión, a la mediación notarial.

La mediación se está convirtiendo en una herramienta imprescindible para la pequeña y mediana empresa y sobre todo, en la empresa familiar. Se ha comprobado por resultados de su aplicación que aporta la doctrina científica, que en el futuro será una herramienta imprescindible a la hora de plantear problemas y buscar soluciones en el ámbito de los negocios familiares, lo que sin dudas nos refleja un punto de alerta ancorado en nuestro caso, con el reconocimiento constitucional expreso que ya se ha hecho de los medios alternativos de justicia³², y puedan ser empleados consecuentemente, ante la carga conflictual que tiene lugar en el interior de los negocios familiares en la sociedad cubana.

5. *A modo de epílogo.* – Ya es una realidad en el contexto socioeconómico cubano la existencia de negocios familiares como

³² Artículo 93 El Estado reconoce el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos. *Vid.* Constitución de la república de Cuba, de 10 de abril de 2019.

motores de innovación y generación de disímiles relaciones jurídicas, en los que la familia interviene de forma decisiva en su administración y dirección. Empero, al igual que en otros casos, volvió a quedar rezagado el tema en el plano jurídico, porque todavía no existe una regulación íntegra de su actuación en la economía ni de todas las transformaciones adoptadas en torno a estos negocios en el ámbito del cuentapropismo. Si bien se han venido instrumentando diferentes medidas legislativas para reglamentar esta nueva situación, persiste una desprotección dada la apreciación dogmática de solo reconocerse la figura del trabajador por cuenta propia como sujeto individual, excluyéndose el autoempleo colectivo como modalidad del trabajo autónomo, situación fáctica que deja sin abrigo jurídico, de forma expresa, a los emprendimientos familiares, *per se* en la vida socioeconómica cubana, y por tanto, se complejiza la solución de las diversas controversias existentes a lo interno entre los familiares socios.

El hecho de no encontrar soluciones jurídicas en las normativas vigentes, se convierte en un freno desde lo normativo para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia de los negocios familiares en los matices actuales de la economía cubana, porque se obstaculiza también la posibilidad de singularizar los distintos conflictos en correspondencia con la propia administración, dirección y perdurabilidad en el tiempo del negocio familiar.

5. Bibliografía

Fuentes doctrinales:

- C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, “Aproximación a un concepto de Empresa Familiar”, en Revista Técnica Tributaria, núm. 43, Madrid, 1998.
- M. ALONSO GARCÍA, Derecho del Trabajo, Editorial Artes Gráficas Benxul S.A, Madrid. 1993.
- C. ARAUJO QUINTERO, O. LEGRÁ GAÍNZA, “El Protocolo Familiar en la relación familia – empresa – propiedad. Sus retos para Cuba”, en PLAZA PENADÉS, Javier (director), Cuestiones Jurídicas de la Empresa Familiar en España y en Cuba (Dúo), Editorial Aranzadi, primera Edición, España, 2015.

- S. AZZARELLO, P.E. BRESSAN, “El Protocolo de Familia. Régimen Jurídico de la empresa Familiar”, 2013.
- AA.VV., Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia, Editorial Ildis, Venezuela, 2005.
- M. BROSETA PONT, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos S.A, Madrid, 1990.
- CALVO FUNDORA, Niuirka de La Caridad, “Trabajo por cuenta propia ¿Manifestación de subempleo o empleo informal?”, en La Globalización e Integración. Impacto en el Derecho Laboral y la Seguridad Social. Colectivo de Autores, La Habana, 1996.
- COLECTIVO DE AUTORES, Temas de Derecho Mercantil cubano, Primera parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.
- L. DIEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil y Patrimonial, Volumen primero, Introducción a la Teoría del contrato, Quinta edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- V.H.MACÍAS RAMÍREZ, D.E. RAMÍREZ OSPINA, “Sucesión en empresas familiares”, Análisis desde la Teoría de la Agencia, en Revista Criterio Libre Vol. 9 n° 15, Bogotá, julio-diciembre de 2011.
- G. MEDINA, La Empresa Familiar Conferencia para Cuba. Presentación en Power Point, para curso pre-evento en XIII Jornada Internacional de Derecho de Contratos, La Habana, 2014.
- W. NAVA GONZÁLEZ, J.A. BRECEDA PÉREZ, Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: “Un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución Mexicana”, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n° 37, julio-diciembre 2017.
- M.PAVÓN SÁEZ, “Empresas familiares de hermanos: claves del éxito para el trabajo en equipo”, disponible en <http://www.biblioferresalat.com>, consultado el 22 de noviembre del 2014.
- M. PELAYO LAVÍN, La mediación como vía complementaria de solución de conflictos, Universidad de Salamanca, España, 2011.
- V.PÉREZ DE MADRID CARRERAS, “La empresa, el protocolo y la sociedad familiar, Anotaciones al RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”, Cuadernos de Derecho y Comercio, n° 48, Madrid, 2007.
- I. RODRÍGUEZ DÍAZ, La empresa familiar en el ámbito del Derecho Mercantil. Cuadernos 2 Mercantiles, Edersa, Madrid, 2000.

Dariela Katia Desloy Hechavarría, Maidolis Labañino Barrera

- J. SAN MIGUEL GIRALT, “Sociedades personalistas”, en Temas de Derecho Mercantil cubano, Colectivo de autores, Primera parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005;
- O. SUÁREZ FEBLES, M. RODRÍGUEZ, M. IVIS, “Consideraciones acerca del reconocimiento de los trabajadores por cuenta propia empleadores como empresarios mercantiles Individuales”, Universidad Camilo Cienfuegos, Matanzas, Cuba.
- A. VÁZQUEZ VIALARD, Tratado de Derecho del trabajo, tomo III, Bs. As. Ed., Buenos Aires, 1982.

Fuentes legales:

Constitución de la República de Cuba, Editora Política, La Habana, 2019; Decreto Ley 356 del 18 de marzo del 2018, Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba n° 35 del 10 de julio del 2018; Resolución 11 “Reglamento del ejercicio del Trabajador por Cuenta Propia” del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del 19 de junio de 2018, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Cuba n° 35 del 10 de julio del 2018. Instrucción no.7, Indicaciones a las entidades estatales para la contratación de productos y servicios de los trabajadores por cuenta propia, de 18 de noviembre del 2011, MEP, en Gaceta Oficial Extraordinaria n° 40 de la República de Cuba, del 21 de noviembre del 2011. Otras Fuentes; Documentos Políticos del VII Congreso del PCC de abril de 2016 “*Conceptualización del modelo económico y social cubano de desarrollo socialista*”, y, el “*Plan nacional de desarrollo económico y social hasta el año 2030: Propuesta de visión de la nación, ejes y sectores estratégicos*”; *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, XII Política para el Comercio, VI Congreso del PCC, Editora Política, La Habana, 2011; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Laboral, 20 de septiembre de 2009, jueces ponentes CAVAGLIA, Isidro Walter y CAVAGLIA, Walter Raúl; Cámara de Apelaciones del Trabajo de Salta, sala I, 11/08/2011, “Cancinos, Patricia c/ Montaña, Carlos R. s/ ordinario”.*

TOMÀS FARTO PIAY*

MÁS ALLÁ DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN: EL COORDINADOR DE PARENTALIDAD EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

SUMARIO: 1. Una aproximación a la de coordinación de parentalidad. - 2. Marco jurídico de la coordinación de parentalidad. - 3. Designación y función del coordinador de parentalidad. - 4. La figura del CP en el proceso judicial. - 5. La figura del CP en el proceso judicial

1. *Una aproximación a la de coordinación de parentalidad.* – La crisis sanitaria provocada por el Covid-19 ha tenido una incidencia significativa en la gestión y resolución de los conflictos de familia. El desplazamiento de las actuaciones procesales derivado de la suspensión acordada durante el estado de alarma, junto con la presentación de nuevas demandas tras su levantamiento han complicado de forma considerable el panorama y realidad de la Administración de Justicia a la hora de gestionar, de manera eficaz, los conflictos existentes; causándose, por tanto, mayores dilaciones en la tramitación de los procesos judiciales, en una ya de por sí colapsada Administración.

La AFCC define la coordinación de parentalidad como un procedimiento alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as, en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver sus disputas, educándolos respecto a las necesidades de sus hijos, y – previo consentimiento de las partes y/o del juzgado – tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por la resolución judicial, o por el acuerdo de designación del coordinador de parentalidad.

* Profesor de derecho Procesal en la Universidad de Vigo.

También se puede definir la coordinación de parentalidad, como un procedimiento de resolución de conflictos o de disputas de carácter no-adversarial, el cual puede ser ordenado por el juzgado o acordado por los propios padres (separados o divorciados) sumidos en un continuo conflicto o litigio en relación con sus hijos y cuyo principio rector es el mejor interés del menor.

2. *Marco jurídico de la coordinación de parentalidad.* – En nuestro ordenamiento la base jurídica para la introducción de esta figura radica en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que introdujo el art. 158 CC, donde la autoridad judicial puede disponer de la designación de un profesional en situaciones conflictivas para evitar perjuicios al hijo o hija menor que se encuentren inmersos en conflictos de tensión, intransigencias, y lealtades, después de la ruptura de sus progenitores. Junto a esta normativa se encuentran las normas supranacionales e internacionales que reconocen la necesidad de preservar los derechos del menor, como la Convención Universal de los Derechos del niño (arts. 3.1 y 4), la Convención Europea sobre los Derechos del Menor de 1996 (art. 6 a), la Recomendación Rec (2006) 19, sobre Políticas de Apoyo al Ejercicio Positivo de la Parentalidad que contempla que, para ejercitar mejor las responsabilidades parentales, es necesario promover la parentalidad positiva, donde se hace referencia al comportamiento y actitudes de los padres fundamentado en el interés superior del niño, donde debe de existir un equilibrio entre los derechos del niño y las responsabilidades de los padres.

Ahora bien, ante este marco normativo, en la práctica, las experiencias y designaciones judiciales en nuestro territorio muestran una clara falta de homogeneidad; lo que constituye la clave para que en el *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad* se recoja la necesidad de unificar el panorama actual, integrando la figura en el sistema judicial y definiendo su estatuto jurídico; en definitiva, proponiendo para ello una legislación estatal de mínimos.

3. *Designación y función del coordinador de parentalidad.* – El CP se designa por sentencia judicial, donde se detalla claramente su rol y funciones. Los progenitores pueden elegir el CP, recomendados por sus abogados u otros profesionales involucrados. En la primera sesión, progenitores y CP elaboran un detallado contrato que incluye: descripción del rol y funciones de CP, el tipo de disputas que se tratarán, cómo se hará la comunicación, la duración del contrato, la confidencialidad, los honorarios y, en su caso, la capacidad de tomar decisiones del CP.

Lo más frecuente es que la coordinación de parentalidad se considere una intervención especializada, reservada para progenitores que muestran dificultades para implementar el plan de parentalidad y han fallado otras vías para alcanzar acuerdos, ya sea por ellos mismos, o por la vía de la mediación, abogados, juicios.

El CP también puede ser aconsejado o impuesto por el Tribunal, bien en la fase de medidas provisionales o bien en la sentencia definitiva. En este caso, tiene la consideración de auxiliar del Juez y ha de informar a este de la evolución del caso. Se considera que la designación judicial es especialmente indicada en casos de gran conflictividad en las relaciones paternofiliales. Generalmente, la intervención del CP tiene una duración entre tres meses y un año, y un mismo profesional suele responsabilizarse de varios casos a la vez, lo que le permite realizar trabajo de grupo con los padres, madres o hijos de las distintas familias a su cargo.

También cabe la posibilidad de que los progenitores decidan recurrir de forma

También cabe la posibilidad de que los progenitores decidan recurrir de forma preventiva a esta figura o se configure como de libre asunción, la designación del profesional concreto ha de ser consensuada por los progenitores de mutuo acuerdo.

En este sentido, entre las posibles funciones que puede ejercer un CP está la de facilitador de la comunicación, el de toma de decisiones, el educador y el de conciliador. Pero, en ocasiones, como cuando los progenitores necesitan ser confrontados acerca de un comportamiento o decisión que no es considerado como lo mejor atendiendo al interés de sus hijos o que debilita un plan de parentalidad existente, se requiere que el CP sea directo y muestre autoridad, manteniendo un alto grado de integridad y credibilidad con los progenitores.

La AFCC señala que el objetivo general de la CP es ayudar a los progenitores con alto conflicto a implementar y supervisar su plan de parentalidad, resolver los conflictos con respecto a sus hijos, proteger y mantener relaciones seguras y saludables entre padres e hijos. La coordinación de parentalidad es considerada una figura de resolución alternativa de disputas, tratándose de un proceso que combina evaluación, educación, manejo de casos, gestión del conflicto y, a veces, las funciones de toma de decisiones.

Por ello, es fundamental definir el rol y formación con la que ha de contar el CP; así, la AFCC establece unas directrices para la formación en coordinación de parentalidad, siendo necesario tener formación y experiencia en mediación, conocer los efectos del divorcio, y en particular de los divorcios de alta conflictividad, cómo se produce esta conflictividad, cuáles son sus causas, así como tener conocimientos sobre aspectos psicológicos y de desarrollo infantojuvenil. La formación también debe incluir los aspectos psicolegales de la violencia intrafamiliar, así como del marco legal de las separaciones y del proceso de coordinación de parentalidad.

En este sentido, podría afirmarse que el rol más próximo podría ser el del mediador familiar, dado que ambos procesos se inscriben en el contexto de las Alternative Dispute Resolution (ADR), pero existen determinadas características que un CP no comparte con una persona mediadora, como puede ser el principio de confidencialidad o el principio de neutralidad; al ser el CP un auxiliar del Juzgado y dentro de los límites de sus funciones determinadas por la resolución judicial, el coordinador puede tener un cierto poder decisorio.

4. *La figura del CP en el proceso judicial.* – La derivación por parte de los tribunales a coordinación de parentalidad o acuerdo judicial al respecto ha de ser posible en cualquier fase del procedimiento desde que se adopten medidas que afecten a las personas menores de edad, para mejorar su situación, o desde que se constate sufrimiento en ellas, incumplimientos reiterados o cronificados.

En este sentido, compartimos las medidas necesarias para su encaje procesal, propuestas en el *Documento base para el de-*

sarrollo de la coordinación de parentalidad, a saber; la modificación del art. 776 LEC "Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas", en donde se regule el establecimiento de un CP ante las situaciones de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de guarda, de la responsabilidad parental, los impedimentos a las relaciones familiares o las situaciones que comprometan el bienestar de los menores.

Igualmente, teniendo en cuenta la tipología de asuntos que acuden a los Programas de Mediación Intrajudicial Familiar, muchos de ellos muy judicializados y de alto conflicto entre los progenitores, sobre todo aquellos casos derivados en ejecución de sentencia, entendemos que se debería valorar la posibilidad de implantar, de forma secuencial, la coordinación de parentalidad como complemento o apoyo a un procedimiento de mediación familiar intrajudicial.

En este sentido, están aquellos casos en los cuales los acuerdos alcanzados en mediación pueden verse obstaculizados en su aplicación, al carecer una o las dos personas mediadas – en este caso, los progenitores – de las habilidades suficientes para poder llevarlos a la práctica, lo que conlleva una alta probabilidad de que surjan conflictos. Por ello se plantea la posibilidad de contar con el CP una vez finalizado el procedimiento de mediación y que dicho nombramiento quede recogido en el acuerdo de mediación que posteriormente se homologará judicialmente.

5. *Conclusiones.* – El sistema judicial se muestra como la vía a la que se ha recurrido y se recurre para la gestión y resolución de cualquier tipo de controversia. De forma tradicional, las parejas en vías de ruptura han acudido al proceso judicial en busca de una solución a su conflicto, delegando en un tercero imparcial que, actuando *supra partes*, le impone su decisión conforme a derecho. El proceso judicial se ha manifestado como el medio más eficaz y seguro para solventar las controversias y constituye, además, el instrumento de realización del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 CE.

Ahora bien, desde hace varios años, tanto en España, como en numerosos países de nuestro entorno, se ha puesto de mani-

fiesto la insuficiencia del sistema para ofrecer una respuesta satisfactoria a la ciudadanía, derivada de la ruptura de pareja. Cuando la ciudadanía recurre a los tribunales, lo que interesa, además, es el cumplimiento de la sentencia.

En este contexto de la ruptura de pareja, en muchas ocasiones, las relaciones controvertidas o la falta de colaboración entre los progenitores hacen que, en ocasiones, lo acordado sea de imposible cumplimiento, derivando en un laberinto judicial y los hijos, los más vulnerables, son los más perjudicados. Es en estos casos donde se hace necesaria la intervención del CP, profesional experto en técnicas de resolución de conflictos con capacidad para actuar a pesar de la falta de voluntad de una de las partes.

A pesar de que los distintos proyectos piloto en nuestro país han encontrado la base jurídica para la introducción de la coordinación de parentalidad, se hace necesaria una regulación a nivel nacional, principalmente en lo relativo a los requisitos y formación necesaria para ejercer de CP, además de una regulación que incardine esta figura dentro del proceso judicial; para así, evitar los temores e inseguridades que desde los órganos judiciales se están generando y que esta práctica dependa del voluntarismo y sensibilidad del juzgador, todo ello para articular una justicia de calidad y que el CP se encuentre a disposición de todos los ciudadanos del territorio español, en aras de conferir a los progenitores con alto conflicto una justicia que fomente su bienestar.

Bibliografía:

M. ÁLAMO ROSALES, R. FERNÁNDEZ ALAYA, F. FARIÑA RIVERA, *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, Andavira, Ed., Santiago de Compostela, 2019.

– American Psychological Association, “Guidelines for the practice of parenting coordination”. *The American Psychologist*, 67 (1), 2012, pp. 63-71.

– Association of Family Conciliation Courts (AFCC), “Task Force on Parenting Coordination. Parenting coordination: Implementation issues”, *Family Court Review*, 41, 2003, pp. 53–364 (<https://www.afccnet.org>).

- “Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination” *Family Court Review*, 44, 2005, pp. 162–181 (<https://www.afccnet.org>).
- “Task Force on Parenting Coordination. Guidelines for parenting coordination”, 2019 (<https://www.afccnet.org/>).
- M. AVELLIDO ROS, L. CARRASCO RUBIO, E. GUITART SABATER, M., SACASAS ASENSI, *La coordinación de parentalidad. Cuando las familias ya no saben qué hacer*, Huygens, Barcelona, 2015.
- S. BOYAN, A.M. TERMINI, *The Psychotherapist As Parent Coordinator in High-Conflict Divorce: Strategies and Techniques: A Model of Parent Coordination (Haworth Practical Practice in Mental Health)*, Routledge, 2004.
- C. CAPDEVILA BROPHY, *La figura del coordinador de parentalidad en las separaciones altamente conflictivas*, Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, Sección: Psinotes, 2013 (http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4363).
- D.K. CARTER, *Parenting Coordination. A Practical Guide for Family Law Professionals*, New York. Springer Publishing Company, 2010.
- “Entrevista a Debra Carter del National Cooperative Parenting Center de Bradenton” Colegio Oficial de Psicólogos de Catalunya, Sección: Psiara, 2014. (http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4520).
- D. D’ABATE, “Parenting Coordination: A new service for high conflict divorcing families. Intervention”, núm. 122, 2005, pp. 1-9 (<http://www.adrmaremma.it/english/dabate01.pdf>, última consulta: 03/07/2020).
- “The use of a solution focused and a family narrative approach in working with high conflict families: strategies and techniques that can be utilized in parenting coordination and co-parenting coaching”, *Journal of Child Custody* 13:4, 2016, pp. 269-288.
- I. ESPÍN ALBA, “Planes de parentalidad: especial referencia a la figura del coordinador parental”, en E. PILLADO GONZÁLEZ (Dir.), *Los conflictos de Derecho de Familia desde la justicia terapéutica*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- T. FARTO PIAY, “El coordinador de parentalidad en los procesos contenciosos de familia: su integración en el sistema de justicia”, *Diario La Ley*, núm. 9696, Sección Doctrina, 3 de febrero de 2012, pp. 1-12 (<http://laleydigital.laley.es>, última consulta: 14/09/2020).

- A. GARCÍA-HERRERA, “Reestructuración de la familia tras la separación parental: mediación intrajudicial, mediación en el punto de encuentro familiar y coordinación de parentalidad”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, Barcelona, 2016, pp. 1-33 (https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1224_es.pdf).
- “Hacia una justicia eficiente: la figura del coordinador de parentalidad en las crisis de familia”, *Boletín Mediando*, núm. 28, Sección de Mediación del ICAV, 2018, pp. 2-10 (<http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/1433.pdf>).
- E. LAUROBA LACASA, “Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y...?”, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, octubre 2018, Barcelona, pp. 1-68 (<https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1417.pdf>).
- “Memoria de la experiencia piloto del Servicio de Coordinación de Parentalidad en el partido Judicial de Sabadell”, 2014 (https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2015/06/memoria-programa-de-coordinacion-de-parentalidad-logos_media.pdf).
- P. ORTUÑO MUÑOZ, “La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (Comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat.)” *Artículo Monográfico*. Ed. Sepin. Diciembre 2013. (<http://www.sepin.es>).
- M. SACASAS ASENSI, “¿Coordinadora de parentalidad?, ¿Coordinador parental, Coparentalidad, plan de parentalidad?” (<http://www.coordinaciondeparentalidad.com/noticias/coordinadora-de-parentalidad>).

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ*

EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

SUMARIO: 1. La mediación en el ámbito vecinal inmobiliario. - 2. Las potencialidades de la legislación de propiedad industrial horizontal en materia de mediación. - 3. La implementación de sistemas de mediación en las comunidades de propietarios

1. *La mediación en el ámbito vecinal inmobiliario.* – La mediación en ámbito inmobiliario, especialmente en propiedad horizontal, se ha calificado como mediación vecinal o comunitaria, pero la mediación comunitaria tiene un ámbito más amplio de actuación, mientras que la vecinal se puede considerar una especialidad de la comunitaria que puede quedar reducida a las comunidades de propietarios vecinos, aunque guardan una intensa, amplia y próxima relación, con la finalidad de mejorar las relaciones de convivencia ciudadana, devolviendo a los ciudadanos el poder para resolver sus conflictos a través de un procedimiento democrático, recuperando la capacidad de decidir sobre sus asuntos más cercanos.

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;

* Profesor de derecho civil en la Universidad de Zaragoza.

círculos de paz, etc.), 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 en este trabajo, y sobre los que ya existen experiencias en otros países como las *Community Boards* de Estados Unidos.

Reconoce expresamente este ámbito de los complejos inmobiliarios 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. Calificándola de mediación en el ámbito inmobiliario nos referimos a 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 hipotecaria.

Y, evidentemente, que el conflicto pueda someterse a una mediación inmobiliario no ha de implicar necesariamente que la cuestión controvertida tenga relación directa con el inmueble, sino que bastará con que se encuentre en conexión con dicho inmueble, que surja como consecuencia complementaria de una relación jurídica base de carácter inmobiliario en el que las partes hayan convenido la sumisión a mediación, y en la que el inmueble sea el núcleo u objeto principal de la relación. La mediación inmobiliaria no es sino una mediación vecinal especial con algunas singularidades.

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 romanista, más allá de los problemas surgidos de la colindancia de fincas y contemplar la vecindad como una comunidad de intereses entre vecinos. El Derecho de vecindad regula no solo los conflictos individuales e interprediales sino los colectivos de carácter comunitario, por lo que la respuesta a los viejos y nuevos conflictos de vecindad debe in-

tegrar no solo la acciones y recursos jurídicos clásicos, sino también las nuevas modalidades extrajudiciales de resolución de conflictos, como la mediación vecinal, que deberían incluirse de forma mucho más amplia, expresa y específica en la legislación especial. La respuesta a los viejos y nuevos conflictos de vecindad debe integrar no solo la acciones y recursos jurídicos clásicos, 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.

2. Las potencialidades de la legislación de propiedad industrial horizontal en materia de mediación. – El ámbito inmobiliario incluye un amplio campo jurídico de relaciones, directas e indirectas, con relación a los inmuebles, pero nos centraremos especialmente en la mediación relacionada con la propiedad horizontal, y su amplio y especial ámbito de conflictos.

La mediación que se puede aplicar en las comunidades de propietarios en propiedad horizontal responde al modelo contemplado en la Ley estatal española 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el tratamiento de los conflictos interpersonales aunque requiere de otros recursos y técnicas para afrontar los conflictos grupales y colectivos, pero es, sin duda, un campo de aplicación muy adecuado, ya que en la mayoría de los casos las relaciones de vecindad en las comunidades de propietarios son de larga duración y las ventajas que ofrece la mediación frente al proceso jurisdiccional en este ámbito son numerosas. Lo reconoce expresamente 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». No es necesario explicar que los conflictos que se originan en las relaciones vecinales que se desarrollan en el contexto de la propiedad horizontal son numerosos por cuestiones como ruidos, humos, desatención de espacios comunes, convivencia entre personas de distintas nacionalidades, etnias, costumbres...; situaciones que se reproducen en las relaciones vecinales en las ur-

banizaciones y otros complejos inmobiliarios y en otros ámbitos convivenciales.

La legislación catalana ha avanzado un paso más al regular expresamente la mediación en varias cuestiones referidas a la propiedad horizontal por Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en cuyo preámbulo ya se indica que «se incluye expresamente y se favorece la resolución extrajudicial de los conflictos surgidos en el ámbito de la propiedad horizontal, y se establece explícitamente que los propietarios pueden acordar acudir al arbitraje por cualquier cuestión relativa al régimen. Por ello, cuando un precepto se refiere a la autoridad judicial, es preciso entender comprendido el arbitraje, el recurso al cual puede haberse establecido a todos los efectos en una cláusula de los estatutos o puede acordarse “ad hoc”. En la misma línea, se fomenta la mediación como método para favorecer la resolución de conflictos».

Así ocurre con el artículo 553-3 CC de Cataluña sobre determinación y modificación de las cuotas, que en la redacción anterior (de 2006 y con el número 4), se señalaba la necesidad del acuerdo unánime de los propietarios, y en otro caso «por la autoridad judicial si las leyes o estatutos no establecen otra cosa»; y la reforma de la Ley 5/2015 añade ahora la posibilidad de acudir a un «procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos», lo que propicia que el presidente pueda utilizar el recurso a la mediación civil sin acuerdo de la junta de propietarios evitando acuerdos y judicialización del conflicto.

Y el artículo 553-11 (2.f) 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», que concuerda con el artículo 6.1 de la ley estatal de mediación civil sobre las cláusulas compromisorias de mediación, y que ha reafirmado la jurisprudencia de forma reiterada. 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 una modificación estatutaria que supondría el acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios.

En el País Vasco, la Orden de 24 de octubre de 2007, del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales (BOPV de 19 de noviembre de 2007), el Gobierno Vasco asume las competencias que antes correspondían a las Cámaras Oficiales de Propiedad Urbana en mediación y conciliación en materia de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos, y regula el concepto, objeto, ámbito de aplicación y procedimiento. En su artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación*, establece: «La mediación y la conciliación en materia de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos entre propietarios inmobiliarios o entre estos y sus inquilinos. Serán objeto de los procedimientos de mediación y conciliación aquellas cuestiones referidas a derechos y obligaciones en materia de propiedad horizontal y arrendamientos urbanos que sean disponibles por las partes conforme a derecho».

El Anteproyecto de Ley de impulso a la mediación (de enero de 2019, y que caducó con la legislatura a los pocos meses) preveía que en determinadas materias, siguiendo la estela del modelo italiano, los interesados estarían obligados a intentar la mediación con carácter previo al inicio de un proceso declarativo (modificación del apartado primero del artículo 6 de la Ley 5/2012), y entre ellas se incluía las referentes a «propiedad horizontal y comunidades de bienes» y «procesos arrendaticios que hayan de ventilarse por los cauces del juicio ordinario», obligatoriedad «mitigada» por la que abogaba parte de la doctrina, reforzada por la pandemia del coronavirus en la que se ha valorado la imposición de la mediación obligatoria como posible medida para descongestionar la carga acumulada de trabajo de los juzgados y tribunales.

En todo caso ha de tratarse de relaciones jurídicas de libre disposición por las partes intervinientes en el conflicto, pero el predominio del derecho necesario o imperativo con el que se reguló inicialmente por legislación especial la propiedad horizontal ha ido moderándose y matizándose por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y las posteriores reformas de la legislación de propiedad horizontal, de tal forma que es muy amplia la autonomía de la voluntad en general, comenzando por la dispositividad de las normas como regla general que señala el

artículo 396 del Código Civil siempre que no conculquen las imprescindibles normas de derecho necesario, con los límites que señala la propia exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH), especialmente reflejados en los artículo 5 (estatutos de la comunidad) y 6 (normas o reglamentos de régimen interior) de la ley.

En cuanto a los asuntos o materias mediables, tienen una amplia extensión y sirva, a título de ejemplo, los señalados por los Puntos Neutros de Promoción de la Mediación, vinculados a GEMME, de diversas Comunidades Autónomas, en 2013:

- Materias objeto de mediación: normas de convivencia vecinal; adopción de acuerdos y cumplimiento; distribución de gasto; actas; contratos de obras y servicios; elementos comunes/pri-vativos; seguros; cuotas ordinarias/extraordinarias (derramas); coeficientes, estados de cuentas/liquidaciones; fondos de reserva; portería; exoneraciones (ej. gasto ascensor, etc.); identificación de la propiedad; protección de datos; mantenimiento y conservación; representación; legitimidad; financiación (préstamos bancarios); estatutos; reglamentos de régimen interior, etc...
- Temas de carácter relacional (conflictos entre vecinos, ruidos, los derivados de la convivencia vecinal) problemas interpersonales, supuestos que puedan derivar en un tipo penal (faltas, amenazas, situaciones de *blocking*).
- Daños por humedades y otras patologías que provoquen daños a nivel material.
- Prestadores de servicios.
- Procesos judiciales (impugnación acuerdos, reclamaciones, morosos, vicios de construcción)
- Servidumbres, inmisiones y deslindes.
- Comunidades de bienes.
- Defectos de construcción.

Y respecto a la competencia para solicitar la mediación, así como para transigir y cumplir los acuerdos sobre las controversias sujetas a mediación, correspondería, en todo caso a la junta de propietarios, aunque la solicitud de mediación la podría realizar el presidente contando con autorización, general o especial, de la junta de propietarios.

3. *La implementación de sistemas de mediación en las comunidades de propietarios.* – 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).

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 se ha visto señala también el artículo 553-11 (2.f) del Código civil catalán. 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 propietarios.

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), que permitiría a las comunidades dotarse de medios e instrumentos para establecer bases y criterios de convivencia en situaciones de emergencia y excepcionales, que superan las competencias del presidente o del administrador de fincas (art. 20 LPH).

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». 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.17.7^a LPH), mientras que el Estatuto, como complemento del título constitutivo requiere del acuerdo unánime de todos los propietarios.

Así pues, a tenor de lo que dispone art. 6 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 convivencia 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 vengan 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 propietarios, 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).

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 económicas.

Respecto a su composición, no hay determinación legal en el artículo 13 LPH, por lo que podría estar presidida por un vice-

presidente (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 fincas, también a miembros no propietarios de la comunidad, y a profesionales externos en gestión de conflictos.

NURIA BELLOSO MARTÍN*

LA FUNCIÓN MEDIADORA DEL DEFENSOR UNIVERSITARIO EN UN ESCENARIO POST-COVID

SUMARIO: 1. Nota introductoria. - 2. Marco normativo de referencia. - 3. Nueva Guía de Buenas Prácticas del artículo 13(1) y mediación (b). - 4. Covid-19 y excepción de grave riesgo en el contexto mexicano y comparado. - 5. Conclusiones

1. *Nota introductoria.* – Las niñas, niños y adolescentes, éste sector poblacional en estado de vulnerabilidad por antonomasia, pareciera que nunca cobran el protagonismo necesario para que se pueda atender y proteger sus derechos de una manera íntegra en su interés superior.

La emergencia sanitaria por Covid-19, no ha sido la excepción y ahí, de nuevo, tenemos – siguiendo a nuestro colega y “niñólogo” de cabecera, Jorge Cardona¹, cómo los niños, niñas y adolescentes parecieran ser, en principio y paradójicamente, los menos afectados por la enfermedad del coronavirus pero sí los más afectados por las medidas adoptadas para luchar contra la misma; básicamente el distanciamiento social con el confinamiento en sus casas. Consecuencias directas en la salud, desde que se restringió por ejemplo el acceso al aire libre o al esparcimiento en la calle; en la educación, desde la enseñanza

* Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos.

¹ J. CARDONA, *El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño* en Sanz Caballero, Susana (dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española 2017*, pp. 99 ss.; Cardona, Jorge, “Presentation of General Comment n° 14: Strengths and Limitations, Points of Consensus and Dissent Emerging in its Drafting”; Council of Europe, *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice, Council of Europe, 2016, passim*. Disponible en <https://rm.coe.int/1680657e56> (última consulta 20 de junio 2020).

en línea² – para aquellos que alcanzaran a acceder –; en lo social ante la recesión económica y desempleo de los progenitores o separaciones y divorcios de sus progenitores; o en el incremento de violencia – física o emocional – agudizada por tener que vivir bajo el mismo techo con el maltratador/a y/o abusador/a durante la “cuarentena” generada por la pandemia³.

A estos niños, niñas y adolescentes, la Covid-19 también les ha repercutido ante el cierre parcial de fronteras y, por ende, socavando el derecho al libre tránsito o con la emisión de decretos y/o acuerdos en torno a la suspensión de todas las actividades que no entraran dentro de la categoría de “esenciales” y por ello cierre de tribunales y/o actividad mínima de autoridades centrales y la imposibilidad de actuar de manera expedita, dejando en un estado de indefensión a los menores que se encuentran en circunstancias complejas.

En este sentido, no podemos evitar, dada la situación en la que vivimos, traer a colación el tema en torno a la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes por parte de uno de sus progenitores y por ello la solicitud de la restitución internacional de dichos menores. Situaciones de una gran complejidad, no solo por la interacción de Estados diferentes, con normativa internacional e interna que confluyen entre sí, sino por la posibilidad de conllevar implicaciones psicológicas, de violencia, maltrato y abuso, alienación parental, entre muchos de los factores que van en detrimento palpable de la salud de la infancia víctima de estos actos.

El interés superior del menor en un caso de sustracción internacional parental iría encaminado, con el cuidado debido que amerita esta aseveración, en el derecho del niño de volver o retornar al lugar de su última residencia habitual, el lugar donde acude a su escuela y convive con sus familiares y amigos, para que una autoridad judicial decida dónde va a vivir y que no sean

² T. JASAREVIC, *Covid-19: la FICR, UNICEF y la OMS publican una guía para proteger a los niños y apoyar la seguridad en las operaciones escolares*, Marzo 2020, Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/10-03-2020-covid-19-ifrc-unicef-and-who-issue-guidance-to-protect-children-and-support-safe-school-operations> (última consulta 20 de junio 2020).

³ J. CARDONA, *Drets de la infància et la adolescència i COVID-19*, La Facultat respon, Universitat de Valencia, 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=7MhpgoyR6t8> [Último acceso: 4 junio 2020].

los padres, quienes de manera unilateral tomen dicha decisión. Igualmente, en tiempos de Covid-19 visualizar el derecho del niño, niña y adolescente a tener contacto con ambos progenitores, se torna fundamental, aún de manera virtual.

2. *Marco normativo de referencia.* – Esta situación planteada queda regulada tanto en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980)⁴ como en la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, gestados en el foro de codificación universal y regional, respectivamente. El Convenio de La Haya de 1980 es el más invocado, con 101 países que forman parte del mismo⁵ y, por tanto, la interacción entre Estados parte firmantes vislumbra, por el número elevado de los mismos, una gran cooperación para resolver los casos de menores involucrados.

El Convenio de La Haya de 1980, por tanto, establece procedimientos para asegurar el retorno inmediato de los menores de 16 años al Estado de su última residencia habitual, trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores – progenitor sustractor –, en infracción a los derechos de guarda, custodia y/o visitas, legítimamente atribuidos o reconocidos del otro progenitor – progenitor perjudicado –.

Se considera que estamos ante un traslado o retención ilícita, según el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980: 1. Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y 2. Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

⁴ <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf> (última consulta 25 de junio de 2020).

⁵ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (última consulta 29 de junio de 2020).

En definitiva, la Convención de La Haya de 1980 tiene una regla general, el retorno inmediato, es decir, la restitución inmediata con el objeto de proteger a los menores en su interés superior, previendo solo excepciones limitadas para no restituir. En otras palabras, garantiza la restitución inmediata ya que se presume, salvo circunstancias excepcionales, que el traslado o retención ilícitos por parte de uno de sus progenitores, a un Estado distinto a aquél donde el menor tenía su centro de vida, su rutina, no responde al interés superior del menor concreto y sí responde a dicho interés superior su restitución a su Estado de residencia habitual en donde podrá continuar en contacto con ambos padres y seguir sus rutinas escolares, sociales, entre otras, y en donde se dirimirá los asuntos de fondo como guarda, custodia, patria potestad, alimentos, etcétera.

En este sentido, el Convenio de La Haya de 1980 determina claramente la competencia judicial internacional, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente y así dispone que la competencia sobre la restitución corresponde al juez del lugar donde el menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente y la competencia sobre asuntos de fondo, como por ejemplo la custodia, corresponde al juez del lugar de su última residencia habitual antes del traslado o retención ilícita.

Tenemos, por tanto, una regla y excepciones, a veces no tan “excepcionales”:

1. Regla. Localizar y restituir inmediatamente al menor a su última residencia habitual y restaurar el *status quo* anterior a la sustracción tan pronto como sea posible para evitar los efectos dañinos del traslado o retención ilícita, en su interés superior;
2. Excepción. No restituir si se dan ciertas circunstancias:
 - Artículo 12 (2), cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente debido al paso del tiempo (el plazo establecido es de un año: tiempo transcurrido entre la sustracción y la solicitud de restitución en el país de origen – no el tiempo que transcurre hasta que la autoridad judicial o administrativa la recibe –)⁶;

⁶ Se busca evitar dilaciones injustificadas que pueden resultar perjudiciales para los niños, niñas y adolescentes.

- Artículo 13 (1)(a), haya habido consentimiento o aceptación por parte del solicitante de restitución;
- Artículo 13 (1)(b), haya exposición del menor a un “grave riesgo”, es decir, peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable;
- Artículo 13 (2), la objeción del menor según su edad o grado de madurez y
- Artículo 20, violación de derechos humanos fundamentales.

Al centrarnos en la excepción contenida en el artículo 13(1)(b), vemos un tema de alta complejidad en las sustracciones y restituciones internacionales, debido al uso, y quizás el abuso, de la alegación de “grave riesgo” en donde la violencia doméstica está al orden del día.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Conferencia de La Haya)⁷, organismo universal en donde se gestó el Convenio de La Haya de 1980, ante una situación que ameritaba atención, promovió y, finalmente, se publicó el 9 de marzo de 2020, un instrumento de *Soft Law*, o derecho suave o flexible, nos referimos a la *Nueva Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores – Parte VI – Artículo 13(1)(b)*⁸ (Nueva Guía), con un objetivo claro de orientar a autoridades administrativas – quienes funjan como autoridades centrales –, autoridades judiciales, abogados y asesores, padres de familia inmersos en restituciones internacionales de sus hijos menores, en definitiva, a todos los interlocutores que pueda intervenir en estos supuestos, procurando promover a nivel global la aplicación apropiada, coherente y uniforme de la excepción de grave riesgo del artículo 13 (1)(b) en el marco del Convenio. En definitiva, la implementación de una Guía Práctica orientadora para los mencionados operadores y que fue motivada o generada ante la proliferación de decisiones judiciales que reflejaban una mala práctica en el empleo de una regla excepcional y que va en paralelo con la tendencia de los progenitores de la alegación, por

⁷ <https://www.hcch.net/es/home> (última consulta 20 de junio 2020).

⁸ <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf> (última consulta 20 de junio 2020).

regla general, de violencia doméstica, a veces aportando pruebas y otras tantas sin dicho aporte, y por tanto socavando la finalidad protectora de niñas, niños y adolescentes al no garantizar la inmediata restitución de dichos menores.

Recordemos que estamos hablando de un Convenio de La Haya de 1980, es decir, un convenio gestado y creado hace 40 años para una realidad muy distinta a la presente; recordemos, asimismo, que un instrumento como éste, un tratado internacional, un instrumento de *Hard Law* o derecho duro, es un tratado vinculante para los 101 Estados que lo han firmado y ratificado hasta la fecha y que por la propia naturaleza del mismo no puede ser reformado.

Precisamente por esta necesidad de visualizar y superar problemas reales, prácticos, que acontece ante la obsolescencia de la normativa convencional internacional, la Conferencia de La Haya en su etapa contemporánea, más que forjar nuevos instrumentos de *Hard Law*, se enfoca a dar actualidad o una puesta en práctica a los Convenios mediante instrumentos de *Soft Law*, es decir, a través de Comisiones Especiales y de ahí sus Conclusiones y Recomendaciones, a través de leyes modelos, guías de buenas prácticas, etcétera. Instrumentos de *Soft Law* que poseen dos características principales; por un lado, la falta de poder de vinculación directa y, por otro lado, su innegable influencia en el futuro desarrollo legislativo y su referencia en la actuación judicial. Si la primera de las características nos pudieran dejar en la duda de su efectiva factibilidad, por ese falso adagio que tenemos en torno a que “lo que no te obliga no se cumple”; la segunda característica toma fuerza y sentido común al ser invocado y aplicado por los interlocutores en la materia y muy especialmente por los encargados de legislar y, por tanto, implementar dichas buenas prácticas en el marco normativo interno, así como para aquellos que deben aplicar y, por tanto, tomar decisiones basadas, en este caso, en el principio del interés superior del menor en casos de sustracción internacional de menores. El verdadero reto es dar a conocer y divulgar instrumentos de *Soft Law*, sus bondades y el impacto que pueden llegar a tener.

En definitiva, si por las razones expuestas arriba, conjugamos instrumentos internacionales de *Hard Law* – Convenio de La Haya de 1980 – con instrumentos internacionales de *Soft Law* – Nueva

Guía o Guía Práctica sobre Mediación, por ejemplo – tendremos las bases, y la complementariedad, para un funcionamiento actual y práctico de un Convenio en concreto, unificando criterios de interpretación y aplicación entre los Estados que están involucrados. En este caso concreto, con la Nueva Guía, el objetivo es promover, a nivel global, la aplicación apropiada, coherente y uniforme de la excepción de grave riesgo establecida en el artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980.

3. *Nueva Guía de Buenas Prácticas del artículo 13(1)(b) y la mediación.* – La Nueva Guía cumple un objetivo realmente de primer orden y lo hace de manera concisa pero eficiente, dividida en cinco partes. Así, en la primera parte (I), como marco del convenio, se analiza el artículo 13 (1)(b); en la segunda parte (II), se analiza la práctica del mismo; en la tercera parte (III), encontramos buenas prácticas para los tribunales; en la cuarta parte (IV), encontramos las buenas prácticas para las Autoridades Centrales y, por último, en la parte quinta (V), se hace referencia a otros recursos útiles⁹.

Centrándonos en un tema fundamental y que es objeto de esta contribución, la Nueva Guía, en su tercera parte, se refiere a las buenas prácticas para los tribunales y entre ellas propone el uso de la resolución amistosa¹⁰. Literalmente expresa que la gestión eficaz de casos implica incluir la resolución de conflictos y así

⁹ M.M. ALBORNOZ, “Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores”, *Derecho en Acción*, CIDE, México, 17 de marzo de 2020. <http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>.

¹⁰ Destacando, en este momento, que la propia Convención de La Haya de 1980, en sus artículos 7 y 10 prevee y promueve la resolución amigable y derivada de los mismos, vemos, asimismo, la implementación de la Guía de Buenas Prácticas en Mediación. *Guide to Good Practice under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012*, disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6475> o en su versión en español: <https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf> (última consulta 22 de junio 2020).

brindar oportunidades para que las partes resuelvan sus diferencias en procedimientos que no sean procedimientos judiciales.

Atendiendo a lo dispuesto en cada Estado, en sus leyes, procedimientos y prácticas, la mediación u otras formas de mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) pueden estar disponibles para ayudar a los padres a acordar los arreglos para el retorno voluntario o la no devolución o retorno del hijo/s menor/es y, si corresponde, en asuntos sustantivos que puede incluir arreglos para la reubicación del niño al Estado requerido así como el contacto con el padre perjudicado. Como parte de la gestión temprana del caso en los procedimientos de retorno, donde la mediación u otras formas de MASC están disponibles, el tribunal debe evaluar cuidadosamente si la mediación o algún otro MASC es adecuada. Dicha evaluación puede ser de particular importancia cuando se hacen alegaciones de grave riesgo, violencia doméstica o familiar, para establecer si el caso particular es adecuado para la mediación.

En definitiva, se conmina a alentar a las partes a considerar la mediación u otros MASC y, en ese sentido, asegurar que la mediación se utilice cuando se considere apropiada, cuidando en extremo que no se use como una táctica o práctica dilatoria, es decir, que no se utilice para demorar, indebidamente, la continuación y la conclusión oportuna de los procedimientos de retorno al establecer plazos estrictos¹¹. Igualmente, se aboga por una mediación conducida por mediadores capacitados y que además estén disponibles de manera inmediata¹².

¹¹ Es importante hacer notar que el artículo 11 del Convenio de La Haya de 1980, establece que “Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuara?n con urgencia en los procedimientos para la restitucio?n de los menores” y para ello establece un plazo de 6 semanas, 45 días, para llegar a una decisión en los casos de sustracción. Un plazo que difícilmente se llega a concretar.

¹² Durante la Séptima Reunión de la Comisión Especial, se insistió en la necesidad de establecer, cada país, sus Puntos de Contacto Centrales de Mediación, en donde apenas una decena de países lo han realizado. Un puntos de Contacto Central que pueda orientar a las partes hacia el servicio de mediación de un país y ese servicio puede ser aprovechado no solo para esta Convención de La Haya de 1980, sino para la Convención de La Haya de 1996 sobre responsabilidad parental o la Convención de La Haya de 2007 sobre alimentos. Los Puntos de Contacto Centrales dispondrán de un listado

Lo que la Nueva Guía no explicita es el uso de la mediación en línea o el tema, verdadero talón de Aquiles en materia de mediación en casos familiares internacionales, del reconocimiento y ejecución de los acuerdos voluntarios transfronterizos en materia familiar¹³. Si bien es cierto que no necesariamente se debe abordar en la Nueva Guía ya que la propia Conferencia de La Haya posee una Guía Práctica sobre Mediación¹⁴ y de ahí derivan muchos de los aspectos en torno a la viabilidad, factibilidad, idoneidad de la mediación en línea, además de un grupo de expertos que han trabajado en la viabilidad de gestar un instrumento de *Hard Law* o *Soft Law* en torno al reconocimiento y ejecución transfronteriza de acuerdos alcanzados en el trans-

de mediadores especializados en la materia listos para poder intervenir en caso de una solicitud de mediación familiar internacional, en este caso, en materia de sustracción internacional parental de menores. La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya promueve sinergia para crear, igualmente, redes de mediadores especializados y capacitados. Véase, González Martín, Nuria, "Relatoría de la séptima reunión de la comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en La Haya, Holanda, 10-17 octubre de 2017" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VOL. XIX, 2019, pp 459-482.

¹³ La propia Guía de Buenas Prácticas en Mediación, se refiere al mismo, haciendo especial hincapié en la cooperación entre las autoridades administrativas/judiciales para facilitar la ejecutoriedad del acuerdo en todos los Estados pertinentes. Guide to Good Practice under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6475> o en su versión en español: <https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf>, p. 86 ss.

¹⁴ Guide to Good Practice under The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Mediation. The Hague Conference on Private International Law. Permanent Bureau, The Hague, The Netherlands, 2012, disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6475> En su versión en español: <https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf>, (última consulta 26 junio 2020). Cuando se trata el tema de la distancia, p. 35; en cuanto al lugar de la mediación, p. 56; violencia doméstica, pp. 57, 80-82, entre otros.

curso de disputas en materia familiar, aunque por el momento sin un resultado concreto.

Sin lugar a dudas, éste es un tema complejo, el de la mediación en los casos estipulados en el artículo 13(1)(b) por grave riesgo, y bastante polarizado porque no todo es mediable y en casos de violencia hay que ver los límites¹⁵. De hecho, no podemos, ni debemos, en un breve espacio como éste pretender abarcar, ni conceptual ni normativamente, una materia que amerita toda la seriedad y rigurosidad desde la disciplinariedad, multidisciplinariedad y/o transdisciplinariedad, pero también es cierto que es importante ponerlo sobre la mesa para que sea visible y se pueda atender. En las reflexiones finales de esta contribución, aprovecharemos para reforzar los argumentos que derivan en torno a la mediación en casos de grave riesgo.

4. *Covid-19 y excepción de grave riesgo en el contexto mexicano y comparado.* – La realidad habla por sí sola. En la actualidad hay muchos supuestos de sustracción parental internacional de menores que implican casos de violencia doméstica severa, pero en tiempos de Covid-19 también se empieza a visualizar alegaciones de otra naturaleza que pueden o no tener sustento para el no retorno del hijo. Un tema que hay que analizar dentro, precisamente, del mismo supuesto de grave riesgo.

Cuando hablamos de violencia, no olvidemos que ésta puede adoptar muchas formas: 1. el maltrato físico o psicológico – que se

¹⁵ Efectivamente, recordemos que no todo es mediable y en casos de violencia doméstica, los delitos penales no solo no son mediables sino que hay un deber del mediador/a de denunciar las situaciones criminales que se pueden ventilar durante el proceso de mediación. Por lo que se refiere al grave riesgo, y en él la alegación de violencia doméstica, algunos estados no permiten la mediación en los casos en que se alega dicha violencia doméstica (independientemente de si la acusación es verdadera o no) o permiten la mediación en estos casos sujetos a ciertas condiciones. En España, por ejemplo, según la ley orgánica 1/2004, la mediación no se lleva a cabo en los casos en que se afirma la existencia de violencia doméstica. En los Estados Unidos de América, cada estado tiene diferentes reglas que rigen la mediación, que pueden incluir reglas sobre el manejo de casos que involucran alegaciones en relación con la violencia doméstica. <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf> (última consulta 26 junio 2020).

puede extender al abuso sexual, emocional o económico –, 2. el abuso de los menores y/o de la pareja; 3. incidentes aislados o patrones sostenidos y recurrentes.

La excepción del artículo 13(1)(b) y su alegación no es algo banal, es algo que hay que ponderar con el cuidado debido, por la gravedad que implica una situación como la descrita, pero donde reiteramos que el problema en este punto no es el uso de la misma, necesario para salvaguarda la vida e integridad de miembros del núcleo familiar, sino de un abuso, o un mal uso, que se hace de estas alegaciones, a menudo infundadas y permite crear incredulidad y, por ende, deja al descubierto, bajo la indefensión, a muchos otros casos que tienen más que justificado el temor al retorno por un riesgo grave de violencia familiar.

Recordemos que fue incluida en el articulado del Convenio de La Haya de 1980 como un medio para proteger a las víctimas de la violencia doméstica y a sus hijos en donde no es indispensable que sean los menores víctimas primarias de agresiones físicas o psicológicas. En efecto, basta con que el progenitor sustractor sea la víctima, si hay suficiente evidencia en el caso específico de que, debido al riesgo de peligro para aquél, hay un grave riesgo para el menor.

Con todo ello, insistimos en la idea, por un lado, de atender la alegación de grave riesgo con rigor y cuidado, protegiendo internacional e integralmente a los involucrados en la misma y en donde planteamos, una vez más, por qué no mediar, igualmente, estos casos estipulados en el artículo 13(1)(b), que aborda y para el cual fue gestada la Nueva Guía Práctica, además de reforzar el retorno voluntario y medidas adecuadas que desde el contenido, genuino, de cooperación que permea a la Convención de La Haya de 1980 se implementa a través de sus artículos 7 y 10. Por otro lado, es importante discernir cuándo estamos ante un grave riesgo y cómo atender dicha excepción ante la Covid-19.

Como decimos, la alegación de grave riesgo es la excepción al retorno más invocada de todo el catálogo que marca la Convención de La Haya de 1980 y los hechos más comunes, por los que generalmente se invoca el grave riesgo, son que el niño, niña o adolescente sobre el cual se está pidiendo su retorno sufría violencia o maltrato físico, que se ejercía violencia doméstica sobre la parte que se opone a la restitución, que existen en el

Estado de residencia habitual condiciones económicas adversas, sanitarias o de otra índole pero también se invocan, entre otras, cuestiones de existencia de un proceso penal, incluso sin condena, en contra del progenitor solicitante; el estilo de vida del progenitor solicitante o incluso una posible situación de vulnerabilidad del solicitante, derivado de su condición migratoria¹⁶. A todos estos motivos de grave riesgo se les ha agregado, por motivos de la Covid-19, el argumento del grave riesgo por contagio del virus y por, ende, la enfermedad.

La pregunta es cómo se ha tratado la excepción de grave riesgo cuando se invoca particularmente la pandemia.

En los casos que México, país de adscripción de quien suscribe estas líneas, ha estado involucrado como Estado requirente o requerido, se han planteado dos hechos relacionados con la pandemia. El primero es en relación al *viaje y*, en ese sentido, el supuesto concreto fue si trasladar a un niño o una niña en un medio de transporte como es el avión, constituye o no un grave riesgo, teniendo en cuenta, además, el cierre de fronteras entre países; el segundo se refirió a las *condiciones sanitarias* en el Estado de su última residencia habitual, condiciones tan perjudiciales o tan dañinas que regresar a un niño o a una niña a dicho país lo pueda someter a un grave riesgo.

La tendencia internacional, a través de sus precedentes judiciales¹⁷, y así nos lo corrobora nuestra autoridad central mexicana¹⁸, rechaza ambas situaciones. Un ejemplo de ello lo tenemos en la decisión de los tribunales de Australia, en un caso que involucró a Nueva Zelanda al presentar una solicitud de restitución y en donde ambos países tenían sus fronteras cerradas, con entradas y salidas restringidas solo a sus residentes. Los tribunales australianos resolvieron que si Nueva Zelanda estaba solicitando el

¹⁶ N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: excepción de grave riesgo a través de la jurisprudencia mexicana”, en Rodríguez, Tania Gabriela y Treviño Fernández, Sofía (Eds.), *Problemas actuales sobre restitución internacional de niños en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

¹⁷ Case Law on the HCCH 1980 Child Abduction Convention Related to the Covid-19 Situation. <https://www.incadat.com/en>.

¹⁸ M.A. REYES MONCAYO, *Mesa de Análisis Materia Familiar*, 6 Taller de Cooperación Procesal Internacional 29 de octubre 2020.

retorno de un niño en el marco de la pandemia, entonces Nueva Zelanda tenía la obligación de realizar todas aquellas actividades que permitieron su ingreso seguro y por tanto Australia rechazó esa excepción y se retornó al menor¹⁹.

Los tribunales del Reino Unido, con respecto a casos de retorno en tiempos de pandemia, y en especial nos referiremos a uno que involucró a España, determinaron que el colocar a un niño en un avión no lo pone en grave riesgo, siempre y cuando se sigan las medidas sanitarias que recomiendan los organismos internacionales²⁰. Los tribunales alemanes fueron más allá, y con respecto a un caso con Australia, se pronunciaron en el sentido de que el sometimiento de un niño o niña a una cuarentena forzosa o un periodo de resguardo obligatorio, que puede ser menos de cuarenta días, es algo perfectamente comprensible en el presente contexto y ello no coloca al menor ante una excepción de grave riesgo²¹.

Los tribunales de Israel al resolver sobre solicitudes de retorno a Estados Unidos valoraron cómo iban a ser las condiciones sanitarias en la localidad. En dos casos se negó la excepción de grave riesgo y se autorizó el retorno a Estados Unidos; en ambos casos hubo una valoración sobre cómo iba a vivir el niño retornado en Estados Unidos y se determinó, incluso, el tener acceso a un seguro médico, adecuado y suficiente, en territorio estadounidense²².

¹⁹ *Walpole v. Secretary, Department of Communities and Justice* [2020] Fam-CAFC 65, 25 March 2020, Full Court of the Family Court of Australia at Sydney (Australia), [INCADAT Reference n°: HC/E/AU 1456] <https://www.incadat.com/en/case/1456> (última consulta 13 noviembre 2020).

²⁰ *KR v. HH* [2020] EWHC 834 (Fam), 31 March 2020, Family Division of the High Court of Justice of England and Wales (the UK), [INCADAT Reference n°: HC/E/UK 1460] <https://www.incadat.com/en/case/1460> (última consulta 12 noviembre de 2020).

²¹ *OLG Th ringen - 1 UF 11 20*, 17 March 2020, Thuringia Higher Regional Court (Germany), [INCADAT Reference n°: HC/E/DE 1475] <https://www.incadat.com/en/case/1475> (última consulta 13 noviembre 2020).

²² *Family Case 52595-02-20 The Father vs. the Mother*, 5 April 2020, Tel Aviv Family Court (Israel), [INCADAT Reference n°: HC/E/IL 1465] <https://www.incadat.com/en/case/1465> (última consulta 12 noviembre 2020).

Family Appeal 10701-04-20 R. v B.R., 17 April 2020, The District Court in Tel-Aviv-Jaffa serving in its role as Court of Appeals (Israel), [INCADAT Reference n°: HC/E/IL 1466] <https://www.incadat.com/en/case/1466> (última consulta 12 noviembre 2020).

Como un caso aislado, en principio, Argentina ha dictado una resolución rechazando un retorno por grave riesgo. México fue el país solicitante del retorno y la solicitud se negó considerando, en primer lugar, la oposición del niño, para lo cual fue crucial una buena escucha del niño y, por tanto se consideró que se le exponía a un grave riesgo psicológico; en segundo lugar, se aludió a las condiciones del viaje, y cómo se sometía al menor, de forma innecesaria, a un riesgo adicional²³.

Como corolario podemos expresar que, en términos generales, los tribunales rechazan la excepción de grave riesgo por el simple hecho de la pandemia, pero ello no significa que se va a ordenar un retorno de manera ordinaria como se realizaría antes de la pandemia y, por lo tanto, sí es necesario dictar medidas adicionales que garanticen precisamente el retorno seguro.

¿Cuáles serían las medidas adicionales que garantizan el retorno seguro? Algunas de ellas ya han sido consideradas en páginas arriba, en donde, primero, tanto autoridades judiciales como autoridades centrales deben procurar un retorno voluntario o una amigable composición – artículos 7 y 10 Convenio de La Haya de 1980 – pero aún con más impulso, es decir, si bien este ejercicio siempre se hace, o se debe hacer, en todos y cada uno de los casos de restitución, el buscar una amigable composición, un retorno voluntario va a ayudar a reducir precisamente que el niño se exponga a una condición sanitaria adversa, en su viaje o en su llegada. En segundo lugar, fomentar resoluciones judiciales en las cuales expresamente se solicita que, tanto el niño o niña como sus acompañantes cumplan con las medidas sanitarias de todos conocidas, como es el uso de la mascarilla, distancia, uso de gel, etcétera o el mencionado seguro médico durante el viaje e incluso con cobertura a la llegada del niño.

Por otro lado, reiterar que si el retorno no es posible por algún cierre de fronteras o alguna otra circunstancia, tampoco es una condición para negar el retorno, sino que se deberá realizar tan pronto como sea posible y de una forma segura; durante ese inter – que puede ser semanas o meses –, se deberá asegurar el contacto entre el niño o niña y el progenitor perjudicado para evitar, preci-

²³ M.A. REYES MONCAYO, *Mesa de Análisis Materia Familiar*, 6 Taller de Cooperación Procesal Internacional 29 de octubre 2020.

samente, que haya un desapego, respetando el derecho del niño, niña o adolescente a tener contacto con ambos progenitores.

5. *Conclusiones.* – Las conclusiones de esta contribución se pueden discernir en dos apartados. El primero de ellos, en torno a la idoneidad o no de la mediación en casos de violencia y, el segundo, en torno a la necesidad de cambiar de clichés en donde es necesario superar barreras educativas e incluso barreras o esquemas mentales, a la hora de acompañar a la mediación y, por ende, focalizar la resolución de un conflicto.

Con respecto a la primera reflexión, las opiniones están polarizadas en torno a la intervención de la mediación en casos de violencia familiar o doméstica.

Quienes están a favor, expresan que es fundamental incluir la mediación, de manera general, y de manera especial en los casos que involucran violencia doméstica, siempre y cuando se realice por profesionales capacitados específicamente y conocedores de la materia en la que están involucrados; una cuestión simple de no revictimizar a la víctima, negándole la posibilidad de acudir a un medio tan loable como la mediación²⁴. Quienes están en contra, o simplemente sus legislaciones las prohíben, mantienen la postura, entre otras, que el momento en que se da la separación del abusador/a o maltratador/a es el más peligroso para la víctima y que las víctimas de violencia doméstica, a menudo, tienen dificultad en velar por sus propios intereses cuando enfrentan al abusador/a.

No hay una respuesta sencilla y de ahí el dilema, como mediadores/as, en estos supuestos porque si una de las partes reporta

²⁴ G. STRATEMEYER, “*Domestic Violence Theories and Family Mediation: The Mediator’s Dilemma*”, 23, vol. 29, num. 2, *Canadian Arbitration and Mediation Journal*, expresa que, según un informe dirigido por C. Beck et al y publicado en 2011, los mediadores identificaron abuso entre parejas en el 59% de los casos mediados. El informe también encontró que el abuso entre parejas no termina con la separación o el divorcio.

En otras palabras, la violencia doméstica es un problema generalizado al que los mediadores deben responder ante la revelación y asiduidad con la que se presenta alguna historia de violencia doméstica durante las mediaciones. Estudios referidos en éste mismo artículo consideran el abuso entre parejas como parte de lo que debiera ser una mediación obligatoria.

un historial de violencia doméstica, el servicio de mediación no se brinda ya que, tal y como adelantamos, el proceso de mediación puede ponerla en peligro, además de que no se puede cumplir, incluso, el principio de neutralidad del mediador cuando hay circunstancias de abuso. Pero tampoco olvidemos que en muchos casos el silencio del mediado no exime al mediador de la obligación profesional de brindar seguridad; sin olvidar, igualmente, que la incapacidad de muchas parejas de resolver un conflicto puede convertirse en violencia y por ello, el uso de la mediación en dichos casos es una forma de encontrar soluciones y aprender nuevas prácticas de resolución de conflictos²⁵.

La mediación visualizada como un proceso privado, confidencial, asistido por especialistas en violencia familiar y en donde la mediación en línea permite una distancia física de aquel o aquella que violenta, podría ser perfectamente el canal idóneo para que la víctima pueda concretar cuestiones de una vida futura para ella o para él y para sus hijos menores. La mediación en línea y el uso de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, TIC's, desde las más sencillas a la más avanzadas, llegaron, especialmente en tiempos de Covid-19, para quedarse; aprovechemos el conocimiento, la divulgación para apoyar la consecución de acuerdos mediados, aún ante un grave riesgo.

Un proceso, el de la mediación, en donde la parte humana es cuidada desde los ambientes tanto presenciales como los virtuales, la llamada visión humanista de la tecnología²⁶. Las tecnologías en el mundo del derecho, y en general, son una oportunidad en donde la automatización de datos, documentos, legislativos, jurisprudenciales, educación legal y acceso a la justicia se vuelve fundamental.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Es cierto que antes de que nos podamos dar cuenta un algoritmo resolverá acuerdos de diferente índole pero dicho algoritmo será eficaz si el ser humano, que siempre habrá detrás, tiene habilidades para no instruir y repetir patrones inadecuados. La inteligencia artificial acompañada del factor humano, la denominada inteligencia híbrida con una robotización inclusiva, tiene un porcentaje de error por debajo del 0.5%. Esta es una visión positiva de la inteligencia artificial y por ende de lo que en un futuro muy próximo ya tendremos, incluida en los procesos de negociación y mediación.

Un objetivo primordial, desde nuestra óptica, es optimizar los sistemas de garantía de los derechos humanos, cómo promover y garantizar los derechos humanos y, más concretamente, el derecho al acceso a la justicia, de eso hablamos, de ofrecer un panorama amplio, como un servicio a la carta, que garantice su inclusión. Estas cuestiones las tenemos que abordar basadas en principios de justicia, transparencia, privacidad y protección de datos, responsabilidad e inclusión.

Con respecto al segundo bloque de conclusiones enunciado, tenemos que subrayar que en este recorrido en torno a la excepción, no tan “excepcional”, de grave riesgo hay un factor fundamental y éste es el contenido principal del Convenio de La Haya de 1980; nos referimos a la cooperación, colaboración y, por ende, confianza que debe haber entre todos los interlocutores involucrados en estos asuntos, iniciando por las Autoridades Centrales, Autoridades Administrativas y Judiciales hasta asesores y progenitores y familiares involucrados.

Promover la cooperación en todos los niveles, a través de redes judiciales o consulares y así facilitar el ejercicio de sus funciones, traducido, por ejemplo, en el uso de los medios electrónicos para poder continuar, poder seguir dando trámite y, traducido, a su vez, en el tema central que nos trajo esta contribución – y que en realidad nos trae todas las contribuciones sobre mediación –, que es en el fomento de una cultura de paz, a través de la mediación, en donde las emociones y ansiedad aumentadas durante este tiempo de pandemia, dejó al descubierto la necesidad de aprender y prodigar más herramientas para protegernos a nosotros mismos y, con ello, a los demás. En este momento, tenemos en mente la puesta en escena o la inclusión en las competencias, como recurso estratégico para la praxis mediadora²⁷, la formación en el cultivo de la compasión, como una herramienta poderosa. Al cambiar la forma en que me veo a mí mismo, cambio la forma en que veo a los demás, y esto se traduce en una transformación muy positiva, se traduce en ser genuinos.

²⁷ M. ROSALES ÁLAMOS, L. GARCÍA VILLALUENGA,(Coords), *Las competencias para la formación de la persona mediadora*, CUEMYC, Santiago de Compostela, 2020. <https://cuemyc.org/wp-content/uploads/2020/06/Las-competencias-para-la-formacio%CC%81n-de-la-persona-mediadora.pdf>.

No es fácil pero es importante cultivar la compasión porque tiene, incluso, efectos adicionales al crear herramientas más efectivas como, por ejemplo, aceptar y perdonar sin esperar o exigir que cambie el otro, además de otros temas que se escapan del objetivo específico de la presente contribución pero que sí queríamos dejar subrayado. Competencia en donde se integran y activan conocimientos, habilidades, destrezas, actitudes y valores²⁸.

En definitiva, una vez superada la pandemia nos quedarán nuevas y buenas prácticas, desarrolladas entre autoridades y sus interlocutores y en donde posiblemente se necesitará una actualización de las guías de buenas prácticas que involucran a la infancia sustraídas internacionalmente por parte de uno de sus progenitores, además del uso de habilidades absolutamente complementarias para la labor que realiza el o la mediadora y lo que se proyecta en sus mediaciones con sus mediados.

No olvidemos que mediar significa o produce satisfacción, bienestar y, por ende, felicidad y con ello la generación, incluso, del perdón. Las diferencias entre las personas son inevitables y, por ello, constituye un éxito social que exista reparación, que existan acuerdos en sus conflictos, a través del proceso voluntario de la mediación. Hablamos de abandonar la cultura del enfrentamiento para aterrizar en la cultura de la negociación, del diálogo y del acuerdo, máxime cuando mediamos temas familiares porque la relación entre progenitores e hijos no quiebra, o no debiera quebrar, ante la ruptura del vínculo que unía a sus padres.

²⁸ *Ibidem*, p. 21.

KATIA ROLÀN GONZÀLEZ, FRANCISCA FARIÑA RIVERA*

EL CONFLICTO INTERPERSONAL Y GRUPAL EN LAS FUERZAS ARMADAS: REFLEXIÒN TEÒRICA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El conflicto interpersonal y grupal en las fuerzas armadas. - 3. La comunicación dentro de las Fuerzas Armadas. - 4. Gestión del conflicto en las Fuerzas Armadas. - 5. Mediación. - 6. Reformulación en el sistema de comunicación organizacional de las Fuerzas Armadas. - 7. Conclusiones.

1. *Introducción.* – Los conflictos y controversias surgen en todos los ámbitos de la vida, incluido el laboral, aunque este sea militar. Aunque existen múltiples tipos y clasificaciones de conflictos, en general se conceptualizan como un proceso nocivo que implica que personas interdependientes presenten fines y objetivos incompatibles, o bien que compitan por alcanzar una recompensa que desean o necesitan en exclusividad (García-Rodrigo Vivanco, 2012). No obstante, los conflictos pueden resultar altamente enriquecedores. “Es la forma de afrontarlos y resolverlos lo que determina principalmente las consecuencias; un enfoque positivo y pacificador facilita no sólo la resolución del conflicto, sino también la convivencia entre quienes se hallan enfrentados; mientras que un abordaje con actitud negativa y beligerante provoca el incremento del mismo y el desencuentro entre quienes lo mantienen, minando la convivencia” (Fariña, Abilleira, Parada, y Martínez-Valldares, 2018) . De esta manera, la buena gestión del conflicto constituye un factor de suma importancia dentro de las organizaciones, tanto para el bienestar de los empleados como para el de la empresa, y todavía más, si cabe, en las Fuerzas Armadas.

2. El conflicto interpersonal y grupal en las fuerzas armadas. – Un conflicto puede producirse a partir de la incompatibilidad entre in-

* Universidade de Vigo (UVigo). Lugar Campus Lagoas-Marcosende, s/n, Vigo.

dividuos, denominado “conflicto interpersonal”; o también puede involucrar a un grupo de personas “conflicto grupal”. Pero lo que realmente diferencia a estos dos tipos de conflictos, más que la cantidad de personas involucradas, es la cualidad del mismo. El conflicto interpersonal suele girar en torno a problemas relacionales puntuales entre dos personas, y el conflicto grupal normalmente parte de un dilema social que sitúa el deseo de la ganancia individual a corto plazo contra el bienestar del colectivo (García-Rodrigo Vivanco, 2012). Cuando estos conflictos se dan entre personas que trabajan dentro de la misma organización, puede desembocar en problemas a nivel personal (p.e., suicidio, problemas familiares, burnout) y a nivel de la propia organización (p.e., accidentes, disminución en la eficacia y la productividad, violencia).

En el caso de los profesionales de las Fuerzas Armadas, estos problemas parecen verse agravados por las largas jornadas de trabajo y el particular contexto laboral. Si ponemos el foco en el suicidio, y a modo de ejemplo, según estudios realizados por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos (EEUU), en el año 2008 casi mil veteranos intentaban quitarse la vida cada mes (Fernández-Rodríguez y Cima Muñoz, 2016). La problemática del suicidio en las Fuerzas Armadas estadounidenses se extiende al resto de países, y por supuesto España no es una excepción. Tal era la gravedad de la situación que en EEUU, para prevenir el suicidio, han considerado necesario introducir un programa de formación en habilidades de apoyo mutuo y gestión de las dificultades en las relaciones interpersonales entre los soldados (Fernández-Rodríguez y Cima Muñoz, 2016). España es un país fuertemente afectado por el suicidio, aunque la tasa es más baja que la de otros países de la OCDE (Blanco, 2020). En cuanto a las Fuerzas Armadas, se debe reconocer que en nuestro país, se produjo una disminución considerable del número de suicidios en los últimos años del Servicio Militar Obligatorio; asociada, sin duda, a los importantes cambios sociales y políticos que favorecieron su transformación organizativa, así como a la inclusión de psicólogos especializados en las plantillas de las Unidades, y a la concienciación de los Cuadros de Mando (Fernández-Rodríguez y Cima Muñoz, 2016).

De este modo, se pone de manifiesto la importancia de la formación en gestión de conflictos dentro de las Fuerzas Armadas y de la implementación de políticas de concienciación en todos

los puestos de trabajo; que faciliten un clima propicio para la gestión de conflictos, desde la comunicación informal cotidiana entre iguales, hasta la comunicación formal institucionalizada.

3. *La comunicación dentro de las Fuerzas Armadas.* – La comunicación interna dentro de la organización es, según Stephen Robins, un factor crucial en la eficacia de cualquier grupo u organización y señala que su descuido puede ser la principal fuente de conflictos interpersonales, debido a que los individuos pasan el 70% de su tiempo comunicándose dentro de las organizaciones (Cueva Farías, 2005). Es decir, una inadecuada comunicación entre los profesionales de las Fuerzas Armadas puede provocar conflictos entre ellos que desencadenan malestar personal. Además, si no se toman las medidas apropiadas, las tensiones pueden hacer que un conflicto interpersonal escale y se convierta en grupal, tomando incluso connotaciones de violencia (Sayas Contreras, 2015).

Los problemas relacionales dentro de las largas e intensivas jornadas laborales son importantes estresores a los que se ven especialmente expuestos los profesionales de las Fuerzas Armadas en las misiones internacionales (además de otros factores psicosociales estresantes como los problemas de sueño, la separación del núcleo familiar, o la exposición a situaciones traumáticas) (Rodríguez y Arce, 2016). Resulta imprescindible estudiar estos problemas para adelantarnos a su aparición y prevenir de manera eficaz su desarrollo (Fernández-Rodríguez y Cima Muñoz, 2016).

Debemos tener en cuenta que el conflicto presenta una identidad dinámica que se desarrolla en el tiempo, tanto en su tamaño como en su intensidad. En ocasiones las personas se encuentran atrapadas en un conflicto creciente incluso cuando existen soluciones racionales (García-Rodrigo Vivanco, 2012). Para los profesionales de las Fuerzas Armadas, la imagen que se desprenden de sí mismos resulta crucial; lo que puede conllevar a que no quieran mostrar indicios de debilidad por abandonar la disputa o por ceder en sus pretensiones (García-Rodrigo Vivanco, 2012). Esto puede llevarles a adoptar la postura opuesta de autodefensa, que provoque pensamientos desajustados, y conductas impropias, en las que se incluye la amenaza; lo que a su vez produce reactan-

cia en la otra persona, dando lugar a la contra-amenazas, que intensifican el conflicto, transformándolo en una cuestión de fuerza (García-Rodrigo Vivanco, 2012). Para no concebirlo como un signo de debilidad, deben internalizar las diferencias entre transigir ante un desacuerdo, y ceder ante una amenaza.

“La organización debe propiciar tanto la comunicación formal como la informal entre los trabajadores en la actividad laboral” (p.658) (Rosa María, 2012). En el medio laboral, la comunicación abarca desde las órdenes dadas por los profesionales situados en un puesto jerárquicamente superior, hasta las expresiones casuales entre los iguales (Rosa María, 2012).

Así, la comunicación formal es la que sirve para orientar los comportamientos hacia los principios, las normas y las metas de la organización. Puede establecerse en comunicación vertical ascendente (permite conocer los puntos de vista y canalizar las iniciativas de los trabajadores), vertical descendente (facilita el establecimiento de los objetivos y las directrices de la organización) y horizontal (facilita el apoyo emocional entre los trabajadores y hace posible la coordinación de las actividades y la resolución de los conflictos) (Rosa María, 2012). La comunicación en el lugar de trabajo debe ser activa y clara; los mensajes que se transmitan tienen que ser comprensibles y accesibles a los diferentes grados de instrucción y madurez de los trabajadores a los que van dirigidos (Rosa María, 2012).

La comunicación informal es la que favorece el desarrollo de la actividad profesional a través de los contactos entre compañeros y sirve de apoyo socioafectivo y de válvula de escape a quejas interpersonales, conflictos y frustraciones en el trabajo (Rosa María, 2012). Para facilitar la solución de conflictos interpersonales y favorecer un buen clima laboral es necesario establecer entre los trabajadores una actitud de respeto, de comprensión, de cooperación, y de cortesía (Rosa María, 2012), en la que prime el respeto a la dignidad de la persona y el buen trato.

4. *Gestión del conflicto en las Fuerzas Armadas.* – Uno de los mayores problemas en la gestión de conflictos interpersonales en las Fuerzas Armadas parece ser el miedo a mostrar una imagen débil de uno mismo, o a perder poder frente al otro. Pensar

en un militar negociando con otros militares choca con los más elementales principios, no solo de la disciplina sino de la razón de ser de la milicia (García-Rodrigo Vivanco, 2012). Los militares aprenden que las órdenes no deben ser negociadas, ni tan siquiera cuestionadas (García-Rodrigo Vivanco, 2012).

Sin embargo, un mando puede llevar a cabo un proceso de negociación para solventar un conflicto, por ser responsabilidad suya hacerlo para que no escale o acabe afectando a más personas, pero sin poder emplear órdenes de mando, por la especial idiosincrasia de las mismas (García-Rodrigo Vivanco, 2012). Sin duda, los psicólogos de las fuerzas armadas, pueden enseñar a usar a los mandos un adecuado uso de la comunicación (García-Rodrigo Vivanco, 2012), especialmente si tienen formación en convivencia y resolución pacífica de conflictos.

El primer paso es establecer el contacto; el más efectivo es el que reúne a las personas en conflicto bajo las mismas condiciones y de forma voluntaria, a objeto de obtener un beneficio mutuo (García-Rodrigo Vivanco, 2012). El segundo paso es reducir la amenaza, consiguiendo que una de las personas enfrentadas realice una declaración abierta para reducir la tensión, y oriente sobre los pasos sucesivos que pueden darse. Los pasos se realizan de manera gradual y cada vez por una de las partes que mantienen el conflicto, por lo que no hay percepción de debilidad de nadie (García-Rodrigo Vivanco, 2012). El tercer paso es despersonalizar el conflicto por medio de normas que dictan, de forma genérica cómo deben actuar las personas en cada situación. Generalmente, cuando la resolución de los conflictos implica la división de los recursos disponibles hasta entonces, las personas están de acuerdo con las tres normas siguientes (Deutsch, 1973):

- 1ª La norma de la necesidad: Repartir según la necesidad de cada persona.
- 2ª La norma de la igualdad: Repartir en partes iguales (preferida por los más interesados en las relaciones interpersonales).
- 3ª La norma de la equidad: Repartir de acuerdo a lo que cada uno ha puesto (preferida por los que tienen interés en el incremento de la eficacia).

Sin duda, como en cualquier sistema organizacional, negociar en las Fuerzas Armadas promueve el compromiso, la cola-

boración, la responsabilidad, la credibilidad y la buena imagen; cultiva la paciencia y aumenta la tolerancia al estrés. En definitiva, podemos decir que propicia la fidelización a la persona, al grupo y a la Institución (García-Rodrigo Vivanco, 2012).

5. *Mediación*. – García-Rodrigo (2012) sostiene que “La mediación es la mejor manera en que un profesional de las Fuerzas Armadas debe negociar”. La mediación implica la inclusión de un tercero neutral e imparcial que ayuda a dos o más partes para encontrar una solución a un conflicto. La labor que la persona medidora realiza, consiste en proporcionar a las personas en conflicto las herramientas necesarias para que lo resuelvan o superen, de la mejor manera posible, disminuyendo la tensión inicial (García-Rodrigo Vivanco, 2012). La herramienta principal que el mediador utiliza es la de proporcionar el marco adecuado, tanto físico como emocional, para que las partes negocien en las mejores condiciones” (García-Rodrigo Vivanco, 2012). Como sabemos, en este contexto un factor que prolonga e incrementa el conflicto es la preocupación por salvar o mantener la imagen; de tal manera, que quien media ha de ser muy cuidadoso con este problema.

En su decálogo del buen mediador militar de «negocios humanos», García-Rodrigo (2012), señala lo siguiente, la persona mediadora:

1. Debe comenzar a negociar antes de que se conozca en el entorno que se está interviniendo.
2. Ha de mantener contacto directo con las partes por igual
3. No debe alardear del éxito obtenido, las personas mediadas son las que han de pensar y asumir que han ganado.
4. No debe poner las cosas fáciles.
5. Ha de utilizar la técnica de las preguntas.
6. Ha de convertirse en el único canal por donde pasen todas las comunicaciones.
7. Debe tener cuidado con los intermediarios y los conciliadores.
8. Ha de tener claros los objetivos.
9. No debe insistir sobre aquellos temas que presenten dificultades para conseguir un acuerdo.
10. No ha de comportarse como “alguien que lo sabe todo”.

Algunos autores (p. e. García-Rodrigo 2012), señalan la importancia de seguir educando a los cadetes en valores, al menos en la misma medida que en competencias, porque estas sin aquellos no alcanzan el cumplimiento de la misión y visión de la institución. Una de las vías que se plantean para la mejora en la educación en valores de mediación en las Fuerzas Armadas es la mejora en los itinerarios formativos de la psicología de la negociación de los conflictos (García-Rodrigo Vivanco, 2012).

6. *Reformulación en el sistema de comunicación organizacional de las Fuerzas Armadas.* – El sistema de comunicación interna es una herramienta que permite el movimiento de la información a través de las diferentes áreas de la organización, por lo que debe estar enfocado en llegar a todos los profesionales, de modo que el mensaje sea bien recibido y ejecutado (Barbesi Ariza, 2014). Para que el mensaje sea bien recibido, es muy importante el tipo de lenguaje que se utiliza para comunicarlo. Esto resulta especialmente importante en el manejo de las comunicaciones urgentes, aquellas que impliquen algún tipo de riesgo, o aquellas que se enmarcan en algún tipo de conflicto abierto. Para que los profesionales puedan recibir correctamente el mensaje en estas últimas y no se encuentren a la defensiva sin una buena disposición de escucha, es necesario reducir la intensidad emocional de las palabras que se usan en la comunicación. Para ello, basándonos en la extensa literatura al respecto, se recomienda reformular con palabras *suaves* los mensajes, descartando sinónimas con connotaciones más fuertes; es decir, deben usarse palabras que han demostrado facilitar una activación menor en las personas (Rolán, García-Marco, y Fariña, (en prensa)). Con esta menor activación, se espera que los profesionales se encuentren menos predispuestos a actuar reactivamente y con mayor disponibilidad a interpretar el mensaje de una manera amigable, y si este implica una orden, a ejecutarla adecuadamente.

7. *Conclusiones.* – La buena gestión del conflicto, en cualquier contexto es recomendable, y dentro de las Fuerzas Armadas es

imprescindible, como ya se ha indicado, para el bienestar de los empleados y de la empresa. Se pone de manifiesto la importancia de la formación en gestión de conflictos y de la implementación de políticas de concienciación en todos los puestos de trabajo; así como una buena comunicación formal e informal que reduzca el miedo a mostrar una imagen débil de uno mismo, impidiendo la negociación racional.

Negociar promueve la fidelización de la persona al grupo y a la Institución. En concreto, la mediación se considera la mejor manera en que un profesional de las Fuerzas Armadas debe negociar. Para que los profesionales puedan recibir correctamente el mensaje, es necesario reducir la intensidad emocional de las palabras que se emplean en la comunicación mediante una acertada auto-reformulación. Una de las vías que se plantean para la mejora en la educación en valores de mediación y en la buena comunicación para la gestión de conflictos en las Fuerzas Armadas es la mejora en los itinerarios formativos de la psicología de la negociación de los conflictos.

Referencias Bibliográficas

- A. BARBESI ARIZA (2014), *La comunicación estratégica como medio para el fortalecimiento de los procesos comunicativos en las organizaciones. el caso el ejército nacional.*
- C. BLANCO (2020), *El suicidio en España. respuesta institucional y social.* *Revista De Ciencias Sociales*, 33(46), pp. 79-106. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v33i46.5>.
- M. CUEVA FARIAS (2005), *Diagnóstico y planificación de la comunicación interna en la dirección de movilización del comando conjunto de las fuerzas armadas.* Universidad Andina Simón Bolívar. doi:10.13140/rg.2.2.11604.83841 Retrieved from <https://search.datacite.org/works/10.13140/rg.2.2.11604.83841>.
- M. DEUTSCH, (1973). *The resolution of conflict. constructive an destructive processes.* New Haven and London: Yale University Press.
- F. FARIÑA, A. ABILLEIRA, V. PARADA, M. MARTÍNEZ-VALLADARES (2018). *Mediación vs litigio como métodos de resolución de conflictos: Opinión de la ciudadanía.* In F. FARIÑA, M. ROSALES, K. ROLÁN, M.J.

VÁZQUEZ (Eds.), *Construcción de paz a través de la mediación: Conocimientos y prácticas de una metodología* (pp. 22-34). Santiago de Compostela: Andavira.

- J.C. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, A.M. CIMA MUÑOZ (2016), *Suicidios de personal militar en España: Estudio comparativo entre militares de reemplazo, militares profesionales y población general*. In J.C. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, C.A. PAYÁ, J.M. RAMÍREZ (Eds.), *Retos actuales de la seguridad*, Thomson Reuters - Aranzadi.
- J.M. GARCÍA-RODRIGO VIVANCO (2012), *La negociación en las fuerzas armadas*. In D. DONOSO RODRÍGUEZ (Ed.), *La psicología en las fuerzas armadas* (pp. 673-693). Madrid: Ministerio de Defensa.
- F.J. RODRÍGUEZ, R. ARCE (2016), *Militares desplegados en misiones internacionales: Percepción del estrés y síntomas asociados*. *Sanidad Militar*, 72(1), 15-24. Retrieved from http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1887-85712016000100003&lng=en.
- K. ROLÁN, E. GARCÍA-MARCO, F. FARIÑA (en prensa), *Processes involved in emotional regulation through reformulation language: A facial EMG study*. *International 15°APPE - 13°SEPEX Meeting*.
- L.L. ROSA MARÍA (2012), *Prevención de riesgos laborales en las fuerzas armadas. psicología aplicada. implicaciones legales*. In Daniel Donoso Rodríguez (Ed.), *Psicología en las fuerzas armadas* (pp. 643-672). Madrid: Ministerio de Defensa.
- R. SAYAS CONTRERAS (2015), *Conflicto. Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad* (8), pp. 212-221.

DILIA PAOLA GÓMEZ PATIÑO*

OMBUDSMAN CORPORATIVO Y EL PRINCIPIO RECTOR DE REMEDIACIÓN

Sumario: 1. El Ombudsman. - 2. El Ombudsman. - 3. Conclusión.

1. *El Ombudsman*. – La figura del Ombudsman fue inicialmente establecida en el año 1713 en Suecia por el rey Carlos XII con el propósito de controlar a los funcionarios de su gobierno en su ausencia, era una especie de canciller de justicia que velaba por la legalidad de los actos de las autoridades administrativas. Tras varias modificaciones, se consagró en la Constitución Sueca de 1809 como un comisionado de justicia (Justitie – Ombudsman), independiente del gobierno y encargado de la protección de los ciudadanos en contra de los actos de la administración pública. (Natarén, 2005) Luego, la institución del Ombudsman, se erigió como aquella que protege a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales (IIDH, 2006)

El Ombudsman recibe diferentes nombres en cada país; también se le conoce como:

- Procuraduría de los Derechos Humanos
- Comisión de los Derechos Humanos
- Defensoría del Pueblo
- Defensoría de los Habitantes

* Colombia. Profesora asociada e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Abogada CL Universidad Militar Nueva Granada, Magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo. Correo electrónico: dilia.gomez@unimilitar.edu.co y diliapg@yahoo.es. El presente documento es producto del proyecto de investigación INV IMP DER 2928, Grupo de Derecho Público, Universidad Militar Nueva Granada.

Una característica determinante de esta institución es que actúa de forma autónoma de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a fin que sus investigaciones y recomendaciones sean imparciales y creíbles tanto para el público como para el gobierno. El Ombudsman es entonces un mediador, defensor o mandatario del pueblo, representante, protector. Su tarea es pronunciarse sobre los hechos denunciados por la parte interesada y emitir recomendaciones sobre el mismo. Resuelve los casos a través de un informe que indica y sustenta los motivos por los cuales considera como una falta la actuación de la autoridad pública; y además propone medidas para poner fin a las situaciones contrarias a los derechos fundamentales.

Conocido el origen del Ombudsman, es necesario preguntarse cómo llegó esta figura al ámbito empresarial. Este modelo ha sido traído al mundo de las empresas como una vía para solucionar, internamente, los conflictos que se presentan derivados del estrés laboral, las condiciones de trabajo, relaciones con compañeros, jefes y directivos; pero también con otros grupos de interés que son impactados por la operación de la empresa, como los proveedores, contratistas, clientes y la misma comunidad. Surge entonces la necesidad de un mediador, alguien distinto al jefe y que de forma imparcial contribuya a identificar de forma anticipada y preventiva aspectos problemáticos, y actuar también la resolución tanto de los conflictos internos como los que involucran actores externos. Con el Ombudsman Corporativo se genera un canal de comunicación entre la empresa y sus grupos de interés internos y externos, con el propósito de conocer las quejas y conflictos de diverso tipo que puedan surgir; así mismo, escucha a las partes, para luego, de forma imparcial y objetiva construir entre todas alternativas de solución; todo en el marco del respeto, la confidencialidad y en muchos casos, del anonimato. Una práctica común es que se privilegie la solución de problemas y resolución de controversias de manera oficial, jerárquica; sin embargo, hay partes que no consideran esta vía porque les genera incomodidad, resistencia o incluso temor de hacer uso de ella por las posibles represalias que puedan recaer. Por otra parte, hay circunstancias en las que se prefiere consultar primero a un tercero o en un espacio diferente a la empresa, en privado. Así, el ombudsman

es la figura idónea porque puede atender oportunamente estas situaciones, con una eficaz y eficiente gestión del conflicto, y mejor aún si se cuenta con un espacio donde dichos asuntos puedan ser abordados de forma confidencial y extraoficial.

2. *El Ombudsman Corporativo.* – El Ombudsman Corporativo, también llamado Compliance Ombudsperson, es entonces un mediador empresarial, capaz de gestionar conflictos de forma asertiva y con formación en herramientas de comunicación; privilegia el diálogo frente a la confrontación y, desde esta perspectiva, agrega valor ético a las partes involucradas y a la organización. En Estados Unidos, Chile, por ejemplo, este servicio se utiliza para que detrás del Canal de Denuncias esté el Ombudsman, y no el Compliance Officer, para reforzar su puesto y mejorar la cultura empresarial. (Dastae Abogados. 2019) De acuerdo con Margaret Heffernan, empresaria y profesora de la Facultad de Administración de la Universidad de Bath en Inglaterra, el 85% de los gerentes estadounidenses y europeos tienen miedo de lo que provoca el conflicto; miedo de entrar en discusiones, no están seguros de cómo gestionarlos. Por otra parte, agrega Heffernan, tampoco se plantean lo que cuesta a las organizaciones los diversos conflictos: gastos no cuantificables en plazos vencidos, proyectos fallidos, personal mal equipado o productos defectuosos, reputaciones dañadas o negocios en quiebra, entre otros. Es por esto que dentro de las ventajas de contar con la figura del Ombuds Corporativo, se plantea una en términos de competitividad. Según la Asociación Internacional de Ombudsman (IOA por sus siglas en inglés), en EEUU las empresas que han incorporado estos servicios a sus organizaciones han incrementado su porcentaje de competitividad hasta en un 75 %, así como su imagen en el mercado. Entre las empresas transnacionales que han creado la figura del ombudsman corporativo destacan American Express, Coca-Cola, Kodak, Columbia University, Shell Oil Company, Chevron Corporation, ScotiaBank, Stanford University y Texaco. (De la Torre, 2002).

3. *Conclusión.* – En el año 2011, con el impulso de la Organización de Naciones Unidas, se promulgaron los Principios Rec-

tores en Empresa y Derechos Humanos, más conocidos como Principios Ruggie, por el relator especial designado para su formulación. Dichos Principios, agrupados en proteger, respetar y remediar, se basan en el reconocimiento de las obligaciones del Estado de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales; el papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; y La necesidad de que los derechos y obligaciones vayan acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento. (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 2011). El Principio 30 señala que “Las corporaciones industriales, las colectividades de múltiples partes interesadas y otras iniciativas de colaboración basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos deben garantizar la disponibilidad de mecanismos de reclamación eficaces” Dicha eficacia de los mecanismos de reclamación está caracterizada en el Principio 31 de la siguiente manera: que sean legítimos; accesibles; predecibles; equitativos; transparentes; compatibles; fuente de aprendizaje continuo y; basarse en la participación y el diálogo. En otras palabras, el Ombudsman Corporativo es una figura que encaja en esta descripción como un mecanismo de remediación y / o de prevención de los conflictos; toda vez que su propósito es la adecuada y efectiva gestión de los conflictos, desde un entendimiento para cumplir las políticas y valores de la empresa. Es una figura imparcial, fundamentada en la confianza de las partes y capaz de plantear alternativas de solución equitativas. Toda vez que el Ombudsman Corporativo es una instancia para la gestión y resolución de conflictos al interior o con grupos externos a una empresa, su labor contribuye a la satisfacción de los intereses y, pensando en términos de justicia social, es una vía para que las partes que se consideren agraviadas, accedan a un mecanismo de reclamación extrajudicial con eficacia práctica. Finalmente, es necesario considerar ciertos criterios para la implementación del Ombudsman Corporativo como “mecanismo de reclamación” según los Principios Rectores: confianza; imparcialidad; conocimiento de la figura; información pública y transparente sobre su funciona-

miento; equidad en el acceso; seguimiento periódico; asegurar el respeto de los derechos humanos, cuando la situación tenga consecuencias sobre éstos; identificación y caracterización de áreas o aspectos sensibles al conflicto; diseño de estrategias preventivas y; que su diseño sea participativo, para asegurar su operatividad.

KAREN BARRIGA VILLAVICENCIO*

LA MEDIACIÓN CONCURSAL EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

SUMARIO: 1. Contexto socioeconómico actual. – 2. Medidas que afectan al Acuerdo extrajudicial de pagos previstas para ser frente al Covid-19. - 3. Conclusiones

1. *Contexto socioeconómico actual.* – La pandemia del Covid-19 paralizó al mundo. Este virus considerado por la Organización Mundial de la Salud como una de las “plagas” más severas que ha sufrido la humanidad ha ocasionado y ocasionará una gran crisis sanitaria, económica, financiera y de Justicia a nivel global. El impacto negativo sobre las personas, el tejido empresarial, las instituciones públicas y privadas y sobre el terreno político ya se empieza a notar a pesar de los innumerables intentos de los Gobiernos por adoptar medidas de índole social y económica con carácter extraordinario y urgente para mitigar los daños y frenar la pandemia.

En España, la primera de estas medidas fue declarar el estado de alarma e imponer la obligatoriedad a todos los ciudadanos de permanecer en sus residencias y abstenerse de movilizarse por todo el territorio nacional, con el objetivo de frenar el crecimiento exponencial de los contagios y dar mayor respiro al sistema sanitario ya colapsado. La consecuencia directa del “confinamiento domiciliario” fue la suspensión de todas las actividades económicas y profesionales no esenciales mermando significativo la facturación por bienes o servicios de las empresas y en los ingresos de las familias, colocándoles en una situación de crisis económica, cesación de pagos, sobreendeudamiento e insolvencia.

Las medidas paliativas anunciadas por el ejecutivo abarcan una infinidad de aspectos que resultan imposibles de abarcar en el presente trabajo.

* Profesora de MASC en la Universidad Rey Juan Carlos.

No obstante, si nos centramos únicamente en las medidas paliativas enfocadas a proteger los intereses económicos de los afectados por la crisis sanitaria, podemos clasificar cuatro tipos de medidas: Las ayudas y subvenciones económicas directas o indirectas a los sectores afectados, las medidas de carácter fiscal, las medidas de carácter laboral y las medidas que flexibilizan o eliminan determinadas obligaciones de carácter civil, mercantil, administrativo, etc. Dentro de esta última categoría podemos incluir las incorporadas a través de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que implicaban la suspensión de la obligación de presentación de concurso por parte del deudor en caso de insolvencia actual hasta el 31 de diciembre de 2020.

El enfoque del ejecutivo es claro. La crisis sanitaria ha derivado en una crisis empresarial en los sectores más afectados, donde es fácil de imaginar que muchos empresarios se han visto obligados a cerrar sus negocios o a atrasar los pagos de sus obligaciones al reducirse de manera drástica todos sus ingresos. Desde esta perspectiva y, si aplicásemos el derecho concursal sin tener en cuenta la mencionada ley y sus precedentes Reales Decretos, nos encontraríamos en una situación insostenible para el tejido empresarial, ya que podríamos encontrar a incalculables empresarios y personas físicas no empresarios inmersos en el presupuesto objetivo del concurso de acreedores, esto es, en una situación de insolvencia actual o inminente según el artículo 2.3 del Real Decreto Legislativo 1/2020. Como es lógico, si se obligase a dichas personas a la presentación de concurso de acreedores y se otorgase la posibilidad a los acreedores de instar la susodicha declaración en una situación como la presente, se produciría una avalancha de declaraciones de concurso que colapsaría el ya maltrecho sistema judicial español. Puede deducirse que el principal interés del gobierno no es solo la recuperación y reactivación plena de la economía, sino también evitar tal saturación de los juzgados; pero es necesario advertir que el ejecutivo es consciente de que la declaración de concurso tiene como principal efecto negativo atrapar al deudor en un procedimiento del que saldrá muy probablemente (estadísticamente hablando) habiendo liquidado su patrimonio, lo que, en el caso de empresarios, conlleva la posible destrucción del tejido empre-

sarial y en el caso de la personas físicas a una situación de vulnerabilidad económica y social.

A pesar de que esta medida resulta necesaria, debemos destacar el hecho de que se prevé como una medida de carácter temporal, que no satisface las necesidades de la economía española, al menos teniendo en cuenta las previsiones que, razonablemente, apuntan a una pandemia cuyos efectos directos tendrán una duración de años y cuyos efectos indirectos pueden tener un alcance imposible de calcular en estas fechas. En otras palabras, trascurrida la moratoria que se prevé en la Ley 3/2020, la previsión lógica es que se produzca un aluvión de solicitudes de declaración de concurso.

Tal coyuntura no puede tratarse únicamente con la inclusión de medidas de carácter concursal si no que requieren el refuerzo decidido de las instituciones pre-concursales, considerando que son estas las más óptimas para la obtención de soluciones que permitan la continuidad de las empresas y salven a las personas físicas no empresarios de situaciones de exclusión social. Tal afirmación no está en disonancia con el propósito de la mencionada ley, pues esta parte de la base de que la situación de insolvencia de las empresas se debe a unas circunstancias excepcionales, que posiblemente pueden revertirse con la misma rapidez que aparecieron.

En este contexto, el acuerdo extrajudicial de pagos o la mediación concursal se convierte en una herramienta idónea para gestionar y resolver conflictos de insolvencia de forma práctica, rápida y económica, ya que con la ayuda de un mediador concursal se intentará alcanzar un acuerdo con los acreedores que suponga superar la situación de dificultad económica y que, al mismo tiempo, permita conservar las relaciones entre las partes implicadas.

Esta herramienta pre-concursal ha sido clarificada en el Texto Refundido de la Ley Concursal que entró en vigor el pasado 1 de septiembre de 2020 y que, al igual que el resto de medidas procesales y organizativas en el ámbito concursal, abogan por apoyar la viabilidad de los deudores ya sean personas físicas o jurídicas agilizando los procedimientos.

2. Medidas que afectan al Acuerdo extrajudicial de pagos previstas para ser frente al Covid-19. – Como venimos señalando, a

consecuencia de la pandemia del Covid-19 se han adoptado medidas procesales, concursales y organizativas que convergen con la normativa ordinaria de la Mediación Concursal. Así, al recién estrenado Texto Refundido de la Ley Concursal y a ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (Anteproyecto de la ley de Mediación) y la pendiente trasposición de la Directiva de Insolvencia, se suma Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

A nuestro juicio, el legislador ha vuelto a caer en el mismo error que cometió cuando se instauró en nuestro ordenamiento jurídico la anterior Ley Concursal, y es el no tener en consideración la realidad socioeconómica que pretende abarcar. El Texto Refundido de la Ley Concursal se aprobó el pasado 5 de mayo de 2020 en un momento crítico de expansión del virus, sin haber incluido previamente previsión alguna respecto de medidas paliativas para la presente crisis. Esto puede excusarse en la técnica legislativa empleada por el legislador – Texto Refundido – ya que dicho instrumento solo permite la reestructuración y clarificación de los textos legales anteriormente vigentes. Por lo tanto, el texto, en esencia, no permitiría la incorporación de medidas estructurales que se precisan en este momento. Irónicamente, se da la circunstancia que el Texto Legislativo llamado a actualizar la normativa concursal se ve inmediatamente modificado unos días después de su entrada en vigor para atender a la inminente realidad.

Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, vino a adaptar las medidas ya mencionadas al nuevo texto concursal. Manteniendo el criterio de la suspensión de la obligatoriedad de declarar el concurso voluntario hasta el 31 de diciembre, así como la no admisión de concursos hasta dicha fecha. A ello se suma además la exención de la misma obligación del deudor en caso de incumpliendo de convenio para adecuar las circunstancias a un nuevo convenio (reconvenio). Esta misma regla es aplicable a los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos. Otra regla de carácter temporal que afecta a la Acuerdos Extrajudiciales de Pagos, es la relativa a la consideración de haber intentado sin éxito el mismo si tras dos intentos el mediador concursal falta a su aceptación. Esta disposición faculta a deudor y acreedores la declaración

de concurso consecutivo de manera más urgente, para con ello evitar dilataciones en el tiempo en este estadio sin que ello suponga la desnaturalización de este instrumento.

Además, con la aún pendiente de trasposición de la Directiva de Insolvencia (UE 1023/2019) queda por ver y valorar cómo se van a adaptar las medidas contempladas por la misma, ya de por sí difíciles de trasponer en circunstancias normales. En concreto, la Directiva señala la necesidad de establecer “herramientas de alerta temprana” que permitan a los deudores advertir o anticipar la insolvencia. Aunque estas herramientas aún no se han definido, se proyectan como un sensor que se activaría ante el incumplimiento de determinados créditos. Cabe preguntarse, en nuestra realidad actual, cómo encajar estas alertas de detención temprana en un contexto en el que toda la sociedad activaría masivamente estos sensores, máxime considerando que se presume que la actividad económica retomarí­a la normalidad en el momento el que se supere la coyuntura sanitaria. Ardua labor le compete al legislador para adecuar la normativa a esta situación.

De otro lado, al abogar por la Mediación Concursal en este contexto es preciso señalar que la misma se rige también por la ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio) como norma base. A pesar de alterar significativamente los principios rectores de la mediación ordinaria, la especialidad de la misma no solo no le excluye de su ámbito de aplicación sino que le posiciona como un mecanismo óptimo post pandemia. De hecho, incluso la obligatoriedad mitigada que contempla el ya aprobado Anteproyecto de la Ley de Mediación serviría de vehículo para impulsar la mediación y promover su eficacia en los distintos órdenes jurisdiccionales. De modo que, antes de acudir a los tribunales o habiéndose iniciado un procedimiento judicial se intente previamente una mediación, en este caso concursal, para no solo dar a conocer de forma clara y precisa esta vía de gestión y resolución sino también valorar los beneficios frente a la vía judicial.

3. *Conclusiones.* – Finalmente señalamos las principales conclusiones:

– La crisis ocasionada por el virus del Covid-19 ha puesto en jaque a todo el entramado sanitario, económico, político y

social. La evolución de la pandemia y las medidas adoptadas por el Gobierno no podrán evitar la actual situación de crisis y hacen imprevisible el efecto en el futuro.

- El colapso de la Administración de Justicia tras la paralización del sistema durante los crudos meses del confinamiento ha sido ya reconocido por el legislador sin que este haya introducido medidas dirigidas a reforzar los medios materiales y personales de los Juzgados. Esta situación propicia a que los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos adquieran en un valor trascendental en la búsqueda de la Justicia.
- Entre las medidas adoptadas para frenar el virus el legislador en el ámbito concursal tuvo en cuenta las dificultades económicas de los deudores eximiendo la obligatoriedad de declarar el concurso de acreedores. Luego, si la pretensión del legislador es evitar una masiva acumulación de asuntos concursales debe potenciarse los mecanismos pre-concursales. La Mediación Concursal en tanto que se concibió como un mecanismo de gestión de conflictos de insolvencia para pequeños deudores debe considerarse como la herramienta más apropiada para superar la difícil situación actual, caracterizada por una falta de liquidez muy focalizada en el tiempo ya que es consecuencia de la paralización de algunos sectores económicos. Con la obtención de acuerdos temporales en el marco de una mediación concursal se puede negociar una prórroga para el pago de los créditos que permitan una reactivación económica a pequeña y gran escala, dejando en el pasado este estadio de crisis o insolvencia.

Bibliografía

- L.P. ALBENTOSA, *La mediación en el pre-concurso*. *Revista de mediación*, 2014, vol. 7, núm 1, pp. 70-80.
- C. APARICIO, B. SÁNCHEZ, M.C. TORRES, *Las empresas ante el covid-19*. *Revista de Investigación en Gestión Industrial, Ambiental, Seguridad y Salud en el Trabajo-GISST*, 2020, vol. 2, núm 2, pp. 85-101.
- S. BARONA VILAR (2020), *Justicia civil post-coronavirus, de la crisis a algunas de las reformas que se avizoran* (Post-Coronavirus Civil Justice,

- from the Crisis to Some of the Reforms Envisaged). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, pp.776-787.
- A. BÁRCENA, *Coyuntura, escenarios y proyecciones hacia 2030 ante la presente crisis de Covid-19*. Santiago de Chile: CEPAL, 2020.
 - J.B. CORTÉS (2020), Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la directiva (ue) 2019/1023 del parlamento europeo y del consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad. *REVISTA LEX MERCATORIA Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*.
 - D.R.R. DE VILLA (2020), *El precurso tras la Covid-19*. *Diario La Ley*, núm. 9680.
 - A. DÍAZ LORENZO, *La mediación concursal. La figura del mediador*. 2019.
 - J.M. FERNÁNDEZ SEIJO, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*. Hospitalet de Llobregat (Barcelona). Editorial-BOSCH, 2015.
 - E. FINESTRES, J. BENAVENTE, B. IBÁÑEZ, *La mediación concursal, atisbos de un verdadero sistema extrajudicial*. *Diario La Ley*, 2020, núm. 9691.
 - G. FOLADORI, R.D. WISE (2020), *Para comprender el impacto disruptivo del covid-19, un análisis desde la crítica de la economía política*. *Migr. Desarro*, vol.18, pp. 161-178.
 - C.F. GALLARDO (2020), *Segunda Oportunidad y Covid-19. Ajustes del acuerdo extrajudicial de pagos introducidos por la legislación de urgencia dictada en el marco del estado de alarma*. *Diario La Ley*, núm. 9642, p. 4. Hacia la necesaria reforma del mecanismo de segunda oportunidad. Los ajustes en la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos introducidos por la legislación de urgencia Covid-19. *Diario La Ley*, 2020, núm. 9684.
 - G.E. GERBAUDO (2020), *La pandemia Covid-19 y derecho concursal. Noticia del impacto concursal de las medidas de emergencia dictadas por el Real Decreto N° 8/2020 de España*.
 - Á.P. GONZÁLEZ (2020), *El mediador concursal: ¿un nuevo disfraz para el mismo héroe?*. *Diario La Ley*, núm. 9678.
 - F.C. LOSADA, *Propuestas de mejora de la normativa preconcursal*. *Diario La Ley*, 2020, núm. 9644.

- M. MARTÍNEZ, *La nueva regulación del procedimiento preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal*. *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, núm. 52.
- R.C. MERCADO (2017), *Mediación concursal, acuerdo extrajudicial de pagos y mecanismo de segunda oportunidad. La mediación como método para la resolución de conflictos*. D.V. PÉREZ, N.J. CARDONA (2020), *Medidas procesales, concursales y organizativas previstas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la administración de justicia española*. *Revista Quaestio iuris*, vol. 13, núm. 01, pp. 230-254.
- V.M. SERVET (2020), *La Ley de mediación obligatoria para resolver los conflictos civiles ante la crisis originada por el Coronavirus*. *Diario La Ley*, núm. 9618.
- V.T. SUSTAET (2020), *Mediación obligatoria en tiempos de crisis: hacia una «nueva» fórmula de administrar–y garantizar–el derecho a justicia*. *La Ley mercantil*, núm 71.
- M.N.M. VIDA (2020), *Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*, nº 24. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm 24.

ROSA MARÍA GARCÍA NAVARRO,
SARA MIRALLES PÉREZ*

EL TRABAJADOR SOCIAL COMO ALTERNATIVA IDONEA EN EL DESARROLLO PROFESIONAL DE LA MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Planteamiento y Justificación del Tema de Estudio. - 2. Trabajo Social y Mediación. - 3. Trayectoria histórica del Trabajo Social vinculada a la Mediación. - 4. Contexto Actual Normativo de la Mediación. - 5. La Figura del Mediador según la Normativa Estatal y Autonómica. - 6. Desde el Colegio Profesional de Trabajo Social. - 7. Hipótesis y Objetivos. - 8. Método. - 9. Resultados. - 9.1. Desarrollo del Estudio. - 9.2. Trabajo social y mediación. - 9.3. Objeto de Intervención en Trabajo Social y en Mediación. - 0.4. Modelos de Trabajo Social y Mediación. - 0.5. Niveles de Intervención en Trabajo Social y Mediación. - 9.6. Tranajador/a Social y Mediador/a. - 9.7. Aspectos relacionales. - 10. Discusión.

1. *Planteamiento y Justificación del Tema de Estudio.* – El panorama político, económico y social que atraviesa nuestro país hoy en día (aumento de la tasa de desempleo, aumento de la tasa de pobreza, los recortes realizados por los Ministerios, etc.), ha originado nuevas necesidades y cambios en las estructuras de la población. Esta situación ha configurado un nuevo escenario en la práctica del Trabajo Social (García Navarro y Marín Martorell, 2011) produciendo nuevos retos a los cuales los/las trabajadores/as sociales tienen que afrontar de forma innovadora y creativa, dada la escasez de recursos (humanos, materiales y económicos) con la que se encuentran. Además, dada la situación laboral la cual vivimos, donde un 16,26 % se encuentra en situación de desempleo (Instituto Nacional de Estadística, Trimestre 3/2020), hace que busquemos y creemos nuevos escenarios de acción, adaptando nuestras capacidades a las nuevas necesidades emergidas para poder cubrirlas. En nuestro país el desarrollo profesional del Trabajo Social está fuertemente li-

* Profesoras de Trabajo social en la Universidad de Murcia.

gado al Estado de Bienestar, siendo prioritario el empleo público, en los diferentes sistemas de la política social como son el educativo, el sanitario y el de servicios sociales y recientemente, el de la dependencia (Raya Diez y Caparrós Civera, 2013). De forma minoritaria nos encontramos con el trabajo por cuenta propia, el cual se encuentra menos desarrollado, pero dada la situación, son más los/as profesionales que buscan estas vías. Esta forma de afrontar la profesionalidad, en el ámbito público, puede que haya sido dada por la historia de la profesión, la cual desde sus inicios ha estado ligada a la beneficencia y el asistencialismo. Una forma de abrir campos de actuación en nuestra profesión, en la creación de nuevas vías laborales y de expansión, podría ser por una parte el emprendimiento social basado en el trabajo en empresas, y por otra parte la especialización de la profesión.

2. Trabajo Social y Mediación. – Tanto en Trabajo Social como en Mediación, son diversas las definiciones que describen ambas disciplinas. Con respecto al Trabajo Social, su definición ha ido evolucionando de acuerdo a dos factores fundamentales: el contexto geográfico donde se ha desarrollado y las corrientes teóricas o paradigmas dominantes en el ámbito de las ciencias sociales (Vázquez Aguado, 2009, pp.143).

No es objeto del presente estudio el analizar las diferentes concepciones que se han dado en el tiempo sobre el Trabajo Social. Por este motivo, nos centraremos en la definición dada por la Federación Internacional de Trabajo Social, ya que es, de algún modo, la más reciente. Así pues, según la FIST (2014):

“el Trabajo Social es una profesión basada en la práctica y una disciplina académica que promueve el cambio y el desarrollo social, la cohesión social, y el fortalecimiento y la liberación de las personas. Los principios de la justicia social, los derechos humanos, la responsabilidad colectiva y el respeto a la diversidad son fundamentales para el trabajo social. Respaldada por las teorías del trabajo social, las ciencias sociales, las humanidades y los conocimientos indígenas, el trabajo social involucra a las personas y las estructuras para hacer frente a desafíos de la vida y aumentar el bienestar”.

Por lo que se refiere a la Mediación, también, son muchas las definiciones que podemos encontrar. Dependiendo del autor y su corriente teórica, encontraremos unos elementos u otros, más o menos potenciados. Pese a que constan importantes diferencias en su naturaleza, así como, en los objetivos que se pretenden lograr con ella (Alcover de la Hera, 2006a), existen algunos aspectos esenciales que coinciden para la mayoría de autores. Estas características son: que la mediación es un proceso o método de resolución de conflictos donde las partes principales con la asistencia de un/a tercero/a imparcial, el/la mediador/a, consiguen por sí mismas a través de la discusión y la negociación, adoptar acuerdos mutuamente satisfactorios (Carulla Benítez, 2001). Rodríguez (2012) en su trabajo, hace referencia a las aproximaciones en la definición dada por Folger, Taylor y Moore, los cuales coinciden en seis elementos de la Mediación. Estos son: que se trata de un procedimiento que resuelve un conflicto entre dos o más partes, en el que se pretende conseguir un acuerdo justo, a través del diálogo mantenido de forma voluntaria, donde la figura de ayuda es un/a tercero, el/la mediador/a, imparcial y neutral que está provisto de autoridad moral y carece de potestad coercitiva. También, Rodríguez (2012) cita a Puy Muñoz, el cual hace referencia a que hay otras definiciones donde autores como Francisco Díez, Carmen Boqué, Luis María Bandieri y Gachi Tapia coinciden en algunos elementos. Estos son: que se trata de un proceso transformativo, guiada en un proceso de comunicación circular donde se coloca a las personas descentradas en su centro, que ordena el fluir de los conflictos que las enfrenta, que encuentra la solución satisfactoria para todos ellos y que evita la recaída en la espiral de la venganza.

3. Trayectoria histórica del Trabajo Social vinculada a la Mediación. – Durante el recorrido histórico que ha seguido la profesión del Trabajo Social, fueron varias las experiencias y aportaciones que se vinculan a la Mediación. Para explicar esta vinculación entre las dos disciplinas, en primer lugar, se exponen las diferentes perspectivas o reseñas, que según Bush y Folger (2006), existen y que explican las distintas dimensiones del pro-

ceso del mediador y su influjo social. Estas son, la *historia de la satisfacción*, la *historia de la justicia social*, la *historia de la transformación* y la *historia de la opresión*. De acuerdo con la versión sobre la *historia de la satisfacción*, el proceso mediador es una herramienta para satisfacer las necesidades humanas de las partes en sus disputas individuales. En este caso la Mediación puede desplegar todas las dimensiones del problema que las partes afrontan (todos los aspectos de las necesidades que éstas expresan) dado su flexibilidad, informalidad y consensualidad. Se facilita la colaboración y la integración, dando un resultado de “ganar-ganar”, en el cual se optimizan los costes tanto económicos como emocionales. Esta versión también, acapara diferentes ámbitos de intervención que no se puedan abarcar en los Tribunales, reduciendo el gasto públicos de estos (Baruch Bush y Folger, 2006). Por este motivo, esta perspectiva potencia la resolución de problemas en la Mediación no solo en un único enfoque (Munuera Gomez, 2012). Desde la versión de la *historia de la justicia social*, que exponen Baruch Bush y Folger (2006), la mediación ofrece un modo eficaz de organizar a los individuos alrededor de los intereses comunes, para así crear vínculos y estructuras comunitarias más sólidas. La organización comunitaria es más eficaz ya que puede originar más justicia social. Dada la capacidad de ésta para reformular cuestiones y concretar la atención a intereses comunes, puede ayudar a los individuos que creen que son opuestos a percibir un contexto más amplio en el cual afrontan un enemigo común. Por ello, la mediación puede fortalecer a los débiles al facilitar alianzas entre ellos. Así mismo, tiene la capacidad de potenciar la autodeterminación y eso hace que disminuya la dependencia respecto a organismos lejanos y alienta la autoayuda, incluso a formación de estructuras comunitarias “de base”. La mediación ha ayudado a organizar a los individuos y ha fortalecido las comunidades de intereses en diferentes contextos. Con respecto a la versión de la *historia de la transformación*, la esencia de la mediación reside en la capacidad para transformar el carácter de los antagonistas individuales y de la sociedad en general. En esta perspectiva, es muy importante apoyar el ejercicio de la autodeterminación de las partes, ya que al decidir ellos como resolver la situación, ayuda a que estas movilicen sus propios

recursos para resolverla y alcanzar sus metas. Además, la revalorización (“empowerment”) y el reconocimiento, son dos dimensiones que contribuyen a la transformación de los individuos. Pasan de ser unos individuos temerosos, que se encuentran a la defensiva y egocéntricos, a unos individuos confiados, empáticos y considerados, y de ahí a la transformación de la sociedad, que dejaría de ser una tregua insegura entre enemigos para convertirse en una sólida red de aliados (Baruch y Folger, 2006). Por lo que hace a *la historia de la opresión*, la mediación es un peligroso instrumento que aumenta el poder de los fuertes que se aprovechan de los débiles. A causa del informalismo y la consensualidad, existe una ausencia de normas las cuales pueden agravar el desequilibrio de poder y que la parte fuerte coaccione o manipule a la parte débil. Además, este hecho, afecta al proceso de mediación ya que el principio de neutralidad por el cual se rige el mediador, no se cumple (Baruch y Folger, 2006). Siguiendo la línea de Baruch y Folger (2006), se entiende que el movimiento de la mediación tiene un carácter pluralista ya que, aunque todos perciben el movimiento mediador como un recurso para alcanzar metas sociales importantes, no existe unanimidad respecto cual es la meta más importante. Cada tendencia representa y apoya diferentes objetivos.

4. *Contexto Actual Normativo de la Mediación.* – La mediación no es un procedimiento nuevo, ha existido a través de la historia, ya en las tribus o poblados existía una figura a la que los miembros acudían para que les ayudara a resolver sus problemas o controversias (Boqué Torremorell, 2003). Asimismo, la mediación como forma de resolución de conflictos se inició en los años 70 en Estados Unidos, extendiéndose posteriormente a otros países. La fomentación de la mediación como método alternativo y pacífico de resolución de conflictos, se justifica a razón de que estas ayudan a descongestionar y simplificar el acceso a la justicia dada la importante saturación que ésta presenta, y así, continuar garantizando el derecho a la justicia, mejorando su acceso y ofreciendo un recurso que se puede adaptar de manera más adecuada a los intereses y necesidades que presentan las personas. En Europa, la Recomendación nú-

mero R (98)¹, del comité de ministros del Consejo de Europa, de los Estados Miembros, de 21 de enero de 1998, se considera el documento fundacional de la Mediación. Con este documento, se empieza a promover y reforzar la mediación familiar, la cual la define como *“proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutro, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto de litigio, con vistas a la conclusión de un acuerdo entre ellas”*. En éste, se señala la mejora de la comunicación entre los miembros de la familia, la reducción de los conflictos entre las partes en desacuerdo, el favorecimiento de los convenios amistosos y el mantenimiento de relaciones personales entre padres e hijos (Merino Nogales, 2012). Posteriormente, en el 2002, la Unión Europea publicó el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos, lo que se llama ADR (Alternative Dispute Resolution), en el ámbito del Derecho civil y Mercantil, con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia garantizando una mayor seguridad jurídica (Merino, 2012). Con 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 establece unos criterios y regulación básica sobre la mediación, con el objetivo de facilitar el acceso a las ADR 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 en todos los estados miembros, excepto Dinamarca. En España, en el marco estatal, aunque de forma tardía a lo establecido en la directiva, se promulgó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que daba respuesta a esta norma de la Unión Europea, y se desarrolló el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Con anterioridad, fue definitiva la aparición de la mediación en la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. En su Exposición de Motivos recoge que: con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el dialogo, y en especial garantizar la

protección del interés superior del menor, se establece la Mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de litigios familiares, por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un/a mediador/a imparcial y neutral.

Así pues, éste es en esencia, el objeto de la Mediación Familiar tal y como se regula en la actualidad en España: evitar los procesos matrimoniales contenciosos y transformarlos en mutuo acuerdo, en aras de una mejor relación de las partes, hijos y el entorno familiar en general (Merino, 2012). Por este motivo, se podría decir que la trayectoria de la mediación en nuestro país viene ligada al ámbito familiar, y no se podría concebir la regulación de la Mediación Familiar en España fuera del marco de la propia regulación de la familia (García Villaluenga y Vazquez de Castro, 2013). En el marco autonómico, son solo algunas comunidades autónomas las que disponen de normativa que regula la materia de Mediación, la cual está ligada al contexto familiar. Dando respuesta a la directiva Europea, en España se regula la Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Anterior al surgimiento de la ley estatal, ya había comunidades autónomas que disponían de normativa en materia de mediación familiar.

5. *La Figura del Mediador según la Normativa Estatal y Autonómica.* – Para contextualizar el objeto de estudio de este trabajo, es conveniente analizar la formación de la figura del mediador que establece normativa española.

La Directiva Europea 2008/52/CE, en su artículo 3.b, define mediador/a como “todo tercero a quien se pide que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”. Además, en su artículo 4, se expone que el Estado tiene que “fomentar la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación”. También, tienen que “fomentar la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la

mediación se lleve de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”.

Esta directiva deja bastante margen de actuación y regulación para que el Estado sistematice y organice la formación en Mediación. No exige ningún mínimo ni máximo de horas de formación, ni ninguna profesión de origen del mediador o nivel de estudios iniciales a la formación. Se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación. Por lo que hace a la *normativa Estatal*, la Ley 5/1012 del 6 de julio, en su preámbulo III, hace referencia a la figura del/a mediador/a. Este apartado expresa que la figura del/la mediador/a es la pieza esencial del modelo que ayudará a las partes a encontrar una solución dialogada y voluntaria, y además, que dada la amplitud de ámbitos desde donde se puede aplicar la Mediación, el/á mediador/a debe tener una formación amplia y general, que le permita desempeñar esta tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir. En su tercer título, esta ley contempla el *estatuto del/la mediador/a*, el cual regula las condiciones para ejercer de mediador/a, la calidad y autorregulación de la Mediación, su actuación, su responsabilidad, y su coste. El artículo 11 de la Ley, contempla que *“pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que la legislación a la que están sometidos en el ejercicio de su profesión no se lo impida”*. Este artículo también contempla que *“el mediador deberá estar en posesión del título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con la formación específica para ejercer la mediación”* adquirida mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por las instituciones acreditadas para ello, cosa que tendrá validez en cualquier parte del territorio nacional. Con el Real Decreto 980/2013 se establecen los *requisitos respecto a la formación del mediador*, además de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores, la publicidad de éstos y de las instituciones, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. Por lo que hace a la formación de los mediadores, esta tendrá que ser específica mediante la adquisición de uno o varios cursos que completen las 100 horas de docencia efectiva tanto en nivel teórico como práctico. Esta

formación tendrá que proporcionar los conocimientos y habilidades suficientes en relación al ámbito de especialización en el que quieran ejercer, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, la ética de la mediación, el proceso y técnicas de comunicación, negociación y resolución de conflictos, tanto a nivel teórico como práctico, y este último tendrá que ser al menos el 35% de la duración de la formación, mediante ejercicios y simulación de casos con la participación asistida de mediadores reales. Este real decreto también hace referencia a la *continuidad de la formación*. Los mediadores tendrán que realizar formación continua de carácter práctico, al menos cada cinco años de un total de mínimo 20 horas. Si el curso es especializado, se le permitirá cumplir este requisito. La legislación estatal solo establece como requisitos de formación para poder ser mediador/a: estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior, además de contar con una formación específica en Mediación. Se tiene una concepción abierta sobre la formación del/la mediador/a, aunque se especifique como ésta se va a llevar a cabo. Asimismo, la Ley 5/2012, de 6 de julio, solo regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles incluyendo los conflictos transfronterizos y excluyendo otros ámbitos de mediación como es el penal, el laboral y de consumo. Entonces, para otros ámbitos, ¿qué tipo de formación se necesita para ser mediador? ¿Hay alguna otra normativa que lo regule? Se podría decir, que la legislación no regula la formación en otros ámbitos que no sea civil o mercantil, pero que existe formación especializada en estos ámbitos ofrecida tanto por las universidades como por colegios profesionales, para poder llevar a cabo la mediación en esos ámbitos. Con respecto a la *legislación autonómica*, ésta solo regula la Mediación Familiar, dejando de lado todos los demás ámbitos donde puede tener cabida la Mediación. A diferencia de la legislación estatal, muchas de las autonomías como son Andalucía, Asturias, Canarias, Castilla la Mancha, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Cantabria, Islas Baleares y País Vasco, si especifican que la titulación oficial universitaria, tiene que venir de la rama de las Ciencias Sociales, como es por ejemplo del Derecho, la Pedagogía, la Psicología, la Educación Social y el Trabajo Social. Sobre la formación específica, decir que no todas las comunidades concretan esta formación. Algunas comunidades requie-

ren formación específica en mediación en el ámbito familiar. Otras como Aragón, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana y Madrid, solo detallan que se necesita formación específica pero no refleja que ámbito. En la legislación de Castilla la Mancha sobre este punto no hay ningún tipo de referencia. Así pues, se contempla la profesión de Trabajo Social y su formación. Se ha tenido en cuenta y se ve reflejada en la legislación, en concreto en algunas autonomías, como profesión de origen ideal para llevar a cabo Mediación Familiar.

6. *Desde el Colegio Profesional de Trabajo Social.* – Aunque la Mediación no es un concepto novedoso, ha sido en los últimos años en los cuales se ha empezado a fomentar y a potenciar como vía de resolución de conflictos alternativa o complementaria a la vía Judicial. En un poco más de una década, se ha pasado del desconocimiento y la falta de aplicación a una situación actual donde cada vez existen más campos de actuación (Rodón García y Munuera Gómez, 2009). Desde el colectivo de Trabajo Social, dada la aprobación de la Ley 5/2012 de Mediación Civil y Mercantil y su desarrollo en el Real Decreto 908/2013, hace que se plantee un nuevo paradigma para la profesión, ya que la Mediación puede suponer un aumento de la empleabilidad desde la especialización (Lima Fernández, 2013). Por tanto, con la finalidad de fomentar la Mediación desde el Trabajo Social y la necesidad de establecer un marco profesional que garantice la excelencia profesional de los trabajadores sociales cuando actúen como mediadores, al margen de sus intervenciones en Trabajo Social, el Consejo General del Trabajo Social puso en marcha diferentes acciones con dicho fin. En el 2011 se constituyó un Grupo de Expertos para elaborar un borrador de un documento marco sobre la “Fundamentación de la Mediación en Trabajo Social” y los “Estándares deontológicos para la práctica de la Mediación en Trabajo Social”, publicando el número 101 de la Revista científica “Servicios Sociales y Políticas sociales” dedicado íntegro a la Mediación.

En mayo de 2014, se creó una Comisión Intercolegial de Mediación integrada por 18 Colegios Profesionales (Alicante, Almería, Badajoz, Cáceres, Cádiz, Cantabria, Castilla La Mancha,

Cataluña, Galicia, Jaén, La Rioja, León, Madrid, Málaga, Navarra, Sevilla, Tenerife, Valencia), el Consejo Andaluz del Trabajo Social y el Consejo General del Trabajo Social, con el fin de establecer un marco de actuación de la estructura colegial en base a la nueva Ley de Mediación.

El Consejo General de Trabajo Social junto con otros colegios, presentaron tres documentos que demuestran la implicación del Trabajo Social en el ámbito de la Mediación. Estos son:

- *El valor añadido del Trabajo Social en Mediación* (2014): herramienta para la defensa de la imagen del trabajador social, los intereses de la profesión y apoyo a la calidad de las prestaciones profesionales cuando se ejerce la mediación como acción profesional.
- *La labor de la estructura colegial* (2014): recoge las líneas a seguir de la estructura colegial en el nuevo contexto legal, y el marco de actuación de los profesionales del Trabajo Social en Mediación.
- *Código de Conducta* (2014): recoge las normas y reglas exigibles que guían la actuación profesional de los trabajadores sociales que utilicen la Mediación como método de gestión y resolución de conflicto.

Por lo que hace al documento del valor añadido del Trabajo Social en Mediación, es el que ha servido de guía para el presente trabajo, junto con otras aportaciones de distintos autores y profesionales que han publicado artículos en revistas especializadas del ámbito del Trabajo Social sobre la Mediación. En cuanto a la formación, tanto las Universidades como Colegios Oficiales y Asociaciones, se han ido implicando en fomentar este modelo de resolver los conflictos y ofrecen una amplia variedad de cursos de formación para poder ejercer de mediador/a tal y como se contempla en la Ley. El Colegio Oficial de Trabajo Social de Madrid está acreditado como Centro de Formación de Mediación por el Ministerio de Justicia y muchos Colegios de otras comunidades, ofertando cursos para formarse en Mediación. Del mismo modo, la *Universidad de Murcia*, oferta un postgrado de Mediación con cuatro especialidades, así como, el plan de estudios de distintas universidades que ofertan el Grado de Trabajo Social. Dentro de esta formación, la *Uni-*

versidad de Murcia y la *Universitat Rovira i Virgili (Universidad Pública de Tarragona)*, entre otras, tienen incorporado la Mediación como asignatura optativa (llamadas Trabajo Social y Mediación, y Mediación y Gestión del Conflicto, respectivamente).

7. *Hipótesis y Objetivos.* – La hipótesis principal de este trabajo se basa en que: dada la relación existente entre diferentes aspectos que forman tanto el Trabajo Social como la Mediación, se capacita al/la trabajador/a social como profesional idóneo para ser mediador/a.

Los objetivos generales y específicos son:

Objetivo general: Analizar la relación existente entre Trabajo Social y Mediación, investigando las aportaciones del trabajador/a social dentro de esta disciplina.

Objetivo específico 1.1: Analizar la relación entre el objeto de intervención del Trabajo Social y la Mediación, así como los diferentes aspectos que se ven relacionados (ayuda, cambio, etc.).

Objetivo específico 1.2: Analizar la relación entre la figura profesional del/la trabajador/a social y el/la mediador/a.

8. *Método.* – El presente trabajo se fundamenta en una metodología empírica de enfoque cualitativo. Con el fin de alcanzar los objetivos citados anteriormente y poder verificar la hipótesis planteada, se realiza una revisión documental de fuentes primarias, como son diccionarios de Trabajo Social y datos estadísticos; y de fuentes secundarias, como son libros y revistas especializadas del Trabajo Social y Mediación, además de conferencias y bibliografías.

9. *Resultados.*

9.1. *Desarrollo del Estudio.* – El ejercicio de una profesión determinada, se caracteriza por una serie de conocimientos adquiridos sobre la materia en sí, unos objetivos que lograr durante (el ejercicio de ésta) la intervención, unas competencias, funciones y roles específicos, un modelo que seguir y una metodología y técnicas que el profesional debe utilizar para lograr

un fin. Para lograr los objetivos del presente estudio y verificar la hipótesis planteada, se cree conveniente, en el desarrollo del trabajo, analizar todas estas cuestiones, con el fin de encontrar aspectos que puedan quedar relacionados entre ambas disciplinas. A continuación, se presenta una síntesis del trabajo realizado.

9.2. *Trabajo Social y Mediación.* – Este apartado queda relacionado con el Objetivo específico 1.1: Analizar la relación entre el objeto de intervención del Trabajo social y la Mediación, así como, los diferentes aspectos que se ven relacionados (ayuda, cambio, etc.). Para ello, se analiza el *objeto*, los *niveles* y los *modelos de intervención* de ambas disciplinas.

9.3. *Objeto de Intervención en Trabajo Social y en Mediación.* – La complejidad en la definición del objeto, está directamente relacionada con la praxis y con los diversos contextos sociopolíticos de desarrollo en las políticas sociales, con la aparición e incorporación de conocimientos en las ciencias sociales, así como, con el desarrollo del propio Trabajo Social como disciplina y profesión (Martínez Martínez, 2005). Martínez (2005), hace referencia a diversos autores como son Swithum Browes, Nidia Aywin, Hernan o C. Kruse, entre otros, que han intentado definir el objeto de Trabajo Social, apoyándose en el análisis de diversas definiciones anteriores. Zamanillo y Gaitán (1991), exponen que el objeto se ha visto definido por:

- _ El individuo o determinadas clases de individuos.
- _ Ciertas situaciones sociales que sufren los individuos.
- _ Las necesidades sociales como tipo específico de situación y
- _ Los problemas sociales reconocidos de la tensión dialéctica entre individuo y sociedad.

Por lo que hace a la mediación, cualquier conflicto puede ser objeto de la misma, excluyendo los conflictos que no puede ser mediados como pueden ser: cuando no hay voluntariedad de las partes, cuando no prevalezca el interés del menor o cuando hayan signos de violencia, entre otros muchos.

9.4. *Modelos de Trabajo Social y Mediación.* – Definiremos los modelos que existen tanto en Trabajo Social como en Mediación.

Para ello, es conveniente delimitar el *concepto de modelo*, antes de dar paso a los diferentes modelos de ambas disciplinas, aunque de una manera sencilla, sin llegar a profundizar, ya que se trata de un concepto muy amplio y diverso, cuyo significado dependerá del enfoque adoptado. Viscarret (2007) expone, que “*desde una perspectiva epistemológica, el modelo puede considerarse como una descripción o representación de la realidad (hechos, situaciones, fenómenos, procesos, estructuras, sistemas, etc.) que por lo general, está en función de unos supuestos teóricos o de una teoría*”. La representación, es una construcción racional de un campo de estudio concreto y suele presentarse en diferentes grados de abstracción. Por ende, se trata de una idealización puesto que muestra las condiciones perfectas en las que se produce el fenómeno o sistema, y una aproximación esquematizada ya que no representa la realidad como tal, sino aquellos aspectos o variables relevantes y significativas. El modelo sirve para traducir las situaciones a las que se enfrenta tanto el Trabajo Social como la Mediación, a un lenguaje lógico que le permite comprender y explicar lo que ocurre, que es lo que está pasando y evaluar las hipótesis comprobando su funcionamiento en la realidad. Los modelos están formados tanto de una parte teórica como práctica y sirven para guiar la práctica profesional (Viscarret, 2009).

Según Viscarret (2007), los modelos de *Trabajo Social* que presentan más elementos en común con la Mediación serían:

- *Modelo Centrado en la Tarea*: modelo desarrollado por completo desde el Trabajo Social y para el Trabajo social, el cual recibe ciertas influencias de la Teoría de la Comunicación, de la Teoría del Aprendizaje, de la Teoría de los Roles y del Conductismo. Sus orígenes hay que buscarlos en los trabajos realizados por William Reid y Ann Shyne a finales de los sesenta. Este modelo se encuentra diseñado para ayudar en la resolución de dificultades que experimentan las personas en interacción con sus situaciones sociales, donde los sentimientos internos y las preocupaciones provienen de acontecimientos del mundo externo. Sus elementos básicos son:
 - La selección de un problema como problema diana, del conjunto de problemas que presenta el usuario.
 - La definición y la utilización de las tareas para abordar el problema seleccionado.

- Una continuada revisión y negociación entre el cliente y trabajador social.
- La utilización de límites temporales marcados en la solución del problema.

Es un método eficaz en la intervención con problemas causados por conflictos interpersonales, insatisfacción con las relaciones sociales, problemas con organizaciones formales, problemas de toma de decisiones, recursos insuficientes, problemas conductuales. Tiene como objetivo identificar y aclarar cuáles son los elementos centrales del problema en el presente, en el mundo del usuario y conocer los obstáculos que impiden el cambio. Los elementos principales en los que se apoya la práctica de la intervención centrada en la tarea son:

- *Delimitación del problema.* Se realiza una explicación del conjunto de áreas del usuario que puede ser objeto de ayuda. Es importante que la persona participe y la visión que tenga éste a la hora de identificar las áreas problemáticas. La fase de exploración y discusión de las áreas de dificultad finaliza con la elección de un problema diana, el problema sobre el cual se va a dirigir la acción. Es importante que la persona decida para que se implique. El profesional tiene que asesorar a la persona, apoyándolo a identificar el problema y asegurarse de que éste es susceptible a la modificación.
- *Definición de los objetivos:* una vez delimitado el problema diana, se establecen objetivos dirigidos a la tarea. El profesional debe apoyar al usuario a identificar los objetivos que quiere alcanzar, asegurándose de que sean realizables por parte de la persona y que sean observables y evaluables.
- *Limitación temporal:* nunca más de doce sesiones o de tres meses de trabajo conjunto. Este límite se marca para concentrar los esfuerzos tanto del profesional como de la persona en torno a unos objetivos concretos y evitar disfuncionalidades que se producen en la relación entre usuarios en las intervenciones de medio y largo plazo.
- *Tareas:* se llevan a cabo después de haber acordado tanto los problemas, los objetivos, como los límites temporales. Las tareas son los pasos consecutivos hacia la consecución del objetivo. Estas son desarrolladas tanto por el/la profesional

como por el usuario para que el trabajo sea de manera conjunta. El proceso de cumplimentación de tareas se diseña para conseguir cambios significativos a la vez que para convertirse en un modo de aprender haciendo. Se realiza una evaluación de las tareas, cosa que se convierte en un elemento fundamental para el proceso.

- *El contrato*: Es una forma de establecer el acuerdo entre persona y profesional, y es una manera de formalizar el acuerdo que tiene como finalidad básica realizar un cambio. En este modelo de intervención se vale de esa estrategia, fijando en él una serie de contenidos y de compromisos sobre las actividades que llevarán a cabo cada uno.

Este modelo cree en las capacidades y en las potencialidades de las personas para resolver sus propias dificultades.

La intervención es un trabajo basado en la colaboración entre el profesional y la persona, aunque intenta conseguir que sean los usuarios los que tomen el control, las riendas de su situaciones, teniendo en cuenta sus valores, creencias y concepciones. El/la trabajador/a social mantiene una relación de asesoramiento y de máximo respeto a las capacidades y posibilidades del usuario.

- *Modelo Sistémico*: Sus orígenes datan de los años treinta, cuando Hangins, sociólogo de la Smith Social Work School, introdujo ya en la profesión la Teoría de los Sistemas en la intervención profesional del Trabajo Social. Se fundamenta principalmente de esa teoría. De la Teoría General de Sistemas incorpora la definición de sistema y su aplicación en la intervención social. El desarrollo de la Teoría Sistémica es atribuido a Ludwing Von Betalanffy, el cual define los sistemas como elementos que interactúan unos con otros.

Desde esta perspectiva sistémica, se entienden los problemas humanos como resultado de las interacciones y de comunicaciones deficientes entre diferentes tipos de sistema. Se pone énfasis en los procesos vitales de adaptación y de interacción recíproca, entre las personas y sus entornos físicos y sociales.

Este modelo concibe la intervención social como un proceso de “cambio planificado” (Pincus y Minahan, 1980). Para dar lu-

gar a un cambio, una transformación de la situación o del estado en la relación, se necesita de un plan determinado, con un esquema, pensado y dirigido para poder conseguir los objetivos que se hayan identificado.

Es dividido en fases, las cuales tienen ordenadas unas tareas para llevar a cabo. Esto no significa que sea una intervención lineal, ya que muchas fases y actividades aparecen una y otra vez en el transcurso del proceso.

Un elemento clave del modelo, es que el profesional tiene que ir evaluando cada situación y toma de decisiones, sobre las necesidades que deben ser trabajadas y cómo hacerlo en pro de las consecuencias de los objetivos planteados. Así pues, se debe evaluar durante toda la intervención, no solo al final. Esto hace que la intervención sea entendida como garantía de responsabilidad y de seriedad en la intervención que tiene como fin, observar el cumplimiento de los objetivos al mismo tiempo que garantiza la responsabilidad sobre el servicio prestado.

Con respecto a la relación entre trabajador/a social y usuario es enfocada como una relación transaccional entre ambos, donde cada uno influirá en el otro. Así pues, se da una relación donde la horizontalidad y la reciprocidad deben ser sus principales características.

Con respecto a la *Mediación*, desde qué surgió en los años 70, se habla de tres modelos principales: Modelo Tradicional Lineal / Harvard, Modelo Circular-Narrativo y Modelo Transformativo. Aunque existen muchos más, en el desarrollo de este subapartado, nos centraremos en estos tres, los cuales se podría decir que son más representativos.

– *Modelo Tradicional Lineal o Harvard*: Toma su nombre de la Harvard Negotiation Project. Se trata de un proyecto desarrollado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Bódalo Lozano, 2014). Sus principales teóricos son Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton (Rodón García, 2011), y se guía por el método de Fisher-Ury.

La principal aportación de este modelo es que las partes tienen la oportunidad de concretar una negociación colaborativa asesoradas por una tercera persona, para intentar resolver el conflicto que los llevó a solicitar esa intervención (De Diego y Guillén, 2006).

Basado en la explicación dada por Suares (1996), se puede decir que este modelo se fundamenta en:

La comunicación es entendida en sentido lineal, es decir, cada una de las partes expresa el contenido mientras el otro escucha. La función del mediador es ser un facilitador de la comunicación, para poder lograr un diálogo que es entendido como una comunicación bilateral efectiva y se centra en la comunicación verbal.

El conflicto tiene una causa, el desacuerdo, y no se tienen en cuenta otras posibles causas que pudieron haber llevado al conflicto. Por tanto la causalidad es lineal.

El contexto no es un factor determinante en el conflicto.

Se eliminan las percepciones pasadas que impiden la comprensión del presente y un acuerdo en el futuro.

Se toman en cuenta las personas como un todo y se realizan clasificaciones de los tipos de interés y necesidades, sin tener en cuenta el factor relacional.

El objetivo principal es llegar al acuerdo disminuyendo las diferencias entre las partes y aumentando las semejanzas, los valores y los intereses.

– *Modelo Transformativo*: Presentado por Bush y Folger en 1994. Según la explicación dada por Suares (1996), este modelo se fundamenta en la comunicación, partiendo de los nuevos modelos comunicacionales, prestando atención al aspecto relacional, y en la causalidad circular. Su método se basa en trabajar para lograr el “empowerment”, potenciando aquellos recursos que les permiten ser un agente, un protagonista de su vida, al mismo tiempo que se responsabilizan de sus acciones, y el reconocimiento del otro como parte del conflicto (el reconocimiento del co-protagonismo del otro). Este modelo pone énfasis en la revalorización y el reconocimiento.

Su principal objetivo es modificar la relación existente entre las partes y a diferencia de otros modelos, el acuerdo es la consecuencia derivada por el cambio producido en la relación de los participantes. El mediador debe hacer que las partes reconozcan sus responsabilidades en el desarrollo del conflicto y las que corresponde a cada uno. Este modelo tiene un fuerte com-

ponente médico o terapéutico, ya que no se interpreta el éxito como consecución del acuerdo final con la mejoría de la situación de las partes, si no como un cambio en las partes que deriva en una mejoría de la situación. El éxito se alcanza cuando las partes como personas cambian para mejorar gracias a lo que ha ocurrido en el proceso de mediación (De Diego y Guillen, 2006).

En definitiva, su principal meta, es modificar la relación entre las partes. No es tan importante llegar a un acuerdo, están centrados no en la “resolución del conflicto” sino en la “transformación relacional” (Suarez, 1996).

– *Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb*: Se fundamenta de los siguientes componentes teóricos: en primer lugar de la psicología del yo y en la formulación de Erikso y White; en segundo lugar de la Pragmática de la Comunicación Humana, en la Teoría General de Sistemas y en conceptos Cibernéticos; en tercer lugar, en la causalidad circular de las pautas de la interacción; y en cuarto lugar, de la construcción de historias (Munuera, 2007).

Este modelo entiende el conflicto como algo inherente en las relaciones humanas, como una presencia interna y prácticamente continuada en las personas (De Diego y Guillen, 2006). Por tanto, no se intenta resolver el conflicto en sí, si no que se dan herramientas a las partes para poder gestionar la disputa.

El objetivo principal es cambiar la percepción de la historia de cada una de las partes ofreciendo puntos de vista diferentes, para ayudar a las partes a construir una nueva historia conjunta y beneficiosa para ambos, a partir de una nueva revalorización y mediante la comunicación de la causalidad circular. Este modelo fomenta la reflexión y el análisis de la relación (De Diego y Guillen, 2006).

9.5. *Niveles de Intervención en Trabajo Social y Mediación*. – Se puede decir que tanto en Trabajo Social como en Mediación, se puede intervenir a nivel individual, grupal o comunitario, pero con un pequeño apunte, y es que en Mediación siempre se necesitará de dos o más partes (ya sean de individuos, de grupos o de comunidades), para poder llevar a cabo la intervención. Aunque

las formas de intervenir y los objetivos que se persiguen sean distintos, además de las necesidades e intereses que presenten los diferentes usuarios/as o partes, tanto en Trabajo Social como en Mediación se interviene en los mismos niveles y ámbitos. Por ejemplo ambas disciplinas intervienen en el ámbito familiar. El campo de actuación de este ámbito pueden ser casos de adopción, guarda y acogida, casos del seno familiar entre la pareja o padres e hijos, o casos con personas que presenten discapacidad o dependencia. Otro ámbito puede ser el educativo, formativo y escolar. Del mismo modo, ambos actúan en el ámbito judicial y penitenciario, salud, empresarial o laboral, vivienda, comunitario e intercultural e inmigración. Sin embargo, uno de los ámbitos donde no actúa el Trabajador Social específicamente y sí la Mediación, es en el ámbito de las herencias.

9.6. *Trabajador/a Social y Mediador/a.* – Este apartado, se fundamenta en el Objetivo específico 1.2: Analizar la relación entre la figura profesional del trabajador/a social y el mediador/a. Decir que toda profesión en general, presenta unos conocimientos, capacidades, competencias, funciones, aptitudes, habilidades y técnicas específicas, que son propias de la misma, aunque a veces, entre profesiones coinciden. Por ello, trataremos uno a uno los diferentes aspectos que engloban ambas profesiones, buscando las diferencias y semejanzas entre estos. Pero antes de esto, se cree conveniente definir que es un trabajador social y un mediador, para luego continuar explicando cuáles son sus características, sus competencias, funciones y rol, habilidades y técnicas.

Según Arrendo Quijada (2010):

El/la trabajador/a social es el/la profesional de la acción social que se ocupa de fomentar el bienestar del ser humano y la prevención y atención de las dificultades o carencias sociales de las personas, familias, grupos y del medio social en el que viven. Igualmente, éste/a articula recursos sociales que se precisan para superar las situaciones de crisis personal y familiar. Su labor profesional se desarrolla en todos los servicios de atención a personas, familias y grupos. Recogiendo sus demandas, hace un estudio de la situación y establece un plan de intervención para mejorar la situación de los usuarios.

El/la mediador/a es una persona capacitada profesionalmente para ayudar a partes en conflicto a encontrar una solución. Además, *éste/a es un experto/a en el arte de devolver a las partes su capacidad negociadora, de permitirles que recuperen su posibilidad de gestionar su vida por ellos mismos acordando soluciones inteligentes y beneficiosas* (Cárdenas, 1999).

Es la figura que interviene en el proceso de mediación, aceptada por las partes, imparcial y neutral, que no tiene poder de decisión, y está habilitado para ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente un arreglo mutuamente aceptado sobre los temas sobre los cuales se discuten (De Diego y Guillén, 2006).

Además, según Moore (1993), el mediador ayuda a desarrollar un proceso de educación mutua acerca de las cuestiones e intereses en juego, del mismo modo que colabora con las partes para diseñar y aplicar un procedimiento de resolución de conflictos y problemas.

9.7. *Aspectos relacionales.* – Existen ciertos aspectos genéricos en ambas disciplinas que quedan explícitos e implícitos en la teoría que es conveniente nombrar y analizar, ya que estos nos ayudaran a entender la relación entre ambas.

En primer lugar, el *conflicto*, fenómeno que se presenta en ambas profesiones. En Trabajo Social éste siempre ha sido próximo, dado que las personas que acuden al/la trabajador/a social siempre presentan alguna clase de problema ya sea por falta de recursos, carencia de habilidades, exclusión, entre otros, que genera conflicto. Así pues, estos problemas que tienen los/las usuarios/as están relacionados con las interacciones y tensiones con los sistemas incluyendo la familia, la comunidad, el trabajo y los sistemas culturales (Olalde, 2012). El/la trabajador/a social en el desarrollo de su quehacer siempre ha realizado funciones como gestor del conflicto, previniendo o dando soluciones a las situaciones que se plantean (CGTS y otros, 2014). Por lo que hace a la Mediación, se concibe el conflicto como algo natural que requiere de la colaboración entre las partes para poder tratarlo (Olalde, 2012). Añadir que aunque éste sea la base de la intervención, durante ésta, dependiendo del modelo que siga el profesional, no se va a centrar en él, sino en el acuerdo o en las relaciones.

En segundo lugar, ambas profesiones promueven el *cambio* para que la situación mejore.

En tercer lugar, el *empowerment*. Que podemos definirlo como el conjunto de actuaciones tendentes a generar en las personas objeto de la acción, el fortalecimiento de la capacidad de controlar su propia vida. El empoderamiento significa otorgar el poder de hacer, de ser capaz, así como de sentirse con mayor control de las situaciones. Se parte de la premisa de que la aceptación del rol activo del individuo, de su plena capacidad de actuación en los programas y actuaciones gracias a la actitud crítica que ha desarrollado (Arredondo, 2010).

Esto hace que la persona tenga una comprensión más clara de la situación, sabiendo que es lo importante, porqué y cuáles son sus puntos fuertes que le lleven a mejorar la situación por si solos, asumiendo la responsabilidad hacia el cambio. En cuarto lugar, la *autodeterminación*. Tanto el/la trabajador/a social como el/la mediador/a deben fomentar esta capacidad para que los/las usuarios/as o partes, tomen sus propias decisiones en el momento y en situaciones futuras.

En quinto lugar, la *cooperación*. Se podría decir, que en Trabajo Social, la cooperación es entre el/la trabajador/a social y el usuario, mientras que en Mediación la cooperación se busca entre las partes, para poder llegar a un acuerdo que sea beneficioso entre ambos. En Mediación, las partes tienen que colaborar entre ellas para definir el problema y acordar la solución. En Trabajo Social, el/la trabajador/a social ayuda a las personas a satisfacer los intereses por ellos mismos, promoviendo sus habilidades y facilitando la interacción entre las personas y los sistemas en que forman parte (Olalde, 2012). En sexto lugar, se hablaría de las *posiciones, intereses y necesidades* de las personas, cosa que ya se ha hablado en el transcurso del trabajo, pero que también había que mencionar en este apartado. En Mediación, se asiste a las partes para que superen sus posiciones, satisfaciendo sus intereses y poniendo énfasis en la relación. Y en Trabajo Social, se ayuda a paliar esa necesidad haciendo que la persona se adapte al entorno social, promoviendo el cambio y la justicia social y económica (Olalde, 2012). En último lugar, la *comunicación* que como se ha comentado anteriormente, es uno de los aspectos

más importantes de ambas profesiones. Parte de la intervención depende en gran medida de ello, de los dotes comunicacionales de ambos profesionales, aunque en Trabajo Social, los recursos tanto personales como materiales, también son importantes. En Mediación es esencial la comunicación entre las partes. Es parte del proceso llegar a que ellas se comuniquen entre sí para que consigan entenderse entre ellas.

10. *Discusión.* – Aunque la Mediación y el Trabajo Social sean disciplinas/profesiones diferentes, ambas podemos decir que presentan importantes conexiones. A lo largo de la historia del Trabajo Social son muchas las experiencias de diferentes figuras importantes en la profesión que sí vinculan en la resolución de conflictos (Munuera, 2013). Así pues, no es algo discutible que el Trabajo Social es una disciplina ligada a contextos o situaciones conflictivas tanto a nivel individual, familiar, grupal como comunitario. Es verdad que aunque el objeto de intervención no sea el mismo, cada profesión tenga sus delimitaciones y objetivo y finalidad no sean los mismos, la intervención tiene lugar con personas que presentan algún tipo de conflicto, sea por la situación que sea y que presentan unos intereses y unas necesidades que cubrir, que les lleven a una situación de mejoría. Asimismo, como comenta Velasco (2012) sí que es relevante en ambas profesiones la independencia, la resolución de conflictos de forma autónoma y subrayar la necesidad del cambio. Por lo que se refiere a los modelos, también existen diferencias. Cada profesión presenta su base teórica que lleva luego a su praxis y los objetivos de la intervención varían en muchos aspectos. Sin embargo, existen conexiones teóricas, ya que por ejemplo ambas profesiones utilizan la teoría sistémica como modelo y aspectos dentro del modelo que son utilizadas por ambas profesiones. En Mediación durante el proceso se establece una agenda de temas a tratar, lo que podemos relacionar con el modelo centrado en la tarea en Trabajo Social, cuando el profesional con el usuario delimitan el problema. Además en este caso, también se firma un contrato, aunque en Mediación tiene un aspecto jurídico, además del compromiso.

Aunque con ciertos matices, durante la intervención de ambas disciplinas, se debe definir el problema y acordar una solu-

ción. En Mediación, son las partes quienes los realizan, con la ayuda del mediador/a que, de una manera neutra e imparcial, facilita el entendimiento entre las partes para que estas lo hagan. Y en Trabajo Social, son los/as trabajadores/as sociales y los usuarios quien colaboran entre sí para definir el problema y buscar una solución. En ambas profesiones se interviene con personas, grupos o comunidades, aunque en Mediación se necesita de dos o más partes para que exista la intervención. Y además, también intervienen dentro de los mismos ámbitos como puede ser el ámbito familiar, judicial, de salud, empresarial, etc. aunque si es cierto que las competencias y funciones que se puedan ejercer dentro de cada ámbito no es el mismo, depende de las características de la intervención. Del mismo modo, se puede decir que donde tienen más cabida estas relaciones son en las competencias, funciones, habilidades y técnicas, aunque estas persigan en su aplicación objetivos diferentes.

Tanto trabajador/a social como mediador/a necesitan:

- Capacidad de análisis y síntesis para poder comprender la situación y analizar la realidad para luego llevar a cabo la intervención.
- Necesitan conocimientos básicos de comprensión del ser humano.
- Capacidad para valorar y percibir emociones, además de saber gestionarlas (tanto las de uno mismo como las de los demás), lo que se llama inteligencia emocional.
- Deben ser hábiles comunicadores.
- Ejercer un rol de facilitador.
- Tienen que saber manejar los momentos de frustración y tensión.
- Empoderar.
- Reconocer.
- Negociar.

Se podría concluir, que la Mediación requiere unos conocimientos y capacidades que el trabajador/a social, en gran parte, ya tiene adquiridas debido a lo que, por sí, requiere su disciplina, por lo tanto, convierte al/la trabajador/a social como profesional idóneo para la Mediación y para ser mediador/a.

Referencias

- R.A. BARUCH BUSH, J.P. FOLGER (2006), *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Buenos Aires: Granica. FITS (2014). Definición global de trabajo social (Melbourne). Comité Ejecutivo de la Federación Internacional de Trabajadores sociales y la Junta de Asociación Internacional de Escuelas de Trabajo Social. Julio de 2014.
- A.L. LIMA FERNÁNDEZ (2013), *Nuevo escenario para la mediación en el Estado español. Análisis y estrategia desde el Consejo General del Trabajo Social. Servicios sociales y política social*. XXX (101), pp. 11-23.
- P. MUNUERA (2013), *Trabajo Social en la historia de la resolución de conflictos y la Mediación. Servicios Sociales y Política Social*. Vol. XXX, 101, pp. 25-36.
- L.M. RODÓN GARCÍA, M.P. MUNUERA GÓMEZ (2009), *Mediación familiar: un espacio de intervención para trabajadores sociales*. *Trabajo Social*, 2541.
- J.J. VISCARRET GARRO (2009), *Modelos de intervención en Trabajo Social*. En T. FERNÁNDEZ GARCÍA (coord.), *Fundamentos del Trabajo Social*. Madrid: Alianza Editorial.

CARMEN CAVA FERNANDÉZ, JOSÉ LUIS SARASOLA SÀNCHEZ-SERRANO*

MEDIACIÓN EN EL SERVICIO DE AYUDA DOMICILIO

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Ventajas y beneficios de la mediación en el servicio de ayuda domicilio en tiempos de pandemia. - 3. Retos para la mediación en el servicio de ayuda domicilio en tiempos de pandemia. - 4. Metodología de la mediación en tiempos de pandemia. - 5. Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb. - 6. Modelo la Escuela Integradora de María Falcòn. - 7. Metodología Mediación. - 8. Contexto de la Mediación. - 9. Resultados

1. *Introducción.* – El Servicio de Ayuda Domicilio por su idiosincrasia conlleva el surgimiento del conflicto y las diferencias en los intereses. Podemos proponer una enumeración de aquellos más comunes que tienen lugar en el trascurso del desempeño del servicio: El primer tipo de conflicto es aquel que tiene lugar entre auxiliar y auxiliar, cuando se producen sustituciones o entre las de lunes a viernes y las de fin de semana. Cuando la auxiliar que sustituye o realiza el servicio en fin de semana se excede en sus tareas. El segundo tipo de conflicto es el que se origina entre auxiliar y cuidador principal, pueden ser de diferente naturaleza; desde diferencias en la realización de las tareas, exigencias de tareas no detalladas en el PIA (Programa Individual de Atención) o realizar tareas para toda la unidad familiar. Y el tercer tipo de conflicto es que se produce entre auxiliar y coordinadora, ya sea por falta de comunicación, coordinación o colaboración. Una de las carencias de la interacción auxiliar - coordinadora es que la comunicación es normalmente por teléfono, wasap o correo electrónico, escasos son los momentos que ambas interactúan cara a cara. Estas divergencias se han acentuado con Covid-19, la comunicación es vía telefónica o wasap, se cita una vez al mes para recogida de material y poco más. Respecto a las visitas domiciliarias se han adapta-

* Profesores de Trabajo social en la Universidad de Sevilla.

do con video llamadas, realizadas por los técnicos con la complejidad de valorar una unidad familiar por video llamada, observando solo lo que la pantalla te permite. Estas circunstancias están provocando diversos conflictos en la realización de los servicios. La mediación proporciona una perspectiva constructiva del conflicto, por medio de una comunicación circular relacional, aportando nuevas formas de abordar el conflicto, desenmascarando esa percepción negativa. La mediación trabaja la escucha activa y la empatía, trasladando al mediado a la posición del otro, a percibir como se ha sentido y se siente el otro ante el conflicto. La resolución del conflicto pacífica, mediante la mediación refuerza las relaciones personales, trabaja el empowerment de los mediados, nos ayuda a construir una nueva vía de resolución del conflicto. Esta nueva forma de percepción del conflicto, les permite llegar a un consenso y ellos mismos detallar sus intereses, sin intervención de terceros, la resolución de conflictos vía judicial, destruye relaciones; uno pierde otro gana. La mediación enseña que ganar-ganar es posible si cada una de las partes, realiza un vaciado de sus sentimientos y experiencias de vida, empezando de cero, sin retroceder en el pasado más de lo necesario, modificando la comunicación. Queremos demostrar que mediante el protocolo de mediación en el Servicio Ayuda Domicilio, se reducirán los conflictos en el colectivo, se obtendrá una mejora en la calidad laboral de los profesionales, una satisfacción de los usuarios/usuarioas y familiares. Mejorando eficacia y eficiencia en la productividad del Servicio Ayuda Domicilio.

El 29 de octubre el número de fallecidos por Covid-19 refleja a 51 el total de víctimas del coronavirus desde el pasado mes de marzo. A fecha 11 de noviembre eleva el total a 1036 muertos con coronavirus o síntomas compatibles en residencias desde el inicio del brote.

2. Ventajas y beneficios de la mediación en el servicio de ayuda domicilio en tiempos de pandemia.

- Suprimir el Estrés

El estrés social provocado por un nivel de estrés laboral elevado puede aumentar el consumo de tabaco, alcohol, así como

una apatía general, que de alguna manera trastornan la salud. Sandín (2003, ps.141-147)

Estas situaciones de estrés se pueden reducir con la mediación, trabajando la comunicación positiva, comunicación asertiva, trabajando la empatía, la percepción del conflicto, desde una perspectiva de crecimiento personal y desarrollo de nuevas formas de diálogo. Modificando la forma de relacionarnos desde el respeto mutuo y el diálogo con técnicas de resolución de conflictos. Lederach (1998, ps. 57-59).

- Reducir el Absentismo Laboral

La ausencia del trabajador de su puesto de trabajo, es un problema grave para las empresas, más si cabe en el contexto de la Ayuda Domicilio, cuando el usuario necesita ese servicio para la realización de las actividades básicas de la vida diaria. La mediación puede paliar ese absentismo siempre y cuando sea producto de un conflicto laboral.

- Disminuir los Accidentes Laborales

Los accidentes de trabajo están íntimamente relacionados con los niveles de estrés laboral, como hemos dicho en el párrafo anterior; esa reacción adversa que el cuerpo utiliza para responder a la adversidad. Sandín (2003, ps.141-147).

- Combatir el Mobbing

El mobbing es un tipo de violencia que tiene lugar en el trabajo, con conductas intimidatorias.

- Contrarrestar el Burnout

En la última asamblea de la Organización Mundial de la Salud celebrada el 25 de mayo de 2019, los expertos han acordado incluir por primera vez en la guía de enfermedades asociadas al empleo reconocidas el síndrome del burnout o trabajador quemado.

3. Retos para la mediación en el servicio de ayuda domicilio en tiempos de pandemia.

- Estrés Laboral

El estrés una respuesta involuntaria del organismo el cual se pone en posición de alerta para hacer frente a la demanda. La mediación contribuye al crecimiento de actitudes colaboradoras.

– Absentismo Laboral

El absentismo laboral puede ser fruto de muchas variables o de una sola, desde nuestro objeto de estudio; el estrés laboral, mobbing, etc. y desde esta posición, los recursos de la mediación pueden reducir el absentismo laboral, al aumentar la capacidad de diálogo y la mejora las habilidades comunicativas.

– Accidentes Laborales

Los accidentes de trabajo suponen un alto coste para la organización, que afecta directamente a la productividad de la organización, Los accidentes son a veces producto de un estado de insuficiente atención en la realización de la actividad.

– Mobbing Laboral

El mobbing laboral es considerado como el terror un ataque en el ámbito laboral, provocado por conductas hostiles hacia trabajadores. Desde la mediación se trabaja en la elaboración de actitudes de interés y respeto mutuo por el semejante.

– Burnout

El burnout lo definen diferentes autores como el compromiso crónico con el trabajo en situaciones emocionales, otros autores lo definen como respuestas negativas hacia las personas con las que trabajan. Barrera, Malagón, Sarasola (2015, ps.51-91)

La mediación ayudará a las partes a clarificar las posibles alternativas, les animará a dialogar, mediante técnicas de comunicación efectiva y eficaz; la escucha activa.

4. *Metodología de la mediación en tiempos de pandemia.* – La metodología a utilizar es una fusión entre el Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb y el Modelo de la Escuela integradora de María Falcón, recopilando patrones similares que pueden resultar útiles alternando técnicas según el caso, para el desarrollo de la mediación en el Servicio Ayuda Domicilio.

5. *Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb.* – Este modelo sustenta el hecho que en nuestras vidas se han ido produciendo una serie de narrativas, que le han dado forma a nuestras experiencias ante el conflicto y la manera de solucionarlo. Las premisas que constituyen este modelo; la comunicación es muy relevante las formas y modos de emitir y recibir el mensaje, la causalidad; Cobb afirma que no hay una única causa que provoque una respuesta, sino una retroalimentación, un feedback de las causas y sus factores.

Cambiar el significado es otra pieza clave; cada persona tiene su historia, construido por sus experiencias, su percepción, lo que nos traslada a la necesidad de llevar a realizar entrevistas privadas o CAUCUS. Y por último crear contexto donde las partes construyan una nueva forma de entender los intereses y posicionamientos.

6. *Modelo la Escuela Integradora de María Falcón (2016).* – La Escuela Integradora Falcón dicha escuela utiliza formulas de la PNL (Programación Neurolingüísticas) haciendo uso de ella en la comunicación verbal y no verbal. La escuela integradora parte de la confianza, la serenidad y la templanza que aporta el Amor para afrontar el miedo que aporta; ira, rencor y reproche.

La herramienta de la Mediación Integrado es la PNL, su objetivo es encontrar alternativas de reflexión para concebir el conflicto a través de los procesos mentales. La PNL tiene una herramienta fundamental el Coaching: definido como el método que acompaña, instruye o entrena a un apersona con el objetivo de alcanzar sus metas o desarrollar habilidades específicas.

7. *Metodología Mediación.* – Se realizaron dos casos prácticos de cada casuística: dos de auxilia -auxiliar; dos auxiliar-coordinadora; dos usuario-auxiliar y dos auxiliar - familiar. Siguiendo la siguiente estructura:

8. *Contexto de la Mediación.* – Pre-mediación: análisis del caso, como llega el caso al servicio de mediación del Servicio de Ayuda Domicilio.

Reunión informativa a las partes se realizan de manera individualizada, proponiéndoles la resolución del conflicto desde la voluntariedad. Informándoles de las ventajas de la mediación y de los beneficios personales al enfocar el conflicto desde la perspectiva del crecimiento personal y re-estructuración de la comunicación, la causalidad del conflicto, mostrándoles la percepción del conflicto desde otra perspectiva constructiva y positiva.

Caso Prático:

1. *Identificar a las partes: identificación de las partes en conflicto;*
2. *El conflicto: exposición de las partes de las divergencias que han dado lugar al conflicto;*
3. *Metodología Mediación;*
4. *Planteamiento de resolución del conflicto;*
5. *Recibimos a las partes en el despacho, le agradecemos su asistencia a la sesión. Explicamos los principios, características y beneficios de la mediación;*
6. *Presentación: Sesión inicial - Constitutiva;*
7. *Establecer las reglas del juego la voluntariedad y libre disposición al proceso de mediación, la libertad para retirarse de la sesión, cuando lo crea oportuno, el respeto mutuo, la igualdad de las partes, la imparcialidad y neutralidad del mediador, la buena fe y la confidencialidad;*
8. *Firma Acta inicial de mediación Anexo I;*
9. *Exposición del problema;*
10. *Cada parte expone el problema en una sesión individual;*
11. *Identificación del problema - Búsqueda de intereses - Individual;*
12. *Preparamos una reunión individual para evitar las colonizaciones narrativas, con cada auxiliar para conocer el conflicto y que ambas auxiliares expongan sus motivos; su percepción del problema, las causas del problema;*
13. *En esta fase hacemos uso de las técnicas del Método Integrador: el Vaciado o Integradora-Escucha en 3D, calibraje;*

la actitud del oso, rapport; acompasamiento, mensajes en yo, patrón interruptor, metaprogramas;

14. *Propuesta de soluciones. Desarrollo de intereses – Brainstorming – Llegar acuerdos:*
 - ¿Qué les gustaría conseguir viniendo a mediación?
 - ¿Qué cree que podría hacer para que sea más fácil la resolución del conflicto?
 - ¿Qué sucedería si lográis un consenso?
 - ¿Se os ocurren otras formas de hacerlo?
 - ¿Qué es lo más le interesa llegado a este punto?
 - ¿Qué están dispuestas a hacer para el cambio?
 - ¿Cómo les gustaría que se solucionara?
15. *Estas preguntas se realizan a cada una de las partes, para mostrar el camino del acuerdo a las mismas;*
16. *Acuerdo - Darse cuenta;*
17. *Llegan a un acuerdo tras exponer sus intereses y consensuar los pasos a seguir;*
18. *Cierre. Redacción y firma de acta final.*
Acta final: Anexo II Acuerdos de mediación;
19. *El compromiso por ambas partes de una comunicación fluida desde el respeto, la igualdad y la buena fe .En aras de una buena realización del servicio y una buena relación laboral;*
20. *Pos-mediación.*

Se propone a las partes para una sesión, en unos seis meses, para valorar como se desarrollan los acuerdos.

9. *Resultados.* – Tras los casos resueltos y los resultados cualitativos obtenidos, la resolución de conflictos en el Servicio de Ayuda Domicilio, es relevante a la vez que necesaria.

Por todos es sabido que fruto de las relaciones humanas nacen los conflictos, no hay mejor caldo de cultivo que el caso que nos atañe, ya que el noventa y nueve por ciento del trabajo se realiza en la interacción con las personas , ya sean auxiliares, cuidadores , usuarios o coordinadoras.

La mediación mediante sus diferentes técnicas, aportan al Servicio de Ayuda Domicilio la información apropiada para gestionar los conflictos, manteniendo las relaciones y reduciendo los niveles de estrés laboral.

La mediación mejorara las relaciones laborales del Servicio de Ayuda Domicilio, las que tienen lugar entre: auxiliar - coordinadora, auxiliar - usuario y auxiliar - cuidador principal. Modificando la forma de comunicarse, la percepción del conflicto, trabajando la empatía y asertividad.

Bibliografía

- E. BARRERA ALGARÍN, J. L. MALAGÓN BERNAL, J.L. SARASOLA SÁNCHEZ-SERRANO, 2015 *Trabajo Social, su contexto profesional y el Síndrome de Burnout. Comunitania: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 9, pp. 51-91. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/comunitania/article/view/18904/15796>
- S. COOB, R. JANER (1991), *Practice and Paradox: deconstructing Neutrality in Mediation. Law & Social Inquiry*. Vol. 1. núm.16, pp. 35-62. Recuperado de: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0964663907076531>
- M. FALCÓN (2016), *Escuela Integradora*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias.
- J. LEDERACH (1998), *El abecé de la paz y los conflictos*. Edición para la paz. Madrid, Catara, pp.57-59.
- B. SANDÍN (2003), *El estrés: un análisis basado en el papel de los factores sociales. International Journal of clinical and health psychology*, 3(1), pp.141-157. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/337/33730109.pdf>
- Servicio de ayuda a domicilio. Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Conciliación y Políticas Sociales. Recuperado el 10 noviembre 2020 de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/areas/dependencia/prestaciones/paginas/ayuda-domicilio.html>.
<https://www.upo.es/postgrado/Master-La-mediacion-estrategias-y-metodologias-de-prevencion-y-resolucion-de-conflictos/#>.

MARIE LINE KARAM*

DU CONFLIT AU DIALOGUE...DÉFIT CONTINU ET PERMANENT (LES CIVILISATIONS ET LE DROIT INTERNACIONAL)

SOMMAIRE: 1. Introduction. - 2. Les civilisations: Sujets de droit international. -
3. Civilisations, paix et droit. - 4. Conclusion.

1. *Introduction.* – Novembre 2020, les sujets de droit interne et international vivent-ils en paix? Les relations internationales entre Etats sont elles pacifiques ou conflictuelles? La technologie et l'évolution ont-elles permis de briser les «murs d'incompréhension» qui engendraient des guerres et des conflits armés? La médecine, les recherches et les inventions sont elles parvenues à mettre un terme aux crises sanitaires? Le paysage est bien plus sombre que l'on aura pu imaginer.

Une pandémie universelle- le Corona Virus, des attaques terroristes, des guerres et des occupations illégitimes Malheureusement, la situation globale n'est point encourageante.

Face à cette réalité douloureuse, il est nécessaire de chercher les véritables raisons de l'impasse qui bloque le processus international de la paix mondiale.

En effet, la mondialisation a permis l'ouverture des frontières interétatiques et a créé une interdépendance à tous les niveaux. Cette interdépendance a été considérée par plusieurs experts comme étant la source d'une harmonie entre les Etats.

Nul ne pourra nier les effets positifs de la mondialisation sur la «normalisation» des relations internationales et la recherche d'une certaine stabilité et prévisibilité nécessaires au bon fonctionnement de ce «village global»¹.

* Professeur de droit International à l'Université du Liban.

¹ M.L. KARAM, *Le rôle de la volonté en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille*, Etude du droit international, ANRT, 2007, Paris

Néanmoins, de nouvelles menaces à la paix trouvent leurs sources dans des motifs politiques, sociaux, économiques, culturels, religieux et environnementaux et parfois un mélange de tout. Ils peuvent prendre la forme de tensions intra ou interétatiques qui peuvent se transformer en conflits, guerres, vecteurs de maladies transnationales, terrorisme mondial, tsunamis, inondations et sécheresses, conflits relatifs aux ressources en eau, mauvaise utilisation du cyberspace, ainsi que l'effet conjoint de toutes ces forces, en produisant des transformations sociales perturbatrices et des mouvements de population humaine traumatisants.

Le plus choquant encore, ce sont les explications présentées par de nombreux experts qui se basent à nouveau sur la théorie du « choc de civilisations »².

Samuel Huntington explique comment les affrontements entre civilisations sont la plus grande menace pour la paix mondiale mais aussi comment un ordre international basé sur les civilisations est la meilleure garantie contre la guerre. Dans ce nouveau monde, la politique locale est la politique de l'ethnicité; la politique mondiale est la politique des civilisations. La rivalité des superpuissances est remplacée par le choc des civilisations.

Est-ce que les différences entre les civilisations deviendraient la source principale du futur conflit mondial en dépit de l'émergence de valeurs censées être universelles suite à la mondialisation?

Contrairement aux idées communément admises, Huntington a nié que les valeurs étaient universelles. La complexité et l'interdépendance croissantes, a-t-il dit, n'ouvriraient pas une période de paix, mais prépareraient plutôt la voie pour un retour à des identités indépendantes. Plutôt que de tirer son identité de systèmes idéologiques avec un attrait mondial, Huntington prévoyait le rôle durable de la religion et de la culture dans la formation de l'identité individuelle et étatique³.

² « Clash of Civilizations and the Remaking of World Order » est devenu un ouvrage classique des relations internationales et l'un des livres les plus influents jamais écrits sur les affaires étrangères - S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York: Touchstone, 1997, APA. Huntington, Samuel P. (1997).

³ Dans le même temps, cependant, Huntington ne croyait pas que l'État-nation continuerait à servir d'unité fondamentale du conflit géopolitique, com-

Ces phénomènes, au cas de leurs réalisations, modifient radicalement les conditions du dialogue et de la construction d'une paix durable. Alors que la croissance s'est étendue sur tous les continents, les anciennes inégalités persistent et de nouvelles font leur apparition. Les nouvelles technologies rassemblent les gens, mais beaucoup se sentent menacés, confus, étrangers et exclus dans cet environnement. Des changements profonds ont touché non seulement la façon dont nous communiquons, mais aussi les voies de communication, transformant de nombreuses personnes en étrangers pris dans un réseau de transformations irréversibles⁴.

Il serait nécessaire de rappeler que le professeur Samuel Huntingtona affirmé:

«Mon hypothèse est que, dans le monde nouveau, les conflits n'auront pas essentiellement pour origine l'idéologie ou l'économie. Les grandes causes de division de l'humanité et les principales sources de conflit seront culturelles. Les Etats-nations continueront à jouer le premier rôle dans les affaires internationales, mais les principaux conflits politiques mondiaux mettront aux prises des nations et des groupes appartenant à des civilisations différentes. Le choc des civilisations dominera la politique mondiale».

Il ajoutait: *«Le sentiment d'appartenance à une civilisation va prendre de plus en plus d'importance dans l'avenir, et le monde sera dans une large mesure façonné par les interactions de sept ou huit civilisations majeures: à savoir, les civilisations occidentale, confucéenne, japonaise, islamique, hindouiste, slave-*

me il l'avait fait pendant une grande partie du XXe siècle. Au lieu de cela, l'interconnexion mondiale intensifierait la concurrence politique, obligeant les États individuels à chercher une protection vers le haut et vers l'extérieur. Cette combinaison d'identités de plus en plus polarisées et de concurrence politique croissante conduirait, de l'avis de Huntington, à un système international défini par une concurrence «civilisationnelle» plutôt qu'une concurrence interétatique. Les civilisations continueraient à s'organiser autour de certains «États centraux» qui combinaient des ressources de hard power et de soft power pour diriger leurs groupements culturels, tandis que les États déchirés seraient divisés en interne entre les principaux pôles civilisationnels.

⁴ C. TAYLOR, *Le Malaise de la modernité*. Paris, Le Cerf [éd. orig.: 1991], 1999.

*orthodoxe, latino-américaine et, peut-être, africaine. Les plus importants conflits à venir auront lieu le long des lignes de fracture culturelles qui séparent ces civilisations*⁵.

Nous ne reviendrons pas sur les critiques que cette théorie a soulevé mais la question se pose de savoir si la coexistence pacifique ou même l'intégration inter-culturelle est irréalisable?....

2. *Les civilisations: Sujets de droit international?* – Les personnes morales internationales – également appelées sujets de droit international – sont capables d'être titulaires, d'exercer et / ou de faire respecter divers droits et devoirs en vertu du droit international. Ils peuvent également contribuer à la création du droit international.

Les personnes morales internationales peuvent être globalement classées comme des États et des acteurs non étatiques⁶. Par opposition à ces sujets, il y a aussi d'autres «acteurs» du droit international, qui ne peuvent pas revendiquer et exercer directement leurs droits, sauf par l'intermédiaire des États (par exemple, des entreprises privées), et ceux qui influencent le développement du droit international même s'ils ne sont pas des sujets (par exemple, des groupes qui influencent la création de traités internationaux contre le terrorisme).

Les États, au niveau conceptuel, ont des droits et des devoirs égaux en vertu du droit international plus particulièrement sur la base du principe de l'égalité souveraine. D'autres – sujets non étatiques – ont des degrés de droits et de devoirs qui varient selon leurs différentes catégories (par exemple, les individus par opposition aux organisations internationales) et au sein de leur propre catégorie (par exemple, différentes organisations internationales ont des droits et des devoirs différents).

Pour Dixon «Un sujet de droit international est un organisme ou une entité reconnu ou accepté comme étant capable, ou com-

⁵ «The Clash of civilizations?», *ForeignAffairs*, vol. 72, n° 3, été 1993 (traduit en français par la revue *Commentaire*, Paris, été 1994).

⁶ P.-M. DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, Précis, 5 septembre 2018

me étant en fait capable, de posséder et d'exercer des droits et devoirs de droit international»⁷.

Les premiers sujets de droit international étant les Etats, au moment où une entité devient un État, elle devient une personne morale internationale et acquiert la personnalité juridique internationale. Les États sont les premiers sujets du droit international – c'est-à-dire que le droit international a été créé pour régler les relations entre États.

En outre, les acteurs non étatiques dotés de la personnalité juridique internationale comprennent les organisations internationales (l'ONU et l'UE).

Une organisation internationale est définie comme «une organisation établie par un traité ou un autre instrument régie par le droit international et possédant sa propre personnalité juridique internationale. Les organisations internationales peuvent inclure comme membres, en plus des États, d'autres entités». Les Nations Unies et l'Organisation mondiale du commerce sont des exemples d'organisations internationales.

Il n'y a pas de doute que l'organisation ou la structure même du droit international devient de plus en plus incompatible avec les besoins de la société internationale et les attentes des individus. Preuve en est, la persistance des conflits, des guerres et la montée de l'extrémisme...

En réalité, au cas où le sentiment d'appartenance à une civilisation devient plus fort que le sentiment d'appartenance à un Etat, le droit international ne doit-il pas prendre conscience de cette réalité?

Existe-t-il des valeurs universelles sur lesquelles le droit international pourra se baser afin de dessiner les contours de l'ordre juridique international par exemple?

Quand on parle de valeurs universelles, la première idée qui vient à l'esprit, c'est la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Est-ce que les valeurs consacrées par cet instrument, censé réunir les droits fondamentaux communément admis, sont-elles vraiment internationales?

Il conviendrait de souligner, de prime abord, que l'interprétation et l'application des droits consacrés ont été basées sur les valeurs spécifiques et particulières de chaque État au point qu'ont peut se demander s'il s'agissait toujours des mêmes articles concernés.

⁷ D. MARTIN, *International law*, Oxford University press, 7th edition, p.116

Certains auteurs ont mis l'accent sur la relation entre la civilisation musulmane et le droit international particulièrement par rapport aux droits de l'homme par exemple⁸.

Dans sa définition sur la civilisation islamique, Ben Achour⁹ a considéré que «la civilisation islamique est définie par le critère religieux. Elle englobe par conséquent toutes les cultures, tous les Etats, toutes les sociétés qui partagent en commun des conceptions métaphysiques et un culte se réclamant d'une religion monothéiste qui est l'islam et dont on connaît la genèse et le développement historique».

Si la civilisation a tellement d'influence sur la scène interne et internationale, comment peut-on définir la «civilisation»?

La civilisation constitue la «synthèse la plus vaste d'un groupe social donné. Elle englobe la culture et les arts, la religion, la vie politique et celle de l'Etat, l'esprit civique majoritaire, les mœurs, les modes de production, le système juridique, les sciences, les œuvres de l'esprit»¹⁰.

En réalité, nul ne pourra nier l'importance de la civilisation et l'influence qu'elle exerce sur certains sujets de droit.

Une simple analyse des attaques terroristes récentes en Europe (Attaque de Nice 2020) a permis à certains auteurs de constater l'«unité» d'esprit et l'effet mobilisateur de la civilisation, effet paralysant parfois le sentiment d'appartenance à un Etat qui les considère comme ses sujets de droit (étant titulaires des mêmes droits et obligations)¹¹. Par ailleurs, il conviendrait de souligner également la réaction européenne de condamnation absolue et les efforts déployés pour maintenir une «unité» dans la lutte contre le terrorisme¹². S'agit-il d'un conflit de civilisations?

⁸ M.A. AL-MIDANI, *Les États islamiques et la Déclaration universelle des droits de l'homme*, (1998) 1-3 *Le Courrier du Geri – Revue d'islamologie et de théologie musulmane*

⁹ Y.B. ACHOUR, *Le rôle des civilisations dans le système international*, Droit et relations internationales, Bruylant, et édition de l'université de Bruxelles, 2003.

¹⁰ B. ASHOUR, *op. cit.*

¹¹ Interview avec Mr le Professeur Amer Tarraf, Professeur émérite de droit à l'université libanaise, le 13\11\2020

¹² «Les Européens tentent de maintenir l'unité sur la lutte contre le terrorisme, les ministres européens des Affaires intérieures ont discuté du renforcement de la lutte contre le terrorisme» article publié dans le journal *Le Soir*, le 13/11/2020.

L'appartenance à une civilisation déterminée exerce certes une influence incontestable sur les individus ainsi que sur les Etats eux-mêmes.

En réalité, l'Etat était et demeure le principal sujet de droit international. Les organisations internationales considérées comme étant sujets de droit jouent également un rôle primordial. Néanmoins, la scène internationale est forgée par des acteurs non étatiques exerçant parfois une influence sur les Etats eux même et dessinant le paysage international à plusieurs égards, la mosaïque des civilisations en est un exemple.

Considérer les diverses civilisations comme étant des acteurs et des sujets de droit international, c'est leur permettre de conclure des conventions et des traités internationaux même avec des Etats, de représenter leurs sujets, de définir les contours des droits et des obligations auxquelles ils sont assujettis et même de recourir aux tribunaux internationaux.

En d'autres termes, est-il possible de reconnaître une personnalité juridique aux diverses civilisations existantes?

Cette démarche requiert l'existence de critères objectifs bien définis. Néanmoins, une simple lecture de la définition du terme «civilisation» est suffisante pour démontrer l'ambigüité et la généralité des critères, s'il en existe.

En outre, l'influence exercée suite à l'appartenance à une civilisation déterminée n'est-elle pas une influence indirecte à travers les individus?

Nous pouvons constater donc que la source du problème est bien plus profonde que la simple reconnaissance du rôle des civilisations diverses et de leurs places en droit international, le problème est plutôt substantiel lié à l'essence même de ce droit suite à l'évolution.

Enfin, est-il vrai que le sentiment d'appartenance à une civilisation est plus fort que l'appartenance à un Etat? Enfin est-ce une règle générale ou une exception?

3. *Civilisations, paix et droit.* – L'existence de multiples civilisations exerçant une influence ultime sur les sujets de droit engendre-t-elle inévitablement des conflits?

En réalité, s'il est difficile de reconnaître la «civilisation» comme sujet de droit international en raison de la difficulté de déli-

imiter ses contours et de définir des critères objectifs, il n'en demeure pas moins que des avantages pertinents peuvent découler de cette reconnaissance comme la possibilité de recourir aux juridictions internationales.

Cependant, il convient de souligner que la diversité de civilisations n'est pas toujours synonyme de conflit; bien au contraire, nous pouvons la considérer comme un facteur de richesse.

De surplus, le cas des attaques terroristes en Europe ne reflètent pas en réalité nécessairement un conflit de civilisations mais une déviation à la norme, une violation de l'ordre public censé être sanctionnée.

Le monde actuel se caractérise par un multilatéralisme culturel croissant: mondialisation, Internet, moyens modernes de communication, chacun d'eux permet de développer des contacts, des mélanges, mais aussi des frictions, des rejets et parfois des conflits entre cultures et civilisations.

Alors que l'importance de la culture et de la civilisation dans le comportement organisationnel est acceptée depuis longtemps, il est temps de repenser à ces facteurs d'influence et à leurs implications au niveau du droit international. Les approches traditionnelles des conflits mettent l'accent sur la suprématie de l'État tout en ignorant un bon nombre des caractéristiques internes uniques qui diffèrent d'un État à l'autre.

Il s'agit certes d'une approche erronée ou du moins insuffisante en raison du fait que la culture a en un effet profond sur la façon dont les États perçoivent les autres sujets de droit, s'y comportent et gèrent leurs conflits. La culture est devenue plus importante dans l'environnement actuel où de nombreux conflits ont lieu non seulement entre les États, mais surtout entre des groupes, divisés selon des critères culturels ou religieux, au sein d'un État. Il suffit d'examiner comment la culture affecte le processus et l'efficacité des modes diplomatiques de résolution des conflits comme la médiation internationale¹³.

Du début du XIXe siècle au milieu du XXe siècle, les cultures en Europe étaient principalement nationales. Ils ont été organisés et conçus comme des attributs des États-nations. Néanmoins, suite à la mondialisation, à l'évolution et au transfert de te-

¹³ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, coll. «Que sais-je?», 1995

chnologie, une interdépendance culturelle a abouti à l'émergence de ce qu'on a appelé «un village global»¹⁴.

Cette interdépendance ne va pas sans la mise en lumière de divergences culturelles, divergences qui peuvent aboutir à des conflits. Cependant, cette réalité ne cache pas l'existence de nombreux points de ressemblances entre les diverses civilisations. En outre, cette interdépendance pourrait être source de rapprochement.

En cas de conflit, et en l'absence de reconnaissance d'une personnalité légale aux civilisations, l'unique voie possible serait alors les modes pacifiques de résolution des conflits. Une simple lecture du préambule de la Constitution de l'UNESCO permet de bien souligner une réalité évidente: «Les guerres prenant naissance dans l'esprit des hommes, c'est dans l'esprit des hommes que doivent être élevées les défenses de la paix»¹⁵. Cette vérité s'est accentuée suite à la défaillance, à plusieurs égards, du système juridique international. La rencontre des esprits nécessite alors un dialogue permanent sachant que «le conflit commence là où le dialogue cesse»¹⁶. Le dialogue interconfessionnel doit s'appuyer sur la contribution de multiples parties prenantes de tous les horizons afin de tenter de trouver des bases communes, ainsi que l'a bien affirmé Mme Michelle Guillaume Hofnung «*Nous sommes tous concernés par la dégradation du tissu social et nous sommes tous concernés par sa réparation. Le vivre ensemble se tisse et hélas se détisse d'abord entre les individus*»¹⁷. La paix commence à travers l'individu. Nous devons réaliser qu'en tant qu'individus, nous ne sommes pas impuissants et que le pouvoir de chacun peut faire la dif-

PJ. CARNEVALE, D-W. CHOI, "Culture in the mediation of international disputes", *International Journal of Psychology* 35(2): 105-10, 2000.

¹⁴ M. McLuhan, *This is Marshall McLuhan: The Medium is the message*, New York NBC 1967.

¹⁵ "Dialogue Interculturel", Unesco, 2019.

¹⁶ Allocution de la Directrice générale de l'UNESCO, Irina Bokova, «Le dialogue entre les cultures: les nouvelles voies de la paix», 18 février 2010, Haut panel sur la paix et le dialogue entre les civilisations

¹⁷ M.-G. HOFNUNG, "La médiation et ses humbles tisserands de dialogue", *Huffigton Post*, 5\10\ 2016

férence. En tant qu'individus, nous devons accepter la responsabilité de mettre fin au fléau de la guerre et d'aboutir à une culture de paix. Nous devons comprendre que la paix est bien plus que l'absence de guerre. La paix implique un processus de participation individuelle et communautaire. Cela exige la justice, l'égalité des droits et l'égalité des chances¹⁸. Il ressort de ce qui précède que la communauté internationale a besoin d'une mesure stratégique dans les prochaines décennies afin de renforcer l'état du droit international dans le but de renforcer le multilatéralisme et d'améliorer les capacités de gouvernance mondiale. Le droit international a donc besoin de réforme. Elaboré dans un environnement tout à fait différent du contexte actuel, la défaillance du système établi apparaît à plusieurs égards. Alors que la communauté internationale est confrontée à une série de défis mondiaux qui s'intensifient, cet appel urgent à approfondir un engagement commun en faveur du multilatéralisme et de la coopération internationale fondée sur des règles de base a été repris. L'ordre juridique international fondé sur des règles et des normes provenant des sources censées être obligatoires devraient prévoir des mesures positives pour renforcer ses fondements. L'ordre actuel est exposé à de fortes pressions au point qu'il serait légitime de savoir s'il demeure toujours le garant de la sécurité et de la prospérité internationale.

Les principales institutions juridiques internationales, les architectures juridiques et l'état de droit international sont, en général, dépassées et souvent pas à la hauteur des défis mondiaux auxquels la communauté internationale est actuellement confrontée, la réaction internationale vis à vis de la pandémie du Corona virus n'est qu'un exemple. L'objectif devrait être de concevoir la prochaine génération d'institutions juridiques internationales, en redoublant et en confirmant l'attachement de la communauté internationale à l'ordre international. Néanmoins, cet objectif ne saurait être réalisé sans la reconnaissance d'un rôle primordial à l'individu. Le manque de mise en œuvre adéquate des accords internationaux sur les droits de l'homme a été considéré comme l'un des plus grands scandales de notre

¹⁸ O. CARAH, *Individual Responsibility in Building a Culture of Peace*, Septembre 2001 in www.wajinpeace.org.

temps¹⁹. Il serait donc essentiel de trouver les moyens de contrer la fragmentation et de rechercher un terrain d'entente entre les diverses civilisations. Un dialogue authentique entre les peuples appartenant à des cultures et à des civilisations différentes devrait constituer une force directrice vers des relations pacifiques. Ce qui nécessite l'intervention directe parfois de l'individu au niveau international. L'un des principes fondamentaux de l'«état de droit» est qu'il ne doit pas y avoir de discrimination dans l'application des lois – le droit international doit être applicable à tous et le caractère contraignant des obligations internationales doit se révéler davantage au niveau de l'exécution. Le débat sur la reconnaissance de l'individu en tant que sujet du droit international est un débat classique en droit international²⁰. Ce sujet a été affirmé et rejeté dès le début, en raison de différentes positions doctrinaires²¹. Historiquement, seuls les États étaient considérés comme des sujets exclusifs du droit international. Cependant, le droit international reconnaît les droits et les obligations fondamentaux des individus. Ils se voient accorder des droits procéduraux, mais uniquement envers les pays déclarés qui sont parties à des traités créant de tels droits ou à des organisations internationales qui ont adopté des résolutions prévoyant de tels droits²². Par conséquent, ils ont un statut unique en droit international. On peut affirmer que si les États ont la personnalité juridique internationale appropriée, les individus possèdent un *locus standi limité* en droit international²³. Cependant, cette intervention directe et indirecte de l'individu au

¹⁹ Prof. Shekhar Saxena's cover endorsement of Rubin, Neal S. and Roseanne L. Flores, eds. *The Cambridge Handbook of Psychology and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming 2020.

²⁰ C.M. ASSENZA, Individual as Subject of International Law in the International Court Jurisprudence (2013) <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/viewFile/40/30>> accessed 22 December 2017.

²¹ J. KLABBERS, *The Individual in International Law*. Cambridge University Press, 2013

²² A.T. MULLER, 'Kate Parlett', "the Individual in the International Legal System. Continuity and Change in International Law", *European Journal of International Law*, 2012, pp. 294-296.

²³ A. CASSESE, *International Law* (2nd edn, Oxford University Press 2005), 149; All Answers Ltd. (November 2018). Individuals as Subjects of Internatio-

niveau du droit international montre l'ampleur de la transformation de l'ordre juridique international. Il en résulte donc que l'efficacité du système juridique international nécessite une prise de conscience de l'évolution des acteurs et des sujets de droit international. L'élaboration d'un système de droit qui ne reflète pas les besoins de ses sujets entraîne une « faille » susceptible d'entraîner des conflits et même des guerres armées ou de surplus peut pousser les personnes à rechercher un système alternatif qui satisferait leurs attentes, système qui pourrait contredire les bases fondamentales du système juridique international.

4. *Conclusion.* – Les conflits, les guerres et l'extrémisme ne sont que le résultat de la défaillance du système juridique international. C'est l'individu qui a pris la relève et a essayé de remédier à la faille du système juridique international en ayant recours à des alternatifs. Il en résulte donc que le droit international devrait prendre conscience de cette réalité qui est loin d'être utopique. Le remède efficace de la situation actuelle se trouve entre les mains des individus. Le multiculturalisme, l'acceptation de l'autre, la priorisation des droits fondamentaux devient alors primordial. La stratégie traditionnelle basée sur l'imposition de « valeurs universelles » et l'ignorance intentionnelle de la diversité constitue désormais une entrave au bon fonctionnement du système international. Le recours au processus de « clonage » des normes internationales au niveau interne en dépit l'incompatibilité de ces règles avec la nature du système interne a démontré son inefficacité et a porté atteinte à l'image de l'ordre juridique international. Il est donc indispensable d'organiser des nouvelles formes de solidarité planétaires pour la défense des biens communs de l'humanité²⁴. Ainsi que Martin Luther King, Jr. a déclaré :

“Whatever affects one directly, affects all indirectly”.

« Tout ce qui affecte quelqu'un directement, affecte tous indirectement ».

nal Law Debate. Retrieved from <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/international-law/individuals-subjects-international-law-8836.php-vref=1>.

²⁴ F. JARAUTA, « Mondialisation et conflit de civilisations », *L'Homme*, 2008, pp. 145-157.

Ouvrages:

- A. CASSESE, *International Law* (2nd edn, Oxford University Press 2005).
- T. CHARLES, 1999 *Le Malaise de la modernité*. Paris, Le Cerf [éd. orig.: 1991].
- M. DIXON, *International law*, Oxford University press, 7th edition.
- G.H. MICHÈLE, *La médiation*, coll. «Que sais-je?», 1995.
- M. McLUHAN, *This is Marshall McLuhan: The Medium is the message*, New York NBC 1967.
- M.L. KARAM, *Le rôle de la volonté en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille*, Etude du droit international, ANRT, 2007, Paris.
- P. SAMUEL *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York: Touchstone, 1997, APA.

Articles:

- M.A. AL-MIDANI, *Les États islamiques et la Déclaration universelle des droits de l'homme* (1998), 1-3 *Le Courrier du Geri – Revue d'islamologie et de théologie musulmane*.
- Y. BEN ACHOUR, *Le rôle des civilisations dans le système international*, Droit et relations internationales, Bruylant, et édition de l'université de Bruxelles, 2003.
- P.J. CARNEVALE, D.W. CHOI, “*Culture in the mediation of international disputes*”, *International Journal of Psychology* 35(2): 105-110, 2000.
- M.G. HOFNUNG, “*La médiation et ses humbles tisserands de dialogue*”, Huffigton Post, 5/10/2016
- F. JARAUTA, «*Mondialisation et conflit de civilisations*», *L'Homme*, 2008, pp. 145-157.
- A.T. MULLER, K. PARLETT, “*the Individual in the International Legal System. Continuity and Change in International Law*”, *European Journal of International Law*, 2012, pp. 294-296.

GRETTCHEN RIVERA RODÓN*, ROSA JULLIET GONZÁLEZ RUIZ**

LA MEDIACIÓN DERIVADA DE LA PROTECCIÓN Y SALVAGUARDA DEL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL EN CUBA: SUPUESTOS E IDEAS PRELIMINARES

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Apuntes de la mediación en sede de bienes patrimoniales. - 3. Supuestos de mediación derivada de la protección y salvaguarda del patrimonio cultural material en Cuba. Ideas preliminares. - 4. A manera de conclusiones.

1. *Introducción.* – Probablemente no sea exagerado afirmar que Cuba haya sido uno de los primeros países en el contexto latinoamericano en ordenar jurídicamente la protección del patrimonio cultural del territorio que ocupa. Cinco años posteriores a la adopción de la Convención de 1972 sobre Protección del patrimonio Mundial y Natural¹, bastaron para que Cuba estableciera el régimen jurídico de protección de su patrimonio material.

Aunque fuimos los pioneros en este reconocimiento especial en el área jurídica en la región, lo cierto es que esta norma presenta de determinadas insuficiencias a la luz de las nuevas concepciones, las figuras tuteladas y los fines de la protección y salvaguarda del patrimonio cultural.

Así, se advierte la insuficiencia de una señalética que identifique ante el tráfico jurídico los bienes declarados patrimonio cultural y Monumentos Nacionales o Locales; la existencia de un sistema de protección basado en prohibiciones dirigidas a la facultad de disposición de los derechos reales que se ostentan sobre los bienes patrimoniales; la configuración de las conse-

* Profesora Auxiliar de Filosofía del Derecho y Metodología de la Investigación Jurídica Universidad de Oriente, Cuba.

** Profesora Asistente de Derecho Civil Universidad de Oriente, Cuba.

¹ Disponible en: [whc.unesco.org › archive › convention-es](http://whc.unesco.org/archive/convention-es), consultada el 3 de febrero de 2019.

cuencias derivadas del incumplimiento del régimen, que genera la expropiación forzosa y el comiso por parte de las autoridades administrativas, sin precisarse las vías de solución ante la aparición de conflictos en esta materia.

Es por ello que se es del criterio de que debe valorarse integralmente el régimen vigente, a fin de proporcionar soluciones adecuadas y atemperadas a la nueva realidad jurídica que marca el Derecho Internacional y a las condiciones y necesidades de desarrollo de la sociedad en que vivimos.

En este afán, el propósito en este trabajo se encamina a identificar los supuestos en los que puedan darse conflictos, a partir de la interpretación y aplicación de las normas cubanas vigentes sobre protección del patrimonio cultural material, a fin de argumentar la necesidad de incluir e instrumentar la mediación como vía de solución alternativa de conflictos en sede patrimonial.

Con lo anterior se persigue además que el método de análisis y los resultados que se muestran en este trabajo sean de utilidad no solo a los operadores jurídicos, sino también a los legisladores cubanos interesados en atemperar el orden jurídico a las nuevas necesidades y condiciones sociales de nuestra patria.

2. Apuntes de la mediación en sede de bienes patrimoniales. – La mediación como método alternativo de resolución de conflictos, en el área jurídica internacional, ya no es una novedad. Nótese que en el Comunidad Europea, desde el 2008, con la promulgación de la Directiva 52, contentiva del marco regulatorio en esta materia, se extendió a los países miembros. En el caso concreto de España, que es la experiencia más cercana y conocida, desde el 2012 cuenta con la Ley 5, que regula todo lo concerniente a la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Ello no es reciente, porque aunque exista un respaldo legal vigente, su adopción supone la previa sistematización teórica de los criterios y presupuestos básicos para la efectiva instrumentalización en la práctica jurídica social de esta figura. No obstante, es menester que a los fines de esta investigación, sean recordados algunos puntos o esencias de esta categoría jurídica, para dimensionarla en el área de la protección del patrimonio cultural material.

La mediación es un medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intenten alcanzar voluntariamente por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador².

Los principios que informan este método resultan ser: voluntariedad y libre disposición para todos los implicados; igualdad de las partes e imparcialidad del mediador para mantener el equilibrio; neutralidad, para que las partes por sí mismas alcance un acuerdo, y confidencialidad del proceso³.

Del concepto de mediación se derivan los elementos que se analizaran y dimensionaran a los fines de argumentar ideas y defender posturas: las partes, la figura del mediador, el resultado de la aplicación del método y, por último, el objeto de la controversia.

Las partes están debidamente determinadas, porque las une una situación jurídica controversial, en la que hay diferencias que muchas veces surgen del ejercicio de derechos subjetivos en una relación jurídica concreta. En el caso de la relación jurídica administrativa derivada de la protección del patrimonio cultural material en la que puede haber mediación, las partes surgen o se determinan de la propia reglamentación o cauce legal que da la Administración Pública en sus reglamentos.

De una parte figura la Administración Pública, cuando actúa conforme a una potestad discrecional determinada en las normas, porque por esa vía tiene la posibilidad de proceder dentro de los márgenes que le otorga el propio ordenamiento para brindar respuesta a una situación específica⁴. Con ello, puede ajustar su accionar a las circunstancias objetivas que se le presenten, y ser más consecuente con la actividad que le ha sido encargada.

En el otro lado, figuran los administrados, que en el caso que ocupa, no solo son personas naturales, sino también personas ju-

² R. PÉREZ GUERRA, "La mediación en asuntos civiles y mercantiles como método de solución extrajudicial", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 745, p. 2271.

³ *Ídem*, p. 2278.

⁴ A diferencia de la potestad reglada, mediante la cual el actuar de la Administración Pública se ajusta estrictamente a la solución que la norma le brinda. Vid. A. MATILLA CORREA (COORD.), *Introducción al estudio del Derecho*, Centro Gráfico de Reproducciones para el Turismo "General José Miró Argenter", Holguín, 2002, p. 121.

rídicas que formen parte o no de la estructura orgánica de la Administración Pública. Ahora bien, el requisito indispensable que se exige para este sujeto es ser poseedor, propietario, tenedor o usuario de un bien material declarado patrimonio cultural de la nación o Monumento Nacional o Local.

Si bien las relaciones jurídicas administrativas tienen como nota distintiva que los administrados se encuentran sometidos a la actuación de la Administración Pública por el carácter de los intereses que busca satisfacer aquella, en el caso concreto de la relación jurídica de protección de los bienes declarados patrimonio cultural de la nación, las controversias originadas en este ámbito, aunque sean de naturaleza pública, pueden comprometer derechos e intereses que afecten la titularidad de los administrados.

Por tanto, se precisa establecer procesos, mecanismos o vías jurídicas que garanticen el disfrute de los derechos reconocidos por el actual sistema jurídico, tendentes a dotar de seguridad jurídica a los titulares patrimoniales, frente a la actuación de la Administración. La mediación es el sistema que coadyuva a fortalecer el derecho a la tutela judicial, desjudicializando por un lado determinados asuntos con la consiguiente descarga de trabajo de la administración de justicia y, por otro, desjuridificando las formas contentivas de acuerdos restaurativos o reparatorios⁵. Resulta ser el método idóneo para solucionar los conflictos que surgen en sede de bienes declarados como integrantes del patrimonio cultural cubano.

Sobre las partes pende el principio de voluntariedad y libre disposición para iniciar el procedimiento. Es de apreciar que en las normas legales se reconociera este principio, con sus posteriores derivaciones, sobre todo en relación con las posibilidades y efectos del desistimiento y el plazo para efectuar el método; asimismo en sede de relaciones administrativas cuyo objeto sea un bien patrimonial, cuando no es conveniente que se extiendan los procesos de toma de decisiones por la materia sobre la que versan. Las partes al someterse al método deben comportarse lealmente, actuar de buena fe y respetarse mutuamente.

El mediador es un tercero, ajeno a la controversia, trabaja para reconciliar los intereses de las partes y les ayuda a obtener

⁵ R. PÉREZ GUERRA, *“La mediación...”, cit.*, p. 2274.

un acuerdo. El mediador es una figura que según los cauces legales de la experiencia española para fungir como tal debe estar inscrito en el Registro destinado a tales efectos, puede estar vinculado o no a una institución de mediación, la que determina su designación según la solicitud recibida⁶.

Se exige en el accionar del mediador la imparcialidad y confidencialidad. En el primer requerimiento, en las sesiones previas a las discusiones, debe plantearle a las partes las posibles causas personales o experiencias de vida que puedan parcializar su actuar en favor de alguno de los implicados. Este cauce, procura otorgar confianza y seguridad en las partes que han accedido al método.

En cuanto a la confidencialidad se exige que todos los involucrados en el método contribuyan a su consecución⁷. Existen excepciones, cuando así las partes lo hayan determinado en el mismo método o cuando un Tribunal así lo solicite. El quebrantamiento de este principio, otorga facultad de exigir responsabilidad jurídica civil por los daños ocasionados.

En el caso cubano se propone, por la propia organización y funciones que desarrollan, que puedan fungir como mediadores los abogados pertenecientes a la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en primer lugar, los profesores de las Facultades de Derecho y los consultores jurídicos que laboran en las Empresas de Consultorías Jurídicas.

Ahora bien, para ejercer la función de mediador es menester que hacia lo interno de la organización y el sistema empresarial puedan precisarse las funciones de esta actuación, pues no basta el conocimiento del régimen jurídico vigente y dominar las funciones como representante, que son las tareas y habilidades que hasta el momento han desarrollado, sino que debe orientarse la formación y el desarrollo de destrezas técnicas en el ámbito del diálogo y negociación.

Del proceso de mediación puede llegarse a adoptar acuerdo o no, porque así las partes lo desearon. En el caso de ser positi-

⁶ *Ídem*, p. 2277.

⁷ *Vid.* artículo 9 de la Ley 5 del 6 de julio de 2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de España, publicada en *BOE* N° 162 de 7 de Julio de 2012.

vo, puede contener toda la solución del conflicto o una parte de él. Este puede elevarse a escritura pública ante notario. Es entendido por la teoría que vale como un contrato entre partes, y le son aplicables por tanto las reglas de aquel en el sentido de su ejecución e ineficacia por los supuestos contemplados en la ley y los que emanan de la voluntad.

El objeto de la mediación lo es la situación polémica que en sede de ejercicio de derechos subjetivos se producen, sobre todo en aquellos derivados de la regulación normativa especial que sobre protección del patrimonio material rigen en el sistema jurídico social cubano. Es por ello, que en el epígrafe siguiente se muestran los supuestos de conflictos que de este régimen pueden sobrevenir, a manera de diagnóstico especulativo que incite a pensar y visualizar las ventajas que ofrece la mediación en su resolución.

3. Supuestos de mediación derivado de la protección y salvaguarda del patrimonio cultural material en Cuba. Ideas preliminares. – Teóricamente hablando, en la conceptualización del patrimonio cultural no existen criterios convergentes, porque inciden en ello el momento histórico en que se asimiló la definición con las privaciones intelectuales del emisor, y el marco regulatorio que sobre el patrimonio cultural consta en los territorios, que de una manera u otra acotan las consideraciones teóricas en la materia.

En la arista doctrinaria, es de advertir que el concepto se ha extendido en virtud de dos significativos etapas marcadas por la adopción de las Convenciones de 1972 y la de 2003, contentivas, la primera, de la protección del patrimonio cultural de la humanidad centrada en elementos de carácter material, aunque las valoraciones y significados que se le atribuyen son de carácter inmaterial.

La Convención de 2003, por otra parte, establece el sistema de salvaguardia del patrimonio cultural intangible o inmaterial. Incluye como bienes patrimoniales a los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos y espacios culturales que le son inherentes⁸.

⁸ Tercer Por cuanto de la Resolución 126 de 2004, dictada por el Ministro de Cultura en Cuba.

A continuación se muestran conceptos ofrecidos que aportan a consideración de las autoras una visión integral del patrimonio cultural como fenómeno social y de relevancia jurídica.

Edward BUNUT TYLOR, en el siglo XIX, significa que el patrimonio cultural está compuesto por un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, leyes, moral, costumbres, capacidades y hábitos adquiridos por el hombre como miembro de una sociedad⁹.

En el siglo XX, el mexicano Guillermo BONFIL apreciaba que el patrimonio cultural es el conjunto de símbolos, valores, actitudes, habilidades, conocimientos, significados, formas de comunicación, organización social y bienes materiales que hacen posible la vida de una sociedad determinada y le permiten transformarse y reproducirse de una generación a la siguiente¹⁰.

Para Celia MARTÍNEZ YAÑEZ, el patrimonio cultural es la masa de bienes y valores que han adquirido reconocimiento formal, son reconocidos por la sociedad y tiene un objeto de medidas de protección y nuevos modelos de uso y gestión, que tienen como fin último su aprovechamiento social y económico¹¹.

Plantea, por otra parte, Lilian Ivonne RUBILAR MUÑOZ, en pleno siglo XXI, que el patrimonio cultural es todo aquello que le confiere identidad determinada a un país, puede ser de propiedad pública o privada. Estos bienes son preservados porque los individuos o la sociedad le dan un significado especial¹².

El entendido legal de patrimonio cultural en el contexto cubano no coincide con los postulados teóricos doctrinales de tal definición. Los cubanos asumen dos normas reguladoras de esta materia¹³ con sus consabidos reglamentos. Así, la primera hace alusión al patrimonio cultural que comprende los bienes cultu-

⁹ *Cit pos.*, L.I. RUBILAR MUÑOZ, *Valorización de los paisajes urbanos del borde costero central: una estrategia para rescatar su identidad. Caso: Cartagena – Región del Valparaíso – Chile*, Trabajo de investigación para optar por el grado de Doctor, Universidad de Sevilla, España, 2015, p. 104.

¹⁰ *Ídem*, p. 104.

¹¹ C. MARTÍNEZ YAÑEZ, *El patrimonio cultural: los nuevos valores, tipos, finalidades y formas de organización*, Universidad de Granada, 2006, p. 35.

¹² L.I. RUBILAR MUÑOZ, *Valorización de los paisajes urbanos...*, *cit.*, p. 104.

¹³ Se trata de las Leyes 1 y 2 de 1977, relativas a la Protección del Patrimonio Cultural y de los Monumentos Nacionales y Locales, respectivamente.

rales que por su relevancia arqueológica, prehistórica, histórica, literaria, educativa, artística, científica y cultural, integran el Patrimonio Cultural de la Nación¹⁴.

En la segunda Ley, el objeto de regulación resultan ser la protección, conservación y manejo de los Monumentos, como parte del Patrimonio Cultural de la Nación. Es de apreciar que en esta norma hay una relación más estrecha al entendido internacional de patrimonio cultural vertido en las Convenciones que hasta el momento de su promulgación Cuba había sido signataria¹⁵, tal y como aparece en su Séptimo Capítulo¹⁶.

Por tanto, en el aspecto positivo del Derecho cubano se observa que existe una doble definición de los bienes que configuran el patrimonio cultural de la Nación en normas distintas y dispersas, con todas las consecuencias que en este sentido afecta a la práctica jurídica, no solo de los operadores jurídicos estrechamente vinculados con estos bienes, sino a los juristas que ofrecen asesoramiento y a los que están capacitados y pueden realizar la labor de mediador. Afecta además a la ciudadanía en general, quien resulta ser la masa que ejercita, sobre los bienes culturales protegidos por estas normas, las facultades y acciones emanadas del marco regulatorio.

Se hace por tanto menester lograr una correspondencia y armonía entre las normas legales de protección del patrimonio que permita la existencia de un sistema jurídico coherente en este sentido. Estas normas establecen que el proceso de protección jurídica se inicia con el reconocimiento derivado de la autoridad estatal de declaración de determinados bienes como parte integrante del patrimonio cultural de la nación. Se crea el

¹⁴ *Vid* artículo 1 de la ley 1 de 1977.

¹⁵ Convenciones de 1954 y 1972, sobre protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y sobre protección del Patrimonio cultural de la Humanidad, respectivamente.

¹⁶ "De la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural", donde en los artículos comprendidos del 28 al 31, se regula la actuación cubana en cuanto a la propuesta y nominación a la Lista Mundial del patrimonio Cultural, la iniciación de estudios e investigaciones que le den valor a los bienes con vocación a ser nominados en esta categoría, así como el informe periódico de la implementación que en virtud de la Convención debe rendirse.

proceso de patrimonialización cubano, que tiene como nota característica ser un proceso mixto, dependiente de la inscripción en el Registro administrativo correspondiente¹⁷.

A partir de la declaración de un bien como integrante del patrimonio cultural de la Nación, se derivan las medidas protectoras que sobre los bienes los poseedores están obligados a efectuar, so pena de sufrir consecuencias administrativas tendentes a la expropiación y el comiso del bien en cuestión por parte del Estado, pero en este entramado de medidas protectoras, el procedimiento establecido para su ejecución y control administrativo se hace depender de autorizaciones y evaluaciones de la entidad encargada de controlar el uso adecuado del bien patrimonio cultural.

En la misma norma se advierte que en el procedimiento establecido cabe la posibilidad de fijar acuerdos para determinar y equilibrar los intereses de los poseedores de los bienes culturales y las autoridades administrativas que tienen el encargo social sobre esta materia. En esta cuestión, entra a desempeñar un rol importante la mediación como una vía segura y óptima para lograr una solución acorde a los intereses de las partes sin necesidad de dilaciones innecesarias.

Es de apreciar, en correspondencia, su conveniencia al permitir proveer de seguridad jurídica a la actividad proteccionista que sobre el patrimonio cultural cubano se desarrolla, tomando en consideración los intereses de las partes implicadas y de la colectividad que le otorgan un significado social a dichos bienes; ayudándoles a visualizar para el futuro las necesidades y posibles litigios o diferencias que puedan suscitarse con motivo de la preservación del bien cultural.

Importante es desplegar la mediación en este campo porque tributa a la ejecución de buenas prácticas en el ámbito administrativo en la resolución de conflictos derivados del ejercicio de las facultades que sobre un bien cultural penden, así como contribuye a establecer una cultura de paz en la Administración Pública sobre esta materia y a la educación social en cuanto al cauce y tratamiento que reciben y dispensan los sujetos implicados en controversias patrimoniales.

¹⁷ Vid artículos 3 y 5 de la Ley 1 de 1977 y artículos 7.1 y 13 de la Ley 2 de 1977.

Para ilustrar los espacios, escenarios o supuestos en los que puede mediar en esta materia, se ha realizado un diagnóstico preliminar de las normas vigentes tendentes a proteger el patrimonio cultural y los Monumentos Nacionales y Locales.

Así, en la Ley 1 del Patrimonio Cultural y su respectivo reglamento¹⁸, se señala:

- Artículo séptimo, en el que se declara que los bienes culturales no podrán ser remozados, modificados o restaurados, sin previa autorización del Ministerio de Cultura. Conviene mediar cómo serán las acciones tendentes a la conservación del bien en cuestión, ajustándolo al criterio no solo de los expertos, sino de los agentes que lo usan y poseen, sobre los cuales pende una experiencia de vida derivada de este hecho y que en muchas de las ocasiones resultan aportes importantísimos para una correcta conservación de la autenticidad del bien.

Y es que más allá de que pueda parecer de la redacción del precepto una prohibición absoluta, resulta en la práctica indispensable la realización frecuente de acciones conservacionistas para preservar el bien; lo que el legislador la hace depender de tal autorización en aras de controlar el proceso.

En el Reglamento, por otra parte, observamos que el artículo 31 establece que todo propietario, poseedor, tenedor o usuario para remozar, modificar, restaurar o realizar cualquier tipo de cambio en el bien, deberá contar con la aprobación de la Dirección de Patrimonio Cultural, quien tiene 60 días para aprobar o rechazar la solicitud.

En este precepto no se hace alusión a vía alguna de establecer recurso contra dicha decisión, por lo que es conveniente que en este plazo determinado pueda establecerse la posibilidad de mediar el asunto en el supuesto de que las razones aludidas por el solicitante no convenzan o no concuerden con los intereses de la autoridad administrativa. La mediación buscaría el equilibrio entre ambas partes, así como convencería a la parte en desventaja de las razones expuestas por la otra.

El artículo 33 alude al proceso posterior al otorgamiento de la autorización, en el sentido de que debe permitirse la inspec-

¹⁸ Decreto 118, del 23 de septiembre de 1983, Reglamento para la ejecución de la Ley de Protección al patrimonio.

ción por los especialistas para verificar el avance de las obras. Esto puede causar inconvenientes en cuanto a las apreciaciones que se deriven de esta visita. Esto es terreno fértil para que el mediador intervenga en aras de procurar convergencia.

El artículo 34 alude a la paralización de las obras una vez que sea advertida alguna irregularidad en los trabajos. Esto igualmente genera problemas entre los propietarios, el que ejecuta las obras y las autoridades administrativas.

En el artículo 38 se hace referencia a la carga que pesa sobre el propietario o poseedor de garantizar el libre acceso y reconocimiento del bien patrimonial en aras de su salvaguarda y conservación. Este hecho puede derivar en conflictos, siendo pertinente establecer un acuerdo para la realización de las visitas. Para lograr esto hace falta la anuencia de los implicados, por lo que puede colaborar un mediador.

El artículo 46, en su segundo párrafo, refleja que en el caso que el Estado tenga interés en adquirir con preferencia un bien patrimonial cuyo propietario esté cediendo onerosamente, y no lleguen a un acuerdo con motivo del precio, se designará un perito a fin de que este lo determine. Pero otro método de resolución de este desacuerdo puede ser la mediación. El mediador, inclusive, puede tener en cuenta el parecer del perito, caso de que el oferente tenga desconfianza en la imparcialidad del perito designado, máxime cuando en el artículo que le sigue, está estipulado que de no haber acuerdo final, procederá a abrirse proceso judicial de expropiación forzosa.

El artículo 55 prescribe que la Dirección de Patrimonio Cultural puede disponer en caso de extracción de un bien patrimonial fuera del territorio nacional, las condiciones de la póliza de seguro para cubrir los posibles riesgos que puedan afectar al bien en cuestión. El conflicto puede sobrevenir por la propia decisión de establecer tal contrato de seguro, sin tener en cuenta las estimaciones de los poseedores y titulares del bien.

En la Ley 2 de 1977 y su respectivo reglamento¹⁹ se aprecia lo siguiente:

Artículo 7.1, que establece como función de la Comisión Nacional de Monumentos participar en los procesos de identifi-

¹⁹ Decreto 55, de fecha 29 de noviembre de 1979, Reglamento para la ejecución de la Ley 2 de los Monumentos Nacionales y Locales.

cación, nominación, gestión y evaluación, relativos a la implementación de la Convención de 1972. Evidentemente este será un proceso que la Comisión desarrolla con la activación de todos sus integrantes, ofreciendo sus valoraciones y criterios, que no siempre serán coincidentes, y sobre los que podrá mediar en la búsqueda de un acuerdo de relevancia social nacional e internacional. Máxime cuando existe la posibilidad de que el titular o poseedor del bien cultural esté involucrado en el proceso o sea apreciado su criterio; pudiendo mediar cuando tal criterio sea controvertido con el de los miembros de la Comisión.

En el artículo 13, segundo párrafo, se hace alusión al supuesto de obtención de declaración de Monumento Nacional o Local, y el Estado desee adquirirlo. En este caso puede no llegar a acuerdo con el particular e iniciar el procedimiento de expropiación forzosa. En este momento, previo al inicio del procedimiento de expropiación forzosa puede mediar entre las partes, así como que una vez iniciado este; en la determinación del justiprecio puede intervenir igualmente, en aras de acordar lo que en justa medida sea adecuado.

En esta última intervención a través de un proceso judicial, deberá detenerse el proceso a fin de verificar el trámite, por lo que se recomienda sea lo más rápido posible a fin de no extender el proceso, o bien si se llega acuerdo a desistir por parte de la autoridad estatal en virtud de las correspondientes actuaciones judiciales del proceso iniciado.

El artículo 19 en el primer párrafo hace alusión a igual pronunciamiento que el artículo 7 de la Ley 1 de 1977, valen por tanto los señalamientos antes ofrecidos. La novedad en este artículo está definida en el segundo de los párrafos, donde se faculta a la Comisión Nacional de Monumentos, cuando lo estime necesario requerir y coordinar con los organismos pertinentes, la realización de cualquier obra de restauración o conservación de monumentos.

Esta coordinación aunque en la norma figura sin aparentes contradicciones, en la práctica resulta ser controvertida, sobre todo en cuanto a la conservación de inmuebles declarados Monumentos, por las pocas entidades capacitadas para la ejecución de las tareas que se requieren y de materiales específicos a utilizar en ellas. En-

tonces, si se mediara en estos procesos se llegaría a acuerdos tendientes no solo a efectuar las obras que se requieren, sino a la utilización eficiente de los recursos que se necesiten.

El artículo 20, por otra parte, establece que no se permitirá la instalación de ninguna industria o comercio, ni cambio de uso en los inmuebles declarados Monumentos Nacional o Local, sin la previa autorización de la Comisión correspondiente. Regula además que la autorización de la Comisión Nacional o Provincial también será necesaria para la instalación de vallas anunciadoras, letreros y adornos, y la celebración de espectáculos públicos en los lugares antes mencionados.

De la lectura de este precepto, contrastada con los acontecimientos sociales en cada localidad, es de apreciar que si bien en su formulación figura rígidamente, en la práctica social acontecen movimientos, inclusión de nuevos comercios, anuncios, modernización de locales y espacios, que ciertamente han transgredido su enunciación.

Pero lo cierto es que no se trata de irrespetarlo, ni de que este se oponga a la prosperidad y crecimiento económico y social cubano, sino que para su efectivo cumplimiento han de ponerse en funcionamiento mecanismos internos que conlleven a establecer un diálogo progresivo entre los intereses sociales de desarrollo y el mantenimiento de la identidad social que estos monumentos sostienen o representan.

En este diálogo, como toda actividad humana, deben contrastarse las motivaciones y proyecciones de cada área, que no siempre son coincidentes, y la figura de la mediación es el cauce idóneo para propiciar esta concertación de voluntades en las localidades.

Similar formulación a este artículo lo presenta el artículo 41 del Reglamento de la Ley 2. Se extiende lo aquí dicho para aquel cuerpo legal.

El artículo 22 regula que aquellos bienes que no han sido declarados Monumentos Nacionales o Locales, pero se encuentran inscriptos en el Sistema de Inventarios del Consejo Nacional de Patrimonio Cultural, las Comisiones Provinciales de Monumentos podrán establecer las acciones para su conservación. Estas acciones no pueden implantarse de forma arbitraria, ni contraria a los intereses o sin la anuencia de sus titulares, por-

que sobre ellos no pende el régimen jurídico que sobre los que tienen la declaración de Monumentos está diferido. En esta atención que el Consejo Nacional dispensa, debe procurarse la obtención de conformidad con los sujetos que los poseen. Es el momento propicio para conectar a ambas partes a través de la figura de la mediación.

El artículo 26 regula que las personas naturales y jurídicas que se propongan realizar excavaciones arqueológicas terrestres o subacuáticas que impliquen impacto físico directo o indirecto en el sitio, deben obtener la aprobación de la Comisión Nacional de Monumentos.

Se infiere que el espíritu del legislador es controlar toda la actividad arqueológica, para que producto de ella no se pierdan piezas de relevancia científica. Lo cierto es que sin la motivación y pasión de índole individual en este tipo de investigación científica, se estaría privando de resultados científicos y conclusiones positivas. Es por ello que tras este artículo está el encuentro propositivo de la parte solicitante de los posibles resultados que obtendrá y todos los planes de trabajo precisados, a fin de que en su función de velador de los sitios arqueológicos, la Comisión Nacional o Local pueda autorizar la actividad.

Es por tanto una decisión que toma en consideración el dicho y planeación del investigador, y la autoridad viene a establecer y ordenar con los requisitos que existen al respecto la actividad. En este proceso de toma de decisiones, también es posible usar la mediación como instrumento eficaz que busca el equilibrio en las funciones de la Comisión Nacional.

En el Reglamento de la Ley 2, el artículo 31 segundo párrafo repite el enunciado que hace la Ley en su artículo 13 y que antes se ha comentado.

El artículo 39.1 hace referencia al primer grado de protección, y se faculta a la Comisión Nacional de Monumentos para autorizar y recomendar las actividades que tiendan a su conservación y restauración. Esta autorización y recomendación no puede hacerse sin escuchar el parecer de los titulares poseedores y de los sujetos implicados en su realización. Aquí cuando hay divergencias cabe la mediación.

En este propio artículo, pero en su numeral cuarto, se regula lo concerniente a los bienes a los que se otorga el cuarto grado

de protección, los que deberán ser adaptados, modificados o inclusive demolidos. En este sentido, al parecer de las autoras, es similar al supramencionado.

El artículo 46 se refiere a los espectáculos y actos públicos celebrados en los Monumentos, los cuales deben ser aprobados por la Comisión Nacional o Provincial según corresponda.

No se trata de cerrar las posibilidades de realización de tales actos, sino que debe haber un respeto al significado cultural que el Monumento encierra. Ahora bien, es responsabilidad de los solicitantes demostrar propuestas atractivas, respetuosas y efectivas en este sentido.

El artículo 51 norma lo relativo a las nuevas edificaciones, la que deberán contar con la anuencia de la Comisión de Monumentos correspondientes. La mediación versaría entonces sobre los elementos, materiales, la fachada y estricta correspondencia entre los inmuebles del conjunto y la nueva edificación.

Esta materia trae no pocas discusiones, sobre todo porque en su fabricación los propios requerimientos del diseño encarecen la obra para el titular. Muchas veces se pone en manos de entidades constructivas, apareciendo por tanto un tercero en escena, y esto hace que los intereses a conciliar sean más dispares.

El artículo 52 está referido al patrimonio histórico y rural, y su relación con obras de inversiones de orden público. Los agentes enfrascados en posibles conflictos a mediar son personas jurídicas, por un lado el inversor y por el otro la instancia de la Comisión de Monumentos que corresponda.

El artículo 54 hace alusión a que la siembra y tala de árboles debe contar con la aprobación de la Comisión de Monumentos correspondiente. Está más vinculado a las medidas que se desarrollan con motivo de posibles de eventos meteorológicos en Cuba, aunque no es el único supuesto. En los planes anuales de preparación y las reuniones de trabajo respectivas pueden suscitarse controversias por este motivo, siendo de utilidad la mediación.

El artículo 56 disciplina lo concerniente al nivel sonoro admisible en cualquier Monumento, encargando a la Comisión Nacional de Monumentos la orientación o reglamentación del uso de reproductores de sonido.

En este precepto la dificultad sobreviene a la reglamentación, porque de las experiencias prácticas es que se suscitan los con-

flictos, así como que contribuye a visualizar qué aspectos de la reglamentación no están acordes con la realidad social, pero para que esto ocurra siempre se visualiza el conflicto de intereses, dando cabida a la institución de la mediación.

El artículo 58 establece que el propietario del Monumento es el que debe restaurar a su costa el inmueble, previa aprobación de la Comisión de Monumentos correspondiente. Las ideas expresadas a tenor del supuesto de remodelación y nueva edificación le son aplicables a este supuesto.

El artículo 59 apunta hacia los poseedores y propietarios de inmuebles colindantes a los Monumentos que realicen obras que signifiquen excavar, cimentar o construir en su inmueble, pero que pueda tener una afectación en el Monumento, debe igualmente obtener la aprobación de la Comisión de Monumentos que corresponda.

El artículo 60, por otra parte, menciona el uso que debe hacerse de los solares yermos o terrenos ubicados dentro del Monumento o la Zona de Protección; propiciando que no se dediquen al almacenamiento de residuos ni al aparcamiento de vehículos, sea con carácter temporal o permanente, sin la debida autorización de la Comisión de Monumentos que corresponda. Valen las ideas antes señaladas para el artículo 46.

Queda prohibida en el artículo 61 la colocación de apeaderos de ómnibus, cabinas telefónicas, bancos, jardineras en el Monumento. Esta prohibición – que es fiel reflejo del interés de la autoridad administrativa de conservar la autenticidad del Monumento – se supedita a la excepcionalidad de obtener la aprobación por la Comisión de Monumentos que corresponda. Valen las razones argumentadas en relación con el artículo 20 de la Ley 2.

En los artículos 63, 64, 68 y 70 se prohíben modificar por añadidura o por menoscabo las fachadas del inmueble, dejando sus posibles alteraciones o restauraciones supeditadas a la obtención de la aprobación que otorga la Comisión de Monumentos correspondiente. En este proceso de solicitud pueden surgir conflictos entre los titulares interesados y las autoridades administrativas.

El artículo 66 estipula que la Comisión de Monumentos que corresponda deberá aprobar todo lo relacionado con la regulación del tránsito en torno al Monumento. Aquí el conflicto pue-

de surgir con las autoridades responsables directas de la vialidad y tránsito y con las autoridades locales.

El artículo 78 señala que la Comisión Nacional de Monumentos podrá impedir la realización de los trabajos de arqueología ante la presencia de un hallazgo, hasta que garantice suficientemente la conservación de lo descubierto.

Esta decisión de paralización puede suscitar el conflicto con los científicos que están deseosos de continuar con las excavaciones y a la vez apasionados por el descubrimiento recién hallado. Habrá que mediar con los intereses contrapuestos en esta hipótesis.

El artículo 86 requiere la aprobación de la Comisión de Monumentos para la conservación o restauración de los bienes muebles. Asimismo, esta Comisión dirigirá y supervisará la ejecución de los trabajos. Los sujetos involucrados varían en los posibles conflictos que se susciten por motivos de la realización de las obras.

Por último, el artículo 87 hace referencia a la aprobación derivada de la Comisión de Monumentos y del Registro Nacional de Bienes Culturales para el traslado de las obras de artes plásticas para su conservación y restauración. El supuesto que necesita mediación radica en el acuerdo que se necesita para ejecutar tal traslado. Tiene la nota de rapidez, puesto que si se ha decidido que debe ser restaurada la pieza deberá acometerse con prontitud las obras.

4. *A manera de conclusiones.* – Puede concluirse que la mediación como método alternativo de conflictos aunque tenga un amplio desarrollo en la teoría y doctrina foránea y sobre todo en las materias civil y mercantil, no se ha instrumentado suficientemente en el contexto jurídico social cubano. En las relaciones jurídicas administrativas en las que existen controversias jurídicas cuando la Administración Pública actúa bajo la potestad discrecional, es posible utilizar la figura de la mediación como vía eficaz de resolución de conflictos.

El rol del mediador puede ser desempeñado en el contexto social cubano por los miembros de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, los profesores de las Facultades de Dere-

cho de la Universidades cubanas y los Consultores Jurídicos, por las propias funciones y destrezas que desarrollan a diario con su actuar. En sentido, debe precisarse las funciones propias para la mediación por parte de estos agentes.

El objeto de controversias derivadas de la interpretación y aplicación de las normas vigentes en materia de protección del patrimonio cultural material en Cuba, se debe al tratamiento que posee la facultad de disposición de los titulares patrimoniales, restringida por la obtención de autorizaciones y aprobaciones por parte de la autoridad administrativa encargada de controlar el uso y destino de los bienes patrimoniales y los Monumentos Nacionales y Locales. En este proceso, los conflictos que se generan comprometen los intereses y derechos de los administrados titulares de bienes patrimoniales.

HAYDEE M. MARTÍNEZ VASALLO, ARANAY RODRIGUEZ DIHIGO*

MEDIACIÓN, LENGUAJE Y AXIOLOGIA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. La mediación. - 3. Las características

1. *Introducción.* – La Resolución Alternativa de Conflictos o Resolución Pacífica de Disputas (ADR) surge en los Estados Unidos en los años setenta y, posteriormente, se aplica en algunos países iberoamericanos y en el norte europeo; se materializa con el empleo del arbitraje, la negociación y la mediación, este último constituye un sistema innovador de entender las relaciones humanas, que posibilita la resolución de los conflictos de forma eficaz y sin coerción, a través de la pacificación (Suárez, 2005). El proceso de mediación, significa la ayuda por parte del “mediador” a las partes en conflicto, para que estas, logren un acuerdo buscando restablecer su relación sobre la base de la fórmula ganar-ganar (Castanedo, 2015). Jay Folberg y Alison Taylor reconocen a la mediación como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades (Cit. en Diez, 2000: 42). El profesor Castanedo expone de manera muy sencilla que la mediación se define como un entendimiento facilitado donde usted adquiere la responsabilidad de solucionar su conflicto rebelándose como un proceso de flexibilidad que permite lograr con el mediador sus necesidades más importantes. La mediación se caracteriza por responsabilizar a los mediados de un conflicto con la solución del mismo. Este proceso se cimienta en la autonomía de la voluntad de las partes. Los mediados deben sentirse libres para lograr sus pro-

* Profesores en la Universidad de Matanzas de Cuba.

pios acuerdos, por lo que el mediador no impone la solución, no decide. Su actuación, entre otras cosas, deberá encaminarse a facilitar la comunicación entre los sujetos enfrentados (Castanedo, 2001). La autora de la presente investigación se afilia al criterio del profesor Castanedo, considerando entonces que la Mediación, no es más que, un proceso para la solución de conflictos donde se encuentra una persona (mediador), que es neutral y busca el acuerdo facilitado entre los mediados, con el objetivo de restablecer el puente comunicacional que se ha quebrantado; para ello, el mediador traza las estrategias para que los mediados a través del empleo de técnicas o herramientas de comunicación logren llegar al acuerdo, es por ello que es un acuerdo facilitado, pues son los sujetos del proceso con la ayuda del mediador quienes arriban al entendimiento. Sobre esa nueva visión o posibilidad de concebir relaciones futuras a partir del manejo creativo del conflicto por parte del mediador, expone Sonia Rodríguez Llamas: “El proceso judicial está basado en una arqueología de los hechos en el sentido de que se analiza qué ha pasado, los hechos, pero no se diseña el futuro. En cambio, los sistemas alternativos y en concreto la mediación precisamente tiende a paliar dicho inconveniente. Se trata de contribuir a la creación de un marco de diálogo entre las partes en el que ellas mismas sean capaces de resolver sus conflictos, diseñando por sí mismas su propio futuro”. (Rodríguez, 2010: 289)

2. *La mediación.* – Una de las características fundamentales de la mediación es estar orientada al futuro y en esto coinciden todos los modelos de mediación. Por ello debe centrarse el mediador en las posibles soluciones que esperan los mediados para un futuro libre de problemas. Las preguntas hacia el futuro y fundamentalmente las preguntas circulares de tiempo son las intervenciones más utilizadas en el momento de la exploración de los objetivos y posibles soluciones. Los resúmenes y la historia alternativa orientada hacia el futuro son también de gran utilidad porque ayudan a que las personas se centren en lo que quieren que suceda mañana...son también muy importantes las preguntas milagro. (Suárez, 2010) Todas estas intervenciones, técnicas o herramientas resultan mucho más efectivas al media-

dor si comprende y domina los diversos recursos o medios gramaticales y léxicos que permiten articularlas, si posee en definitiva un conocimiento cabal del lenguaje. En español la modalidad no está dada solamente por el medio gramatical (modo del verbo), sino también por recursos o medios léxicos. Utilizar un tiempo verbal determinado para expresar posibilidad, orden o deseo es usar un recurso gramatical: la forma o modo del verbo expresa la actitud ante la realidad. Por la importancia que revisten para el tema que se aborda se considera pertinente comentar acerca de lo que se conoce en la gramática española como clasificación de las oraciones según la actitud del hablante. Las oraciones enunciativas, se clasifican en afirmativas o negativas, en correspondencia a si afirman o niegan un hecho o su posibilidad. El contenido psíquico de estas oraciones se dirige a todo lo real y objetivo. Se suelen llamar aseverativas, declarativas y hasta indicativas, por el hecho de llevar el verbo en modo indicativo. (Bello, 1958) El hablante puede afirmar sin ningún medio léxico de refuerzo, solo conjugando el verbo en modo indicativo, ejemplo: "José lo dijo" o utilizando el adverbio de afirmación *sí* o la frase *sí que*, ejemplo: José *sí* lo dijo o José *sí* que lo dijo, esta última muestra más el carácter enfático, por tanto, denota mucha más certeza y convicción de la persona que habla. En las enunciativas negativas se emplea el adverbio de negación *no*, aunque pueden aparecer otras partículas de refuerzo, estas le confieren a la expresión un sentido absoluto. No resulta igual decir: "José no lo ha dicho" que "José no lo ha dicho nunca". Las oraciones interrogativas son muy empleadas por los mediadores, a través de ellas se pueden dilucidar dudas acerca del tema objeto de análisis. Se caracterizan por poseer una entonación especial, sin embargo, la entonación expresa la actitud del emisor: afirmativa, imperativa, interrogativa. Las conocidas en mediación como preguntas cerradas, se denominan según estudiosos de la gramática española: interrogativas generales. (Porro, 1978) Se emplean cuando lo desconocemos todo, preguntamos por todo el contenido de la oración: "¿Te respeta tu hijo?", "¿Desean continuar con las sesiones de mediación? Cuando la duda recae sobre el sujeto o sus cualidades, o sobre cualquiera de los elementos de la oración, la interrogativa es parcial. Es el tipo de pregunta abierta utilizada en mediación. Al

indagar por lo que nos falta, tenemos que valernos de pronombres o adverbios interrogativos, colocados necesariamente al comienzo de la oración. La entonación en este tipo de oraciones tiene su núcleo de intensidad en el pronombre o adverbio interrogativo: “¿Por qué te sientes tan apesadumbrada?” o “¿Para qué necesitas el vehículo?”. Este tipo de interrogante demanda una elaboración en la respuesta, a diferencia de las cerradas o generales cuya contestación es más específica: sí o no. En las abiertas o parciales, las respuestas entrañan cierta reflexión por parte de los mediados, pues al preguntar *por qué* se requiere dar razones, justificaciones.

Sin embargo, se consideran más efectivas las de finalidad, el *para qué* invita a pensar en intereses, en proyecciones futuras, en cambio, las justificaciones pueden servir para amparar conductas y por ende afianzar posiciones. De muy buen resultado en mediación resultan las preguntas circulares o sistémicas y dentro de estas las referidas a personajes (Suárez, 2010), en ellas se combinan cuatro verbos fundamentales: *pensar, sentir, decir, hacer*. Su efectividad e impacto radica en que ubica por instantes a un mediado en la realidad, causas y condiciones del otro, por tanto, le puede servir para comprender o al menos acercarse a la situación del otro. A juicio de la autora de la presente investigación estas preguntas circulares son más provechosas si se emplean en tiempo futuro o pospretérito, pues esos tiempos verbales aportan la noción de posibilidad y proyección de porvenir, sin embargo, el uso del presente o del copretérito puede contribuir a centrarse, ubicarse y hasta atrincherarse en la realidad conflictual del hoy. Por eso es que numerosos gramáticos plantean que cuando el que habla considera que su juicio corresponde a una realidad, lo formula con una oración afirmativa o negativa con el verbo en indicativo. Si por el contrario cree que el juicio es solo mental, sin osar considerarlo coincidente con una realidad objetiva, lo expresa como posible, probable o dudoso, mediante los recursos gramaticales o léxicos. La posibilidad precede en el tiempo a la realidad, ella surge en una realidad concreta y se hace efectiva en una realidad nueva. Las posibilidades caracterizan la realidad desde el punto de vista de su futuro. Para que la posibilidad se convierta en realidad son imprescindibles dos factores: la acción de una ley determinada

y la existencia de condiciones adecuadas. Todo sistema encierra en sí mayor cantidad de posibilidades que las que puede realizar. (Porro, 1978) Para expresar esa posibilidad, teniendo en cuenta que la misma precede en el tiempo a la realidad se emplea el modo subjuntivo o tiempos hipotéticos del indicativo, son estos los que aportan o le confieren al mediado la noción de la opción, o al menos la ilusión de concebirla como probable. La posibilidad en el presente se expresa con el pospretérito: "Intentaría usted conversar con su hermano." También se puede expresar con el verbo auxiliar *poder*. "Podría intentar conversar con su hermano". Con el verbo auxiliar poder y el infinitivo, el mediador logra un efecto leve de sugerencia a las partes, veladamente aconseja, propone, genera opciones. Otro tipo de oración es la dubitativa, esta supone un hecho verbal considerado como dudoso. Su modo propio es el subjuntivo, aunque puede usar también el indicativo, además los adverbios de duda: *acaso*, *tal vez*, *quizás*, para diferenciarse de las de posibilidad. Es conveniente utilizarlas en modo subjuntivo, ya que el indicativo atenúa la duda y el objetivo del mediador es crear la incertidumbre a favor de las variantes, es decir, si el mediador logra que el mediado cuestione si su manera de concebir y enfrentar hasta ese momento la realidad, entendiéndose conflicto, es acertada o no, ya está generando en su mente la posibilidad de competencia, de debate, entre aquello que creía y lo que a través de la duda, comienza a valorar como probable. "Quizás su esposa ya lo haya perdonado". "Tal vez su hija necesite más respeto hacia sus amistades". Este matiz dubitativo empleado como interrogante entronca con las preguntas hipotéticas que clasifica la argentina Marinés Suárez. (Suárez 2010) De inconmensurable valor para el proceso de mediación resultan las oraciones optativas o desiderativas. Estas expresan el deseo de que un hecho se realice o no. Sus recursos gramaticales son los tiempos presente y pretérito del modo subjuntivo y los léxicos, los vocablos *ojalá*, *si* (conjunción condicional), *que*, *quién*.

3. *Las características*. – Las oraciones optativas expresan juicios sin realidad objetiva, cuya realidad pretendemos o deseamos, de ahí que se denominen también desiderativas. Por eso pueden

aportar mucho en función de transitar del estado real al deseado. Por el carácter esperanzador y la emotividad que generalmente poseen, se utilizan con matiz exclamativo. Ejemplo: “¡Ojalá usted pudiera venir a ver a su madre semanalmente!” “¡Si apoyara a su hermana en el cuidado de los padres de ambos!” Es muy difuso el límite entre las desiderativas y las exhortativas o imperativas, las últimas expresan ruego, mandato o consejo del que habla. Lo que sí resulta evidente es que son parlamentos que contribuyen a mover el pensamiento de las partes, a que reflexionen y valoren la posibilidad de transformación. No se debe dejar de mencionar como otro grupo a las exclamativas, aunque gramáticos como Gili y Gaya, Roca Pons, Amado Alonso y Pedro Henríquez Ureña, (Cit. en Porro, 1878: 96) consideran que constituyen más bien un matiz que puede poseer cualquier tipo de oración, o sea que se puede negar, afirmar o interrogar, exclamando. Ese matiz ilustra la emoción que embarga al hablante, como recurso lexical se le suelen añadir interjecciones, las cuales expresan estados anímicos: ¡Uy, estoy feliz con el acuerdo! La mediación es entendida por quienes la propugnan como un proceso cooperativo, el cual fortalece gradualmente la participación de quienes actúan en él, reanima la comunicación entre las partes en conflicto y tiende a provocar un mejoramiento de las relaciones humanas, por eso le llaman un PROCESO HUMANO.... La mediación ha sido altamente valorada por su énfasis en el consenso, la persuasión moral y el mantenimiento de la armonía en las relaciones humanas. (Castanedo, 2015) La mediación, resulta un proceso que más que instruir, educa, pues a partir de la propia actuación del mediador y de su ejemplo; los mediados sienten la necesidad de no agredirse, de reorientar sus actitudes, de respetar las ideas y la oportunidad de expresarse, de no atravesar la palabra del otro, de parafrasear o elegir los vocablos adecuados para no herir o dañar la imagen o autoestima del otro sujeto en conflicto. Solamente con la idea de que el mediador no impondrá su decisión, como sucede con el juez en el proceso judicial, sino que labrará el camino para que sean los propios mediados, los propios sujetos en disputa quienes construyan su acuerdo; se transmite seguridad, confianza, paciencia y paz a los contendientes. Es el mecanismo más participativo de solución de disputas

por cuanto son las partes involucradas y solo ellas las que actúan en pos de un acuerdo final; son ellas mismas las que dirigen la mediación de su disputa, aunque sean auxiliadas por el mediador. (Castanedo, 2015) .El mediador utiliza diversas técnicas y herramientas, las cuales, le sirven para avanzar en el proceso en la búsqueda del acuerdo o al menos en función del restablecimiento de las relaciones interpersonales que se han dañado por el conflicto. Los mediados, aun sin dominar dichas técnicas, fácilmente perciben su uso; el mediador constantemente parafrasea, legitima, escucha de forma activa y empática, no juzga; y a todo ello, quizás no conscientemente, van aprendiendo las partes en conflicto. La mediación es un proceso que contribuye a la educación en valores, fomenta la coexistencia pacífica, el diálogo, el respeto al derecho ajeno, la flexibilidad y creatividad; en la medida en que las partes en disputa comprenden que pueden existir variedad de opciones y visiones de un mismo asunto, son mucho más tolerantes y abiertas a la búsqueda de soluciones, siempre con proyección de futuro. La mediación mejora las relaciones conyugales, con estas las familiares, y la familia como eslabón primordial del desarrollo social se fortalece. Contribuye sustancialmente al desarrollo armónico de las relaciones sociales. Hace más efectiva y operativa la solución de conflictos sociales, ya que una persona, el mediador, con pocos recursos, puede hacer lo que hacen 20 personas con el triple de recursos en el sistema judicial. Resulta una vía insustituible de prevención social y de perfeccionamiento del sistema judicial. El mundo contemporáneo está necesitado de un mecanismo de acercamiento de los seres humanos, de guardián de sus conflictos, de estimulador de la cooperación. (Castanedo, 2015) A juicio de la autora de la presente investigación, dentro de las enseñanzas que también aporta el proceso de mediación se halla la visualización del conflicto como elemento consustancial a la naturaleza humana; desde los albores de la humanidad han existido controversias de diversa índole que se han resuelto por distintas vías, transitando desde la venganza colectiva hasta la figura de un tercero imparcial. Uno de los legados de la mediación es justamente valorar el conflicto como una oportunidad de crecimiento personal y dotar a los mediados de recursos que puedan ser luego imple-

mentados en su vida diaria en función de lograr mejores relaciones interpersonales. No hay porqué temerle al conflicto, sino que hemos de prepararnos para encauzarlo del mejor modo, siempre sobre la base de la comunicación efectiva, afectiva y empática. La mediación enseña la cultura del diálogo. La mediación defiende la premisa ganador-ganador, nunca ganador-perdedor. La gran variedad, la cosmovisión, la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad que componen y reflejan los valores que se aprehenden en el proceso enseñanza-aprendizaje-incorporación de la mediación, demuestran su elevada utilidad y eficacia para el capacitado, de tal forma que los hace suyos para toda la vida, convirtiéndose, en un vector y factor de crecimiento de la cultura de la paz. Es por tanto la Mediación un proceso pacífico que contribuye a la formación y fomento de valores individuales, familiares y sociales. Al generar cambios comportamentales con sustento en la comunicación asertiva y empática, difunde conformidad del sujeto consigo mismo, lo cual se revierte en armonía familiar y social. El mediador se erige dentro del proceso de mediación cual maestro que a través de su flexibilidad, creatividad y suspicacia, buen dominio de las técnicas y herramientas de la mediación y el lenguaje, facilita el intercambio de criterios entre los mediados, con el fin de que arriben a un acuerdo beneficioso para ambos; preservando la salud mental y en definitiva las relaciones humanas. La mediación es un proceso que contribuye al desarrollo de nobles valores humanos: respeto, tolerancia, paz, no agresión. Representa un eslabón importante en el logro de la armonía en las relaciones interpersonales y la estabilidad social. Resulta un proceso democrático y participativo, son los mediados los que construyen su acuerdo. Urge la necesidad de extender su práctica a los más diversos lugares del orbe, no para que compita con el proceso judicial, sino para que devenga en un recurso preventivo y no coactivo que redunde en autorregulación y satisfacción.

MAIDOLIS LABAÑINO BARRERA*

ESBOZO EN PROSPECTIVO DEL CENTRO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS (CENREC) DE LA UNIVERSIDAD DE ORIENTE, CUBA

SUMARIO: 1. Prefacio necesario, ¿qué es un Centro de Resolución extrajudicial de conflictos? - 2. ¿Por qué un Centro de Resolución extrajudicial de conflictos en la Universidad de Oriente (UO)? - 3. ¿Para qué el Centro de Resolución extrajudicial de conflictos en la Universidad de Oriente? - 4. Desarrollo, perdurabilidad, eficiencia y garantías en la misión del centro. - 5. De sus estatutos y reglamentos. Un comentario a modo de epílogo.

1. *Prefacio necesario, ¿qué es un Centro de Resolución extrajudicial de conflictos?* – Cuando se estudia el conflicto, sus diferentes tipos, elementos estructurales, así como las distintas maneras que cada individuo tiene para hacerle frente, no es posible hablar de un único proceder o forma de actuar, con una sola solución. Se precisan otros mecanismos que permitan poder adaptarse al caso concreto, a medida de lo que necesiten las partes para resolver su problema de forma no adversarial. Ya no solo la mediación, sino también de otras figuras autocompositivas como la conciliación o la previa negociación que, podrían ser más apropiadas que otras, dependiendo del caso a resolver.

No obstante, la mediación como tercer paradigma, así denominado por la doctrina científica moderna, permite que el tercero ocupe una posición horizontal, y no vertical y jerárquica como ocurre en el caso de los jueces, en la que trabaja para compatibilizar la satisfacción de todos los intereses intersubjetivos. De esta forma, evita discernimientos en términos de lo bue-

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. ORCID ID: 0000-0003-4668-5976. Email: maidolis@uo.edu.cu

no y lo malo, culpable e inocente, crea un espacio en el que las partes pueden buscar las soluciones a sus conflictos en el plano de la colaboración, de manera autónoma y consciente, porque reconocen el rol del mediador dentro del conflicto. Esta cuestión medular supone transformar ese proceso intersubjetivo adversarial en colaborativo con la ayuda de ese tercero, cuya misión radica en conducir de forma pacífica a las partes durante la disputa que ellas mismas no saben cómo tratar, porque nadie sabe más sobre su conflicto que las propias partes. La mediación les devuelve a las partes la gestión de sus propios conflictos, por lo cual se dice que estamos ante el paradigma de la autogestión¹.

Un concepto abarcador de Mediación, y que se aprovecha, aporta la autora PEREIRA PARDO, quien la define como un procedimiento estructurado, pero flexible, que puede ser alternativo, complementario o sustitutivo del sistema judicial, al que las partes, sumidas en un conflicto manifiesto, disputa o divergencia, que son incapaces de solucionar por sí mismas, acuden voluntariamente actuando de buena fe, para que un tercero, imparcial, neutral y sin poder de decisión, denominado mediador, utilizando las técnicas adecuadas al tipo de conflicto y evitando la desigualdad entre las partes, las conduzca a través de la comunicación y el diálogo personal y directo a obtener de forma consensuada, y por ellas mismas, la resolución, gestión o transformación de su conflicto, con el compromiso de todos los intervinientes de respetar el principio de confidencialidad sobre lo tratado, incluido el contenido del acuerdo si se obtuviere².

La síntesis integradora de la mediación no se resuelve creando equipos multidisciplinares de especialistas en distintas áreas, como la Psicología, el Derecho, la Pedagogía, etc., en torno a un problema, afirma la autora, sino que con este mecanismo solo se alcanzará una acumulación de visiones de cada una de las materias³. La mediación entonces, deberá beber de

¹ Vid. M. PEREIRA PARDO, «La mediación como cauce de la resolución de conflictos jurídicos en el derecho español y comparado. Bases para el desarrollo de la cultura de la mediación», tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de A Coruña, 2015, p. 249.

² Ídem, pp. 375-376.

³ Ibidem, p. 376.

otras fuentes aparte de la jurídica y apropiarse de los saberes y conocimientos de esas otras disciplinas, para así conformar su propio marco de actuación. Con esto, se evitaría incurrir en los tan frecuentes desencuentros entre las distintas disciplinas para otorgarse la exclusividad en la materia. Esa síntesis integradora solo será viable a través de la transdisciplinariedad.

En virtud de lo anterior, en Latinoamérica, la justicia alternativa y sus medios de resolución extrajudicial de controversias está logrando un gran impacto en aspectos legales, políticos y financieros. Este fenómeno persigue desarrollar una cultura de solución de conflictos fuera de los despachos judiciales, reduciendo la larga lista de procesos pendientes en los mismos y una tendencia a la armonización de la población. Un significativo aspecto a destacar, es el serio trabajo que se ha venido realizando en la región para concientizar y educar a la comunidad en los muchos beneficios y ventajas que presentan estos medios alternos. Esta conceptualización se ha venido incorporando paulatinamente dentro de los diferentes países en el contexto latinoamericano, y las experiencias nos señalan que, no obstante, la situación que vivimos, la justicia alternativa y sus medios extrajudiciales son cada día más utilizados por los empresarios, los comerciantes y en general, la sociedad. En este sentido, se desarrolla un importante proceso de modernización de sus sistemas jurídicos nacionales a los fines de agilizar y resolver las controversias de manera óptima y mejorar el acceso a la justicia, lo cual se pretende que aporte al área innumerables beneficios. Esto es producto del esfuerzo mancomunado del sector privado, los gobiernos y los organismos internacionales que han comprendido que los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, constituyen instrumentos indispensables para el desarrollo de la región.

Cuba está en plena efervescencia económica, política, social y jurídica en el marco de la actualización de su modelo socioeconómico. Empero, hay ausencia de desarrollo normativo en leyes ordinarias del derecho de acceso a la justicia y sus vías extrajudiciales de resolución, y existen escasos estudios científicos doctrinales sobre la justicia alternativa como una de las vías de ejercicio de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. Constituye un reto ordenar e implementar la justicia alter-

nativa, que ya cuenta con amparo constitucional desde el 2019 (cfr. Art. 93 de la nueva Constitución cubana), persistiendo la inexistencia de regulación jurídica sustantiva y adjetiva, en cuanto al empleo de medios alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación, negociación y arbitraje) en materias como las civiles, familiares, laborales, de consumo, penales, etc., y a la ausencia de regulación de medios autocompositivos para la solución de las controversias contractuales comerciales. Se trabaja en principio, por las comisiones del órgano legislativo del país en el perfeccionamiento de las leyes sustantivas y de enjuiciamiento, y a lo futuro, en normativas de desarrollo de los mandatos constitucionales.

El desconocimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos y sus beneficios por parte de la población, incluso por algunos profesionales del Derecho, atenta contra el empleo generalizado de estos mecanismos de resolución de controversias, haciéndose preciso realizar una ardua labor de divulgación jurídica del tema a través de los medios de difusión masiva, instruir a la sociedad cubana en la materia, conducirla a la solución pacífica de las discrepancias y hacerla partícipe de las discusiones en los proyectos normativos para que pueda comunicar sus preocupaciones y sugerencias, de inclusión o modificación en los venideros proyectos legislativos. La población cubana se encuentra bien instruida y preparada para la solución de los conflictos mediante la justicia alternativa. Un paso que ha de resultarle necesario para aminorar los gastos monetarios y de tiempo en la solución de los litigios, facilitar la comunicación, restablecer relaciones jurídicas y sociales, y construir acuerdos sobre la base de los intereses comunes de las partes, donde su voluntad prevalece sobre cualquier norma.

Una definición *a priori* de lo que es un *Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos*, puede resumirse, en una entidad privada o estatal, creada con la finalidad de la promoción, difusión, capacitación, asesoramiento, formación, especialización, gestión, investigación y administración de procesos relacionados con la resolución alternativa de conflictos y sus medios extrajudiciales como, la mediación, negociación y conciliación, así como la prestación onerosa o gratuita de esos servicios a las personas naturales y jurídicas, y el desarrollo de servicios cien-

tíficos afines a la actividad, de conformidad con lo establecido en sus Reglamentos.

¿Qué razones sociales justifican la creación de un Centro para la solución extrajudicial de los conflictos en la actualidad?

En primer escalón, se encuentran las razones emanadas de la complejidad de las relaciones sociales, el incremento de los conflictos de intereses como consecuencia de la globalización y los medios tecnológicos. El nuevo concepto interdisciplinar de conflicto derivado de la misma evolución de su estudio. En un segundo grupo de razones, se encuentran las propias del Derecho; si se parte de la existencia de distintas ramas que requieren tratamientos diferentes, como la civil, contractual, laboral, familiar, agraria, mercantil, empresarial, penal, internacional, etc. Los actuales inconvenientes del proceso judicial para satisfacer a las partes, incluida la vencedora en juicio. Ganar el proceso no siempre significa que el conflicto haya sido resuelto, o que queden satisfechos los intereses de las partes. A esto, puede unirse la lentitud de los procesos para dar respuesta a las demandas establecidas, y en consecuencia, la percepción negativa de los ciudadanos respecto a la eficacia y utilidad de la justicia. La necesidad de un tratamiento menos positivista y objetivo en materia de relaciones jurídicas, sean familiares, sucesorias, contractuales, de consumo, comerciales y agrarias, por citar algunas, buscando conservar relaciones futuras y sus efectos jurídicos para los sujetos partes. Y, por último, pueden existir razones relativas al alto coste económico, de tiempo y emocional que representa para el ciudadano llevar la solución de sus controversias a la vía judicial, así como la formación de los ciudadanos que cada vez más, reclaman para sí la participación activa en la resolución de sus propios conflictos.

2. ¿Por qué un Centro de Resolución extrajudicial de conflictos en la Universidad de Oriente (UO)?

– *Necesidad jurídica de la existencia de un centro de resolución extrajudicial de conflictos.*

Una de las prioridades para la investigación científica en las ciencias sociales y humanísticas para el presente, es el desarrollo

de una cultura de paz que haga énfasis en la investigación en la equidad y satisfacción de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales, entre los que se encuentra el derecho de acceso a la justicia, judicial o extrajudicial. La modernización de la justicia es una necesidad real, y debe estar en función de la sociedad y de la persona en general como centro del ordenamiento jurídico. Los conflictos han existido siempre, pero los nuevos tiempos requieren otra visión y una reorganización del quehacer jurídico y de la forma de abordarlos.

Uno de los elementos en los que reposa la mayor legitimidad de los Estados de Derecho modernos es la capacidad estatal de resolver los conflictos que surjan entre sus ciudadanos, estableciendo reglas claras que conlleven a soluciones justas y equitativas a las disputas. El acceso a la justicia es un derecho reconocido constitucionalmente en nuestro entorno jurídico latinoamericano, encontrándose nuevamente en el centro del debate por efecto de su reconocimiento como un Derecho Humano de tercera generación. Supone la acción de los ciudadanos de recurrir ante los órganos del Estado para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier pretensión. Debe ser visto no sólo en el más común que se relaciona con el ámbito del acceso al sistema de tribunales, sino como el derecho de todas las personas de acceder a procesos ágiles y garantistas para obtener justicia pronta y de calidad, sin limitaciones de ningún tipo, debido a la amplitud de los cometidos estatales que exige el funcionamiento regular y eficaz de las instituciones del Estado, no sólo en interés de los ciudadanos, sino en beneficio general de la colectividad.

La implementación de los medios extrajudiciales de solución de conflictos trae aparejadas ventajas y desventajas a la sociedad cubana, nos corresponde colocar en una balanza los resultados de investigación e inclinarnos del lado correcto. Constituyen ventajas para la sociedad y el Derecho cubanos, la solución ágil y eficaz de los conflictos, favorecer la comunicación y el entendimiento entre las partes, la descongestión de los tribunales competentes por razón de las materias estudiadas, disminución de los costos de acceso a la justicia y la solución de algunos casos o aspectos en los que la ley no se ha pronunciado. La implementación de los medios alternativos de solución de conflictos puede

traer aparejadas además sus desventajas, quizás una brecha o vía que podrán emplear las partes inescrupulosamente para legalizar algunas cuestiones que hasta la fecha no tenían solución a través de la justicia convencional, o quizás para encubrir ilegalidades. Pero estas desventajas pueden ser vencidas en el terreno mismo de la actividad mediativa para la solución del conflicto de que se trate, y el adecuado desempeño del mediador, bajo los principios y reglas éticas propias de su rol.

Para que tenga éxito una ordenación y puesta en práctica de los medios extrajudiciales de solución de controversias, es necesario primero, cambiar la percepción de los ciudadanos. Es cuestión de un cambio de mentalidad, aparentemente difícil, pero esencialmente necesario y además realista. Segundo, la necesidad de tener un instrumento jurídico único que establezca un marco común para la solución de todos los conflictos civiles, contractuales, familiares, sucesorios, agrarios, penales, laborales, comerciales, etc. Respecto a la forma, podría ser un Reglamento que armonizase los distintos ámbitos de aplicación de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, y permita la circulación de los acuerdos. Una posibilidad alternativa, quizás la más factible para estos tiempos, sería centrarse en un tipo específico de litigios o asuntos, que se han de traducir en los propósitos de cualquier ente o centro de mediación y conciliación.

A pesar de no contarse en la actualidad con la regulación jurídica necesaria, se podrá implementar al menos, la conciliación y la mediación de manera convencional, a través de Centros de Solución de Conflictos creados al efecto, que confeccionen sus propios estatutos y procedimientos, precisamente porque la ley no lo prohíbe y *ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Solo así, si logramos crear los centros de mediación y conciliación, efectuar una adecuada divulgación en los medios y preparar profesionales para que se desempeñen como mediadores y/o conciliadores, se podrá comenzar a hablar de una verdadera justicia alternativa en Cuba. En este empeño el papel de las Universidades es fundamental, al contar con mejores condiciones organizativas, institucionales, de capital científico y de desarrollo de la investigación, que otras instituciones y organizaciones.

La necesidad de centros de investigación y prestación de servicios científicos y profesionales sobre Mediación y Conciliación como mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos jurídicos, en todas las áreas del conocimiento del Derecho, es una urgencia para lograr una tutela efectiva de los derechos y garantías de los ciudadanos, pues le confieren a las personas total potestad para elegir la forma en que solucionan sus conflictos, dejando atrás la limitante de una única solución posible: el proceso judicial. Los centros de resolución extrajudicial de conflictos se presentan como una vía eficaz para promover la paz, fortalecer el entendimiento y la comunicación entre los ciudadanos, las personas jurídicas, el Estado y la colectividad en general.

– *Antecedentes de centros similares en el país. Alcance de su actividad.*

En Cuba no existen antecedentes legislativos sobre la mediación, y en el orden práctico, en los últimos años se ha encauzado su estudio desde el ámbito de las relaciones familiares, con las experiencias mostradas por las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia de la Federación de Mujeres Cubanas con su centro de capacitación, los abogados de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, y los llamados centros de mediación, como iniciativa de proyectos de investigación auspiciados por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, con contadas sedes en algunas de las provincias del país, como la Habana y Holguín, por citar ejemplos⁴.

Todos estos escenarios pudieran considerarse como la referencia más directa de la esencia de la actividad mediativa y su alcance solo en función de los diversos conflictos familiares. No obstante, la idea de los centros de mediación familiar sigue siendo desconocida por la mayor parte de la sociedad cubana ante la

⁴ Apud. Y. PÉREZ ROMERO, *“Justicia alternativa y solución de conflictos contractuales. Una propuesta de implementación de medios extrajudiciales en sede civil y comercial”*, Tesis de especialidad en Derecho Civil y Familia, tutora M. Labañino Barrera, Santiago de Cuba, 2018, passim; RODRÍGUEZ MARTÍN, Lisbeth y Arlietys Núñez Rodríguez, *“El papel de los centros de mediación en la resolución de conflictos familiares. Su viabilidad en Cuba”* en *Derecho y cambio social*, 2015, passim.

insuficiente divulgación, y necesitada de perfeccionamiento para llegar a tener similitud con la mediación familiar que se realiza en otros países. La única manera viable sigue siendo su institucionalización jurídica, de modo que se garantice a este mecanismo alternativo de solución de conflictos alcance en toda su plenitud y eficacia, sobre todo en la vía extrajudicial.

El Derecho patrio está llamado a contribuir en el gran proceso de perfeccionamiento de nuestro sistema institucional y legislativo, y en este sentido, con la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República en el 2019, es posible abordar la impartición de la justicia cada vez más orientada a la concepción del Derecho basado en la negociación, en los acuerdos, la mediación y con un Derecho más preventivo. (ver art. 93 de la nueva Constitución). El actual cronograma legislativo previsto para esta nueva legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, demanda de la continuidad y/o desarrollo de investigaciones científicas relacionadas con el acceso a la justicia como derecho fundamental de la tutela efectiva de todos los ciudadanos en el marco de la modernización de la justicia y la institucionalidad de la sociedad cubana.

En el propio contexto cubano, la interpretación y aplicación de normas jurídicas basadas en su conformidad con la Constitución, no constituye actualmente una práctica jurídica sentada y generalizada por los operadores del Derecho, que se acrecienta, además, con la inexistencia de mecanismos extrajudiciales para la solución de estos conflictos, como la mediación, conciliación y el arbitraje, de entidades que tengan como misión la gestión, desarrollo y aplicación de estos.

– *Novedad del centro de la UO. Misión y alcance del CENREC.*

A pesar de las múltiples conferencias y actividad de posgrado impartidas a raíz del Programa de Resolución Extrajudicial de Conflictos liderado por el Profesor CASTANEDO ABAY⁵ de la Universidad de la Habana, algunas acciones de la Unión Nacional de Juristas y el colectivo de profesores investigadores del Proyecto internacional «*La resolución extrajudicial de conflictos*

⁵ Vid. per Omnia. A. CASTANEDO ABAY, *Mediación alternativa para la resolución de conflictos*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2000

en el marco de la modernización de la justicia», en efectiva ejecución desde el año 2018 en la Universidad de Oriente, resulta todavía insuficiente la capacitación y formación, por la cantidad de profesionales que requieren preparación en el tema, con el fin de asesorar a la población y a los empresarios sobre las vías alternativas para solucionar los litigios en el menor plazo posible y con mayor eficacia; así como la habilitación necesaria que requieren los profesionales del Derecho para fungir como mediadores o conciliadores, con posterioridad a la preparación. En un primer momento se deberán formar profesores, abogados y notarios y, con posterioridad, se precisará de la capacitación y formación de gestores en otras áreas del conocimiento de las ciencias sociales, económicas y pedagógicas.

En Cuba no existe aún un centro propiamente dicho que se encargue de la actividad mediadora; a pesar de la inserción atípica de este mecanismo de solución de disputas entre las funciones de las organizaciones sociales mencionadas, los acuerdos logrados carecen de fuerza jurídica y, por tanto, no tienen el alcance práctico más conveniente y deseado en materia de justicia alternativa y sus medios de solución. Los Bufetes Colectivos, las Facultades y carreras de Derecho de las Universidades, los centros específicos creados hasta el momento en algunas sedes de la Unión Nacional de Juristas del país u otras entidades creadas al efecto, se convertirán en claros ejemplos de escenarios propicios para mediar o conciliar.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, se erige pionera en el país en la creación y puesta en funcionamiento de un centro de gestión de conflictos de esta naturaleza que fungirá con carácter transdisciplinario.

– *Marco jurídico institucional para su creación.*

En año 2013 se gestó a nivel de país y del Ministerio de la Educación Superior (MES), un proceso encausado a la estimulación de la actividad de investigación, desarrollo e innovación en las estructuras de base y potenció las sinergias entre áreas de conocimientos logrando estructuras básicas fundamentales, y con esto una mayor integración de la actividad científica y de innovación con los restantes procesos sustantivos. Una oportunidad que se aprovechara en diferentes escenarios universita-

rios, favoreciendo y aprovechando la actividad científico-tecnológica y la prestación de servicios. De esta manera se le dio absoluta potestad a los Rectores para utilizar a profesores o investigadores en las funciones sustantivas según las conveniencias de cada Universidad, sin necesidad de separar en estructuras la actividad académica de la científica. Todo lo cual permitió dar pasos de avances en la creación de grupos de investigación dentro de los departamentos docentes, como célula base de las Universidades, atribuyéndoles funciones principales en la investigación, los servicios científicos tecnológicos de alto valor agregado y el postgrado. Así surgieron las Entidades de Ciencia, Tecnología e Innovación (ECTI)⁶.

Estos centros de ciencia e innovación asumieron un catálogo de clasificación muy interesante y adaptable a todas las áreas del conocimiento. De ahí que se agruparon en tres grandes grupos; centros de investigación, centros de servicios científicos y tecnológicos, y las nombradas unidades de desarrollo e innovación. La clasificación de estas entidades respondió a indicadores establecidos a nivel de país, y ha posibilitado su aprovechamiento tanto en las ciencias naturales, exactas y técnicas, como en las ciencias sociales, jurídicas, económicas y de humanidades⁷.

A los efectos particulares del Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos, con sede en la Facultad de Derecho, interesó la nueva denominación de los centros de servicios científicos técnicos, ahora con la conceptualización de *Centros de servicios científicos y tecnológicos*: entidades que tienen como misión fundamental la prestación de servicios científicos y tecnológicos. Pueden realizar investigaciones en función de su misión, siempre que cumplan las regulaciones establecidas en el país para esta actividad y cuenten con el personal capacitado y categorizado para ello, pueden realizar producciones especializadas y su exportación cuando corresponda⁸. Y es que precisamente, los indicadores estatales de clasificación y, la nomenclatura institucional

⁶ *Vid.* para más información en detalles, la RS-OM 1424 del ministro de la Educación Superior en Cuba, de fecha 18 de julio de 2013, y sus Anexos 1 y 2.

⁷ *Vid. Sic.* Nuevas denominaciones y conceptualizaciones de estos centros en la RS-OM1424/2013, del MES, de fecha 18 de julio de 2013.

⁸ *Cfr.* Anexo nº 1 de la RS-OM1424/2013, del MES.

de servicios profesionales aprobados para estos centros, a partir de criterios de clasificación de esos servicios mismos, ha permitido crear las condiciones materiales y de capital científico para que pueda cumplir su misión y objetivos concebidos.

En los centros de servicios científicos y tecnológicos, el 80% de su actividad fundamental utiliza de forma intensiva conocimientos científicos existentes, mediante el empleo demostrado de capacidades intelectuales y materiales de elevado nivel de especialización, con impacto en el orden social y económico. Podrán realizar servicios profesionales y otros servicios que no posean alto valor agregado, derivado de la ciencia afines con el potencial científico y la infraestructura material disponible, pero en una proporción minoritaria para la actividad de la entidad a la que pertenecen. La actividad de investigación se organiza en proyectos en función de su misión, dirigida a incrementar y diversificar la calidad de los servicios a prestar. Los citados centros operan bajo régimen de autofinanciamiento, pues sus servicios profesionales serán objeto de comercialización en respuesta a la demanda de clientes, o a encargos estatales o no, que, al tener carácter repetitivo, se fijarán precios de comercialización a través de tarifas de precios aprobadas por las autoridades correspondientes. En tanto, los servicios científicos serán objeto de contratación económica⁹.

Dentro de esta nomenclatura de servicios relacionados para estos centros se encuentran los servicios de investigación y desarrollo experimental relacionados con las ciencias sociales y humanidades, destacando entre estas los relacionados con el Derecho, la psicología, sociología, ciencias culturales, económicas, entre otros. Concretamente para el Derecho, enfatiza en ejemplos de aquellas investigaciones y servicios del Derecho público, el Derecho Civil y el Derecho privado en general¹⁰.

Sin dudas, que en el orden institucional y legalmente constituido existen las condiciones propicias para el óptimo funcionamiento del Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos de la Universidad de Oriente. El centro ya cuenta con las capacidades intelectuales y de especialización creadas en los grupos de investigación que tributarán a la actividad científica, organizada por

⁹ Cfr. Anexo n° 2 de la RS-OM1424/2013, del MES.

¹⁰ Ídem.

proyectos de investigación y con un potencial humano de elevada calidad científica. Se muestran además, avances notables en la infraestructura material del local sede del Centro, se han dado pasos concretos y respaldados por la ejecución financiera del Proyecto de colaboración internacional con la Fundación General de la Universitat de Valencia, España, que garantizará para el futuro inmediato la puesta en marcha del CENREC y con esto, el desarrollo de los programas de difusión, formación, investigación y de prestación de servicios científicos y profesionales para la mediación, la negociación y la conciliación, que se encuentran implementados y en ejecución su plan de acciones desde la temprana fecha de septiembre de 2018. Condiciones suficientes para que, llegado el momento de su puesta en funcionamiento, se insite por los canales institucionales correspondientes su concepción y personalidad jurídica como un Centro de servicios científicos y profesionales de mediación y conciliación.

3. ¿Para qué el Centro de Resolución extrajudicial de conflictos en la Universidad de Oriente?

– Objetivos, fines y Principios de funcionamiento.

La actualización del modelo socioeconómico cubano y la institucionalización del país, imponen desafíos y experiencias en la construcción de una sociedad con equidad y sostenibilidad, que trasciende al orden de institucionalidad y eficacia del Derecho, tanto en la regulación de las relaciones sociales multifacéticas, como la búsqueda de soluciones para que las normas jurídicas sean expresión de los procesos reales, de la cultura ciudadana, y la participación de los ciudadanos en los procesos normativos del país. De ahí que, los objetivos y resultados principales a alcanzar con la creación del centro, están encaminados a lograr:

Objetivos principales:

1. El fortalecimiento del nexo entre la universidad y la sociedad.
2. Formación en materia de Resolución extrajudicial de conflictos.
3. Desarrollo científico e innovación de las ciencias jurídicas.

4. Exportación de la formación posgraduada, científica y de prestación de los servicios profesionales a la sociedad a través de la puesta en funcionamiento del CENREC de la Universidad de Oriente.

Objetivos que se materializan en:

1. El desarrollo de investigaciones científicas afines que conduzcan a la sistematización de nuevas concepciones teóricas, jurídicas comparadas y legislativas sobre la Justicia alternativa y sus mecanismos extrajudiciales, como constructos necesarios para su perfeccionamiento y apropiada aplicación a la solución de los conflictos jurídico-sociales en el ordenamiento jurídico cubano; y, la propuestas de bases teóricas y de *lege ferenda* para el perfeccionamiento de la justicia alternativa y, la implementación de la mediación y la conciliación como medios extrajudiciales en la solución de los conflictos, en las actuales condiciones del modelo socioeconómico.
2. El desarrollo del posgrado y la prestación de los servicios de mediación y conciliación a la comunidad universitaria y la población, en las actuales condiciones del modelo socioeconómico.
3. La formación de actores para la difusión y aplicación de la resolución extrajudicial de conflictos y sus medios desde el Centro creado, en pos del asesoramiento de la población y la comunidad universitaria, en el marco de la actualización del modelo económico y social cubano.
4. La elaboración de los Reglamentos internos sobre Mediación y Conciliación, y para el adecuado funcionamiento del Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos y comercialización de los servicios que entran en su misión.
5. La elaboración de una Estrategia de comunicación y comercialización de los servicios del Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos.
6. El diagnóstico del estado actual de los conflictos civiles, familiares, contractuales, de consumo, comerciales, laborales, penales y agrarios, y de las principales insuficiencias en su solución en sede judicial, base para la conveniente instrumentación de los medios extrajudiciales como vía alternativa de resolución.

Funcionamiento del centro.

Además de las cuestiones puramente organizativas, los miembros del grupo de trabajo del centro dedicarán un espacio para determinar asuntos relacionados de forma directa con la actividad que se realiza, de tal forma que se logre un alto nivel de desenvolvimiento por parte del personal, así como la satisfacción de las personas que solicitan el servicio. Se estima que las funciones del centro¹¹ deben ser las siguientes:

1. Impulsar el desarrollo de la mediación y la conciliación.
2. Posibilitar el desarrollo de la comediación y de la remediación.
3. Estudiar las técnicas de la mediación y la conciliación, para mejorar la prestación del servicio.
4. Prestar servicios de información y orientación sobre la mediación y la conciliación.
5. Crear y actualizar el Registro de los mediadores del centro.
6. Velar por la capacitación de los mediadores y conciliadores.
7. Establecer programas de formación específica en mediación: práctica y teórica, de nuevos mediadores.
8. Definir quién será el mediador conforme a la naturaleza jurídica del conflicto y de acuerdo a la lista de turno en la que se registren, ante la ausencia del nombramiento del mediador por las partes.
9. Monitorear la labor realizada por los mediadores.
10. Diseñar un sistema de estimulación y sanción a los mediadores.
11. Fomentar el estudio y las investigaciones sobre el objeto y la factibilidad de estos mecanismos de resolución.
12. Desarrollar la labor estadística, sobre la base de la confidencialidad.
13. Dar seguimiento a cada uno de los acuerdos logrados para verificar la efectividad de la mediación.
14. Definir cuáles son los conflictos que pueden ser susceptibles de mediación y/o conciliación.

¹¹ Apud. Reglamentos de mediación y conciliación del Servicio de Mediación y Conciliación del Centro de protección de datos y nuevas tecnologías de la Universitat de Valencia. Consultado en www.uv.es en fecha 28 de marzo de 2020.

15. Analizar las quejas que sobre el procedimiento realicen los mediadores.
16. Divulgar a través de los medios de comunicación sus fines, objetivos, funciones y ventajas.
17. Elaborar propuestas para realizar cambios normativos en el proceso de mediación, siempre en consonancia con la experiencia práctica obtenida.
18. Contribuir a la disminución de las cargas de trabajo jurisdiccional.
19. Cumplir con lo establecido en las leyes.

– *Estructura, coordenadas y carácter del centro.*

El centro podrá tener un carácter general y transdisciplinario. Se destinará a la solución de conflictos intrauniversitarios y externos de todo el territorio donde se encuentra domiciliado. En él se resolverán asuntos de todo tipo, por lo que se requiere que estos cuenten con una división interna que atiendan las esferas civil, familiar, laboral, comercial, institucional, escolar, entre otras.

Este centro a pesar de contar con objetivos, funciones y métodos de trabajo propios atendiendo a los caracteres de los servicios profesionales que prestará, podrá regirse metodológicamente para la organización de los servicios de mediación y conciliación por las disposiciones jurídicas que el Ministerio de Justicia emita en el futuro, aunque pertenezca a la Universidad y se rija por las líneas generales del desarrollo de las investigaciones para el avance humano local, las prácticas preprofesionales, la superación postgraduada y la capacitación en los territorios. La jerarquía por tanto será establecida en forma vertical, porque el Centro como entidad de servicios científicos y experimentales del Derecho se subordinará a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

En ese sentido, también responderá a la prioridad nacional de actualizar los programas de formación e investigación en las universidades en función de las necesidades del desarrollo económico y social del país y de las nuevas tecnologías (...) ¹². Se vincula-

¹² *Vid.* Lineamiento n° 152 sobre la política social y educacional del país. Lineamientos de la política social y económica de la nación cubana, de fecha 18 de abril de 2011.

rá a los ejes estratégicos de Desarrollo humano, equidad y justicia social, de Potencial humano, ciencia, tecnología e innovación, Gobierno eficaz, eficiente y de integración social, e Inserción internacional. Así mismo responderá a uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, al estar en función de la sociedad y de la persona en general como centro del ordenamiento jurídico. De ahí lo factible y pertinente de la propuesta del centro para la Universidad de Oriente, a fin de materializar la política trazada.

En su estructura, el centro estará conformado por un director, cuya obligación principal será la de velar por el cumplimiento de todas las funciones del centro; un coordinador, que sería el encargado de organizar y distribuir las sesiones de trabajo en premediación y en mediación; los mediadores y el personal auxiliar: secretarios. Los derechos y las obligaciones de cada uno de ellos deben estar debidamente definidos en los Reglamentos que regulen el trabajo interno del centro.

En cuanto a la figura del mediador se considera pertinente que se trate de un graduado en la Licenciatura en Derecho, que pase por un proceso de formación debidamente planificado por el Centro de resolución de conflictos de la Universidad de Oriente, de ser pertinente, y luego realizar una prueba de habilitación. Por otro lado, pudiera ser mediador cualquier profesional que, graduado de Psicología, Psiquiatría, Pedagogía, Trabajador social o cualquier otra de las ciencias sociales y humanidades, se haya habilitado convenientemente en mediación y, por tanto, sea el responsable de facilitar la comunicación y favorecer el acuerdo de las partes.

El centro será una institución pública que tiene como fin impulsar los medios autocompositivos de resolución extrajudicial de conflictos, la mediación y la conciliación. Facilitar el acceso y administración de los mismos, incluida la designación de mediadores y conciliadores, así como la constitución de la bolsa de expertos del centro, a la cual podrán pertenecer otros profesionales del Derecho y otros profesionales y docentes universitarios de otras ciencias formados como mediadores por los programas de formación de gestores del propio centro. Estos mediadores formados se han de preparar para cada tipo de mediación según su especialización.

– *Tipos de conflictos, servicios a prestar y programas de trabajo.*

El desarrollo de las actividades científicas, de investigación, formación, gestión, difusión de prestación de servicios del CENREC tendrá como soporte fundamental la impartición de entrenamientos, talleres, diplomados y Seminarios científicos sobre medios alternativos de resolución de conflictos en las distintas áreas del saber jurídico; civil, familiar, penal, mercantil, laboral, internacional y desde la Teoría general de los conflictos. Tiene como antecedente importante en este orden, la ejecución del proyecto de investigación PIVENE con financiamiento internacional, «La resolución extrajudicial de conflictos en el marco de la modernización de la justicia», con cierre en el 2020, y que ha sentado las bases científico-metodológicas, estructurales, organizativas y de resultados científicos laureados institucionalmente, como de mayores impactos científicos y sociales, por su contribución decisiva en el proceso de reforma constitucional cubano, en temas de valores, principios, debido proceso civil y el reconocimiento constitucional de los medios alternativos de resolución de conflictos en el país.

– *Servicios a prestar.*

El CENREC podrá realizar servicios profesionales y otros servicios que no posean alto valor agregado, derivado de la ciencia afines con el potencial científico y la infraestructura material disponible, pero en una proporción minoritaria para la actividad de la entidad a la que pertenecen. Asimismo, prestará servicios científicos y tecnológicos. La actividad de investigación se organiza en proyectos en función de su misión, dirigida a incrementar y diversificar la calidad de los servicios a prestar. Sus servicios profesionales serán objeto de comercialización en respuesta a la demanda de clientes, o a encargos estatales o no, que, al tener carácter repetitivo, se fijarán precios de comercialización a través de tarifas de precios aprobadas por las autoridades correspondientes.

Por ende, el desarrollo de sucesivos proyectos de investigación auspiciados por los grupos de trabajo del CENREC, también garantizarán la continuidad en la formación de nuevos doctores, másteres y especialistas, con incidencia en las maestrías de Derecho Constitucional y de Derecho de Empresa y en

los programas de la Especialidad en Derecho Civil y Familia, y de Ciencias Penales y Criminológicas, cursos y módulos que serán coordinados y ejecutados por profesores investigadores de la Facultad de Derecho. Colectivo con vasta experiencia en la ejecución de proyectos de investigación, cuyos resultados han sido laureados por el MES, el CITMA, la ACC y las Sociedades Científicas del Derecho en Cuba, dado sus reconocidos impactos científicos, sociales y educacionales. De igual manera, se orientará a la potenciación del trabajo científico estudiantil y su vinculación a las investigaciones, las actividades de difusión y formación de actores en resolución extrajudicial de conflictos, desde la misma creación del Centro de difusión y resolución de conflictos con sede en la Facultad de Derecho.

– *Programas de trabajo.*

El CENREC desarrollará diferentes programas en los que se integran la formación práctica y la investigación en materia de resolución de conflictos. Serán cuatro los principales programas:

El primero de estos será el *Programa de Investigación*. Una dimensión esencial del trabajo universitario es la investigación en el área de los conflictos. Pero esta investigación, en virtud de la temática sobre la que versa, se caracteriza por su relación inmediata con los aspectos prácticos del conflicto. En este sentido, se tratará de investigar en el diseño de modelos de prevención, administración y resolución de conflictos orientados a su aplicación a las diferentes áreas en los que estos pueden surgir. Su carácter pluridisciplinar hace posible no sólo la compatibilidad de diferentes grupos de investigación, sino su necesaria complementariedad para alcanzar resultados adecuados.

Así el centro en estos momentos, ya cuenta con su propio colectivo de investigadores, formado por profesores de la Facultades de Derecho, Ciencias Sociales y de la Educación de la Universidad de Oriente, y podrán sumarse operadores jurídicos y docentes de otras universidades cubanas, incorporados a los diferentes grupos de trabajo de las nueve áreas de investigación en las que se labora:

1. Área de Teoría general del conflicto
2. Área de Relaciones internacionales
3. Área de Conflictos interculturales y Pluralismo jurídico

4. Área de Conflictos socio-laborales
5. Área de Derecho Penal
6. Área de Mediación familiar
7. Área de Conflictos civiles
8. Área de Conflictos de consumo
9. Área de Conflictos económicos y mercantiles¹³.

Durante el período 2018-2020, se han incorporado nuevos investigadores de organismos jurídicos y entidades de las provincias de Santiago de Cuba, Guantánamo, Granma, Las Tunas y Holguín. Sin perjuicio de ello, se continuará incorporando investigadores interesados en trabajar de forma conjunta en los diferentes programas del centro. También se ofrece la posibilidad a través de programas académicos ya existentes en la Facultad de Derecho, y acreditados por los entes nacionales de calidad establecidos, de la formación de doctores, másteres, especialistas y diplomados.

El *Programa de Formación* tendrá como objetivo, formar a los profesionales para el uso de las técnicas de Prevención, Gestión y Resolución de Conflictos. Se desarrollará en tres niveles: un nivel general, un nivel específico y un programa de módulos especiales. El *nivel general* proporciona los conocimientos y la capacidad de utilizar los métodos que constituyen el fundamento de la formación de un operador de conflictos. Podrá incluir estudios relacionados con la teoría del conflicto, la teoría de la decisión, información, estrategia, teoría de la comunicación y teoría de la argumentación, entre otros tópicos. En el *nivel específico*, se habilitarán en tres medios de resolución de conflictos; la negociación, la mediación y la conciliación.

Esta habilitación en estudios específicos, se hará acompañar de cursos sobre estrategias de negociación, de manera que les permitan a los futuros mediadores reconocer las situaciones negociales, tanto si estas se presentan de manera explícita como si están sumergidas; intervenir en el diseño de las situaciones negociales para reforzar la propia posición estratégica; incremen-

¹³ Vid. Sic. Plan de Acciones de la Ficha técnica de la Red y el Proyecto de Resolución extrajudicial de conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (2018-2020)

tar el poder de negociación propia a partir de la identificación de los elementos relevantes del conjunto negocial; neutralizar los engaños, las manipulaciones (las percepciones, los trucos sucios, las presiones, las amenazas y todas las tácticas abusivas de cualquier tipo de explotación; aprender las técnicas y estrategias básicas de negociación encaminadas a optimizar los acuerdos; desplegar un procedimiento negocial integrador, eficaz y seguro, que incentive la cooperación y dirima el conflicto con el menor coste, con el fin de alcanzar acuerdos inteligentes y estables. Asimismo, alcanzarán la capacitación en estrategias de negociación asistida: Mediación y Conciliación, cursos encaminados a la formación de operadores de conflictos que tienen que participar en procesos de mediación y conciliación. Consecuentemente, incluye el estudio de los procesos de mediación en sus diversas fases, la de construcción del conflicto y la reconstrucción de la relación, las estrategias del mediador y las técnicas de facilitación, la reducción y selección de opciones, el cierre del proceso con el acuerdo y la clausura. Finalmente, se hará acompañar de la cuestión de las prevenciones, las técnicas de motivar el proceso y el rodaje, el desarrollo de la escucha activa, el manejo del asertividad y todas aquellas técnicas necesarias para la intervención de terceros en los conflictos.

En el tercer nivel formativo teórico se desarrollarán módulos especiales, que pueden dividirse o clasificarse de acuerdo a las propias áreas de investigación científica y experimental que desarrollará el centro, dígase: de Relaciones Internacionales, Relaciones Socio-Laborales, Negociación Empresarial, Gestión Sanitaria, Intervención de terceros en conflictos vinculados con la Inmigración y Multiculturalismo, Mediación y/o Conciliación en conflictos civiles, contractuales, vecinales, familiares, comerciales, de consumo, del ámbito educativo, de Negociación y Mediación en el Derecho Penal y modelos de justicia retributiva, en conflictos medioambientales, y módulos aplicados a las estrategias de la negociación y mediación en el ejercicio de la abogacía.

Con el *Programa de Difusión* se logrará que las distintas instituciones que se ocupan de los conflictos conozcan la implicación de la Universidad en dichos ámbitos, conseguirá la partici-

pación de la Universidad en los foros de discusión nacionales e internacionales que existen hoy en día. Para su realización, el programa de difusión incluirá las siguientes actividades:

Foros de discusión: la Universidad deberá, mediante la firma de convenios con diferentes instituciones representativas de distintos ámbitos profesionales, generar foros de discusión referidos a aspectos vinculados con los conflictos.

Congresos: la Universidad a través del mismo centro, ha de generar o participar en la generación de eventos científicos relacionados, directa o indirectamente, con el análisis de los conflictos.

Conferencias: anualmente la Universidad a través del mismo centro, presentará ciclos de conferencias para traer a diferentes especialistas en temas vinculados con la problemática del conflicto.

Visibilidad de los resultados: toda esta serie de actividades podrían concluir con la publicación de artículos científicos, monografías y protocolos de actuación, así como la publicación de libros en colaboración con editoriales públicas y privadas.

Creación de una biblioteca digital especializada, a disposición de los profesores investigadores del centro, los gestores de formación, mediadores, y estudiantes de formación pregrado y posgrado.

Dentro de este programa, la creación y diseño de la página WEB del CENREC, nos permitirá no sólo la difusión de las actividades e investigaciones sino además, se generará un espacio para la discusión e intercambio de ideas que nos permita un mayor contacto con instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, y aquellas asociadas a la Red a la cual se adscribe el centro, la Red iberoamericana de solución de conflictos de la Universidad de Castilla La Mancha, y que servirá de apoyo en sus futuras actividades y fortalecerá el objetivo de difusión que tendrá el CENREC de la UO.

Y por último contará con un *Programa de Coordinación*, que se concretará en dos objetivos principales:

Lograr el protagonismo del CENREC como centro coordinador de las múltiples formas de intervención en los conflictos. Para ello se utilizará una herramienta especialmente útil en este contexto, como son los denominados seminarios talleres de carácter interdisciplinario, que permitan tanto el intercambio de expe-

riencia entre las diferentes instituciones involucradas en estas temáticas, como la potenciación de nuevos proyectos comunes coordinados desde la Universidad.

Y conseguir que el CENREC sea considerado como un referente en el ámbito del asesoramiento, tanto de instituciones públicas como privadas. En este sentido, es conveniente que la formación de especialistas pueda ir nutriendo un equipo interdisciplinario en la Universidad, capaz de prestar asesoramiento en los diferentes ámbitos de los conflictos. Si la Universidad a través del centro, se involucra como un agente asesor, ello repercutirá en el desarrollo de los programas de difusión, formación e investigación ya comentados.

4. Desarrollo, perdurabilidad, eficiencia y garantías en la misión del centro.

– Misión del centro.

En correspondencia con la nomenclatura de servicios a brindar la misión del CENREC se concreta en dos ámbitos:

1. El *Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos (CENREC)* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, tiene como misión la formación, desarrollo, asesoramiento e investigaciones en resolución de conflictos dígase; superación profesional, formación doctoral, trabajo científico estudiantil y desarrollo de investigaciones sociojurídicas sobre resolución extrajudicial de conflictos, más la prestación de los servicios de gestión, negociación, mediación y conciliación.
2. Se encargará, además, del desarrollo y ejecución de proyectos de investigación que potencien la formación de capital especializado para resolver asuntos de carácter académico, legal y de gestión, necesarios para el adecuado funcionamiento del centro y se desarrollen estudios teóricos, normativos y de Derecho comparado sobre la modernización del acceso a la justicia y sus mecanismos extrajudiciales.

– Garantías derivadas de la misión del centro.

La creación y puesta en funcionamiento del Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos, promueve el desarrollo de

una cultura de equidad entre mujeres y hombres, a partir de las acciones de capacitación, los servicios de mediación en materia de Derecho de Familia, y la solución de conflictos relacionados con otros grupos poblacionales vulnerables en el ámbito mismo de las relaciones jurídicas familiares, civiles, contractuales, comerciales, de consumo, laborales, penales y las relativas al sector agrario, tales como; discapacitados, madres solteras, tercera edad, menores de edad, consumidores, etc. Los casos que se presenten al Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos y su solución, se convierten en banco de problemáticas para nuevas investigaciones científicas, y permiten en el sistema de monitoreo de la actividad que se desarrolla tener en cuenta indicadores de género. Así, en la medida de lo posible, las cuestiones de equidad aparecerán visibles en los objetivos, resultados, actividades y presupuesto de los proyectos de investigación que se creen y ejecuten por el centro.

Desde el CENREC se fortalece el sentido de pertenencia, la identidad nacional, los valores culturales y prácticas de modos de vida, a través de una cultura de paz y solución pacífica de controversias, saberes y formas de hacer y de relacionarse entre individuos, entre éstos y personas jurídicas, y entre personas jurídicas, lo que, sin dudas, promueve el fortalecimiento de tejidos sociales.

– *Acciones previstas para la perdurabilidad del centro*

Aprovechar los vínculos establecidos con los organismos jurídicos y la atención a las necesidades de superación de los juristas para la ejecución de algunas de las tareas investigativas.

Aprovechar el espacio de las ediciones de la Escuela Territorial de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente y el cumplimiento de su Convenio con los organismos jurídicos partes, para la ejecución de algunas de las tareas investigativas y de formación.

Explotar los vínculos de colaboración de los investigadores con profesores de universidades extranjeras para materializar salidas de los resultados del proyecto.

Realizar acciones de gestión en convocatorias públicas de Organizaciones internacionales relacionadas con la ciencia, la innovación y el posgrado, para potenciales financiamientos que, de alguna manera, en situaciones emergentes del país, permitan

la continuidad en la ejecución de los proyectos de investigación que genere en centro.

El desarrollo y eficiencia del centro se constata desde los impactos que los servicios científicos, experimentales y profesionales del centro logrará en el orden de lo:

Científico

Nuevos conocimientos científicos que sirven de bases teóricas para el perfeccionamiento de la Justicia alternativa en Cuba y la regulación jurídica de sus medios extrajudiciales de solución, como concepción moderna del acceso a la justicia en sede conflictos civiles, familiares, agrarios y de otros ámbitos.

Propuestas de bases legislativas o de lege ferenda para la adecuada instrumentación de los medios extrajudiciales en la solución de conflictos jurídicos-sociales de diversa naturaleza.

Relevancia de los resultados e impactos previstos a través de las distintas salidas: Libros, publicaciones, visibilidad en eventos científicos internacionales y nacionales y obtención de premios.

Social

El fortalecimiento y modernización de la institucionalidad jurídica de la sociedad cubana para el impulso del desarrollo integral de todos los cubanos y su derecho de acceso a la justicia, realizando propuestas encaminadas a la modernización de su praxis con la creación de espacios para la justicia alternativa y la implementación de sus mecanismos extrajudiciales en la solución de conflictos jurídicos-sociales de todas las personas.

Contribución a la elevación de la cultura jurídica de los operadores jurídicos y al perfeccionamiento de su labor como gestores de difusión y formación en la resolución extrajudicial de conflictos, así como de la población en general, y la eficaz protección de los derechos de los ciudadanos como partes en estas relaciones jurídicas en las actuales condiciones del modelo económico y social cubano.

El fortalecimiento del nexo sociedad-universidad desde la misión del Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos, con el desarrollo de investigaciones científicas afines, el posgrado y la prestación de los servicios de mediación y conciliación a la comunidad universitaria y la población.

Educacional

Actualización de la docencia de las asignaturas de la carrera de Derecho a tenor de los cambios legislativos recientes, a corto, mediano y largo plazos en materia de los diversos conflictos jurídicos-sociales y de sus mecanismos de resolución extrajudicial.

Mejoramiento de las competencias profesionales de los estudiantes de la carrera en temas de mediación y conciliación en la solución de conflictos de diversa índole.

Formación científica de posgrado en materia de resolución extrajudicial de conflictos, en particular, sobre mediación y conciliación, a tono con los postulados del nuevo texto constitucional cubano.

5. *De sus estatutos y reglamentos. Un comentario a modo de epílogo.* – Una vez concluido el montaje y puesta en marcha del Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos, CENREC, de la Universidad de Oriente, es importante la sesión constitutiva, y la elaboración por el grupo de trabajo del centro de los Reglamentos internos de mediación y conciliación, el Código de ética del centro para los gestores de mediación, negociación y conciliación. El contenido de estos reglamentos contemplará desde el concepto de cada mecanismo de solución, ámbito de aplicación, requisitos para ser mediador y/o conciliador, y los 'principios de la actividad mediativa y conciliadora. Los reglamentos elaborados serán sometidos a análisis por la dirección universitaria y aprobados luego, por disposición jurídica de la Rectora de la Universidad.

La implementación de los estatutos y reglamentos del centro garantizará la legalidad y uniformidad de la mediación y conciliación que se realice. A la vez que, determinará la forma en que la población accede a este método, así como las fases de desarrollo del proceso y, por consiguiente, el tratamiento fijado para los acuerdos logrados. Además, la reglamentación permite que los mediadores manifiesten en gran medida su celo profesional, ante la protección de las actas totales o parciales que definan los casos resueltos.

En este aspecto, el centro también facilitará el mayor control sobre la estadística, para determinar la efectividad de las técni-

cas utilizadas y generar otras que puedan resultar más efectivas. La estadística es vital pues permite demostrar si el método es efectivo, si aumenta o disminuye su utilización por la población. La estadística del centro le permitirá rendir informes periódicos a la Universidad y al Ministerio de Educación Superior sobre sus resultados profesionales y científicos. Al mismo tiempo, se constituye en canal del flujo de la información necesaria para la actividad que se realiza, facilitará la comunicación, la capacitación de los mediadores y la creación de cursos para la formación de nuevos mediadores, los que contarán no solo con los conocimientos teóricos, sino que tendrán acceso a la práctica en la propia sede de mediación. No se debe olvidar que la posibilidad de especialización en mediación, suma un alto porcentaje en la significación de estos tipos de centros.

El reglamento ordenador de la labor del centro de resolución de conflictos deberá abordar varias cuestiones de interés, de índole organizativa, administrativa y de los propios procesos de mediación y conciliación. Así deberá dedicar parte de su articulado a fijar las causas por las cuales el mediador debe excusarse de actuar, destacándose aquellas situaciones en las que exista entre él y los interesados algún vínculo de consanguinidad, parentesco o amistad; cuando no se sienta capaz de resolver el conflicto; por haber prestado sus servicios profesionales a algunas de las partes anterior al proceso; o por tener un interés legítimo en el proceso; además de otras que actualmente son aplicables a jueces, fiscales y notarios. Corresponde en tanto estipular un Código de Ética y consecuentemente, un sistema de sanción, para hacer frente a las conductas incorrectas de los mediadores. Nuestro proceso de mediación pudiera ser realizado por un solo mediador, en comediación o con la presencia de un equipo multidisciplinario (siempre con la autorización de todos los interesados).

Se han de instaurar las formas de acceso al centro, entre las que pueden contar: la derivación del caso por el juez que lo conozca inicialmente, con el consentimiento de las partes; por la remisión de cualquier otro organismo jurídico o social; dígase, Bufetes Colectivos, la Fiscalía, las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia, la Universidad y sus dependencias y, por la propia iniciativa de los interesados, entre otras vías de acceso.

Los futuros mediados se pueden hacer representar o acompañar por sus abogados, los que solo podrán orientar a las partes en su toma de decisiones y revisar los acuerdos tomados, de conformidad con los derechos y obligaciones que le establece la ley. La solicitud puede ser realizada por uno solo de los interesados o por ambos, haciendo referencia a los datos generales y la forma de localizarlos. Existe la posibilidad de que esta acción sea cumplida por los abogados. De cualquier forma, debe ser escrita, para dejar constancia inicial del proceso de mediación.

En caso de que la parte que no realizó la solicitud se niegue a participar en el proceso, el trámite se dará por terminado. De igual forma, una vez iniciado el procedimiento ambas o una de las partes puede desistir de realizarlo. Otra causa que motive el cierre del expediente podrá ser la ausencia de algunos de los mediados durante dos sesiones. Terminado el caso sin el logro del acuerdo, bien sea por el desistimiento o por ser imposible acoplar las voluntades de las partes, si el caso hubiera sido trasladado por el Tribunal se continuará el proceso en esta sede, de lo contrario existe la posibilidad de iniciar con posterioridad, si las partes lo deciden nuevamente, el procedimiento de mediación.

El conflicto en dependencia de su clase, se deberá tratar de resolver en un período menor al de los dos meses, pero pudiera extenderse de acuerdo a la complejidad del asunto tratado; siendo así, las sesiones se conformarán de acuerdo con las fases del proceso, con una duración mínima de una hora, pudiendo ser individuales o colectivas. Durante la primera sesión debe el mediador comunicarles a las partes los objetivos del proceso y sus características, facilitándoles el consentimiento informado del proceso.

En cuanto al costo, como ya se apuntó, se estima necesario la instrumentación de una tarifa de precios de acuerdo con la complejidad del asunto a ventilar en la mediación, aunque también deberá establecerse de forma gratuita la prestación del servicio, a todas aquellas personas que por su condición social y bajos ingresos estén imposibilitados de pagar los honorarios. Cuestión que deberá quedar expresamente enumerada en los reglamentos de mediación y conciliación, en cuanto a las personas, tipo de conflictos y asunto para los que se exonerará de pago el servicio prestado. De igual manera, se dedicará una regla de ordenación

en los reglamentos, en lo referente a la remuneración al mediador por su labor, en dependencia si pertenece directamente al centro o formará parte de la bolsa de expertos con la que ha de contar inexcusablemente el centro de resolución, para atender y solucionar los diversos conflictos que se reciban.

Por último, la existencia de un lugar especializado como el CENREC en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, transmitirá a los interesados más seguridad en el trámite, al inspirar el constante apego a la Ley, se avala la confidencialidad, seriedad y demás principios deontológicos con que se tratarán los asuntos que radica.

Los argumentos anteriores, hacen evidente la necesidad de canalizar las relaciones jurídicas mediante un conjunto de instituciones que propendan a instaurar el uso del diálogo, la negociación, mediación y conciliación como medios principales de vinculación entre los actores, destinados a la prevención y/o solución de los conflictos, relevando con esto la problemática social y sentando bases sólidas que ayuden a generar un cambio cultural en la forma de relacionarse y en la capacidad de generar reglas comunes. En ese camino está abocado el modelo de Centro de Resolución Extrajudicial de Conflictos de la Universidad de Oriente, Cuba.

6. Bibliografía

- A. CASTANEDO ABAY, *Mediación alternativa para la resolución de conflictos*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2000.
- D. GADDI, “*La mediación reflexiva como mecanismo de regulación social.*”, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2016.
- M. PEREIRA PARDO, «*La mediación como cauce de la resolución de conflictos jurídicos en el derecho español y comparado. Bases para el desarrollo de la cultura de la mediación.*», tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de A Coruña, 2015.
- Y. PÉREZ ROMERO, “*Justicia alternativa y solución de conflictos contractuales. Una propuesta de implementación de medios extrajudiciales en sede civil y comercial*”, Tesis de especialidad en Derecho Civil y Familia, tutora M. Labañino Barrera, Santiago de Cuba, 2018.

- M.L. RODRÍGUEZ, A. NÚÑEZ RODRÍGUEZ, *“El papel de los centros de mediación en la resolución de conflictos familiares. Su viabilidad en Cuba.”* en *Derecho y cambio social*, 2015. En sitio www.derechoycambiosocial.com.
- Declaración de intenciones de Colaboración de Red Iberoamericana de Investigadores en Resolución de Conflictos, Ciudad Real, 12 de diciembre de 2016
- Ficha Técnica de Red Iberoamericana de Investigadores en “Resolución de Conflictos”, Universidad de Oriente, Cuba, junio 2018.
- Lineamientos de la política social y económica de la nación cubana, de fecha 18 de abril de 2011.
- Resolución RS-OM 1424 del ministro de la Educación Superior en Cuba, de fecha 18 de julio de 2013, y sus Anexos 1 y 2.
- Reglamentos de Mediación y Conciliación, del Servicio de Mediación y Conciliación en Protección de datos y nuevas tecnologías, Universitat de Valencia, en sitio www.uv.es.

OLGA M. PIASKOWSKA*

POSIBILIDADES PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN EN POLONIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

SUMMARY: 1. Introduction. - 2. Situation in Poland during the Covid pandemic - framework for the functioning of the justice system in civil cases. - 2.1 Virus SARS-CoV-2 as a force majeure in the light of art. 173 of Code of Civil Procedure. - 2.2. Special regulations concerning the examination of civil cases during the Covid-19 pandemic and one year after its end. - 2.3. Public hearings in civil cases during the Covid-19 pandemic. - 3. Access to justice in civil cases during the Covid-19 pandemic and mediation. - 4. Conclusion. What are the chances of promoting-mediation?

1. *Introduction.* – In Poland, as in almost all countries, the emergence of the Covid-19 virus has significantly influenced the functioning of the state, society and economy, including the work of the judiciary system. The Polish government has introduced a number of solutions (many of which raise constitutional doubts) which aimed to reduce the risk of the virus spreading. The restrictions introduced have significantly changed the way judicial system works and courts operate. The courts suspended the course of proceedings of the cases. The scheduled hearings were canceled and no new dates were set. For few months courts have dealt with urgent cases, which are primarily considered criminal cases (e.g. detention in pre-trial detention, criminal cases dealing with deprivation or limitations of one's personal freedom). This does not mean that there were no new civil disputes, on the contrary. As we all know, "the crisis has already transformed into an economic and labour market shock, impacting not only supply (pro-

* Assistant Professor at the Institute of Law, SWPS University of social and Humanities in Warsaw. Lawyer, assistant judge at the Civil Chamber of the Court of Cassation (Poland), member of the International Association of Law Teachers (The Association of Law Teachers); publication on invitation on invitation of Prof. Carlo Pilia - University of Cagliari.

duction of goods and services) but also demand (consumption and investment)”¹. Coronavirus pandemic is still causing economic crisis. On the one hand, there are more and more civil and family disputes (due to isolation, there are alarming data on the increase in domestic violence), and on the other hand, there were no one to recognize these disputes. While the courts have resumed operation, some restrictions still apply. Moreover, after the end of the epidemic and the cancelling of all restrictions, the courts will not only have arrears resulting from the suspension of the normal course of existing cases, but probably also the inflow of new ones. Such a situation may undoubtedly affect the implementation of the fundamental right of the parties – the right to fair trial. This raises the question of whether the current situation will not contribute to the promotion of mediation in Poland. It is a question that is repeated more and more often.

The chapter discusses these issues taking into account the legal solutions introduced by the Polish authorities to civil proceedings, the doubts they rise and the opportunities for the development of mediation and the possible need for changes in regulations. The analysis will take into account mediation as an institution exercising the right to a fair trial (access to justice in civil cases).

2. Situation in Poland during the Covid pandemic - ramework for the functioning of the justice system in civil cases.

2.1. Virus SARS-CoV-2 as a force majeure in the light of art. 173 of Code of Civil Procedure. – As indicated above, activity of the courts has changed significantly due to the emergence of the SARS-CoV-2 virus in Poland. It is necessary to point out that the Polish legislation has contained regulations relating to force majeure-

¹ Report of International Labour Organization dated on 18 March 2020, COVID-19 and the world of work: Impact and policy responses, available online: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf.

² Act of 17 November 1964 Code of civil procedure, Journal of Laws 2019, n° 1460.

re, which render the civil courts unable to function. It is article 173 of the Code of Civil Procedure². This provision has been in force for years. According to this article proceedings shall be stayed by operation of law when the court ceases its activity due to force majeure (*vis maior*). Force majeure is commonly known as a clause in contracts³. Generally, it is defined as an external cause, impossible or at least difficult to predict, the consequences of which could not be prevented. In the case law of the European Court of Justice, force majeure may refer to extraordinary and unforeseeable circumstances, beyond the control of the entity which refers to them, and unavoidable despite due diligence⁴. Within the meaning of Article 173 of the Civil Procedure Code, it is tantamount to a suspension of the judiciary⁵. This is a circumstance that exists regardless of the will of the parties to the civil trial, as well as the court itself.

During the pandemic, a number of analyses have appeared in the Polish legal literature regarding the possibility of treating the Covid-19 pandemic as a force majeure. Most of them referred to the substantive law and the possibility of relying on Covid-19 as a circumstance justifying avoidance of the contract⁶. There were also opinions whether the Covid-19 pandemic, whi-

³ B. SUPERSON-POLOWIEC, *Granice swobodnego kształtowania klauzuli siły wyższej przez ubezpieczycieli*, Acta Universitatis Lodziensis, Folia Iuridica 2013, n° 72, s. 55.

⁴ A. KASTELIK-SMAZA, *COVID-19 Epidemic as Force Majeure in the Light of Case Law of the Court of Justice of the European Union*, Europejski Przegląd Sądowy 2020, n° 5, pp. 30-41; M. SOB CZYK, *Pojęcie siły wyższej (force majeure) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, P. KWARTALNIK Publicznego 2001, n° 4, p. 81.

⁵ P. GRZEGORCZYK, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Postępowanie rozpoznawcze*, T. ERECIŃSKI (ed.), Warszawa 2009, p. 478; decisión de la Corte Suprema de 7 de junio de 2019, I CSK 741/18.

⁶ M. BUR TOWY, *Koronawirus jako siła wyższa a umowy cywilnoprawne*, Lex/el. 2020; EUROPEAN COMMISSION, *Guidance on Customs issues related to the COVID-19 emergency - revision 4*, Brussels, June 2020 available: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/covid-19-customs-guidance-for-trade.pdf; M. JENNEJOHN, J. NYARKO, E.L. TALLEY, *COVID-19 As a Force Majeure in Corporate Transactions*, Columbia Law and Economics Working Paper n° 625; M. KATSIVELA, *Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?*, Uniform Law Review 12(1), pp. 101-119.

ch undoubtedly led to a significant reduction in the work of courts, is a force majeure within the meaning of Art. 173 of the Code of Civil Procedure⁷. It should be noted that in this case the proceedings are suspended by operation of law. After the cause (force majeure) has ceased, the proceedings may continue. In Poland, during the pandemic, the article 173 of the Code of Civil Procedure applied to the District Court in Janów Lubelski, where, as a result of the coronavirus detected in one of its employees, all employees of this court were quarantined⁸. The remaining courts did not suspend their activities but significantly limited them (canceled all public hearings in civil and criminal cases). However, generally the suspension of judiciary within the meaning of Art. 173 of the Code of Civil Procedure did not take a place. Nevertheless, the government has decided that the exceptional situation required legislative measures to be taken to legitimize the limited activity of the courts.

2.2. Special regulations concerning the examination of civil cases during the Covid-19 pandemic and one year after its end. – The state's actions related to preventing and combating epidemics and natural disasters are regulated by several acts of different importance. Most acts were in force before the Covid-19 virus has emerged. Those are: the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997⁹, Act on the state of natural disaster¹⁰ and Act on preventing and combating infection and infectious diseases¹¹. All the above-mentioned legal acts contain regulations concerning the state of emergency, among others the Covid-19 epidemic. On 2 March 2020, the Parliament adopted new legislation, the Act on specific solutions related to the prevention and combating Covid and other infectious diseases and

⁷ A. PARTYK, *Epidemia (COVID-19) a tok postępowań cywilnych i sądowoadministracyjnych*, Przegląd Prawa Publicznego 2020, n° 5, p. 42-50.

⁸ A. PARTYK, *Epidemia (COVID-19) a tok postępowań cywilnych i sądowoadministracyjnych*, Przegląd Prawa Publicznego 2020, n° 5, p. 47.

⁹ Journal of Laws 1997, n° 78, issue 483; hereinafter: the Polish Constitution.

¹⁰ Journal of Laws 2017, issue 1897.

¹¹ Journal of Laws 2008, n° 234, issue 1570.

crises they caused¹². The Covid Act is criticized by legal experts. It is needed to point out that the law equips the government with unlimited powers without a proper assessment of their proportionality. This raises a number of constitutional doubts. According to the Covid Act, the competent Minister has the competence to introduce restrictions on the rights and functioning of certain business entities, educational establishments and courts. There were many such restrictions introduced by successive laws and regulations of the Minister of Health (especially the restriction of free movement), but also there were a lot of changes introduced to substantive and procedural laws. The latter are to be of a temporary nature, but at the moment it is hard to say when this “temporary” situation will end. And most of all, this does not change the fact that, while they are in force, they may significantly affect the legal situation of the parties to a civil trial.

The most significant for civil proceedings is the so called “the Third Covid Act”. This is the Act dated 14 May 2020 on changing various laws as protective measures due to the spread of Covid-19¹³, which entered into force on 16 May 2020. The Third Covid Act has introduced significant changes to civil proceedings. In fact, this Act did not introduce amendments to the Code of Civil Procedure, but it contains provisions which, nonetheless, constitute a *lex specialis* for this Code. It provides that during the state of emergency, state of epidemic and for a year after its repealment in the civil proceedings hearings and open court sessions can be conducted in the form of a video conference call. However, hearings and open court sessions are conducted in the normal way if it does not excessively endanger the health of the participants; the judge can order a closed court session (with no participants present, only the judge and the clerk) instead of a session with participants. It may happen when the judge finds it necessary to hear a case but an open court session could excessively endanger the health of the participants and video conference call is not possible. Each party can object to it within seven days. If the evidence part of the proceedings has been completed, the judge can issue a judg-

¹² Journal of Laws 2020, issue 374, hereinafter: Covid Act.

ment at a closed court session (with no hearing and no participants present) after he or she receives written explanations of the position from the participants. These two changes are important from the point of view of the rights of the parties to a civil trial and, in my opinion, they may be significant for the growing popularity of mediation in Poland.

In theory, these provisions do not raise any doubts. It is clear that a closed court session is an exceptional situation. Only a threat to health of participants may cause the court to schedule a “on-line” court session instead of a traditional public hearing. In practice, it looks completely different, mainly due to the fact that most courts (especially small ones) do not have the appropriate equipment to conduct a hearing in the form of a video conference call. And there are also the parties to the trial. They both should also have the appropriate equipment, unless the hearing is held in the courtroom. It is necessary to point out that conducting a case in the form of a video conference may pose a number of difficulties that may affect the course of the proceedings. In practice, therefore, the possibility of holding a hearing in the form of a video conference is very rare, and moreover, this form also raises some doubts. It will be discussed later in this paper.

Due to the fact that the number of cases is rising, and the judges have an additional backlog owing to the pandemic, there is a strong temptation to conduct the majority of cases in closed court sessions. Moreover, if the court does not have specialized equipment available, it is not possible to schedule a traditional hearing and the choice is only between two solutions. The first is not to take an action and not to schedule a hearing. The second is to schedule a closed court session. Considering the fact that delay to organise a hearing may lead to excessive length of the proceedings, the indication of the second choice is clear. What is important, the provisions of this article (Art. 15 zys1 of The Third Covid Act) provide that it is possible during the state of emergency, the state of epidemic and for a year after their repealment in the civil proceeding. Moreover, there are doubts as to how handling cases with the use of this type of tools ensures

¹³ Journal of Laws of 2020, issue 875, hereinafter: The Third Covid Act.

the implementation of the principle of public hearings. It is one of the fundamental principles of Polish civil proceedings. It is also part of the guarantee of the right to a fair trial (and access to justice).

2.3. Public hearings in civil cases during the Covid-19 pandemic. – According to Article 6 of European Convention on Human Rights¹⁴ in the determination of a person's civil rights and obligations or of any criminal charge against them, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. As the European Court of Human Rights has pointed out, all litigants have a right to a public hearing because this protects them against the administration of justice in secret with no public scrutiny¹⁵. We find a similar guarantee in the Polish Constitution. According to Article 45 of Polish Constitution everyone shall have the right to a fair and public hearing of their case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court (section 1). Exceptions to the public nature of hearings may be made for reasons of morals, State security, public order or protection of the private life of a party, or other important private interest. Judgments shall be announced publicly (section 2). A further specification of these guarantees can be found in procedural acts.

According to article 9 of Code of Civil Procedure cases are heard in public, unless otherwise provided for in specific provisions. This provision defines the external and internal openness

¹⁴ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, better known as the European Convention on Human Rights, was opened for signature in Rome on 4 November 1950 and came into force in 1953.

¹⁵ Judgment on 12 July 2001, Application n° 33071/96, *Malhous v. the Czech Republic*, §§ 55-56.

of the procedure. External openness, and thus the public hearing of cases, is supplemented by Article 148 and 355 of the Code of Civil Procedure. According to article 148 para. 1 unless otherwise provided for in specific provisions, court sessions shall be open and the court of trial shall hear cases in trial. So as rule, cases are heard in public, and therefore with possible public access to them. Exceptions of public hearings are limited to cases where public hearing is against an important public or private interest. These cases are indicated in special regulations in the Code of Civil Procedure (Articles 148¹, 341, 374, 398¹¹, 424¹⁰ second sentence, Articles 505¹⁷, 505²³, 753²)¹⁶. The court may also decide not to hear the case in public. According to article 153 para. 1 of Code of Civil Procedure the court shall, *ex officio*, order the whole or part of a session to be held behind closed doors, if hearing the case in public would be a threat to public order or morals, or if protected confidential information might be revealed. If there is no special case, the case should therefore be heard in public; also the one in the form of videoconference. Otherwise, the principle of public hearings is violated. The use of videoconferencing leads to the implementation of this principle only in terms of internal transparency (towards the parties); this rule does not apply to internal disclosure. Therefore, breach of this principle does not lead to limitation of the rights of the parties, provided that they have the possibility to participate in it¹⁷.

There is no doubt that the provision of Art. 15zys1 The Third Covid Act, mentioned above, is a *lex specialis* to the provisions of the Code of Civil Procedure. The biggest doubts, from the point of view of the principle of public hearing, are raised by the wide possibility of hearing a case in closed court session. According to the Art. 15zys1 point 2) the Third Covid Act the judge may order a closed court session if he or she considers the examination of the case necessary, and conducting a hearing or a public hearing required by law could pose an excessi-

¹⁶ O. PIASKOWSKA, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, (ed.), Warszawa 2020, p. 65.

¹⁷ However, this principle would be violated if the court decided to hold a public hearing in the form of videoconference even though the party has no real opportunity to attend (e.g. no technology available).

ve threat to the health of the participants and cannot be carried out at a distance with the simultaneous direct transmission of image and sound (in the form of a video conference), and neither of the parties objected to the holding of a closed session within 7 days from the date of delivery of the notification of the matter being sent to a closed court session; in the notification sent, the party not represented by an attorney, legal advisor, patent attorney or the advisor of the General Counsel to the Republic of Poland should be instructed about the right and time limit for submitting an objection.

The issues that can be considered a threat for violating Article 6 of European Convention of Human Rights, as well as Article 45 of Constitution and Article 9 and 148 para. 1 of Code of Civil Procedure are 1) a wide and general premise for ordering a closed court session, 2) an “objection” the parties have the right to. Firstly, it seems that as long as there are incidents of coronavirus cases, this premise will be fulfilled. It is hard to argue with that. Secondly, in the Polish civil procedure, such a legal recourse as “objection” has not existed so far, although this term is used in relation to allegations against an order for payment or objections to an order for payment that shall be rejected by the court. However, these two legal resources are completely different. So what is “objection” then, within the meaning of Article 15zsz1 point 2) of The Third Covid Act?

A literal reading of this provision should indicate that it is possible to “object” to closed court sessions without any justification or in any form. It should therefore be sufficient to express a lack of consent to a closed court session. Therefore, the party does not have to justify its lack of consent or proving it. Lack of consent should lead to the obligation to adjourn a hearing. As a consequence of the objection, the hearing should therefore take place only when it is possible to conduct an open court session and public hearings. At the moment the date when it will be possible is unknown. It is worth mentioning that a long wait for a public hearing may lead to excessive length of proceedings¹⁸.

¹⁸ It should be emphasized that the state is not responsible for the delay in which the courts did not operate due to the epidemic situation and the epidemic threat.

A closed court session may also be scheduled in two subsequent cases, in accordance with the regulations of the Third Covid Act. According to Article 15zsz2 of the Third Covid Act if, in the case examined pursuant to the provisions of the Code of Civil Procedure, the entire evidentiary process has been conducted, the court may conduct a closed court session and pass a judgment in a closed session after receiving written statements from the parties or participants in the proceedings. In this case, the party has no right to object. The case will therefore be resolved without an oral hearing of a party before the judgment is delivered. It is necessary to point out that in proceedings before a court of first and only instance, the right to a “public hearing” under Article 6 § 1 of European Convention of Human Rights entails an entitlement to an “oral hearing”¹⁹, unless there are exceptional circumstances that justify dispensing with such a hearing²⁰. It seems that the epidemiological threat and epidemic emergency can be considered such an exceptional circumstance, but it requires a detailed assessment of each individual case.

It is also possible to pass a judgment in a closed court session by the court of second instance. According to Article 15zsz3 section 1 if, in a case considered pursuant to the provisions of the Code of Civil Procedure, in which the appeal was lodged before 7 November 2019, the court of second instance decides that conducting a public court session is not necessary, it may refer the case to a closed court session, unless the party requests an open court session or for the collecting of evidence from the testimony of witnesses or the questioning of the parties that cannot be omitted. However, the court recognizes the case in a closed court session if the claim is withdrawn, the appeal is withdrawn or if the

¹⁹ Judgment of European Court of Human Rights: on February 23, 1994, application n° 18928/91, *Fredin v. Sweden* (n° 2), §§ 21-22; February 19, 1998, application n° 8/1997/792/993 *Allan Jacobsson v. Sweden* (n° 2), § 46; on July 11, 2002, application n° 36590/97, *Göç v. Turkey* [GC], § 47; on February 9, 2017, application n° 67259/14, *Selmani and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, §§ 37-39, HUDOC.

²⁰ Decision (Partial) of European Court of Human Rights on May 17, 2001, application n° 45835/99 *Hesse-Anger and Anger v. Germany*; judgment of European Court of Human Rights on March 13, 2018 application n° 32303/13, *Mirovni Inštitut v. Slovenia*, § 36.

proceedings were void. The request for an open court session must be made in writing within 7 days from the date of delivery of the notification of referral of the case to a closed court session.

To summarize, it is justified to state that open court sessions and public hearings in civil cases became an exception, and the rule in force is closed court sessions. This situation can undoubtedly be treated as a breach of Article 6 of the European Convention of Human Rights, as well as Art. 45 of the Polish Constitution. Therefore, the provisions of The Third Covid Act constitute exceptions to the public examination of cases different than those regulated in the Code of Civil Procedure. It should also be remembered that examining cases in a closed session may violate another fundamental principle of a civil trial – the principle of adversarial procedure, as well as the principle of oral proceedings. This principle is based on the fact that the parties to the proceedings with opposing interests are obliged to prepare and collect evidence in the trial. On the other hand, the court is only obliged to examine and evaluate the material presented by the parties of the trial and base its decision on it²¹. The principle of oral proceedings is of particular importance at the hearing. At the same time, it should be remembered that before the introduction of legal solutions by the Third Covid Act, a public hearing was the basic form of examining civil cases. If cases are examined in a closed court session, the principle of oral hearing will not apply, and the party will not be able to present its position orally (it will not be heard).

3. *Access to justice in civil cases during Covid-19 pandemic and mediation.* – There are multiple understandings of the meaning of “access to justice”²². However, the right of access to justice is considered to be a fundamental right in all European countries. Traditionally, the right of access to justice used to be understood in a restrictive manner, mainly as ‘the aggrieved individual’s formal ri-

²¹ M. DĄBROWSKI, *Zasada kontrydktoryjności a poste/powanie przed Trybunałem Konstytucyjnym*, *Przełom Prawa Konstytucyjnego* 2011, n° 2, p. 65.

²² D.L. RHODE, *Access to Justice: An Agenda for Legal Education and Research*, 62 *Journal of Legal Education* 2013, n° 531, pp. 532-33.

ght to litigate or defend a claim²³. This understanding has, however, evolved over time. It has moved from a mere formal right to access to a more comprehensive right, incorporating greater enforcement aspects²⁴. According to the United Nations Development Programme (UNDP), access to justice is something more than the ability to obtain legal representation and have access to the courts²⁵. It refers to the ability to seek and obtain a remedy to a grievance through an institution, be it formal or informal²⁶.

Historically, access to justice has only been associated with formal judicial procedures. Therefore, they did not cover alternative forms of dispute resolution. Some critiques of mediation and ADR treated these informal processes as “second class justice”²⁷. Currently, access to justice is understood more broadly. We look at “access to justice” as a right to being protected of the law; to have the power to use rights and not be marginalized within the societies²⁸. From this perspective an ADR are the one of a form to deliver justice²⁹. Those who are enthusiastic about mediation

²³ N. RASS-MASSON, V. ROUAS, *Effective Access to justice studi*, Brussels 2017, p. 22. The study was requested by the European Parliament’s Committee on Petitions and was commissioned, overseen and published by the Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU\(2017\)596818_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU(2017)596818_EN.pdf).

²⁴ M. CAPPELLETTI, *Access to justice and the welfare state*, Michigan Law Review Vol. 81, No. 4, 1983, pp. 1006-1008

²⁵ United Nations Development Programme, *Programming for Justice Access for all: A practitioner’s guide to human rights-based approach to access to justice* (2005).

²⁶ United Nations Development Programme, *Programming for Justice Access for all: A practitioner’s guide to human rights-based approach to access to justice* (2005). S. VETTORI, «Mandatory mediation: An obstacle to access to justice?», *African Human Rights Law Journal* 2015, No. 15(2), p. 359.

²⁷ R. HOFRICHTER, *Neighborhood Justice and the Social Control Problems of American Capitalism: A Perspective in 1*, *The Politics of Informal Justice* 167, R.L. ABEL (ed.), New York 1982; C.A. McEWEN, L. WILLIAMS, *Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1998, Vol. 13:3, pp. 865-883.

²⁸ *Delivering Access to Justice For All*, OECD Issues 2016, p. 2.

²⁹ M.A. NOONE, L.A. OJELABI, *Ensuring access to justice in mediation within civil justice system*, *Monash University Law Review* 2014, Vol 40, n° 2, pp. 528-563.

point out that it is a better way to deliver justice. Why? "From these perspectives, justice entails empowerment of individuals to shape decisions about their own lives and conflicts on terms that are meaningful to them"³⁰. It is hard to argue with that. However, some doubts are raised by the solution of mandatory mediation, where the parties have no right to choose mediation and are forced to participate in it before bringing an action behind a court. In Poland however, mediation is voluntary.

Regulations regarding civil mediation are covered by Articles 183¹-183¹⁵ of the Code of Civil Procedure and they encompass the entire mediation proceedings in civil cases. These articles contain both regulations regarding the principles and a procedure for mediation carried out on the basis of a mediation agreement, or the court decision to refer parties to mediation³¹. According to article 183(1) of the Code of Civil Procedure, mediation is voluntary (para.1) and shall be conducted on the basis of a mediation agreement or the court decision to refer parties to mediation. An agreement may also be concluded if a party consents to mediation in the event that the other party files a petition as referred to in Article 183(6) para. 1 (para. 2). There is also lack of objection on conducting mediation online.

Mediation is of fully voluntary nature; the parties may join and withdraw from it at any time. They also decide for themselves how to end the mediation. Mediation shall be conducted before instituting proceedings, or, subject to the consent of the parties, in the course of proceedings (art. 183(1) para. 4 of Code of Civil Procedure). According to Article 183³¹ of the Code of Civil Procedure, a mediator shall conduct mediation using various methods with the aim of an amicable settlement of dispute, including the provision of support to the parties in the elaboration of settlement proposals. At a common request of the parties, the mediator may also indicate manners for settling the di-

³⁰ C.A. McEWEN, L. WILLIAMS, *Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation*, Ohio State Journal on Dispute Resolution 1998, Vol. 13:3, p. 866.

³¹ O. PIASKOWSKA, *Is mediation in civil disputes in Poland really voluntary? A few comments on the background of the solutions adopted in the Polish Code of Civil Procedure*, Quaderni di conciliazione, C. PILIA (ed.), Cagliari (in preparation).

spute which shall not be binding for the parties. The method of mediation therefore depends on the mediator (his or her skills) and the parties themselves. The mediator may choose to meet with each party in turn or immediately propose a meeting with both parties. Either option is acceptable. The procedural rules do not regulate this issue. This is evident due to the nature of the mediation process (it is an informal process the main decision makers of which are the parties to the dispute. It is the informal nature of mediation, combined with the possibility of resolving the dispute in a manner chosen by the parties, that seems to make this form attractive for delivering justice. This is of particular importance in this unique situation in which most European countries (and not only) find themselves today.

In my opinion, a broad understanding of access to justice allows to treat a mediation as a form that ensures implementation of this guarantee. There is no doubt that this is an attractive form of dispute resolution for the parties. They decide how to end the dispute (they are the ones that can form the shape of settlement). In long court proceedings, the final decision as to the “who is right or wrong” is made by the court.

4. *Conclusion. What are the chances of promoting mediation?* – In Poland, the introduction of an epidemiological emergency first, and then an epidemic, led (as already mentioned) to the introduction of a number of special restrictions. Generally, the restrictions significantly limited the free movement of citizens, and as a consequence the possibility of running a business and undertake a professional activity. Movement restrictions related not only to travels abroad but also domestic ones, as well as undertaking any activity not considered necessary in the light of the provisions of the regulation of the Council of Ministers³². At present, this regulation and a number of other restrictions related to public movement have been lifted. However, there is still

³² Regulation of Council of Ministers of 31 March, 2020 on the establishment of certain restrictions, orders and prohibitions in connection with an epidemic, Journals of Laws 2020, issue 566 - at the moment is no longer applicable due to the end of the epidemic (the chapter is actual at July 26, 2020).

a risk of a return to the restrictions if the number of cases related to virus increases.

As I mentioned above, the courts significantly limited their work during the period of the epidemic threat and the epidemic itself. Although the administration of justice has not been suspended, most cases have. At the same time, new civil cases appeared. At the moment, we are dealing with a situation where civil courts are overloaded (having too many cases), and the civil procedure in force at present raises doubts in the light of the right to a fair trial (lack of public court sessions). The lead time for the case to be heard in court will therefore be longer. Secondly, the broadly defined premise that allows the case to be heard in a closed court session raises fundamental doubts in the light of Art. 6 of the European Convention of Human Rights, as well as Art. 45 of the Polish Constitution. Thirdly, there is still a risk of a reinstatement of the restrictions and, consequently, of the courts' operation being suspended again. This means that once again, the waiting time for the dispute to be resolved will be longer.

For this reason, I believe that this may be an opportunity for the promotion of mediation, which is currently not very popular in Poland. The data show that 4.666 civil cases were referred to mediation in 2018 (referrals based on a court decision). The same year, as for the civil cases themselves, 3.534.170 cases were brought before the courts. The numbers speak for themselves. Therefore, why can the current situation contribute to the promotion of mediation in Poland? And are statutory solutions needed?

Firstly, the informal nature of mediation allows it to be conducted in various forms, including on-line. Thus, the introduction of free movement restrictions does not adversely affect mediation. However, such restrictions do affect the functioning of the courts. Secondly, the parties play main role during a mediation. They decide if and when to end the mediation. At the same time, their active participation in mediation allows them to exercise their rights. Although mediation cannot be compared with the right to be heard by a court, this right is currently quite limited in civil proceedings (the provisions of the Third Covid Act). Thirdly, it should be clear now that mediation will undoubtedly be a faster way to end a dispute. This is of particular im-

portance in economic cases, where the pace of proceedings is important for both parties to the dispute. From the point of view of exercising the rights and guarantees of individuals, mediation is now a measure that implements these guarantees to a greater extent. Regulating mediation in the Code of Civil Procedure and its rules is sufficient, also in the case of on-line mediation. In this case, it should only be remembered that mediation conducted through telecommunications tools ensures the privacy of the parties³³. Therefore, the regulation of mediation in the Polish Code of Civil Procedure does not require changes at the statutory level. Only actions aimed at popularizing this form of dispute resolution are necessary. Without them, mediation will still remain on the margins of judicial review of cases.

³³ According to Article 183(4) para. 1 Code of Civil Procedure mediation shall not be open to the public.

MARIANO DILLON*

UNA APROXIMACIÓN A LA JUSTICIA RESTAURATIVA
EN EL ÀMBITO DEL SISTEMA PENAL DE LA REPÚBLICA
ARGENTINA. EL ESPECIAL CASO DE LA JUSTICIA JUVENIL

Suele decirse que uno de los fines del Proceso Penal es la aplicación del derecho sustantivo, lo que tradicionalmente ha sido entendido como la imposición de una pena a quien, luego de un juicio oral y público, es declarado responsable de haber cometido un delito. Basta observar la parte especial del Código Penal argentino, y se advertirá fácilmente que para quien realice una conducta prohibida – o en su caso omita la debida – se ha establecido como sanción una pena de prisión, inhabilitación o multa – únicas penas previstas según el art. 5to del CP –.

Es sabido que a la pena se le han asignado diversos fines o funciones y se han escrito ríos de tinta sobre las teorías de la prevención general, la especial, la negativa y la positiva, así como la retributiva, etc. Sin embargo, existiría cierto acuerdo acerca de la ineficacia de la pena para lograr los fines que se le han pretendido asignar.

En los últimos tiempos, de la mano con códigos procesales acusatorios de corte adversarial, parecería asomarse un nuevo fin dentro del proceso penal: buscar la paz social y resolver en conflicto entre las partes. Cabe aclarar que ello no siempre será posible, dado que no cualquier hecho ilícito hará posible encontrar una solución alternativa a la pena de prisión.

En otras palabras, el derecho penal ha intentado tradicionalmente solucionar el conflicto social del delito actuando sobre el autor: sea mediante la retribución o la prevención especial o general (negativa o positiva).

En la actualidad, sin embargo, se piensa que el sistema de doble vía, que actúa sobre el autor mediante penas y medidas

* Fiscal General en Ministerio público de Buenos Aires.

de seguridad, debería ser completado por un sistema en el que se incluya la reparación precisamente como “tercera vía”¹.

Así, Roxin sostiene que “si sobre la base de un eficaz compromiso entre delincuente y víctima, se le exime de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la privación de libertad y se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace probablemente más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento”².

Según el Manual sobre programas de justicia restaurativa de Naciones Unidas (2006), la justicia restaurativa es “una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren”.

La profesora Zulita Fellini ha llamado mediación-reparación a la institución “que pretende resolver los conflictos sociales del orden penal, dentro del marco del acuerdo de voluntades, devolviéndole a la víctima un rol preponderante y proporcionándole al autor la posibilidad de comprender su acto equivocado, contrario al derecho, propiciando su arrepentimiento que se traducirá en una manifestación de confianza en las normas jurídicas, conllevando seguridad y restableciendo la paz social. Con estos objetivos se complementan, tal vez de manera más humanitaria los fines del derecho penal general”³.

En el mismo sentido, Carlos Christian Sueiro ha dicho que “La Reparación del Daño como un nuevo Fin de la Pena o Ter-

¹ C. ROXIN, “Derecho penal. Parte general. Tomo I” en Civitas. Madrid. 1997, pp. 108 ss.

² C. ROXIN, “La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones”; traducción de Manzanares, Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, C.G.P., Madrid, 1991, pp. 19 ss.

³ Z. FELLINI, “Introducción”, en *Mediación penal. Tercera vía en el sistema penal juvenil*, Lexis Nexis, Buenos Aires. 2002.

cera Vía, bajo una Teoría Compleja “Expiatoria-Consensual-Victimojustificante-Agnóstica”, encuentra sustento en el arrepentimiento y consentimiento a reparar por parte del autor del hecho, en la facultad de la víctima a ejercer su reacción dentro del proceso solicitando la reparación del daño, y en el hecho de que el modelo Reparador resulta más idóneo y apto para la solución del conflicto, toda vez que permite la composición entre el autor y la víctima; y a su vez no constituye una pena que no tiene más justificativo que una mera decisión de carácter político ante el fracaso de todas sus finalidades declarada”⁴.

Durante el año 2015, la Reparación del Daño se incorporó definitivamente al sistema normativo nacional, mediante su incorporación al nuevo Código Procesal Penal (Ley 27.063, B.O. 10/12/2014) y al Código Penal de la Nación (Ley 27.147, B.O. 18/06/2015).

Es así que a través del artículo n° 59, inciso 6) de la ley 27.147 se incorporó definitivamente al Código Penal de la Nación la aplicación de criterios de oportunidad y el instituto de la reparación del daño y la conciliación como nuevas causales de extinción de la acción penal, que se sumaron a los tradicionales modos: la muerte, amnistía, prescripción.

Dicho Código Penal se aplica a todo el País, sin embargo, las provincias no han delegado al Congreso Nacional la facultad de dictar sus códigos procesales, lo que ha generado en los últimos años controversias respecto de la aplicación de estos institutos en aquellas jurisdicciones que cuentan con códigos antiguos que no prevén estas soluciones alternativas.

En el ámbito federal y Nacional, ha sido sancionado en 2014 un nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063), cuya entrada en vigencia fue suspendida, aunque el pasado 10 de junio del corriente año ha comenzado a aplicarse en dos provincias, con el proyecto de extenderse luego al resto del país. La última modificación data del 7/1/2019, con la cual además pasó a denominarse Código Procesal Penal Federal (en adelante CPPF).

⁴ C.C. SUEIRO, “La reparación del daño en el nuevo sistema penal argentino”, en la obra Ángela E. Ledesma (Director), Mauro Lopardo (Coordinador), “El Debido Proceso Penal n° 3”, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 31/50. Con cita de Zaffaroni Eugenio Raul - Alagia Alejandro - Slokar Alejandro. “Derecho Penal - Parte General” 1ª Edición, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 35.

En dicho ordenamiento, el Artículo 22 estipula *“-Solución de conflictos. “Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”* lo que permite vislumbrar ya un cambio de percepción del asunto.

Del mismo modo, al abordar la disponibilidad de la acción por parte del Fiscal, prevé en el *“Artículo 34. -Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal”*.

Del mismo modo, en la audiencia de control de la acusación -art. 246-, la defensa puede *“Proponer reparación, conciliación, la suspensión del juicio a prueba o la aplicación de procedimiento abreviado”* y como causales del sobreseimiento -art. 236- se encuentra previsto: *“Se ha aplicado un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba, y se han cumplido las condiciones previstas en el Código Penal y en este Código”*.

Asimismo, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (27.149, B.O. 18/6/15), establece dentro de los deberes y atribuciones de los Defensores Públicos Oficiales el de *“d) Intentar la conciliación y ofrecer medios alternativos a la resolución judicial de conflictos, con carácter previo a la promoción de un proceso en los casos, materias y fueros que corresponda. En su caso, presentan a los jueces los acuerdos alcanzados para su homologación”*.

Con un objetivo similar, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. (27.148- B.O. 18/6/15-) prevé dentro de sus principios funcionales el de *“e) Gestión de los conflictos: procurará la solución de los conflictos con la finalidad de restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social”*.

Existen algunas diferencias entre las instituciones que podríamos sintetizar expresando que la conciliación se produce cuan-

do se concreta el acuerdo de voluntades en litigio entre autor y víctima; mientras que la reparación integral consiste en “el cumplimiento unilateral por parte del imputado de las prestaciones relativas a la obligación de resarcir satisfactoriamente todas las consecuencias producidas de modo indebido por el hecho ilícito que se le atribuye”⁵.

La mediación, como variante, requiere de un proceso en el que ambos llegan a un entendimiento consensuado respecto de sus intereses, con la intervención de un tercero neutral.

En su aplicación concreta existen ciertas diferencias entre los criterios de oportunidad, conciliación o suspensión del proceso a prueba, ya que según algunos autores⁶ el representante del Ministerio Público Fiscal posee facultades de disponibilidad de la acción, mientras que en un acuerdo de reparación integral del daño, el Fiscal no es parte, y por ende, no posee facultades de disposición alguna de la acción, de allí que para la reparación del daño bastaría el acuerdo de las partes, aún sin consentimiento del Fiscal.

En efecto, la mediación-reparación se inscribe en el marco de aquellas modalidades orientadas en función de criterios de oportunidad procesal, que presuponen la necesidad del sistema penal de seleccionar racionalmente el ingreso de los casos, como por ejemplo se prevé en el CPPF -art. 31- también en los casos de insignificancia, o la llamada pena natural.

Al principio de oportunidad es posible definirlo como “la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren condiciones ordinarias para perseguir y castigar”⁷.

⁵ M. SOBERANO, *Reparación integral y conciliación en la jurisprudencia actual*, en A. MARTÍN, *Jurisprudencia de Casación Penal* (pp. 197-230), Buenos Aires: Hammurabi, 2016.

⁶ C.C. SUEIRO, *ob. cit.*

⁷ J. CAFFERATA NORES, *“Cuestiones actuales sobre el proceso penal”*, Del Puerto. Buenos Aires, 2000.

Los fundamentos de este principio radican en razones de utilidad pública o interés social, a saber: la escasa lesión social producida mediante la comisión del delito; el estímulo a la pronta reparación a la víctima, la evitación de los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; y la resocialización del delincuente a través del sometimiento voluntario a un proceso de readaptación a cuyo cumplimiento queda condicionado el sobreseimiento⁸.

En el estado actual de la discusión, en el ámbito nacional y federal – donde aún no rige el nuevo CPPF – están quienes se inclinan por aplicar igualmente aquellas causales de extinción de la acción por cuanto están previstas en el Código Penal, y por ende vigentes para todo el país, aún cuando el código procesal local no las prevea, porque de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad ante la ley.

La Defensa Pública en Argentina impulsa hace años estas soluciones alternativas, y de hecho ha creado un Programa de Resolución Alternativa de Conflictos, que actúa en conjunto con las defensorías en su tarea de acercar a los involucrados, mediante entrevistas y acuerdos que realizan, los que luego son presentados al Juez para su homologación y obtener así unan solución al conflicto pero también un sobreseimiento que dé cierre al proceso.

Ahora bien, la cuestión presenta especial importancia en el ámbito de la justicia penal juvenil, cuyo objeto es la inserción del menor en la vida social, es decir tiene en miras un fin socio educativo. La vieja ley 22.278 si bien prevé la imposición de una pena disminuida a los menores de edad, o incluso su absolución en caso de que aquella no sea considerada necesaria, no prevé otras soluciones alternativas.

En el derecho penal de jóvenes la respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin preventivo especial, resultando aplicable cuando han fracasado las medidas educativas y correctivas que se adviertan necesarias en cada caso particular. En efecto, el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del

⁸ M. SOLIMINE, *“Los mecanismos de resolución alternativa de conflictos como opción frente a la crisis del sistema de justicia penal”*. Ponencia presentada en el marco del X Congreso Nacional y II Regional sobre “Acceso a la justicia y proceso judicial”: Asociación de Mujeres Jueces de Argentina. Buenos Aires. Junio de 2003.

Niño dispone que *“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”*. Incluso el Ministerio Justicia y Derechos Humanos ha aprobado (Res. 813/18) el pasado 19/09/2018 un Protocolo en Mediación Penal Juvenil Restaurativa y Acuerdos Restaurativos que contempla los lineamientos básicos para continuar trabajando desde este aspecto y que da la pauta que el tema está sobre la agenda de la justicia.

En dicho protocolo se recuerda que la Declaración Iberoamericana sobre Justicia Juvenil Restaurativa, aprobada por la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), prescribe que *“Los Estados Iberoamericanos velarán para que las respuestas a las infracciones penales juveniles no constituyan meras retribuciones punitivas o que se reduzcan al tratamiento psicosocial del infractor, sino que comporten un proceso de reflexión y responsabilización individual y colectivo de cara a las consecuencias lesivas del acto, incentivando su reparación”*, a la vez que establece que: *“Los Estados respetarán el carácter educativo de las medidas a tomar respecto de los adolescentes que han infringido la ley penal, priorizarán la desjudicialización, las medidas alternativas a la privación de la libertad, y la reparación directa e indirecta por los daños causados por la infracción. En todos los casos se deberá tomar en consideración las circunstancias particulares de vulnerabilidad de las partes implicadas directa e indirectamente”*.

En consecuencia, aún cuando las prácticas de dicho Protocolo no son todavía la regla en la justicia, este tipo de regulaciones son grandes pasos a favor del sistema penal juvenil, en el cual, en la actualidad, se judicializan todos los delitos.

Sin embargo, más allá de los cambios normativos, es esencial que los operadores judiciales y las instituciones que rodean el sistema penal juvenil actúen en conjunto y sean capaces de

Mariano Dillon

cambiar su tradicional modo de respuesta frente al delito. En conclusión, al menos en el ámbito de la justicia federal y nacional de este país, los institutos que hoy nos ocupan han cobrado gran fuerza en los últimos cuatro años, sobre todo a partir de las reformas normativas apuntadas, las cuales aún no son de completa aplicación, de allí que todavía se proyecta y espera en los próximos años un mucho más amplio desarrollo de estas soluciones, que tanta falta le hacen al sistema penal saturado y falto de confianza de la sociedad.

CARLO PILIA*

LA CRISI DELL'AUTODETERMINAZIONE SANITARIA DURANTE LA CRISI PANDEMICA

SOMMARIO: 1. L'alleanza terapeutica paziente-medico. - 2. La pandemia Covid-19 e la crisi dell'autodeterminazione individuale. - 3. L'imposizione dall'esterno dei nuovi confini tra la vita e la morte. - 4. La necessità di una nuova alleanza sociale. - 5. La mediazione e i procedimenti collaborativi nella sanità. - 6. La gestione a distanza dei trattamenti medici e delle procedure O.D.R.

1. *L'alleanza terapeutica paziente-medico.* – L'emergenza pandemica¹ ha profondamente alterato la normale dialettica paziente-medico, anche sul delicato crinale dei confini tra vita e morte quale finora si è andata delineando nell'evoluzione normativa e nella prassi applicativa giurisprudenziale².

* Professore di diritto civile e tutele dei diritti dell'Università di Cagliari.

¹ Sull'impatto dell'emergenza pandemica nell'ordinamento giuridico, v. AA.Vv., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, 2 e 3, in *Giustizia civile.com*, in <http://giustiziacivile.com/>; AA.Vv., *Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, 2020*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>; AA.Vv., *Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, 2020*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>.

² La materia è disciplinata dalla c.d. legge Gelli-Bianco (d.lgs. 8 marzo 2017, n. 24) v. AA.Vv., *Consenso informato e disposizioni anticipate*, a cura di E. Calò, Napoli, 2019; AA.Vv., *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di M. Foglia, Pisa, 2019; R. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; C. TRIBERTI, M. CASTELLANI, *Libera scelta sul fine vita. Il testamento biologico. Commento alla Legge n. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, Firenze, 2018; M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento. Commento alla l. n. 219/2017*, Milano,

Il crescente riconoscimento e la consolidata affermazione dell'autodeterminazione dell'individuo nelle scelte inerenti al proprio corpo, alla salute, ma anche la vita e la morte hanno segnato l'evoluzione complessiva del nostro ordinamento giuridico. Il principio dell'autodeterminazione libera e consapevole, alimentato per il tramite del meccanismo del consenso informato del paziente con la necessaria assistenza del medico³, ha portato ad attribuire al primo soggetto spazi di libertà e autonomia che in passato erano inimmaginabili.

L'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente sintetizza una nuova formula di collaborazione che non è diretta solo alla cura della malattia, ma più in generale allo sviluppo della personalità del paziente nel compimento di quegli atti più intimi e delicati che attengono non solo alla sfera fisica, ma anche a quella psichica e relazionale dell'individuo. In tal senso, l'alleanza con il medico è funzionale all'adozione e attuazione delle scelte comportamentali riservate all'autodeterminazione del paziente. Senza l'assistenza medica, anzitutto, il paziente non avrebbe l'informazione necessaria a prendere una decisione che sia effettivamente consapevole e libera, e, ancora senza l'assistenza medica, il paziente non potrebbe attuare la scelta autodeterminativa compiuta, quale che sia il contenuto, positivo o negativo, nei limiti sempre più vasti dell'autonomia stabiliti dalla legge.

2018; M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2018; AA.VV., *La nuova legge n. 219/2017*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, pp. 1 ss.; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 67; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e le DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, pp. 247 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *Rivista di biodiritto*, 2018, 1, pp. 6 ss.; L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1351; S. DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul testamento biologico e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 997 ss.

³ La disciplina si rinviene nella legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", v. P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 34, 2, 1, pp. 247 ss.

In tal senso, il confronto dialettico si ripropone sostanzialmente nelle principali scelte di inizio e fine vita, nelle quali è direttamente coinvolta l'alleanza con il medico, che collabora con l'assistenza per la concretizzazione delle scelte personali del paziente⁴. Per un verso, si assiste al consolidarsi della responsabilità professionale del medico non solo per non avere attuato correttamente le prestazioni terapeutiche, ma anche per aver violato l'autodeterminazione del paziente, per non essere passato per il consenso informato o per averlo disatteso. Per altro verso, l'assistenza nell'autodeterminazione del paziente, anche nelle scelte non finalizzate alla cura che comportano la morte, gode di crescente valutazione positiva da parte dell'ordinamento⁵.

⁴ Cfr. M. FOGLIA, *La lesione del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020, pp. 1348 ss., con nota a Cassazione civile, Sez. III, 15 aprile 2019, n. 10424; G. FACCI, *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Il Corriere giuridico*, 3/2020, pp. 348 ss., con nota a Cassazione Civile, Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28985; E. FAZIO, *Lesione del diritto all'autodeterminazione e danno alla persona*, in *Danno e responsabilità*, 2/2020, pp. 163 ss.; K. DE SABBATA, *Consenso informato, prova e responsabilità medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2020, pp. 742 ss.

⁵ Sulla responsabilità civile in campo sanitario, in generale, C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità a doppio binario*, in AA.VV., *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di G. Iudica, Milano, 2019, pp. 81 ss.; F. GAMBINO, *La nuova responsabilità del medico. Il 'ritorno' all'art. 2043 c.c.?*, in AA.VV., *La riforma della responsabilità sanitaria: novità, continuità, criticità*, a cura di M. Cingolani e F. Gambino, Milano, 2019, pp. 25 ss.; F. DI CIOMMO, *Causalità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in AA.VV., *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (l. n. 24/2017)*, a cura di F. Volpe, Bologna, 2018, pp. 85 ss.; E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 829 ss.; R. PICARO, *La responsabilità civile sanitaria. Un percorso accidentato*, in *Riv. dir. impresa*, 2017, pp. 635 ss.; R. SIMONE, *Prospettive della responsabilità sanitaria alla luce della c.d. legge Gelli-Bianco (l. 24/2017). Il punto di vista, da vicino, del giudice*, in *Resp. medica*, 2018, pp. 151 ss.; G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impr.*, 2017, pp. 728 ss.; M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. medica*, 2017, p. 5; N. DE LUCA, M. FERRANTE, A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario (art. 7-9 l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, pp. 740 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Padova, 2017.

2. *La pandemia Covid-19 e la crisi dell'autodeterminazione individuale.* – La dialettica individuale medico/paziente con l'affacciarsi della pandemia Covid-19 è stata stravolta, mettendo in crisi proprio quel principio dell'autodeterminazione del paziente e la formula collaborativa dell'alleanza terapeutica con il medico curante⁶. In pratica, si sono ristretti, per non dire annientati gli spazi di autonomia e autodeterminazione, sia del paziente che del medico. Tanto si è registrato sia nelle scelte terapeutiche finalizzate alla cura, per la guarigione, che nelle scelte diverse finalizzate alla non cura, sempre per lo sviluppo della personalità del paziente, anche se determinano la sua morte⁷.

L'emergenza pandemica, infatti, ha stravolto il sistema sanitario, orientandolo prioritariamente verso il contrasto dei contagi Covid-19 e la cura dei contagiati, nei limiti delle risorse disponibili⁸. In tal senso, la scelta politica e organizzativa sanitaria si è imposta tanto ai pazienti, quanto ai sanitari e medici in particolare. La priorità del contrasto al virus ha soffocato l'autonomia dei pazienti, sia nel sottoporsi a cure diverse, si pensi a quelle antitumorali o cardiologiche, sia nel non sottoporsi ad alcuna cura⁹. I contagiati sintomatici sono stati costretti a un regime di quarantena e di trattamento, senza margini di autonomia, né possibilità di opposizione. Si pensi ancora alle difficoltà degli interventi per in-

⁶ A proposito dell'impatto negativo della pandemia sull'ordinaria erogazione dei servizi sanitari, v. F. PERCHINUNNO, *La tutela degli operatori sanitari nell'emergenza da pandemia Covid-19*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2020, pp. 942 ss.

⁷ La priorità attribuita alle politiche sanitarie di contrasto alla pandemia ha penalizzato l'erogazione degli altri servizi di assistenza per i pazienti affetti da diverse patologie. AA.VV., *Considerazioni etiche, deontologiche e giuridiche sul Documento SIAARTI "Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili"*, in *Recenti Progressi in Medicina*, 111, 4 aprile 2020, pp. 212 ss.

⁸ Cfr. R. PUCCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *Supplemento, NGCC*, 3/2020, pp. 24 ss.

⁹ Per le delicate implicazioni di natura etica, v. il documento del Comitato Nazionale per la Bioetica *"Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*, in www.bioetica.governo.it.

terruzione delle gravidanze e per le cure palliative o di fine vita, di fatto, ridotte se non azzerate nella pratica quotidiana¹⁰.

L'emergenza pandemica ha segnato l'affermarsi prioritario della dimensione pubblica e collettiva della salute, a discapito di quella privata e individuale, che aveva avuto il suo più ampio sviluppo nelle più recenti esperienze. L'alleanza terapeutica individuale per l'autodeterminazione del paziente è precipitata in una crisi profonda, tanto verso la cura e la vita, quanto verso la non cura e la morte. I percorsi medici durante la pandemia sono oramai stabiliti e attuati in maniera eteronoma rispetto alle scelte delle parti individuali del rapporto paziente-medico.

3. *L'imposizione dall'esterno dei nuovi confini tra la vita e la morte.* – In questa nuova cornice emergenziale, si devono ripensare i confini tra la vita e la morte nel rapporto medico-paziente. L'imposizione o il divieto di un determinato trattamento, positivo o negativo, terapeutico o palliativo, infatti, è frutto di una scelta operata a monte dall'autorità politica e amministrativa, che in medico e il paziente subiscono.

L'alleanza individuale entra in profonda crisi nell'impossibilità di autodeterminarsi diversamente dalle prescrizioni legali e amministrative nei trattamenti praticabili o non praticabili. Il confine tra vita e morte non è più espressione della personalità del paziente, né nell'assistenza del medico, che devono attuare le decisioni eteronome calate dall'alto.

Al riguardo è possibile distinguere due approcci diversi a seconda che si assecondino le determinazioni del decisore politi-

¹⁰ R. RAPISARDI, *Covid, così durante la pandemia sempre più donne sono costrette a cambiare regione per abortire*, in https://www.corriere.it/cronache/20_novembre_18/covid-ivg-cosi-sempre-piu-donne-sono-costrette-cambiare-regione-abortire-94f1ad18-298e-11eb-884f-3aae855c458a.shtml; E. CIRANT, *Aborto durante il coronavirus, le testimonianze tra servizi sospesi e obiettori: "Telefoni squillavano a vuoto". "Io respinta da 3 ospedali"*, in <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/05/07/aborto-durante-il-coronavirus-le-testimonianze-tra-servizi-sospesi-e-obiettori-telefoni-squillavano-a-vuoto-io-respinta-da-3-spedali/5781578/>; C. PASOLINI, *Coronavirus, i governi dimenticano il diritto di aborto: tre milioni di donne a rischio*, in *Coronavirus, i governi dimenticano il diritto di aborto: tre milioni di donne a rischio - la Repubblica*; I. PENCO, S. BASTIANELLO, *Il ruolo delle cure palliative durante la pandemia COVID-19*, in https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=8900.

co di dare la priorità alla tutela della salute collettiva, ovvero si vogliano considerare anche altre opzioni collettive o individuali. Il paziente e il medico che si discostassero dalle linee della politica sanitaria sarebbero entrambi responsabili, anche sul piano penale, qualora volessero diversamente tutela la salute e la vita, ovvero all'opposto optare per la morte¹¹. I c.d. negazionisti che si sottraggono alle prescrizioni sanitarie, non negano l'esistenza della pandemia, solo che intenderebbero dare priorità a scelte mediche diverse, di vita o di morte, rispetto alle decisioni di politica pubblica sanitaria.

4. *La necessità di una nuova alleanza sociale.* – In sostanza, si evidenzia la necessità di riappropriarsi dell'autodeterminazione terapeutica, ancorché con forme nuove e adeguate agli attuali contesti emergenziali. L'imposizione di trattamenti sanitari, infatti, costituisce una *extrema ratio* che presuppone una valutazione appropriata del Parlamento, nel rispetto del principio cardine della dignità della persona umana¹².

La tutela della salute collettiva, invero, non può significare l'annientamento di quella individuale e, soprattutto, delle scelte autodeterminative dei singoli, almeno nei limiti in cui non minaccino l'incolumità altrui o quella pubblica. È un tema assai delicato, non solo sul piano giuridico ed etico, ma anche su quello economico e politico¹³.

¹¹ Sulle misure sanitarie di contrasto alla pandemia, v. AA.VV., *La sicurezza delle cure in corso di pandemia da Covid-19: una nuova sfida per il sistema sanitario nazionale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2, 2020, pp. 1033 ss.; F. BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 115 ss.; D. CALAFIORE, *La sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina dell'emergenza da Covid 19 e disciplina ordinaria*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 113 ss.; M. D'ORIANO, *Le misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 221 ss.; V. AMENDOLAGINE, *Le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per ragioni sanitarie*, *ivi*, pp. 539 ss.

¹² Art. 32, comma 2, Cost.

¹³ Cfr. AA.VV., *Emergenza Covid-19: questioni di etica della salute pubblica da una prospettiva globale. Un'analisi preliminare in 4 step*, in *Rivista Italiana di*

Non rimane, quindi, che declinare in termini civici, collettivi e sociali l'alleanza terapeutica per riportare alla dialettica pazienti – medici la scelta dei trattamenti sanitari e, in altre parole, del riappropriarsi dell'autodeterminazione nelle scelte della propria vita o morte individuale.

L'alleanza sociale tra pazienti e medici, in definitiva, deve riportare ai singoli l'autodeterminazione terapeutica. A tal proposito, tuttavia, occorre prendere le mosse dal dare coscienza del profondo mutamento intervenuto e della necessità di ripristinare quanto prima gli spazi di libertà e autonomia nel trattamento medico indispensabili per la realizzazione della personalità di ciascun paziente e della dignità dell'essere umano.

Un compito fondamentale per i medici, verso la società intera, oltre che verso i pazienti, specie i più deboli e indifesi, nella cornice di una riforma in senso più solidale dell'ordinamento¹⁴.

5. *La mediazione sanitaria e i processi collaborativi.* – Per realizzare l'alleanza sociale tra pazienti e medici, anzitutto, occorre scongiurare che la conflittualità originata dalla crisi pandemica degeneri nei circuiti dei contenziosi giudiziari¹⁵. La proposizio-

Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario), 2, 2020, pp. 1053 ss.; M. BOLCATO, C. TETTAMANTI, A. FEOLA, *L'epidemia, la cura, la responsabilità e le scelte che non avremmo mai voluto fare*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2, 2020, pp. 1043 ss.

¹⁴ M. MAGGIOLO, *Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., p. 39; U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 333 ss.; G. PONZANELLI, *I danni subiti da Covid-19 tra regole di responsabilità civile e piani no fault*, in *Supplemento, NGCC*, 3/2020, pp. 137 ss.; M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma?*, in www.rivistaresponsabilitamedica.it.

¹⁵ Sulla responsabilità medica durante la pandemia, v. C. SCOGNAMIGLIO, *La pandemia Covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile*, in *Supplemento, NGCC*, 3/2020, pp. 140 ss.; G. PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 91 ss.; G. FACCI, *Covid-19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, *ivi*, pp. 105 ss.; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, *ivi*, pp. 123 ss.; N. DE LUCA,

ne dell'azione giudiziaria, infatti, non risolverebbe il conflitto tra il paziente verso il medico e la struttura sanitaria, ma all'opposto finirebbe per esasperarlo¹⁶.

In proposito, si consideri che, da un lato, l'emergenza pandemica ha provocato una chiusura o, per lo meno, un forte rallentamento dell'attività giurisdizionale dei Tribunali, che non hanno potuto svolgere regolarmente i processi¹⁷. Dall'altro lato, le misure sanitarie restrittive di contrasto della pandemica hanno provocato gravi effetti negativi sul piano economico e sociale, ingenerando un'ondata di forte conflittualità¹⁸. Tanto rende ne-

Covid-19, rischio sanitario e assicurazioni. Prime riflessioni, in *Danno e responsabilità*, 3/2020, pp. 334 ss.; P. MAUTONE, *Responsabilità sanitaria ai tempi del Covid 19*, in *D&G*, 1° aprile 2020, in <http://www.dirittoegiustizia.it/>.

¹⁶ Per le controversie in materia di responsabilità sanitarie, infatti, è stata prevista la condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria costituita dall'esperimento della mediazione (ex art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28 marzo 2010 n. 28) ovvero dell'accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'art. 669-bis c.p.c. (ex art. 8, l. 24/2017). R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Rivista diritto processuali civile*, 4/5, 2017, pp. 1195 ss.

¹⁷ Sulle disposizioni emergenziali concernenti l'attività giurisdizionale, v. A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 3 ss.; F.M. GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, *ivi*, pp. 133 ss.; F. DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 431 ss.; G. BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 391 ss.; A. CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere ... all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 364 ss.; M. TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it*, 13 marzo 2020; G.P. MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5/2020, pp. 697 ss.; F. DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, pp. 612 ss.; R. BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, pp. 737 ss.

¹⁸ Con riferimento alle gravi ripercussioni economiche e sociali provocate dall'applicazione delle misure sanitarie di contrasto alla pandemia, v. Cfr. F. SCARPELLI, P. SORDI, M. MARAZZA, *I giuslavoristi di fronte all'Emergenza COVID-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 51 ss.; G. CAVALLINI, *Emergenza COVID e contratto di lavoro autonomo*, *ivi*, pp. 93 ss.; P. TOMASSETTI, *Emergenza COVID-19 e conseguenze sulla somministrazione di*

cessario sviluppare strumenti extragiudiziali di composizione amichevole dei conflitti, per evitare il collasso dei Tribunali.

Gli strumenti extragiudiziali di composizione amichevole delle controversie, infatti, sono più rapidi, semplici e gestibili a distanza dalle parti¹⁹. Inoltre, essi portano a soluzioni consensuali che soddisfano gli interessi di entrambe le parti contendenti, preservano la loro relazione e, più in generale, garantiscono la coesione economica e sociale.

Una siffatta esigenza, in particolare, è particolarmente avvertita nel settore sanitario, che con la crisi pandemica è sottoposto agli sforzi e alle difficoltà maggiori. La crisi pandemica, infatti, ha colto di sorpresa e messo in difficoltà i sistemi sanitari pubblici e privati, costretti ad operare in situazione di emergenza. L'organizzazione sanitaria e l'attività medica sono state costrette a profondi cambiamenti per affrontare l'ondata di contagi e di malati gravi. Gli altri servizi sanitari ne hanno risentito e sono stati chiusi o rallentati, in ogni caso, non hanno potuto funzionare con normalità ed efficienza.

Per questa ragione, i casi responsabilità medica si dovrebbero gestire nella mediazione e, comunque, con meccanismi di composizione collaborativi, di negoziazione volontaria e conciliazione. Tali meccanismi, infatti, mirano a trovare soluzioni consensuali che pongano d'accordo pazienti e medici.

lavoro, ivi, pp. 101 ss.; M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, ivi, pp. 133 ss.; S. D'ACUNTO, *La politica fiscale in Italia ai tempi del Covid-19: dall'austerità espansiva al mega-moltiplicatore*, ivi, pp. 153 ss.; A. RICCOBONO, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, ivi, pp. 177 ss.; M. MARAZZA, *Procedure sindacali e CIGD causale "COVID-19": la commedia degli equivoci*, ivi, pp. 187 ss.; M. MARRUCCI, *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, ivi, pp. 191 ss.; C. CARCHIO, *Gli ammortizzatori sociali alla prova dell'emergenza Covid-19: un'ennesima conferma*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 454 ss.; C. GAROFALO, *La sospensione dell'attività lavorativa durante l'emergenza epidemiologica Covid-19*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 432 ss.; M. AMITRANO ZINGALE, *Emergenza da Covid-19 in ambito socio-assistenziale: garanzie dei servizi anche in deroga al codice appalti?*, in *Urbanistica e appalti*, 3/2020, pp. 329 ss.

¹⁹ Sui sistemi stragiudiziali di composizione delle controversie, applicabili anche in ambito sanitario, in generale, v. AA.VV., *Quaderni di conciliazione*, a cura di C. Pilia, 2010-2020, Cagliari.

I meccanismi compositivi consensuali, peraltro, possono utilizzarsi sia individualmente per consentire al paziente e al medico di rimediare a un caso di mala sanità verificatosi, sia collettivamente per prevenire i futuri conflitti mediante la stipulazione di accordi tra le associazioni che rappresentano pazienti e medici. Questa via, preventiva e collettiva, è sicuramente quella da privilegiare, perché le associazioni dei pazienti e dei medici contribuiscono a definire protocolli medici sanitari che siano adeguati ai nuovi scenari di crisi²⁰.

In tal modo, si attivano procedimenti partecipativi, collettivi e individuali, che portano a condividere consapevolmente il nuovo statuto delle prestazioni sanitarie, anche per quanto riguarda alla gestione delle scelte estreme e più delicate dell'alternativa tra la cura per la vita e la non cura che porta alla morte.

Una giustizia, in conclusione, che è condivisa consapevolmente e volontariamente dai protagonisti della relazione paziente-medico, che devono stringere l'alleanza strategica soprattutto nella situazione emergenziale della pandemia Covid-19.

6. *La gestione a distanza dei trattamenti medici e delle procedure O.D.R.* – In questa fase di emergenza pandemica, l'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza ha permesso di continuare a svolgere le attività lavorative, nonostante le misure di distanziamento sociale. Il lavoro a distanza, infatti, si è diffuso in tutti o settori di attività, compreso quello sanitario, tanto in ambito pubblico quanto in quello privato²¹.

²⁰ L'importanza dell'informazione sanitaria per affrontare la gestione della crisi pandemica è bene evidenziata da F. DELL'AVERSANA, *Il diritto alla (corretta) informazione sanitaria oltre lo "Stato di emergenza"*, in *Il Corriere giuridico*, 8-9/2020, pp. 1107 ss.

²¹ Sull'utilizzo generalizzato dello *smartworking* durante la crisi pandemica, v. AA.VV., *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Roma, 2020; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 55 ss.; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, *ivi*, pp. 67 ss.; S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID19: prime osservazioni*, *ivi*, pp. 87 ss.; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e dei poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, *ivi*, pp. 169 ss.; I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore*

La telemedicina, per tanti versi, ha permesso di prestare l'assistenza sanitaria a distanza, realizzando un capillare e diretto rapporto tra i pazienti e il personale medico. In tal senso, da casa, i pazienti hanno potuto ricevere le informazioni necessarie all'adozione di decisioni libere e consapevoli in ordine ai trattamenti praticabili. Alcuni trattamenti medici, specie tra quelli di diagnosi e terapia farmacologica, sono stati prestati a distanza. La tecnologia, la telemedicina, ha permesso di mantenere la relazione personalissima tra il paziente e il medico indispensabile nell'alleanza terapeutica, per le scelte di vita o di morte²².

Allo stesso modo, nella crisi pandemica, per la gestione della conflittualità in ambito sanitaria è importante l'utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza nei procedimenti extragiudiziali di risoluzione consensuale (*Online Dispute Resolution*)²³. In tal modo, anche nella gestione amichevole del conflitto si preserva la relazione personale e diretta tra il paziente e il medico. La composizione delle controversie sanitarie, invero, sottende valutazioni non solo tecniche e patrimoniali, ma anche personali caratterizzate da ampia discrezionalità.

al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 101 ss.; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, *ivi*, pp. 107 ss.; M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 511 ss.; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1, 2020, pp. 1 ss.

²² F. CERA, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19*, in *Supplemento, NGCC*, 3/2020, pp. 45 ss.; R. DE FORCADE, *Via libera ai robot fai da te per gli ospedali e i pazienti covid - Telecamere misurano la febbre*, in *Il Sole 24ore*, 24 aprile 2020, in <https://www.ilsole24ore.com/art/via-libera-robot-fai-te-gli-ospedali-e-pazienti-covid-telecamere-misurano-febbre-ADYQ4YM>; M. FASAN, *La tecnologia ci salverà? Intelligenza artificiale, salute individuale e salute collettiva ai tempi del Coronavirus*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Special Issue*, 1/2020, pp. 677 ss.

²³ Sull'utilizzazione delle tecniche di comunicazione a distanza per la gestione delle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie, AA.VV., *La telemedicina come una risposta concreta alla pandemia da Sars.Cov-2*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2, 2020, pp. 925 ss.; V. ANIBALLI, *Emergenza sanitaria e piattaforme conciliative: una proposta per gestire le transazioni da remoto*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 245 ss.

EMANUELE TUCCARI*

CONTRATTI DEL SETTORE TURISTICO E COVID-19

SOMMARIO: 1. La normativa eurounitaria dei contratti del settore turistico. - 2. La valorizzazione emergenziale del *voucher*. - 3. La posizione della Commissione UE. - 4. L'introduzione di correttivi all'originaria disciplina emergenziale. - 5. La recrudescenza del *virus* ed il ritorno delle misure di contenimento. - 6. Conclusioni.

1. *La normativa eurounitaria dei contratti del settore turistico.* – L'applicazione delle misure governative di contenimento del contagio da Covid-19 – comportando l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'ambito di numerosi contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico – rischia di metter a repentaglio non soltanto singoli rapporti contrattuali, ma addirittura la sopravvivenza stessa di molte realtà imprenditoriali di un settore fondamentale (o, in altri termini, "strategico") per l'intera economia nazionale. Ne deriva la necessità di un'analisi puntuale delle problematiche riconducibili all'emergenza nell'ambito dell'esecuzione dei contratti del settore turistico.

La disciplina delle sopravvenienze nei rapporti contrattuali del settore turistico è notoriamente di matrice *eurounitaria*, regolando, per un verso, i contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo, stradale) nel Regolamento (CE) dell'11 febbraio 2004, n. 261, nel Regolamento (CE) del 23 ottobre 2007, n. 1371, nel Regolamento (UE) del 24 novembre 2010, n. 1177 e nel Regolamento (UE) del 16 febbraio 2011, n. 181 e, per un altro, i contratti di pacchetto turistico nella Direttiva (UE) del 25 novembre 2015, n. 2302 (poi trasposta nel d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, c.d. "Codice del turismo", come modificato dopo l'emanazione del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62)¹.

* Professore di diritto privato all'Università di Pavia.

¹ La recente direttiva 2015/2302/UE rivede completamente la materia relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, abrogando la preceden-

Nell'attuale contesto emergenziale sembra necessario – proprio a seguito dell'applicazione delle misure di contenimento del contagio da *Coronavirus* – prender in considerazione soprattutto la *disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione* e della conseguente *cancellazione del viaggio* nell'ambito dei vari contratti del settore turistico.

Nei contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo, stradale) – ai sensi dell'art. 7, § 3, del Regolamento (CE) n. 261/2004, dell'art. 16, § 1, lett. a), e dell'art. 17, § 2, del Regolamento (CE) n. 1371/2007, dell'art. 18 del Regolamento (UE) n. 1177/2010, dell'art. 19, §§ 1, 4 e 5, del Regolamento (UE) n. 181/2011 – la cancellazione del viaggio per impossibilità sopravvenuta scioglie sicuramente l'originario rapporto contrattuale ma, al contempo, impone al vettore di garantire ai passeggeri la scelta fra il rimborso integrale del denaro già versato ed il ricorso a modalità alternative per la restituzione del costo integrale del biglietto (compresa l'emissione di un buono sostitutivo o di un *voucher*). Quest'ultima possibilità è però ammessa (in ogni caso) soltanto se il passeggero l'accetta².

te direttiva 90/314/CEE e disciplinando nuovamente, fra l'altro, il fenomeno delle sopravvenienze (artt. 10, 11, 12). Per una recente ricostruzione dell'evoluzione della disciplina del contratto di viaggio e di vendita di pacchetto turistico, con particolare attenzione alla disciplina delle sopravvenienze contrattuali, cfr., per tutti, S. PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della dir. 2015/2302/UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in AA.Vv., *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio. La direttiva 2015/2302/UE e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano*, a cura di A. Finessi, Napoli, 2017, pp. 65 ss.

² In particolare, l'art. 7, § 3, del Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91, recita: "La compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1 è pagata in contanti, mediante trasferimento bancario elettronico, con versamenti o assegni bancari, o, previo accordo firmato dal passeggero, con buoni di viaggio e/o altri servizi". L'art. 16, § 1, lett. a), e l'art. 17, § 2, del Regolamento (CE) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, statuiscono: "Qualora sia ragionevolmente prevedibile che il ritardo all'arrivo alla destinazione finale prevista dal con-

Nel contratto di pacchetto turistico – espressione, come noto, della complessa combinazione di elementi delineati dall’art. 3 del-

tratto di trasporto sarà superiore a 60 minuti, il passeggero può scegliere immediatamente tra: a) ottenere il rimborso integrale del biglietto, alle condizioni alle quali è stato acquistato, per la parte o le parti del viaggio non effettuate e per la parte o le parti già effettuate, qualora il viaggio non risulti più utile ai fini del programma originario di viaggio del passeggero, oltre ad avere la possibilità, se del caso, di ritornare al punto di partenza non appena possibile. Il rimborso avviene a condizioni identiche a quelle previste per il risarcimento di cui all’articolo 17”; [...] “Il risarcimento del prezzo del biglietto è effettuato entro un mese dalla presentazione della relativa domanda. Il risarcimento può essere effettuato mediante buoni e/o altri servizi se le condizioni sono flessibili (per quanto riguarda in particolare il periodo di validità e la destinazione). Il risarcimento è effettuato in denaro su richiesta del passeggero”. L’art. 18 del Regolamento (UE) n. 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004, recita: “1. Quando prevede ragionevolmente che un servizio passeggeri subisca una cancellazione o un ritardo alla partenza dal terminale portuale superiore a novanta minuti il vettore offre immediatamente al passeggero la scelta tra: a) il trasporto alternativo verso la destinazione finale a condizioni simili, come indicato nel contratto di trasporto, non appena possibile e senza alcun supplemento; b) il rimborso del prezzo del biglietto e, ove opportuno, il ritorno gratuito al primo punto di partenza, come indicato nel contratto di trasporto, non appena possibile. 2. Quando un servizio passeggeri subisce una cancellazione o un ritardo alla partenza dal porto superiore a novanta minuti, i passeggeri hanno diritto al trasporto alternativo o al rimborso del prezzo del biglietto da parte del vettore. 3. Il rimborso di cui al paragrafo 1, lettera b), e al paragrafo 2 del costo completo del biglietto al prezzo a cui era stato acquistato, per la parte o le parti del viaggio non effettuate, e per la parte o le parti già effettuate se il viaggio non serve più allo scopo originario del passeggero è effettuato entro sette giorni, in contanti, mediante bonifico bancario elettronico, versamento o assegno bancario. Con il consenso del passeggero, il rimborso integrale del biglietto può avvenire sotto forma di buono e/o altri servizi per un importo equivalente alla tariffa di acquisto, purché le condizioni siano flessibili, segnatamente per quanto riguarda il periodo di validità e la destinazione”. Ecco, infine, il testo dell’art. 19, §§ 1, 4 e 5, del Regolamento (UE) n. 181/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004: “1. Il vettore, quando prevede ragionevolmente che un servizio regolare subisca una cancellazione o un ritardo alla partenza dal capolinea per oltre centoventi minuti o in caso di accettazione di un numero di prenotazioni superiore ai posti disponibili, offre immediatamente al passeggero la scelta tra: a) la continuazione o il reinstradamento verso la destinazione finale, senza oneri aggiuntivi e a condizioni simili,

la direttiva UE 2015/2302³ – la cancellazione del viaggio per impossibilità sopravvenuta, derivante dal verificarsi di circostanze

come indicato nel contratto di trasporto, non appena possibile; b) il rimborso del prezzo del biglietto e, ove opportuno, il ritorno gratuito in autobus al primo punto di partenza, come indicato nel contratto di trasporto, non appena possibile. [...] 4. Quando un servizio regolare subisce una cancellazione o un ritardo superiore a centoventi minuti alla partenza dalla fermata, i passeggeri hanno diritto alla continuazione, al reinstadamento o al rimborso del prezzo del biglietto da parte del vettore di cui al paragrafo 1. 5. Il pagamento del rimborso di cui al paragrafo 1, lettera b), e al paragrafo 4 è effettuato entro quattordici giorni dalla formulazione dell'offerta o dal ricevimento della relativa domanda. Il pagamento copre il costo completo del biglietto al prezzo a cui è stato acquistato, per la parte o le parti del viaggio non effettuate, e per la parte o le parti già effettuate se il viaggio non serve più allo scopo originario del passeggero. In caso di titoli di viaggio o abbonamenti il pagamento è pari alla percentuale del costo completo del titolo di viaggio o dell'abbonamento. Il rimborso è corrisposto in denaro, a meno che il passeggero non accetti un'altra forma di pagamento." Nella stessa direzione si muove chiaramente la disciplina contenuta nell'ambito del nostro codice della navigazione (sul punto, cfr. artt. 400, 402, 403, 945, 947 cod. nav.).

³ L'art. 3 della Direttiva UE 2015/2302 delinea, infatti, una serie d'importanti (e complicate) definizioni da considerarsi imprescindibili per individuare l'esatto ambito di applicazione della normativa eurounitaria: "Ai fini della presente direttiva s'intende per: 1) «servizio turistico»: a) il trasporto di passeggeri; b) l'alloggio non facente intrinsecamente parte del trasporto di passeggeri e non a fini residenziali; c) il noleggio di auto, di altri veicoli a motore ai sensi dell'articolo 3, punto 11), della direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1) oppure di motocicli che richiedono una patente di guida di categoria A a norma dell'articolo 4, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (2); d) qualunque altro servizio turistico non facente intrinsecamente parte di un servizio turistico ai sensi delle lettere a), b) o c); 2) «pacchetto», la combinazione di almeno due tipi diversi di servizi turistici ai fini dello stesso viaggio o della stessa vacanza, se: a) tali servizi sono combinati da un unico professionista, anche su richiesta del viaggiatore o conformemente a una sua selezione, prima che sia concluso un unico contratto per tutti i servizi; oppure b) indipendentemente dal fatto che siano conclusi contratti separati con singoli fornitori di servizi turistici, tali servizi sono: i) acquistati presso un unico punto vendita e tali servizi sono stati selezionati prima che il viaggiatore acconsenta al pagamento; ii) offerti, venduti o fatturati a un prezzo forfettario o globale; iii) pubblicizzati o venduti sotto la denominazione «pacchetto» o denominazione analoga; iv) combinati dopo la conclusione di un contratto con cui il professionista autorizza il viaggiatore a scegliere tra una selezione di tipi diversi di servizi turistici; o v) acquistati presso professionisti distinti attraverso processi collegati di prenotazione online ove il nome del viaggiatore

inevitabili e straordinarie (fra cui sembra proprio potere rientrare, anche alla luce della definizione fornita dall'art. 3 e dalle esemplificazioni tratteggiate dal Considerando 31, la pandemia da Covid-19 e le conseguenti misure di contenimento adottate per evitare la diffusione del contagio)⁴, comporta lo scioglimento del rapporto

tore, gli estremi del pagamento e l'indirizzo di posta elettronica sono trasmessi dal professionista con cui è concluso il primo contratto a uno o più altri professionisti e il contratto con quest'ultimo o questi ultimi professionisti è concluso al più tardi 24 ore dopo la conferma della prenotazione del primo servizio turistico. Una combinazione di servizi turistici in cui sono combinati non più di uno dei tipi di servizi turistici di cui al punto 1), lettere a), b) o c), con uno o più dei servizi turistici di cui al punto 1), lettera d), non è un pacchetto se questi ultimi servizi: a) non rappresentano una parte sostanziale del valore della combinazione, non sono pubblicizzati come e non rappresentano altrimenti un elemento essenziale della combinazione; oppure b) sono selezionati e acquistati solo dopo l'inizio dell'esecuzione di un servizio turistico di cui al punto 1), lettere a), b) o c); 3) «contratto di pacchetto turistico», il contratto relativo all'intero pacchetto oppure, se il pacchetto è fornito in base a contratti distinti, tutti i contratti riguardanti i servizi turistici inclusi nel pacchetto; 4) «inizio del pacchetto», l'inizio dell'esecuzione dei servizi turistici inclusi nel pacchetto; 5) «servizio turistico collegato», almeno due tipi diversi di servizi turistici acquistati ai fini dello stesso viaggio o della stessa vacanza, che non costituiscono un pacchetto, e che comportano la conclusione di contratti distinti con i singoli fornitori di servizi turistici, se un professionista agevola: a) al momento di un'unica visita o un unico contatto con il proprio punto vendita, la selezione distinta e il pagamento distinto di ogni servizio turistico da parte dei viaggiatori; oppure b) l'acquisto mirato di almeno un servizio turistico aggiuntivo presso un altro professionista quando un contratto con quest'altro professionista è concluso al più tardi 24 ore dopo la conferma della prenotazione del primo servizio turistico. Qualora siano acquistati non più di uno dei tipi di servizi turistici di cui al punto 1), lettere a), b) o c), e uno o più dei servizi turistici di cui al punto 1), lettera d), essi non costituiscono un servizio turistico collegato se questi ultimi servizi non rappresentano una porzione significativa del valore combinato dei servizi e non sono pubblicizzati come un elemento essenziale del viaggio o della vacanza e non ne costituiscono, comunque, un elemento essenziale; [...]».

⁴ Sembrano, infatti, non lasciare molti margini d'interpretazione il testo dell'art. 3 della direttiva UE 2015/2302 ("Ai fini della presente direttiva s'intende per: 1) [...] 12) «circostanze inevitabili e straordinarie», una situazione fuori dal controllo della parte che invoca una tale situazione e le cui conseguenze non sarebbero state evitate nemmeno adottando tutte le ragionevoli misure [...]») e del Considerando 31 della direttiva UE 2015/2302 ("I viaggiatori dovrebbero poter risolvere il contratto di pacchetto turistico in qua-

per iniziativa del turista (art. 12, § 2) o dell'organizzatore (art. 12, § 3). Ne deriva sempre il diritto del viaggiatore a ricevere il rimborso completo dei pagamenti effettuati senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni dallo scioglimento del contratto di pacchetto turistico (art. 12, §§ 2, 3 e 4)⁵. Tale disciplina, ai sensi del-

lunque momento prima dell'inizio del pacchetto, dietro pagamento di adeguate spese di risoluzione che tengano conto di risparmi e introiti previsti che derivano dalla riassegnazione dei servizi turistici. Dovrebbero inoltre avere il diritto di risolvere il contratto di pacchetto turistico senza corrispondere spese di risoluzione qualora circostanze inevitabili e straordinarie abbiano un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto. Ciò può riguardare ad esempio conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali terrorismo, *rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio* o calamità naturali come inondazioni, terremoti o condizioni meteorologiche che impediscono di viaggiare in modo sicuro verso la destinazione come stabilito nel contratto di pacchetto turistico") (corsivo aggiunto).

⁵ Si riporta, per una più rapida consultazione, il testo dell'art. 12 della direttiva UE 2015/2302 (più volte richiamato nel testo): "1. Gli Stati membri assicurano che il viaggiatore possa risolvere il contratto di pacchetto turistico in ogni momento prima dell'inizio del pacchetto. In caso di risoluzione del contratto di pacchetto turistico da parte del viaggiatore ai sensi del presente paragrafo, il viaggiatore può essere tenuto a pagare all'organizzatore spese di risoluzione adeguate e giustificabili. Il contratto di pacchetto turistico può specificare spese di risoluzione standard ragionevoli, calcolate in base al momento della risoluzione del contratto prima dell'inizio del pacchetto e ai risparmi e agli introiti previsti che derivano dalla riassegnazione dei servizi turistici. In assenza di spese di risoluzione standard, l'importo delle spese di risoluzione corrisponde al prezzo del pacchetto diminuito dei risparmi e degli introiti che derivano dalla riassegnazione dei servizi turistici. Su richiesta del viaggiatore l'organizzatore fornisce una motivazione dell'importo delle spese di risoluzione. 2. Fatto salvo il paragrafo 1, il viaggiatore ha diritto di risolvere il contratto di pacchetto turistico prima dell'inizio del pacchetto senza corrispondere spese di risoluzione in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione. In caso di risoluzione del contratto di pacchetto turistico ai sensi del presente paragrafo, il viaggiatore ha diritto al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un indennizzo supplementare. 3. L'organizzatore può risolvere il contratto di pacchetto turistico e offrire al viaggiatore il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non è tenuto a versare un indennizzo supplementare se: a) il numero di persone registrate per il pacchetto è inferiore al minimo previsto dal contratto e l'organizzatore comuni-

l'art. 4 della medesima direttiva UE 2015/2302, di "armonizzazione massima" è stata poi trasposta, a seguito dell'emanazione dell'art. 1, c. 1, del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, nell'attuale art. 41, c. 4, 5 e 6, del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. "Codice del Turismo")⁶.

ca la risoluzione del contratto al viaggiatore entro il termine fissato nel contratto ma non più tardi: i) di 20 giorni prima dell'inizio del pacchetto in caso di viaggi che durano più di sei giorni; ii) di sette giorni prima dell'inizio del pacchetto in caso di viaggi che durano tra due e sei giorni; iii) di 48 ore prima dell'inizio del pacchetto nel caso di viaggi che durano meno di due giorni; oppure b) l'organizzatore non è in grado di eseguire il contratto a causa di circostanze inevitabili e straordinarie e comunica la risoluzione del medesimo al viaggiatore senza indebito ritardo prima dell'inizio del pacchetto. 4. L'organizzatore procede a tutti i rimborsi prescritti a norma dei paragrafi 2 e 3 oppure, con riguardo al paragrafo 1, rimborsa qualunque pagamento effettuato da o per conto del viaggiatore per il pacchetto dopo aver detratto le opportune spese di risoluzione. Tali rimborsi sono effettuati al viaggiatore senza indebito ritardo e in ogni caso entro 14 giorni dalla risoluzione del contratto di pacchetto turistico. 5. Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, gli Stati membri possono prevedere nel diritto nazionale che il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto di pacchetto turistico entro un periodo di 14 giorni senza fornire alcuna motivazione".

⁶ La trasposizione della disciplina eurounitaria nell'art. 41 del Codice del Turismo coincide largamente con la lettera dell'art. 12 della direttiva UE 2015/2302: "[...] 4. In caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese di recesso, ed al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un indennizzo supplementare. 5. L'organizzatore può recedere dal contratto di pacchetto turistico e offrire al viaggiatore il rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non è tenuto a versare un indennizzo supplementare se: a) il numero di persone iscritte al pacchetto è inferiore al minimo previsto dal contratto e l'organizzatore comunica il recesso dal contratto al viaggiatore entro il termine fissato nel contratto e in ogni caso non più tardi di venti giorni prima dell'inizio del pacchetto in caso di viaggi che durano più di sei giorni, di sette giorni prima dell'inizio del pacchetto in caso di viaggi che durano tra due e sei giorni, di quarantotto ore prima dell'inizio del pacchetto nel caso di viaggi che durano meno di due giorni; b) l'organizzatore non è in grado di eseguire il contratto a causa di circostanze inevitabili e straordinarie e comunica il recesso dal medesimo al viaggiatore senza ingiustificato ritardo prima dell'inizio del pacchetto. 6. L'organizzatore procede a tutti i rimborsi prescritti a norma dei commi 4 e 5

La cancellazione del viaggio, derivante dal verificarsi di circostanze inevitabili e straordinarie, consente pertanto sicuramente – anche ai sensi dell’art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 – l’esercizio del diritto di recesso tanto da parte del viaggiatore (c. 4) quanto da parte dell’organizzatore (c. 5). In ogni caso, l’organizzatore è tenuto a rimborsare qualunque pagamento effettuato da o per conto del viaggiatore per il pacchetto, dopo avere detratto le eventuali spese, senza ingiustificato ritardo (ed entro quattordici giorni dal recesso) (c. 6)⁷.

La disciplina eurounitaria, come noto, risulta generalmente diretta a tutelare soprattutto la posizione del viaggiatore: ciò finisce per riflettersi, perlomeno in parte, nella disciplina – pienamente recepita, come si è visto, dal “Codice del Turismo” – delle sopravvenienze e, in particolare, dell’impossibilità sopravvenuta. Si consente, infatti, ad entrambe le parti, in caso di circostanze inevitabili e straordinarie, di sciogliere unilateralmente l’originario rapporto contrattuale, ma si riconosce sempre al viaggiatore – a prescindere dalla ragione specifica dell’inesigibilità (o, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai piuttosto consolidato, dell’inutilizzabilità) della prestazione⁸ – il diritto di

oppure, con riguardo a quanto previsto ai commi 1, 2 e 3, rimborsa qualunque pagamento effettuato da o per conto del viaggiatore per il pacchetto dopo aver detratto le adeguate spese, senza ingiustificato ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dal recesso. Nei casi di cui ai commi 4 e 5, si determina la risoluzione dei contratti funzionalmente collegati stipulati con terzi [...]”.

⁷ Sull’attuale disciplina dell’art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, IV ed., Torino, 2020, 625 ss. Per una serie di considerazioni sulla disciplina delle sopravvenienze già alla luce della direttiva 2015/2302/UE, cfr. G. TERLIZZI, *Modifiche unilaterali e cancellazione del pacchetto turistico. La normativa in vigore e le novità introdotte dalla direttiva 2015/2302 UE*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, pp. 147 ss.

⁸ Cfr. CASS., 24.07.2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 845 ss., con nota di DELLI PRISCOLI, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 531 ss., con nota di NARDI, in *Giur. it.*, 2008, pp. 1133 ss., con nota di IZZI, in *Contratti*, 2008, pp. 241 ss., con nota di CAVAJONI; in *Dir. tur.*, 2007, pp. 375 ss., con nota di G. BENELLI; CASS., 20.12.2007, n. 26958, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 12; CASS., 2.10.2014, n. 20811, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; CASS., 10.07.2018, n. 18047, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 11 luglio, in *Guida al diritto*, 2018, pp. 32, 35; CASS., 29.3.2019, n. 8766, in *Giust. civ. Mass.*, 2019. Sul punto, seppure con

ottenere il rimborso della somma già versata per l'acquisto del pacchetto turistico entro 14 giorni dal momento del recesso.

L'intera disciplina eurounitaria del Regolamento (CE) n. 261/2004, del Regolamento (CE) n. 1371/2007, del Regolamento (UE) n. 1177/2010, del Regolamento (UE) n. 181/2011 e della Direttiva UE 2015/2302 sembra così rappresentare, per un verso, un micro-sistema diretto a tutelare specificamente la posizione del viaggiatore nel caso d'impossibilità sopravvenuta nei contratti del settore turistico e, per un altro, un imprescindibile punto di partenza per ogni successiva riflessione sollevata, più recentemente, dall'emergenza epidemiologica da Covid-19.

Un micro-sistema di partenza sicuramente incentrato sullo scioglimento del rapporto contrattuale e sulla restituzione della somma di denaro già versata.

2. *La valorizzazione emergenziale dei voucher.* – Nell'ambito della recente normativa emergenziale – probabilmente a causa delle conseguenze significative che l'epidemia da Covid-19 e le misure di contenimento predisposte dal Governo rischiano di avere sul settore turistico e sull'intera economia nazionale – non mancano le disposizioni specificamente dirette a disciplinare l'esecuzione dei contratti di trasporto (terrestre, aereo, ferroviario e marittimo), di soggiorno e di pacchetto turistico.

L'art. 88-*bis* del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, c.d. "Cura Italia" (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27) – che ricalca in larga parte il contenuto

impostazioni abbastanza diverse fra loro, cfr., *ex multis*, M. DELLACASA, *La cooperazione all'adempimento e rimedi a tutela del debitore*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, già diretto da L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, V. ROPPO, F. ANELLI, Milano, 2019, pp. 612 ss.; M. ARRIGO, *Sopravvenuta impossibilità di beneficiare della prestazione: ovvero la discussa "liberalizzazione" della risoluzione contrattuale nei contratti sinallagmatici*, in *juscivile*, 2019, pp. 300 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 251 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 ss.; A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Artt. 1256-1259, in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, pp. 39 ss.

dell'art. 28 dell'abrogato decreto legge 2 marzo 2020, n. 9 – tratteggia un'articolata disciplina rimediale, con alcune significative peculiarità circa l'impossibilità sopravvenuta nei contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico⁹.

⁹ L'art. 88-*bis* ("Rimborso di titoli di viaggi, di soggiorno e di pacchetti turistici") è stato introdotto, in sede di conversione, proprio dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, che ha modificato la precedente formulazione dell'art. 88 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18. Se ne riporta, per una più semplice consultazione, l'originaria formulazione (poi modificata, come si vedrà, dallo stesso legislatore emergenziale): "(1). Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico stipulati: a) dai soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente, in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di quarantena o permanenza domiciliare; b) dai soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio, come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; c) dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di permanenza, quarantena o ricovero; d) dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; e) dai soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e

L'originaria formulazione della norma prevede che l'impossibilità sopravvenuta – derivante dall'applicazione di specifiche misure

dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti; f) dai soggetti intestatari di titolo di viaggio o acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia, aventi come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19 (2). I soggetti di cui al comma 1 comunicano al vettore o alla struttura ricettiva o all'organizzatore di pacchetti turistici il ricorrere di una delle situazioni di cui al medesimo comma 1 allegando la documentazione comprovante il titolo di viaggio o la prenotazione di soggiorno o il contratto di pacchetto turistico e, nell'ipotesi di cui alla lettera e) del comma 1, la documentazione attestante la programmata partecipazione ad una delle manifestazioni, iniziative o eventi indicati nella medesima lettera e). Tale comunicazione è effettuata entro trenta giorni decorrenti: a) dalla cessazione delle situazioni di cui al comma 1, lettere da a) a d); b) dall'annullamento, sospensione o rinvio del concorso o della procedura selettiva, della manifestazione, dell'iniziativa o dell'evento, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e); c) dalla data prevista per la partenza, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera f) (3). Il vettore o la struttura ricettiva, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al comma 2, procedono al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio e per il soggiorno ovvero all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione (4). In relazione ai contratti stipulati dai soggetti di cui al comma 1, il diritto di recesso può essere esercitato dal vettore, previa comunicazione tempestiva all'acquirente, quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. In tali casi il vettore ne dà tempestiva comunicazione all'acquirente e, entro i successivi trenta giorni, procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione (5). Le strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 possono offrire all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo, oppure procedere al rimborso del prezzo o, altrimenti, possono emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante (6). I soggetti di cui al comma 1 possono esercitare, ai sensi dell'articolo 41 del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il diritto di recesso dai contratti di pacchetto turistico da eseguire nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, con-

di contenimento nei casi di quarantena, permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, ricovero, divieto di allontana-

vertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, o negli Stati dove è impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19. In tali casi l'organizzatore, in alternativa al rimborso previsto dall'articolo 41, commi 4 e 6, del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo oppure può procedere al rimborso o, altrimenti, può emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il rimborso è corrisposto e il *voucher* è emesso appena ricevuti i rimborsi o i *voucher* dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio (7). Gli organizzatori di pacchetti turistici possono esercitare, ai sensi dell'articolo 41, comma 5, lettera b), del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il diritto di recesso dai contratti stipulati con i soggetti di cui al comma 1, dai contratti di pacchetto turistico aventi come destinazione Stati esteri ove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, e comunque quando l'esecuzione del contratto è impedita, in tutto o in parte, da provvedimenti adottati a causa di tale emergenza dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri. In tali casi l'organizzatore, in alternativa al rimborso previsto dall'articolo 41, commi 5 e 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo oppure può procedere al rimborso o, altrimenti, può emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il rimborso è corrisposto e il *voucher* è emesso appena ricevuti i rimborsi o i *voucher* dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio (8). Per la sospensione dei viaggi e delle iniziative di istruzione disposta in ragione dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, si applica l'articolo 1463 del codice civile nonché quanto previsto dall'articolo 41, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, in ordine al diritto di recesso del viaggiatore prima dell'inizio del pacchetto di viaggio. Il rimborso può essere effettuato dall'organizzatore anche mediante l'emissione di un *voucher* di pari importo in favore del proprio contraente, da utilizzare entro un anno dall'emissione. In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, l'organizzatore corrisponde il rimborso o emette il *voucher* appena ricevuti i rimborsi o i *voucher* dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio. È sempre corrisposto il rimborso con restituzione della somma versata, senza emissione di *voucher*, quando il viaggio o l'inizia-

mento, nonché nei casi di impossibilità a raggiungere destinazioni all'estero – dei contratti di soggiorno e contratti di trasporto sciolga il rapporto contrattuale, vincolando il vettore o la struttura ricettiva a procedere, una volta ricevuta un'espressa e tempestiva comunicazione dall'altra parte, al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione¹⁰.

tiva di istruzione riguarda la scuola dell'infanzia o le classi terminali della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado. Sono fatti salvi, con effetto per l'anno scolastico 2020/2021, i rapporti instaurati alla data del 24 febbraio 2020 dagli istituti scolastici committenti con gli organizzatori aggiudicatari. Nell'ambito degli stessi rapporti con ciascun organizzatore, gli istituti scolastici committenti possono modificare le modalità di svolgimento di viaggi, iniziative, scambi, gemellaggi, visite e uscite didattiche comunque denominate, anche riguardo alle classi di studenti, ai periodi, alle date e alle destinazioni (9). Nei casi di cui ai commi 6, 7 e 8, il vettore e la struttura ricettiva procedono al rimborso del corrispettivo versato in favore del soggetto dal quale hanno ricevuto il pagamento oppure all'emissione in suo favore di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione (10). Le disposizioni del presente articolo trovano applicazione anche nei casi in cui il titolo di viaggio o il soggiorno o il pacchetto turistico siano stati acquistati o prenotati per il tramite di un'agenzia di viaggio o di un portale di prenotazione, anche in deroga alle condizioni pattuite (11). Fuori dei casi previsti dai commi da 1 a 7, per tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo e instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un *voucher* di pari importo valido per un anno dall'emissione (12). L'emissione dei *voucher* previsti dal presente articolo assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario (13). Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218, e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008".

¹⁰ Sulla disciplina specifica dei "contratti di soggiorno" (locuzione peraltro "atecnica" e non rinvenibile in altre disposizioni normative precedenti) nel periodo emergenziale (e successivo), cfr. C. IRTI, "Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte prima. Nel periodo emergenziale, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana, La experiencia jurídica latina en tiempo de Coronavirus (reflexiones de urgencia)*, a cura di G. CARAPEZZA FIGLIA, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, 2020, pp. 458 ss.; R. SENIGAGLIA, "Contratti di soggiorno" e Covid-19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*,

Nell'ambito dei contratti di trasporto – “quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19” – si riconosce poi al vettore un diritto di recesso, prevedendo la possibilità per lo stesso di procedere al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher*, di pari importo, da utilizzare entro un anno¹¹.

Nell'ambito dei contratti di pacchetto turistico – quando l'esecuzione del rapporto è preclusa, in tutto o in parte, da provvedimenti adottati a causa dell'emergenza da *Coronavirus* dalle Autorità nazionali, internazionali o straniere – si riconosce poi un diritto di recesso bilaterale per il viaggiatore come per l'organizzatore, prevedendo sempre la possibilità, per l'organizzatore – in alternativa al rimborso previsto dall'articolo 41, commi 5 e 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79 (c.d. “Codice del turismo”) – di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore (con restituzione della differenza di prezzo) oppure di procedere al rimborso o, altrimenti, di emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione (d'importo chiaramente pari al rimborso spettante).

L'emissione di un *voucher*, da utilizzare entro un anno, d'importo pari al rimborso dovuto rappresenta lo strumento per assicurare, nell'ottica legislativa, una “socializzazione dei costi della crisi” nell'ambito di un settore, al contempo, strategico per l'economia nazionale e particolarmente colpito dall'emergenza. La deroga rispetto alla disciplina generale (come noto, ai sensi del-

La experiencia jurídica latina en tiempo de Coronavirus (reflexiones de urgencia), a cura di G. CARAPEZZA FIGLIA, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, 2020, pp. 468 ss.

¹¹ Un'altra ipotesi specifica è poi delineata, ai sensi dell'art. 88-bis, c. 5, del decreto c.d. “Cura Italia”, per le strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Queste possono offrire, in alternativa, all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo, oppure procedere al rimborso del prezzo o, ancora una volta, possono emettere un *voucher*. Anche questa fattispecie sembra confermare le riflessioni, svolte nel testo, con riferimento all'introduzione e alla valorizzazione legislativa dello strumento del *voucher*.

l'art. 1463 cod. civ., "la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito") e speciale (ai sensi, come si è visto, dell'art. 41, c. 4, del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 nonché dell'art. 7, § 3, del Regolamento (CE) n. 261/2004, dell'art. 16, § 1, lett. a), e dell'art. 17, § 2, del Regolamento (CE) n. 1371/2007, dell'art. 18 del Regolamento (UE) n. 1177/2010, dell'art. 19, §§ 1, 4 e 5, del Regolamento (UE) n. 181/2011) è (tanto sottile quanto) significativa¹²: l'emissione del *voucher* – da considerarsi, nell'ambito dei contratti di trasporto, di soggiorno e di pacchetto turistico, in alternativa al rimborso del corrispettivo già versato (senza prevedere però la necessità di un'accettazione da parte del destinatario, ai sensi dell'art. 88-bis, c. 12)¹³ – rappresenta, infatti, la conseguenza di una *chiara op-*

¹² Sul punto, in termini critici, cfr. R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, 17.04.2020, pp. 1 ss.; M. PUCCI, *Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del Coronavirus*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana, La experiencia jurídica latina en tiempo de Coronavirus (reflexiones de urgencia)*, a cura di G. CARAPEZZA FIGLIA, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, 2020, pp. 592 ss., spec. p. 599.

¹³ L'emissione del *voucher* – a testimonianza della centralità assunta da questo strumento nella disciplina emergenziale dei contratti turistici – rappresenta l'unica opzione possibile anche ai sensi della (particolarmente oscura) disciplina di cui all'art. 88-bis, comma 11: "Fuori dei casi previsti dai commi da 1 a 7, per tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo e instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un *voucher* di pari importo valido per un anno dall'emissione". Questa previsione risulta poco chiara perché il legislatore, com'è già stato rilevato da parte degli uffici parlamentari, dovrebbe "meglio precisare l'ambito di applicazione della disposizione, chiarendo, da un lato, quali siano "i rapporti inerenti ai contratti" ai quali il comma 11 fa riferimento e, dall'altro, se le previsioni del comma 11 debbano trovare applicazione con riguardo ai rapporti inerenti a tutti i contratti di trasporto, di soggiorno o di pacchetto turistico o solo quelli inerenti ai contratti relativi ai viaggi e alle iniziative di istruzione di cui al comma 8" (v. pagina 177 del *dossier*, vol. II – a cura degli Uffici parlamentari – pubblicato sul sito della Camera dei Deputati: <https://www.camera.it/leg18/126?tab=6&leg=18&idDocumento=2463&sede=&tipo=>).

zione legislativa. Nell'attuale situazione emergenziale, si vuole favorire, infatti, una soluzione capace – derogando alle norme (nazionali ed europee) che prevedono l'applicabilità esclusiva della disciplina sulla ripetizione dell'indebito e/o l'eventuale ricorso ad altre modalità di rimborso (a partire dall'emissione di buoni o *voucher*) subordinata in ogni caso alla previa accettazione da parte del viaggiatore – di non aggravare i problemi di liquidità di vettori e di organizzatori di pacchetti turistici¹⁴. Si consente pertanto (eccezionalmente) l'unilaterale emissione di *voucher* per evitare l'altrimenti inevitabile restituzione – in osservanza, come si è visto, della disciplina (generale e speciale) derogata – del denaro già ricevuto. In altri termini, si ritiene opportuno – a costo di commettere tecnicamente una "forzatura", peraltro denunciata (implicitamente) dalla necessità d'indicare le disposizioni di cui all'art. 88-bis come "norme di applicazione necessaria"¹⁵ – "socializzare" il costo delle misure di contenimento tramite l'eccezionale sacrificio di viaggiatori e turisti (fino a ieri considerati meritevoli di tutele talvolta perfino superiori a quelle previste dalla disciplina generale) per evitare che le difficoltà di restituzione del denaro già versato travolgano nell'immediato le finanze di vettori, venditori ed organizzatori di pacchetti turistici, minando, con ogni probabilità, la solidità d'interi settori economici.

Questa normativa rappresenta pertanto un aiuto – predisposto *ex lege* – per assicurare, già a livello contrattuale, un po' di ossigeno a settori che dovranno, in ogni caso, essere supportati dall'intervento pubblico per assicurare loro le risorse necessarie e per evitarne così l'irreparabile crisi.

¹⁴ L'intento è reso ancora più chiaro dall'introduzione (in sede di conversione dell'originario decreto legge), nell'ambito dei commi 6, 7 e 8 dell'art. 88-bis (dedicati al rimborso del corrispettivo già versato e all'emissione di *voucher* da parte degli organizzatori a seguito dell'esercizio del diritto di recesso da un contratto di pacchetto turistico oppure a seguito dell'esercizio del diritto di recesso per impossibilità sopravvenuta di viaggi ed iniziative d'istruzione), della seguente formulazione: "In deroga all'articolo 41, comma 6, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il rimborso è corrisposto e il *voucher* è emesso appena ricevuti i rimborsi o i *voucher* dai singoli fornitori di servizi e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio".

¹⁵ Sul punto, cfr. R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, cit.

3. *La posizione della Commissione UE.* – La Commissione UE, preso atto delle ormai numerose discipline nazionali in violazione della disciplina eurounitaria, prende ufficialmente posizione elaborando la Raccomandazione del 13 maggio 2020, n. 648¹⁶.

L'intervento, per un verso, *ribadisce la necessità della volontaria accettazione del voucher da parte del destinatario* (in evidente, e persistente, contrasto con la disciplina di cui all'art. 88-bis del c.d. "Cura Italia") e, per un altro, *fornisce ai legislatori dei singoli Stati membri fondamentali indicazioni per individuare un nuovo possibile punto d'incontro fra gli interessi delle parti nell'attuale contesto emergenziale.*

In quest'ottica, si raccomanda di prevedere determinate caratteristiche dei *voucher*, suggerisce di supportare con specifiche misure di sostegno (di carattere non soltanto privatistico ma anche pubblicistico) le imprese del settore turistico e sollecita, in ogni caso, un'intensa cooperazione fra le parti.

A passeggeri e viaggiatori è riconosciuto sempre il diritto di chiedere il rimborso in denaro e di utilizzare i buoni – trasferibili anche a terzi senza costi aggiuntivi – per pagare qualunque servizio di trasporto o pacchetto turistico offerto dal vettore o dall'organizzatore (anche tramite un'agenzia di viaggio o un altro intermediario). Si prevede un periodo minimo di validità di 12 mesi per i *voucher* e, nell'ottica di assicurare la massima trasparenza nei confronti di passeggeri, viaggiatori ed eventuali cessionari, si fissa l'obbligo d'indicare espressamente sui buoni, oltre al periodo di validità, tutti i diritti ad essi connessi. Si potrebbe poi valutare, secondo la Commissione, la possibilità – al fine di rendere i *voucher* più attraenti – di emettere buoni con un valore superiore all'importo dei pagamenti effettuati per il servizio di trasporto o il pacchetto turistico originariamente prenotato (per esempio impegnando una somma forfettaria supplementare oppure aggiungendo ulteriori elementi di servizio)¹⁷.

¹⁶ Il testo della raccomandazione della Commissione UE 2020/648 del 13 maggio 2020 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea ed è reperibile *online*, nella versione in italiano, all'indirizzo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2020:151:FULL&from=IT>.

¹⁷ In letteratura, cfr. E. NAVARRETTA, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2020, pp. 87 ss.

La Commissione suggerisce agli Stati membri d'introdurre misure specifiche di sostegno alla liquidità a favore degli operatori del settore turistico per assicurare che siano soddisfatte le richieste di rimborso nonché d'istituire regimi specifici di garanzia a tutela di passeggeri e viaggiatori nel caso di un'eventuale insolvenza di vettori ed organizzatori¹⁸.

La Raccomandazione UE 2020/648 sollecita, infine, una costante cooperazione in buona fede fra le parti interessate (dal passeggero al vettore, dall'organizzatore al viaggiatore, passando per l'agenzia di viaggio o l'eventuale diverso intermediario) per assicurarsi un'equa ripartizione degli oneri causati dall'applicazione delle misure di contenimento dirette a contrastare la diffusione della pandemia di Covid-19.

Non stupisce, pertanto, in assenza di una pronta modifica della disciplina emergenziale, l'apertura ufficiale, nel mese di luglio

¹⁸ Tale sostegno finanziario, se concesso a condizioni non di mercato, può costituire – come rileva la stessa Raccomandazione UE 2020/648 – un c.d. “aiuto di Stato” e dovrebbe essere pertanto notificato alla Commissione. Peraltro, proprio a causa dell'odierna pandemia, la richiamata disciplina europea sui cc.dd. “aiuti di Stato” è stata oggetto d'interventi significativi diretti a permettere ai Paesi dell'UE di supportare adeguatamente settori strategici delle loro economie nazionali (anche oltre i margini già consentiti dall'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). L'argomento, come noto, è di particolare complessità perché attiene alle stesse premesse politico-culturali (prima ancora che economico-giuridiche) dell'Unione Europea. Nella presente ricostruzione sembra sufficiente limitarsi a richiamare la Comunicazione della Commissione UE (Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup “Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak”, Brussels, 13.3.2020 COM(2020) 112 final), laddove si affrontano le specifiche problematiche riconducibili all'esigenza di coordinare il divieto di cc.dd. “aiuti di Stato” con l'attuale situazione emergenziale, consentendo agli Stati membri di adottare misure di sostegno al tessuto economico in deroga alla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020_en.pdf. Nel testo si richiamano, più volte, le specifiche necessità ed esigenze dei settori maggiormente colpiti – come quello turistico (cui è dedicata una particolare attenzione) – dalla diffusione della pandemia da Covid-19. Tali misure costituiscono un “Temporary Framework” e sono state più volte prorogate (da ultimo lo scorso ottobre fino al 30 giugno 2021). Per una panoramica istituzionale sulla disciplina degli aiuti di Stato nell'attuale situazione emergenziale, cfr. <https://temi.camera.it/leg18/temi/flessibilit-degli-aiuti-di-statonell-attuale-epidemia-da-covid.html>.

2020, di una procedura d'infrazione da parte dell'Unione Europea contro l'Italia (ed altri Stati membri) per violazione della normativa eurounitaria dei contratti del settore turistico¹⁹.

Nello stesso senso, si muovono anche le considerazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCOM) nell'ambito della sua attività consultiva nei confronti delle Camere e della Presidenza del Consiglio dei Ministri: "a fronte del permanere del descritto contrasto, in presenza di condotte in cui al consumatore viene negato il diritto al rimborso e offerto unicamente il *voucher*, l'Autorità, nell'esercizio dei compiti ad essa spettanti a tutela dei diritti dei consumatori, interverrà per assicurare la corretta applicazione della normativa di fonte comunitaria disapplicando la normativa nazionale con essa contrastante"²⁰.

4. *L'introduzione di correttivi all'originaria disciplina emergenziale.* – La risposta legislativa del nostro Paese all'apertura formale della procedura d'infrazione giunge con la legge di conversione del decreto "Rilancio" (legge 17 luglio 2020, n. 77),

¹⁹ La procedura d'infrazione non è stata avviata soltanto contro l'Italia, ma anche nei confronti di altri Paesi, che, nonostante la suddetta Raccomandazione del 13 maggio 2020, n. 648, non hanno prontamente rivisto la loro disciplina emergenziale nazionale sull'argomento alla luce delle indicazioni fornite dalla Commissione UE. Inoltre, a prescindere dall'avvio di una procedura d'infrazione, il contrasto potrebbe essere rilevato in sede giudiziale: il viaggiatore potrebbe sollecitare il giudice ordinario, adito per decidere una controversia in materia di rimborsi per impossibilità sopravvenuta nell'ambito di contratti di pacchetto turistico, a sollevare la problematica tramite un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ex art. 267 T.F.U.E.). Già lo stesso legislatore del decreto "Cura Italia", forse consapevole del rischio, specifica, infatti, che "le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di applicazione necessaria ai sensi dell'articolo 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218, e dell'art. 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008" (art. 88-bis, c. 13). Tale accorgimento non sembra (e, all'atto pratico, non è stato) sufficiente, di per sé, ad escludere l'avvio di una procedura d'infrazione oppure l'eventualità di una decisione sfavorevole della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

²⁰ AS 1665. *Misure alternative al rimborso in caso di annullamento di pacchetti turistici causa emergenza Covid 19*, Roma, 28 Maggio 2020, pubblicato in *Bollettino Settimanale Anno XXX - n. 22* dell'1 giugno 2020, reperibile online sul sito www.agcm.it (v. spec. p. 20).

laddove si fissano numerosi correttivi all'originaria disciplina emergenziale contenuta nell'art. 88-*bis* del decreto "Cura Italia" tramite l'introduzione dell'art. 182, c. 3-*bis*²¹.

²¹ Il testo dell'art. 182, c. 3-*bis*, del decreto "Rilancio", che ha sensibilmente modificato l'originaria formulazione dell'art. 88-*bis* del decreto "Cura Italia" (cfr., *supra*, § 2, nt. 9), è il seguente: "All'articolo 88-*bis* del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, sono apportate le seguenti modificazioni: a) ai commi 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9, le parole: "un anno" sono sostituite dalle seguenti: "diciotto mesi"; b) al comma 8, quarto periodo, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: ", nonché per i soggiorni di studio degli alunni del quarto anno delle scuole secondarie di secondo grado nell'ambito dei programmi internazionali di mobilità studentesca riferiti agli anni scolastici 2019/2020 e 2020/2021"; c) i commi 11 e 12 sono sostituiti dai seguenti: "11. Nei casi previsti dai commi da 1 a 7 e comunque per tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020, in caso di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non sono rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, la controprestazione già ricevuta può essere restituita mediante un *voucher* di pari importo emesso entro quattordici giorni dalla data di esercizio del recesso e valido per diciotto mesi dall'emissione. 12. L'emissione dei *voucher* a seguito di recesso esercitato entro il 31 luglio 2020 non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario. Il *voucher* può essere emesso e utilizzato anche per servizi resi da un altro operatore appartenente allo stesso gruppo societario. Può essere utilizzato anche per la fruizione di servizi successiva al termine di validità, purchè le relative prenotazioni siano state effettuate entro il termine di cui al primo periodo"; d) dopo il comma 12 sono inseriti i seguenti: "12-*bis*. La durata della validità dei *voucher* pari a diciotto mesi prevista dal presente articolo si applica anche ai *voucher* già emessi alla data di entrata in vigore della presente disposizione. In ogni caso, decorsi diciotto mesi dall'emissione, per i *voucher* non usufruiti né impiegati nella prenotazione dei servizi di cui al presente articolo è corrisposto, entro quattordici giorni dalla scadenza, il rimborso dell'importo versato. Limitatamente ai *voucher* emessi, in attuazione del presente articolo, in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestri, il rimborso di cui al secondo periodo può essere richiesto decorsi dodici mesi dall'emissione ed è corrisposto entro quattordici giorni dalla richiesta. 12-*ter*. Nello stato di previsione del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo è istituito un fondo, con una dotazione di 5 milioni di euro per l'anno 2020 e di 1 milione di euro per l'anno 2021, per l'indennizzo dei consumatori titolari di *voucher* emessi ai sensi del presente articolo, non utilizzati alla scadenza di validità e non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore. L'indennizzo è

Oltre all'introduzione di stringenti limiti temporali all'applicabilità della disciplina emergenziale (ex art. 88-bis, c. 11 e 12), si prevede, in estrema sintesi, *l'estensione del periodo di validità dei voucher (da dodici a diciotto mesi dalla data di emissione) e l'obbligo, posto in capo al vettore e/o all'organizzatore, di emettere il voucher entro e non oltre quattordici giorni dallo scioglimento dell'originario rapporto contrattuale*. S'introduce poi espressamente il dovere di corrispondere al viaggiatore – una volta trascorso infruttuosamente il periodo di validità del voucher ed entro quattordici giorni dalla scadenza – *il rimborso in denaro della somma originariamente versata*. Si tratta chiaramente d'interventi diretti ad adeguare, per quanto possibile, la disciplina emergenziale nazionale alle indicazioni della Commissione UE, nonostante non si preveda l'effettiva possibilità di scelta del viaggiatore fra l'accettazione del voucher e la richiesta di rimborso della somma già versata, subordinando sempre la restituzione del denaro all'infruttuoso decorso del periodo di validità del buono.

Alle soluzioni di carattere strettamente privatistico si affianca peraltro *la creazione, nello stato di previsione del Ministero per i beni e le attività culturali, di un apposito fondo pubblico, con una dotazione di 5 milioni di euro per l'anno 2020 e di 1 milione di euro per l'anno 2021, per indennizzare i titolari di voucher emessi, non utilizzati alla scadenza di validità e non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore*. Quest'ultima previsione – foriera, soltanto in astratto, di sollevare anch'essa dubbi di compatibilità con la di-

riconosciuto nel limite della dotazione del fondo di cui al periodo precedente. I criteri e le modalità di attuazione e la misura dell'indennizzo di cui al presente comma sono definiti con regolamento adottato, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, dal Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. 12-*quater*. Agli oneri derivanti dal comma 12-ter, pari a 5 milioni di euro per l'anno 2020 e a 1 milione di euro per l'anno 2021, si provvede, per l'anno 2020, mediante corrispondente riduzione del Fondo per la promozione del turismo in Italia di cui all'articolo 179, comma 1, del presente decreto e, per l'anno 2021, mediante corrispondente utilizzo delle risorse di cui all'articolo 2, comma 98, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286".

sciplina europea, che tradizionalmente vieta i cc.dd. “aiuti di Stato”, perchè, nel caso concreto, la specifica misura emergenziale sembra rivolta a supportare direttamente i viaggiatori e solo indirettamente le imprese del settore²² – sembra rappresentare un’importante “norma di chiusura” del micro-sistema emergenziale perché costituisce l’espressione più compiuta della tutela “integrata” del viaggiatore nell’odierna contingenza, affiancando, con un ormai improcrastinabile intervento di finanza pubblica, gli strumenti, di stampo più marcatamente privatistico, dei *voucher* e dei rimborsi in denaro.

L’archiviazione definitiva del procedimento d’infrazione nei confronti del nostro Paese arriva nell’ottobre 2020, ma non è chiaro se tale risultato sia merito dell’approvazione dei suddetti correttivi all’originaria disciplina emergenziale oppure della temporaneità della disciplina stessa (applicabile, ai sensi dell’ultima versione dell’art. 88-*bis*, c. 12, soltanto per i recessi esercitati entro il 31 luglio 2020 e, ad oggi, ancora non estesa alle misure di contenimento applicate nelle fasi successive della pandemia). Secondo la Commissione UE, infatti, la procedura d’infrazione nei confronti di Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Italia, Polonia e Portogallo²³ può essere archiviata “dal momento che questi Paesi hanno corretto la loro legislazione oppure la legislazione che hanno introdotto è giunta a scadenza”²⁴.

5. *La recrudescenza del virus ed il ritorno delle misure di contenimento.* – L’attuale panorama della disciplina dei contratti del settore turistico lascia, però, troppe questioni aperte.

²² Peralto, sulle problematiche (più generali) sollevate dalla disciplina degli “aiuti di Stato” e sulle soluzioni predisposte per un suo adattamento nell’ambito dell’attuale emergenza, *cf.*, *supra*, § 3, nt. 18.

²³ La Commissione ha archiviato anche il procedimento di infrazione avviato nei confronti di Cipro (in assenza di prove che la legislazione cipriota fosse non conforme alla direttiva UE sui pacchetti turistici). Non è stata contestualmente archiviata la procedura d’infrazione con riferimento alle discipline emergenziali dei contratti del settore turistico di Bulgaria, Lituania, Slovacchia e Croazia.

²⁴ Si esprime così il comunicato ufficiale dell’ufficio stampa della Commissione UE, *cf.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_20_1687.

La principale riguarda senza dubbio la disciplina applicabile, d'ora in avanti, nel caso d'impossibilità sopravvenuta della prestazione a seguito dell'applicazione delle nuove misure di contenimento richieste dalla recrudescenza autunnale del *virus*.

Si tratta di comprendere se, a seguito della ripresa del contagio da *Coronavirus*, la disciplina emergenziale – e, in particolare, le disposizioni circa la possibilità per il vettore e l'organizzatore, senza necessità di accettazione del viaggiatore, di emettere un *voucher* con una validità di diciotto mesi – diverrà o meno definitivamente inefficace.

Tale disciplina è di natura temporanea, trovando applicazione (secondo la lettera, come si è visto, dell'art. 88-*bis*, c. 12) soltanto ai rapporti contrattuali sciolti entro il 31 luglio 2020. Si assiste così alla reviviscenza della disciplina previgente, di matrice eurounitaria, fondata prevalentemente sull'estinzione del rapporto contrattuale originario e sulla conseguente ripetizione dell'indebito tramite rimborso delle somme di denaro già versate²⁵.

Nell'interrogarsi sulle caratteristiche e sulle problematiche dell'attuale disciplina si devono compiere necessariamente talune minime riflessioni, dirette ad evidenziare differenze e similitudini fra le diverse fasi di diffusione del contagio da *Coronavirus*, prima di prospettare delle possibili soluzioni rimediali.

Non c'è dubbio, innanzitutto, che le misure di contenimento della seconda fase della pandemia (a partire dall'autunno 2020) siano state ben diverse da quelle della c.d. "prima ondata" sia per intensità – trattandosi, nel complesso, di provvedimenti meno estremi – sia per varietà – prevedendo anche interventi differenti nelle diverse regioni del territorio nazionale. Ne deriva una complessiva (e oggettiva) riduzione delle cause d'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Nella prassi, peraltro, si riducono le circostanze d'impossibilità sopravvenuta nell'esecuzione dei contratti del settore turistico per la – tanto triste quanto evidente – (auto)riduzione significativa degli spostamenti delle persone fisiche (preoccupate da motivi, epidemiologici ed economici, riconducibili al protrarsi dell'emergenza).

²⁵ Cfr., *supra*, § 1.

Oltre alle problematiche interpretative derivanti dai contratti regolati, ancor oggi, dall'art. 88-bis (e non sono pochi, se solo si considera il periodo di validità, fino a diciotto mesi, dei *voucher* emessi), sembrano porre, però, ancor oggi tutta una serie di questioni, i contratti conclusi nella convinzione che il periodo peggiore fosse ormai definitivamente alle spalle, fra cui i (pochi) accordi stipulati nel periodo intermedio fra le fasi più acute della pandemia (magari nella prospettiva di una loro esecuzione nell'intervallo temporale della pausa "natalizia" oppure nell'auspicio di non rinunciare alle vacanze invernali).

Il problema dell'incidenza della pandemia e, soprattutto, dell'applicazione delle misure di contenimento nell'ambito dei contratti del settore turistico – seppure ridotto rispetto alla prima fase della pandemia – si ripropone così, perlomeno in parte, in occasione della recrudescenza del *virus*, senza però, a differenza del periodo precedente, nessuna specifica deroga alla disciplina privatistica eurounitaria (mentre, come si è visto, sono state stanziare, per tutto il 2020 e per il 2021, somme di denaro pubblico per la creazione del fondo di sostegno ai titolari di *voucher* emessi, non utilizzati alla scadenza di validità e non rimborsati a causa dell'insolvenza o del fallimento dell'operatore turistico o del vettore, nonché, come si avrà modo di sottolineare anche nel prosieguo della trattazione, altri fondi pubblici diretti a ristorare, più o meno direttamente, le imprese del settore).

Sembra pertanto da escludere – nei nuovi casi d'impossibilità sopravvenuta – la possibilità per il vettore e/o l'organizzatore di emettere un *voucher* senza la preventiva accettazione della controparte, mentre, com'è ovvio, non può escludersene l'utilizzo su base (pienamente) volontaria.

La disciplina legislativa torna così ad incentrarsi prevalentemente sulla ripetizione dell'indebito attraverso la restituzione del denaro già versato, a meno di un espresso (ed auspicabile) accordo fra le parti ad accettare strumenti, come il *voucher*, tali da garantire una qualche minima (ed ulteriore) liquidità alle imprese del settore turistico.

6. *Conclusioni*. – La vicenda della disciplina – generale, speciale ed emergenziale – dei contratti del settore turistico, ben lunghi

dal potersi considerare conclusa, sembra rappresentare un privilegiato punto di osservazione della risposta legislativa alla crisi sanitaria ed economica derivante dalla diffusione contagiosa del Covid-19.

L'analisi complessiva – che sottolinea l'esigenza di risposte non soltanto privatistiche per affrontare i problemi potenzialmente sistemici sollevati dall'impossibilità sopravvenuta dei contratti del settore turistico – permette di apprezzare l'approccio virtuoso (e, per così dire, "integrato") della disciplina emergenziale che ha prodotto, perlomeno in un certo intervallo temporale, un articolato micro-sistema giuridico del turismo al tempo del Covid-19.

Nell'ottica più marcatamente privatistica si lascia apprezzare soprattutto il ricorso all'emissione del *voucher* come strumento capace di garantire da subito, assieme alle misure di sostegno economico di finanza pubblica, una certa liquidità alle imprese del settore²⁶. Il proficuo confronto-scontro con le istituzioni europee è riuscito poi a conseguire un ulteriore miglioramento dell'idea originaria, tramite l'inserimento di significativi correttivi a tutela dell'interesse del viaggiatore, senza pregiudicare oltremodo le imprese dell'intero settore²⁷. Quest'obiettivo miglioramento dell'iniziale disciplina passa, oltre che per una serie di miglioramenti tecnico-giuridici (dall'estensione della validità dei buoni alla possibilità, trascorso infruttosamente il termine di validità, di una loro conversione rapida in un vero e proprio rimborso in denaro), anche per l'istituzione di un fondo pubblico, a tutela dei titolari di *voucher* precedentemente emessi, da affiancare alla disciplina privatistica dei contratti del settore turistico. Ne deriva una disciplina "integrata" capace di rispondere in modo soddisfacente all'applicazione delle misure di contenimento nell'ambito del settore turistico.

Tale disciplina (e, in particolare, quella dei *voucher*) – pur rappresentando una discreta sintesi fra le diverse esigenze in gioco (specie alla luce dei dati, sempre più allarmanti, provenienti dall'economia del settore turistico) – risulta però non applicabile per i recessi esercitati dalle parti dopo il 31 luglio

²⁶ Cfr., *supra*, § 2.

²⁷ Cfr., *supra*, §§ 3 e 4.

2020, comportando una sostanziale revivescenza del sistema privatistico eurounitario fondato principalmente (sull'estinzione dei rapporti contrattuali e) sull'immediata ripetizione delle somme di denaro già versate²⁸. Un assetto decisamente poco comprensibile (e difficilmente apprezzabile) – perlomeno se visto dalla prospettiva privatistica – alla luce della recrudescenza autunnale (ed invernale) del *virus* e della conseguente applicazione di nuove misure governative di contenimento del contagio.

Nell'immediato futuro, si auspica una (ri)valorizzazione del *voucher* (fondata magari non tanto sull'assenza di accettazione del buono da parte del viaggiatore, quanto, come suggerito anche dalla stessa Commissione UE nella sua Raccomandazione 2020/648, sull'eventuale emissione di *voucher* di valore superiore all'importo dei pagamenti effettuati per il servizio originariamente prenotato con il fine d'incentivarne l'accettazione volontaria da parte dei viaggiatori) per continuare ad assicurare, nei casi d'impossibilità sopravvenuta della prestazione, la massima liquidità possibile alle imprese del settore e, al contempo, la conservazione della relazione economica fra le parti (effetto, *lato sensu*, "fidelizzante")²⁹.

Si deve poi riflettere – proprio alla luce del rischio "sistemico" riconducibile all'estinzione di massa dei rapporti contrattuali del settore turistico sull'intera economia nazionale – anche sull'impiego delle risorse pubbliche nella seconda fase della pandemia, ponendo finalmente al centro del dibattito, oltre alla tutela dei viaggiatori e delle imprese, l'esigenza di uno sviluppo sostenibile del turismo e, più genericamente, dell'economia del Paese³⁰.

In quest'ottica, l'investimento di significative somme di denaro pubblico nel settore turistico è certamente da considerarsi come un fenomeno positivo, ma rischia di non essere sufficiente per indicare la via verso uno sviluppo più sostenibile: un complessivo ripensamento del turismo, come di altri settori eco-

²⁸ Cfr., *supra*, § 5.

²⁹ Sul punto, F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *I Contratti*, 2020, pp. 510-511.

³⁰ Cfr., per tutti, G. GRISI, *La lezione del Coronavirus*, in *www.juscivile.it*, 2020, pp. 190 ss., spec. pp. 208 ss.

nomici, *post* pandemia sembra, infatti, destinato a passare – oltre che dai notori cc.dd. “ristori” governativi generalizzati – da salvataggi condizionati ed incentivi più coraggiosamente orientati. Si pensi, per esempio, a forme di sostegno ad imprese disposte ad agevolare un turismo a prezzi contenuti, consentendo così la riscoperta di territori meno noti del Paese (nonché la valorizzazione della loro economia) e, al contempo, l’accesso ai servizi turistici a fasce sempre più ampie della popolazione, oppure ad incentivi per imprese pronte ad investire seriamente nei carburanti “green” oppure in impianti alimentati da energie rinnovabili e ad emissioni limitate nell’ambiente.

Ne deriva, tornando al problema contrattuale dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione, l’esigenza di fornire risposte che – consapevoli dell’eccezionalità della situazione e della necessità di un approccio “integrato” pubblico/privato – valorizzino strumenti come i *voucher* (rivisti magari, come già suggerito, nell’ottica di renderli maggiormente appetibili ma) già dimostratisi capaci di contribuire ad affrontare l’emergenza attraverso un minimo sacrificio del singolo viaggiatore nell’interesse non soltanto delle imprese del settore, ma, più in generale, dell’intero Paese.

La vicenda della disciplina emergenziale dei contratti del settore turistico sembra fornire così un’interessante chiave di lettura per cogliere la complessità della crisi che stiamo vivendo e dell’approccio giuridico necessario per superarla. Un approccio che, senza rinnegare le ragioni della disciplina eurounitaria precedente, sappia valorizzare le peculiarità dell’attuale situazione, tratteggiando nuove regole nell’ottica non soltanto della massima tutela dei singoli attori economici, ma anche dello sviluppo (finalmente) sostenibile del Paese.

CARLO PILIA*

L'INTERESSE DEL MINORE DURANTE
LA PANDEMIA COVID-19:
TRA TUTELA DELLA SALUTE E DELLA BIGENITORIALITÀ

SOMMARIO: 1. Le restrizioni alla circolazione durante l'emergenza pandemica. - 2. L'affido condiviso dei figli di coppie con residenza differente. - 3. L'isolamento domestico dei familiari conviventi. - 4. Il bilanciamento tra i diritti alla salute e alla bigenitorialità. - 5. Il nuovo approccio tecnologico e collaborativo nella gestione della conflittualità familiare durante la crisi pandemia.

1. *Le restrizioni alla circolazione durante l'emergenza pandemica.* – L'improvviso irrompere della pandemia Covid-19¹ ha imposto l'adozione dello stato di emergenza e l'applicazione di misure sanitarie straordinarie per contrastare la diffusione del virus e tutelare la salute pubblica e di quella dei singoli cittadini². La tutela della salute è assurta a priorità assoluta dell'agenda politica internazionale e nazionale, monopolizzando l'attenzione di legislatori e amministratori. Sono state introdotte una pluralità di misure sanitarie fortemente restrittive delle libertà e dei diritti fondamentali, anzitutto, per quanto riguarda la circolazio-

* Professore di diritto civile e tutele dei diritti dell'Università di Cagliari.

¹ L'11 marzo 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato che il focolaio internazionale di infezione da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 può essere considerato una pandemia. Per la consultazione delle informazioni e dei dati statistici relativi alla diffusione dei contagi nel mondo, si rimanda al sito web istituzionale dell'Organizzazione: <https://www.who.int/home>.

² In Italia, il Consiglio dei Ministri ha dichiarato lo stato di emergenza il 31 gennaio del 2020 e poi lo ha prorogato nelle riunioni del 29 luglio e del del 7 ottobre fino alla data del 31 gennaio 2021. Per la consultazione delle disposizioni emergenziali approvate dal Governo italiano, v. <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>.

ne e la riunione delle persone, nonché lo svolgimento di numerose attività sia lavorative che ricreative³.

Per mesi, gli Stati hanno disposto una serrata generalizzata (cd. *lockdown*) delle attività, tranne quelle ritenute essenziali. La maggior parte delle persone sono state costrette a rimanere a casa e, comunque, osservare le misure del distanziamento sociale (limitazioni negli spostamenti, divieti di assembramenti, rispetto delle distanze minime), e utilizzare dispositivi di sicurezza (obblighi di indossare la mascherina, lavarsi le mani e sanificare gli ambienti, etc.)⁴. Malgrado una temporanea e graduale attenuazione, le prescrizioni sanitarie restrittive continuano ad applicarsi nella maggior parte degli Stati che sono costretti a fronteggiare nuove e successive ondate di diffusione del virus.

La gravità, profondità e vastità della crisi provocata dalla pandemia Covid-19 e dall'applicazione diffusa e reiterata delle misure sanitarie restrittive hanno stravolto la vita delle persone e delle comunità, alterando il normale svolgimento delle relazioni pubbliche e private. Tanto sul piano normativo quanto su quello organizzativo, si è dovuta introdurre una legislazione emergenziale per fronteggiare le situazioni più gravi di disagio economico e sociale⁵. In ambito lavorativo, un contributo im-

³ Sugli effetti prodotti dalla legislazione emergenziale nell'ordinamento, v. AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, 2 e 3, in *Giustizia civile.com*, in <http://giustiziacivile.com/>; AA.VV., *Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, 2020*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file>; AA.VV., *Il diritto pubblico e l'emergenza Covid-19*, in *Federalismi.it*, in https://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=112&focus=covid. AA.VV., *Diritto virale*, in <http://www.giuri.unife.it/it/coronavirus/diritto-virale>.

⁴ A proposito delle prescrizioni restrittive di carattere sanitario, v. M. GNES, *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2020, pp. 284 ss.; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta on line*, 11 aprile 2020, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*.

⁵ In relazione all'approvazione delle misure economiche ed assistenziali, v. M. FALSONE, *Emergenza Covid e benefici dedicati al "settore privato": chi ne resta escluso?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 95 ss.; M. VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanzia-*

portante è stato offerto dall'applicazione delle tecnologie a distanza e di modalità riorganizzative agili (cd. *smartworking*), che ha permesso un ammodernamento complessivo del sistema produttivo⁶.

Per gestire la crisi pandemica, tuttavia, non sono state sufficienti le nuove disposizioni approvate in maniera frammentaria, incompleta e confusa, si è dovuto perciò ricorrere all'attività interpretativa mediante i meccanismi dell'analogia *legis* e *juris*⁷.

menti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19, in *Le Società*, 5/2020, pp. 525 ss.; M. FAIOLI, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. COVID-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/index.html>.; L. TESSAROLI, *Coronavirus Response Investment Initiative (CRII)*, in http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_del_lavoro/Tessaroli_tutela_del_lavoro_e_emergenza_da_COVID-19_Coronavirus_Response_Investment_Initiative.html.; S. ROSSI, *Il Fondo di integrazione salariale al tempo del Covid-19*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 471 ss.; S. CAFFIO, *Questioni in tema di finanziamento (e) di prestazioni (accessorie) dei fondi di solidarietà bilaterali*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 488 ss.; R. BELLÉ, O. RUSSO, *Lavoro e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 6, 2020, pp. 717 ss.; M. MISCIONE, *Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020, pp. 327 ss.; A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, I, pp. 253 ss.

⁶ Sull'affermarsi dello *smartworking* nei vari settori dell'attività produttiva, v. AA.VV., *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Roma, 2020; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 55 ss.; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, *ivi*, pp. 67 ss.; S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID19: prime osservazioni*, *ivi*, pp. 87 ss.; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e dei poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, *ivi*, pp. 169 ss.; I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 101 ss.; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, *ivi*, pp. 107 ss.; M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 5/2020, pp. 511 ss.; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del Lavoro*, 1, 2020, pp. 1 ss.

⁷ Con riferimento al ruolo del giurista civilista al tempo del Covid-19, tra gli altri, v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 2, cit., pp. 159 ss.; E. DAGNINO, *La tutela della privacy ai tempi del coronavirus: profili giuslavoristici*,

Per le situazioni di crisi non contemplate dalla legislazione emergenziale si è cercata una soluzione interpretativa, spesso di portata estensiva, che garantisse un'adeguata protezione ad alcuni valori costituzionalmente tutelati, che sarebbero risultati altrimenti sacrificati. La legislazione emergenziale, inoltre, ha saputo esprimere soluzioni giuridiche innovative, che possono tornare utili anche dopo superata l'attuale pandemia. Il diritto emergenziale della crisi, per tanti versi, ha permesso di affrontare situazioni di grave criticità che si potrebbero ripresentarsi nel futuro. La sperimentazione delle formule di corretto bilanciamento dei valori costituzionalmente tutelati, infatti, sono da considerare anche nei conflitti originati da situazioni di crisi diverse dalla pandemia Covid-19⁸.

Tanto si è riscontrato, tra l'altro, con riferimento alla gestione del *menage* familiare durante la crisi pandemica⁹. La coabitazione o la separazione coattiva, a seconda delle situazioni, ha provocato una forte tensione e conflittualità sia nella coppia e

in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 61 ss.; E. CALÒ, *Perché l'emergenza sanitaria dell'epidemia Covid-19 è anche un'emergenza giuridica*, in *Il notariato*, 3/2020, pp. 258 ss.; G. D'AMICO, *L'epidemia Covid-19 e la "legislazione di guerra"*, in *Contratti*, 3/2020, pp. 253 ss.; C. CAMARDI, C. TABARRINI, *Contact tracing ed emergenza sanitaria. "Ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *Supplemento NGCC*, 3/2020, pp. 32 ss.

⁸ A proposito del difficile bilanciamento dei valori costituzionalmente tutelati durante la pandemia, v. L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, a cura di L. Cuocolo, cit., pp. 12 ss.; F. GALLARATI, *Le libertà fondamentali alla prova del coronavirus. Prime note sulla gestione dell'emergenza in Francia e Spagna*, *ivi*, pp. 42 ss.; G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, *ivi*, pp. 69 ss.; M. OLIVETTI, *Le misure di contenimento del Coronavirus, fra Stato e Regioni*, in *Quotidiano giuridico*, di *Leggitali*professionale, 10 aprile 2020; E. GROSSO, *Oltre l'emergenza: riparare il sistema dei diritti costituzionali sconvolto dalla pandemia*, in *Diritto penale e processo*, 7/2020, pp. 881 ss.

⁹ L'incidenza delle prescrizioni sanitarie sulla vita familiare è stata bene evidenziata, tra gli altri, v. E. TROTTA, *Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid-19*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 442 ss.; A. BALESTRA, *Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 45 ss.

sia con gli altri componenti della famiglia, anzitutto i figli minori. La tutela della salute pubblica e dei familiari, infatti, si è inizialmente imposta come valore prevalente, se non esclusivo, impedendo ai figli la frequentazione dei genitori e dei familiari con essi non conviventi.

L'apparente inconciliabilità tra la tutela della salute e gli altri valori, sia personali che patrimoniali, che presuppongono una dimensione relazionale, durante l'emergenza pandemica ha permesso di sperimentare soluzioni innovative, tecnologiche e collaborative. La cura del miglior interesse del minore, infatti, costituisce un principio cardine del diritto internazionale, europeo e nazionale della famiglia¹⁰ che deve garantirsi anche durante la pandemia Covid-19.

2. *L'affido condiviso dei figli di coppie con residenza differente.* – L'evoluzione del diritto di famiglia ha portato a dare preminenza alla tutela dell'interesse del miglior interesse dei figli, specie i minori, rispetto a quelli degli altri componenti della famiglia, genitori, nonni e zii. La tutela del miglior interesse del minore, pertanto, costituisce il principio cardine anche della disciplina della crisi familiare, allorquando si sciogla la coppia dei genitori che, perciò, passino a vivere separatamente¹¹.

¹⁰ In generale, con riguardo al principio cardine della tutela dell'interesse del minore, v. G. BALLARANI, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra nome e principi)*, in AA.VV., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Atti del 13° Convegno Nazionale 3-4-5 maggio 2018, Napoli, a cura di P. Perlingieri, S. Giova, Napoli, 2019, pp. 317 ss.; V. BARELA, *Riflessioni sull'interesse del minore, dal diritto di unificazione di status al diritto di autodeterminazione nella scelta religiosa: un'esigenza sovranazionale*, in *Studi in onore di P. Stanzione*, Napoli, 2018, 423 ss.; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, ivi, pp. 1026 ss.; E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'"interesse del minore")*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 3/2014, pp. 1141 ss.; R. DE MEO, *La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1, pp. 473 ss.; L. LENTI, *"Best interest of child" on "best interest of the children"?*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, 2, pp. 157 ss.

¹¹ Con riguardo alla preminente tutela dell'interesse dei figli nella gestione della crisi familiare, v. L. DELLI PRISCOLI, *The best interest of child nel divorzio*,

La crisi familiare, infatti, pone l'esigenza prioritaria di assicurare la tutela dei figli della coppia che si separa, divorzia o, comunque, cessa di convivere¹². Sono da soddisfare i fabbisogni abitativi dei figli, possibilmente restando a vivere nella stessa casa familiare e, inoltre, occorre garantire il sostegno economico, educativo e psicologico per lo sviluppo della loro personalità nella fase di crescita¹³. La tradizionale formula dell'affido unilaterale dei figli privilegiava la continuità della relazione con uno solo dei genitori, di regola madre, che restava a convivere con i figli occupandosi direttamente della loro cura ed educa-

tra affidamento condiviso e collocamento prevalente, in *Dir. fam. pers.*, 1, 2019, pp. 262 ss.; F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Famiglia e diritto*, 2/2015, pp. 157 ss.; ID., *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, in *Famiglia e diritto*, 4/2015, pp. 390 ss.; A. RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, pp. 1400 ss.; A. NASCOSI, *I poteri del Presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita*, in *NGCC*, 2015, I, pp. 695 ss.; F. DANOVÌ, *Negoziazione assistita e figli nati fuori del matrimonio: il tribunale può sanare l'erroneo utilizzo dello strumento?*, in *Famiglia e diritto*, 7/2016, pp. 687 ss.; ID., *Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Famiglia e diritto*, 1/2017, pp. 69 ss.; M.P. CALOGERO, *Negoziazione assistita familiare: poteri del Procuratore della Repubblica e del Presidente del Tribunale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, pp. 2110 ss.; P. LAI, *La negoziazione assistita nella crisi familiare: un mosaico in via di composizione?*, in *Famiglia e diritto*, 8-9/2019, pp. 782 ss.

¹² Con la legge 10 dicembre 2012, n. 219 recante "*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*", si è realizzata l'unificazione dello statuto filiale ai sensi dell'art. 315 (*Stato giuridico della filiazione*) c.c., che dispone: "*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*". La prole è perciò destinataria di una disciplina della crisi familiare comune ai vari modelli familiare, ai sensi degli articoli 337-bis (*Ambito di applicazione*) ss. c.c. (*Capo II, Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio*). Sulla riforma della filiazione, AA.Vv., *La riforma della filiazione a cura di C.M. Bianca*, Padova, 2015; AA.Vv., *La nuova disciplina della filiazione alla luce del d.lgs. 154/2014*, Bologna, 2014; AA.Vv., *Completata la riforma della filiazione. Profili sostanziali, processuali, successori, penali*, Milano, 2014.

¹³ Sui provvedimenti riguardo ai figli nella crisi familiare, ex 337-ter ss. c.c., v. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, Milano, 2017, 224 ss.

zione. L'altro genitore, invece, veniva gravato del solo onere economico necessario a sostenere i costi della crescita dei figli e, di regola, veniva coinvolto unicamente nelle decisioni di maggiore importanza relative alla prole.

Da tempo, in applicazione dei principi internazionali¹⁴, che assicurano tutela al diritto fondamentale dei figli alla bigenitorialità anche a seguito della crisi familiare, in pratica, si è affermata l'applicazione generalizzata del regime dell'affido condiviso¹⁵. In tal modo, i figli continuano ad avere una relazione stabile, ancorché distinta, con ciascuno dei genitori, oltre che con gli altri componenti dei due rami familiari¹⁶. Entrambi i genitori, pertanto, sono direttamente coinvolti e responsabilizzati nella cura ed educazione dei figli e nei processi decisionali della loro crescita.

L'affido condiviso, peraltro, quanto alla residenza dei figli, a seconda dei casi, è suscettibile di avere formule organizzative diverse. Anzitutto, la formula principale e più diffusa è quella della residenza unica del figlio che continua a vivere stabilmente nella casa familiare con uno dei genitori. Solo per periodi predefiniti, di regola i fine settimana e le festività, il figlio si reca presso la residenza dell'altro genitore. Altra formula organizzativa è quella della residenza unica alternata, nella quale i figli vivono stabilmente nella stessa casa e sono i genitori ad alternarsi nella convivenza per periodi prestabiliti, settimane o mesi durante l'anno. Infine, si afferma nella prassi anche la for-

¹⁴ Il principio della bigenitorialità, affermatosi da tempo negli ordinamenti europei, è presente altresì nella Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, e resa esecutiva in Italia con la legge n. 176 del 1991.

¹⁵ L'affido condiviso è stato introdotto in Italia con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 recante "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*". Sulla riforma italiana dell'affidamento condiviso, AA.VV., *L'affidamento condiviso* a cura di S. Patti e L. Rossi Carleo, Milano, 2006; AA.VV., *La responsabilità nelle relazioni familiari* a cura di M. Sesta, in *Nuova Giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Torino, 2008; M.A. LUPOI, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, in AA.VV., *Commentario al codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, XLI, a cura di G. Di Rosa, cit., p. 1827; C. PADALINO, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006; R. DE MEO, v. *Affido condiviso*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile - Aggiornamento*, Torino, 2009, pp. 6 ss.

¹⁶ Art. 337-ter, comma 1, c.c.

mula della doppia residenza dei figli, che vivono per periodi alternati, della durata di settimane o mesi nell'arco dell'anno, presso le due residenze dei genitori.

A seconda delle situazioni, si preferirà l'una piuttosto che l'altra formula organizzativa nell'affidamento condiviso che, in tutti i casi, deve essere conformato all'esigenza di assicurare la migliore tutela dell'interesse dei figli. Costoro, anche dopo la crisi familiare dei genitori, perciò hanno diritto di conservare relazioni stabili con i componenti dei rami familiari. Il coltivare siffatte relazioni, infatti, è considerato essenziale per la crescita e lo sviluppo equilibrato e armonico della personalità dei minori, bisognosi degli apporti affettivi ed educativi di tutti i familiari.

Nelle discipline positive, tuttavia, il diritto alla bigenitorialità e alla continuità delle relazioni familiari è tutelato non solo a favore dei figli, ma anche dei genitori e degli altri componenti della compagine familiare. Tanto i figli, quanto ciascuno dei genitori o dei familiari, infatti, può agire per fare valere tali diritti in caso di condotte ostruzionistiche¹⁷.

La gestione delle relazioni familiari, a seguito della crisi della coppia, si complica anche per l'allontanamento dei componenti della famiglia. La differente residenza tra figli e genitori e altri familiari, infatti, richiede un maggiore sforzo organizzativo per riuscire a riunire le persone, facendole incontrare, nel rispetto delle differenti esigenze di ciascuno. Per tanti versi, sono da ripensare l'atteggiarsi delle relazioni familiari e le stesse modalità di interazione a distanza delle persone.

3. *L'isolamento domestico dei familiari conviventi.* – La dichiarazione dello stato di emergenza pandemica Covid-19 con l'applicazione delle misure sanitarie restrittive della circolazione ha complicato non poco le dinamiche familiari. In particolare, per contrastare la diffusione dei contagi e preservare la salute delle persone è stato imposto per mesi l'obbligo generalizzato di restare a casa, con forti limitazioni negli spostamenti e nello svolgimento delle relazioni verso l'esterno.

¹⁷ Così, con riferimento alla situazione di emergenza pandemica, v. Corte Appello Catanzaro, 22 aprile 2020, in *Foro it.*, 2020, 5, I, c. 1760.

I componenti della famiglia, pertanto, hanno dovuto soggiornare presso le abitazioni di comune residenza. In tal modo, i familiari conviventi sono stati costretti, per un verso, alla coabitazione forzosa e, per altro verso, all'isolamento pressoché integrale verso l'esterno, rispetto a tutte le altre persone. L'isolamento domiciliare delle persone, pertanto, si è realizzato all'interno dei nuclei familiari di appartenenza, con i componenti conviventi.

La famiglia convivente, in pratica, ha costituito l'unità organizzativa per l'attuazione delle prescrizioni sull'isolamento sanitario. Le famiglie conviventi, pertanto, hanno realizzato i moduli reticolari che hanno permesso di gestire le misure di contrasto alla diffusione dei contagi esterni.

Siffatta soluzione organizzativa se è funzionale alle esigenze sanitarie, ha manifestato forti criticità sotto altri aspetti concernenti, tra l'altro, la corretta gestione delle dinamiche familiari interne ed esterne ai conviventi. Per un verso, la coabitazione coattiva di tutti i familiari nella comune residenza ha irritato ulteriormente gli animi delle persone, già provate dagli effetti negativi del *lockdown*, innescando tensioni ed esasperando le relazioni di coppia. Si sono registrati fenomeni di crescente aggressività ed episodi di abuso e violenza domestica intrafamiliare, che hanno richiesto l'attivazione urgente delle tutele dei diritti fondamentali, specie dei soggetti più deboli e indifesi¹⁸.

Per altro verso, con riferimento alle criticità esterne, l'isolamento domestico dei componenti dei nuclei familiari conviventi ha limitato le relazioni con gli altri familiari non conviventi. Le situazioni di criticità sono molteplici e assai frequenti in ragione dell'evoluzione in senso pluralistico e frammentato dei modelli familiari¹⁹. In via schematica, la famiglia tradizionale patriarcale della società legata al mondo rurale, infatti, si caratterizzava per l'unitarietà, la generalità e l'indissolubilità. Nella

¹⁸ N. FOLLA, *Violenza contro le donne e i minori alla prova del Covid-19 tra problemi e risposte*, in *Famiglia e Diritto*, n. 12/2020, pp. 1183 ss.

¹⁹ Sull'affermarsi del pluralismo dei modelli familiari, tra i tanti contributi, v. V. SCALISI, *Studi sul diritto di famiglia*, Padova, 2014, pp. 3 ss.; M. SESTA, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia e di regole processuali*, in *Famiglia e diritto*, n. 12/2017, pp. 1145 ss.

medesima casa erano riuniti tutti gli appartenenti alla famiglia, che comprendeva componenti di più generazioni (nonni, genitori, figli e nipoti) e di vari rami collaterali (zii, cugini, nipoti, cognati), avvinti da legami di sangue, affettivi ed economico-sociali. I cambiamenti dell'ultimo secolo, in sintesi, hanno portato alla concentrazione urbana delle famiglie nucleari che raccolgono la coppia ed, eventualmente, i figli conviventi. Gli avi, i discendenti e i collaterali, oramai da tempo, hanno autonome residenze, pur mantenendo tra di essi relazioni affettive, giuridiche ed economiche. All'interno della famiglia nucleare, inoltre, si assiste alla frammentazione e precarizzazione dei modelli, determinati sia dall'autonomia e libertà organizzativa del *menage* della coppia e sia dai processi disgregativi e riaggregativi dei nuclei familiari.

La situazione più frequente e nota riguarda il caso di separazione, divorzio o cessazione della convivenza della coppia con figli che coabitano con uno dei genitori, a prescindere dalle modalità gestionali del regime dell'affido condiviso. Nella pratica, pertanto, molti figli coabitano con uno solo dei genitori, in maniera esclusiva o alternata. Normale, inoltre, è che i minori non convivano con nonni, zii e cugini, con i quali pure hanno significative relazioni familiari.

L'isolamento domestico interno alla cerchia dei conviventi del nucleo familiare, oltre che le altre misure sanitarie di restrizione degli spostamenti e dei contatti verso l'esterno, pertanto, hanno determinato una brusca interruzione dei rapporti di frequentazione con gli altri familiari non conviventi. Il pregiudizio è stato particolarmente evidente per lo sviluppo della personalità dei figli minori di età, all'improvviso privati delle relazioni personali e affettive con i familiari con loro non conviventi, a cominciare dal genitore separato, i nonni, gli zii e i cugini.

4. *Il bilanciamento tra i diritti alla salute e alla bigenitorialità.* – L'attenzione degli operatori del diritto si è rivolta alla cura del miglior interesse dei minori, con specifico riferimento ai gravi pregiudizi conseguenti all'applicazione delle misure sanitarie, isolamento domiciliare e divieto di spostamento e frequentazione di persone non conviventi. Più precisamente, il caso emble-

matico più importante e frequente riguarda proprio la situazione della prole di genitori non conviventi che, per effetto delle restrizioni del Covid-19, hanno cessato la frequentazione personale. Il figlio minore, siccome costretto a coabitare solo con il genitore stabilmente convivente, ha interrotto la frequentazione dell'altro genitore, specie quando quest'ultimo fosse residente in un comune o regione differente²⁰.

Il rigoroso rispetto delle prescrizioni sanitarie, come accennato, impedisce al minore di uscire dall'isolamento domestico e, comunque, allorquando gli è permesso di uscire di casa si vietano gli spostamenti per incontrare persone non conviventi. In tal modo, si è posta la questione se fosse ammissibile uno spostamento finalizzato all'incontro con l'altro genitore non convivente²¹.

La delicata questione giuridica, sul piano dei valori tutelati, contrappone le esigenze legate all'incolumità e alla salute delle persone alle esigenze inerenti ai diritti familiari e, in particolare, alla bigenitorialità dei figli minori. Si tratta di valori entrambi

²⁰ A seconda delle misure sanitarie restrittive, infatti, la circolazione è stata ammessa solo all'interno del comune ovvero della regione o di altre aree geografiche variamente delimitate di volta in volta. Cfr. V. AMENDOLAGINE, *Le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone per ragioni sanitarie*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 539 ss.; G. VESPERINI, *Le misure di polizia sanitaria e i problemi da esse posti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2020, pp. 277 ss.

²¹ L'art. 1, co. 1, lett. a) del DPCM 8 marzo 2020 prevedeva di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza; (...)». Tale disposizione, dapprima concernente solo i limitati territori (zone rosse), è stata estesa a tutto il territorio nazionale dall'art. 1 del DPCM 9 marzo 2020. Poiché il diritto di visita non è stato espressamente preso in considerazione dagli iniziali provvedimenti adottati dal Governo, in via interpretativa si è fatto ricorso alla normativa generale dettata per gli «spostamenti», con riferimento al DPCM 8 marzo 2020, al DPCM 9 marzo 2020 e al DPCM 22 marzo 2020. In proposito, v. F. NOVELLO, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore ai tempi del Covid-19*, cit. in *Altalex*, 19 maggio 2020, <https://www.altalex.com/documents/news/2020/05/19/diritto-alla-bigenitorialita-e-interesse-del-minore-ai-tempi-del-covid-19>.; M. DI BARI, *Covid-19: misure di contenimento ed effetti collaterali sulla crisi familiare*, in www.giustiziainsieme.it.

costituzionalmente garantiti²² che, nelle situazioni di normalità, sono conciliabili e gestibili senza particolari difficoltà nel migliore interesse dei figli. Nella fase emergenziale della crisi pandemica, al contrario, la straordinarietà della situazione ha comportato notevoli difficoltà nel conciliare le opposte esigenze secondo il criterio della migliore tutela dell'interesse del minore²³.

Un primo orientamento ha sostenuto la prevalenza del diritto fondamentale alla salute, anzitutto nell'accezione collettiva e pubblicistica della sanità, che è direttamente perseguita dalla dichiarazione dello stato di emergenza e dall'applicazione delle conseguenti misure sanitarie di contrasto della pandemia Covid-19²⁴. La tutela dell'incolumità e della salute delle persone, infatti, esprime un valore preminente nell'emergenza pandemica che si impone sugli altri valori personali e patrimoniali individuali. In tal

²² Artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.

²³ Per un quadro delle diverse posizioni sostenute dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel bilanciamento delle tutele dei diritti alla salute e alla bigenitorialità, v. D. PIAZZONI, *Diritto alla bigenitorialità, diritto di visita e frequentazione e coronavirus: un mosaico in composizione?* in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 141 ss.; A. PENTA, *Il diritto di visita dei figli minori all'epoca dell'emergenza sanitaria*, in *Unicost*, in <https://www.unicost.eu/il-diritto-di-visita-dei-figli-minori-allepoca-dellemergenza-sanitaria/>; G.C. SQUITIERI, *Il diritto di frequentazione del genitore ai tempi del Covid-19: la compressione di diritti fondamentali e le posizioni giurisprudenziali*, in *Nuove frontiere del diritto, Il diritto di frequentazione del genitore ai tempi del Covid-19: la compressione di diritti fondamentali e le posizioni giurisprudenziali (nuovefrontierediritto.it)*; E. ONOFRIO, *La confusione dei tribunali sui genitori separati in tempi di coronavirus*, in *AGI*, 17 aprile 2020, in *La confusione dei tribunali sui genitori separati in tempi di coronavirus (agi.it)*; F. NOVELLO, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore ai tempi del Covid-19*, cit.; D. PIAZZONI, *Il problema del diritto di visita e di frequentazione all'epoca del Covid-19*, in <http://www.rivistafamiglia.it/2020/03/23/problema-del-diritto-visita-frequentazione-allepoca-del-covid-19/>; V. CIANCIOLO, *Vengo anch'io. No tu no...*, in www.osservatoriofamiglia.it; M.T. FEDERICO, *COVID 19: il diritto di visita al nord, al sud e il "buon senso genitoriale"*, in *Famiglia*, 21 aprile 2020.

²⁴ Tra le varie pronunce, cfr. Tribunale Bari 26 marzo 2020, in E. ONOFRIO, *La confusione dei tribunali sui genitori separati in tempi di coronavirus*, cit.; Corte d'Appello Bari 26 marzo 2020, in G.C. SQUITIERI, *Il diritto di frequentazione del genitore ai tempi del Covid-19: la compressione di diritti fondamentali e le posizioni giurisprudenziali*, cit.; Tribunale Bari sez. I, 13 aprile 2020, *Emergenza COVID-19: il diritto di visita del genitore può esseresospeso per ragioni sanitarie*, in *Redazione Giuffrè 2020*.

senso, l'osservanza delle prescrizioni sanitarie giustifica una compressione del diritto alla bigenitorialità e, comunque, dell'esercizio degli altri diritti familiari e relazionali. Del resto, la tutela della vita e della salute dei conviventi, a cominciare dai figli minori, sarebbe messa a repentaglio dalla frequentazione di altre persone, fossero anche stretti familiari.

La solidità di questa impostazione è stata scalfita con il superarsi della situazione emergenziale più acuta del picco dei contagi, con l'attenuazione delle restrizioni sanitarie. In tal senso, per un verso, bisogna considerare che la legislazione emergenziale ha espressamente ammesso che le persone potessero spostarsi e, persino incontrare dei non conviventi per esigenze legate alla cura della salute e allo svolgimento delle attività lavorative, nel rispetto delle prescrizioni di distanziamento sociale e delle misure di sicurezza. A tal fine, pur in mancanza di espressa indicazione normativa, si è ritenuto che dovesse trovare giustificazione pure la visita del figlio da parte del genitore non convivente. Il bilanciamento dei valori, infatti, doveva considerare che il diritto alla bigenitorialità e, comunque, alla migliore tutela dell'interesse del minore fosse meritevole di protezione perlomeno sullo stesso piano di quello alla salute e allo svolgimento dell'attività lavorativa²⁵.

In pratica, questa soluzione è stata poi recepita nella prassi giudiziaria²⁶ e amministrativa²⁷ e, infine, solennemente consa-

²⁵ G.C. SQUITIERI, *Il diritto di frequentazione del genitore ai tempi del Covid-19: la compressione di diritti fondamentali e le posizioni giurisprudenziali*, in *Nuove frontiere del diritto*, cit.

²⁶ Trib Milano 11 marzo 2020, in E. ONOFRIO, *Come devono comportarsi i genitori separati in tempi di coronavirus*, in *AGI*, 19 marzo 2020, in <https://www.agi.it/blog-italia/affari-di-famiglia/post/2020-03-19/coronavirus-genitori-separati-affido-figli-7642447/>; Tribunale Terni del 30 marzo 2020, Tribunale Busto Arsizio 3 aprile 2020, Tribunale Roma 7 aprile 2020, in G.C. SQUITIERI, *Il diritto di frequentazione del genitore ai tempi del Covid-19: la compressione di diritti fondamentali e le posizioni giurisprudenziali*, in *Nuove frontiere del diritto*, cit.

²⁷ Il 10 marzo 2020, infatti, il sito del Governo Italiano chiariva: «*si, gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio*». La soluzione è ribadita nella FAQ governativa del 26 marzo 2020.

crata nelle fonti normative²⁸ che hanno dato adeguata tutela al diritto alla bigenitorialità, quale migliore tutela dell'interesse del minore. Tanto ha permesso di trovare un giusto bilanciamento in concreto tra valori che, afferendo direttamente alla personalità, non tollerano di essere unilateralmente sacrificati secondo il criterio del miglior interesse dei minori²⁹.

5. *Il nuovo approccio tecnologico e collaborativo nella gestione della conflittualità familiare durante la crisi pandemia.* – L'emergenza pandemica, peraltro, è stata significativa non solo per il merito delle soluzioni compositive delle crisi familiari, ma anche per la sperimentazione delle modalità innovative che tornano utili anche in futuro.

La crisi pandemica, specie durante la fase più acuta del *lockdown*, ha dimostrato le difficoltà di garantire una tutela effettiva dei diritti³⁰, specie di quelli fondamentali nelle situazioni conflittuali. L'applicazione delle misure sanitarie restrittive, infatti, ha colpito anche la pubblica amministrazione e l'erogazione dei servizi ai cittadini, compresi quelli concernenti la giustizia.

²⁸ L'art. 1, co. 1, lett. a) del DPCM 26 aprile 2020 dispone che «sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie; in ogni caso, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in una regione diversa rispetto a quella in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; è in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza».

²⁹ G.O. CESARO, *Covid-19 e diritti fondamentali nell'ambito della famiglia e dei minori: tra limitazioni ordinarie e straordinarie*, in *ilfamiliarista.it.*; E. CERRI, *Il diritto di visita del minore in tempi di Covid-19: un tardo risveglio*, in *www.osservatoriofamiglia.it.*

³⁰ V.R. DONZELLI, *Misure di contenimento della pandemia e affidamento condiviso dei figli minori: spunti per una riflessione attorno all'effettività del diritto alla bigenitorialità nel nostro ordinamento*, in *Judicium.it*, 18 maggio 2020; in <http://www.judicium.it/wp-content/uploads/2020/05/Romolo-Donzelli.pdf>.

Gli uffici giudiziari, infatti, hanno dovuto chiudere al pubblico, provvedendo poi a riorganizzarsi in modalità agile. L'attività giurisdizionale si è ridotta e rallentata notevolmente, la trattazione della maggior parte dei processi è stata sospesa e differita nel tempo³¹. Solo le vicende conflittuali indifferibili, perché più gravi e legate alla violazione dei diritti fondamentali, sono state trattate con modalità straordinarie grazie all'utilizzazione delle tecnologie per lo scambio a distanza di atti e documenti e la celebrazione delle udienze in videoconferenza³².

Il collasso della giurisdizione, peraltro, è avvenuto quando per la fase emergenziale si è registrata un'ondata di conflittualità dovuta alla straordinarietà della situazione che ha reso impossibile o, quantomeno estremamente complesso, continuare le relazioni giu-

³¹ Con riguardo all'incidenza dell'emergenza pandemica sulle tutele giudiziali ed extragiudiziali, v. E. DALMOTTO, *I termini sostanziali e processuali civili nello sperabile crepuscolo del coronavirus. Tecniche della sospensione e altri rimedi*, in *Il caso.it*, 4/5/20, in https://blog.ilcaso.it/news_937; A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 1, cit., pp. 3 ss.; F.M. GIORGI, *Emergenza COVID-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, *ivi*, pp. 133 ss.; F. DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 431 ss.; G. BENEDETTI, *La giustizia nel condominio in epoca di Covid-19*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 391 ss.; A. CELESTE, *Riunioni condominiali (inopportune) e sospensione dei termini (necessaria) per l'impugnazione delle delibere ... all'epoca del coronavirus*, in *Immobili & proprietà*, 6/2020, pp. 364 ss.; M. TARANTINO, *Il condominio ai tempi del coronavirus: assemblea in videoconferenza*, in *Condominioelocazione.it.*, 13 marzo 2020; G.P. MACAGNO, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fallimento*, 5/2020, pp. 697 ss.; F. DE SANTIS, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, *ivi*, 2020, pp. 612 ss.; R. BROGI, *L'insolvenza all'epoca del Covid-19*, *ivi*, pp. 737 ss.

³² In merito alla trattazione delle udienze in videoconferenza, v. C. ZUCHELLI, *Sulla udienza telematica*, in *Il diritto pubblico e l'emergenza Covid-19*, cit., pp. 1 ss.; E. DALMOTTO, *La sospensione straordinaria dei termini e il rinvio delle udienze nella prima e nella seconda fase del COVID-19*, in *Il caso.it*, 24/06/20, in https://blog.ilcaso.it/news_970F; F. RICCIULLI, *Il contraddittorio e il principio di oralità nel processo "emergenziale"*, nota a Consiglio di Stato 21 aprile 2020, n. 2539, sez. VI, in *Il processocivile.it*; A. STERLICCHIO DE CARLI, *Giusto processo e oralità: il "contraddittorio cartolare coatto" nell'emergenza da COVID-19*, nota a T.A.R. Napoli, 29 maggio 2020, n. 2074, sez. I, in *Ilprocessotelematico.it.*; F. VALERINI, *In difesa dell'udienza da remoto*, in www.judicium.it.

ridiche, economico-sociali e familiari. La dinamica familiare, come accennato, ha sofferto maggiormente delle misure sanitarie restrittive che hanno esasperato gli animi e complicato la conduzione del *menage*, sia tra i nuclei conviventi e sia rispetto a quelli separati³³.

La situazione emergenziale, peraltro, ha costretto a sperimentare innovazioni e riorganizzazioni tanto nelle attività lavorative, come in quelle sociali e familiari per attuare una relazionalità con gli altri. A tal fine, meritano di essere segnalati e apprezzati come positivi i nuovi approcci tecnologici e collaborativi sperimentati durante la fase emergenziale per riuscire a comporre la conflittualità in maniera più semplice e immediata.

Sul primo versante, si è registrato un ricorso massivo all'utilizzo della tecnologia per la comunicazione a distanza e, in particolare, delle piattaforme di videoconferenza. Tanto permette non solo la lavorazione a distanza, ma anche una interazione diretta e personale, ancorché non presenziale, anche nelle relazioni sociali. Pure nelle relazioni familiari, infatti, si è riscontrato un utilizzo della videochiamata tra figli, il genitore e gli altri familiari non conviventi per mantenere contatti regolari³⁴. La prassi della comunicazione a distanza ha trovato espressamente riconoscimento negli stessi provvedimenti giudiziali che hanno conformato il diritto di visita digitale, ove non fosse possibile attuarlo presenzialmente³⁵. Così la

³³ Sulla gestione giudiziale della conflittualità familiare, v. F. DANOVÌ, *Perché la giustizia familiare non può attendere i tempi del virus*, in www.ilsole24ore.com; M.G. CIVININI, *Questo divorzio s'ha da fare*, in www.questionegiustizia.it; G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in www.judicium.it; A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in www.giustiziacivile.com; M.C. GIORGETTI, *I provvedimenti urgenti in tema di figli ai tempi del Covid 19: il rischio di una babele, pur con le migliori intenzioni*, in www.judicium.it; M. PAGLIARA, *Diritto di visita del genitore non collocatario, onere della prova e COVID-19*, in *Famiglia - Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*.

³⁴ Sulla frequentazione dei familiari mediante l'utilizzazione dei mezzi di comunicazione a distanza durante la pandemia, v. C. SILVESTRI, *Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale Uniti per l'Italia*, vol. 3, cit., pp. 179 ss.

³⁵ Tribunale di Vasto, decreto del 2 aprile 2020, in .O. CESARO, *Covid-19 e diritti fondamentali nell'ambito della famiglia e dei minori: tra limitazioni or-*

visita digitale è stata istituzionalizzata come soluzione che, data l'emergenza, corrisponde alla migliore tutela dell'interesse del minore.

L'utilizzo della tecnologia e, in specie dello scambio di atti e documenti processuali a distanza e della celebrazione delle udienze in videoconferenza è stata ampiamente utilizzata nel contenzioso familiare, con partecipazione non solo di magistrati e avvocati, ma anche di periti e delle stesse parti in conflitto³⁶. In tal modo, specie nelle situazioni urgenti, si è garantita l'effettività delle tutele, soprattutto quelle nell'interesse superiore dei figli minori.

Per dare effettività alle tutele, peraltro, in questa situazione emergenziale di collasso del sistema giurisdizionale, si è sviluppato un approccio collaborativo³⁷ realizzato tanto in sede giudiziaria quanto extragiudiziale. In particolare, sono state privilegiate le soluzioni consensuali fondate sull'accordo raggiunto dalle parti in conflitto, anche in ambito familiare³⁸. A riguardo, sono state utilizzate le procedure di composizione extragiudiziale della negoziazione assistita tramite avvocati³⁹ e della me-

dinarie e straordinarie, cit.; A. PENTA, Il diritto di visita dei figli minori all'epoca dell'emergenza sanitaria, in Unicost, cit.; D. GATTONI, Diritto di visita/frequenziazione genitori/figli in tempo di coronavirus: una diversa visione del problema, 30 marzo 2020, in nota a Ordinanza Tribunale di Bari 26 marzo 2020.

³⁶ Sulla gestione del processo e la celebrazione a distanza delle udienze nelle controversie familiari durante l'epidemia Covid-19, v. F. DANOVÌ, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e diritto*, 5/2020, pp. 431 ss.; REDAZIONE SCIENTIFICA, *Separazioni e divorzi: prosegue anche a Brescia la trattazione a distanza*, nota al decreto 17 aprile 2020 del Presidente del Tribunale di Brescia, in *Il familista.it.*; F. VALERINI, *Decreto Ristori: le nuove disposizioni per garantire il funzionamento della giustizia durante la seconda ondata*, in *Diritto e giustizia*, 29 ottobre 2020.

³⁷ In generale, sul diritto collaborativo nella gestione dei conflitti, cfr. E. LAUROBA, *El derecho colaborativo como ADR y herramienta de la abogacía del futuro*, in *Aa.Vv., Mediación, conciliación y arbitraje tras la pandemia*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Buenos Aires, 2020, pp. 43 ss.

³⁸ Per l'approccio collaborativo nella crisi familiare, v. *Aa.Vv., Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección de la familia en tiempos de crisis*, diretto da G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Santiago, 2020.

³⁹ Con riguardo alla degiurisdizionalizzazione dei conflitti e, in particolare, alla negoziazione assistita tramite avvocati delle controversie familiari ex art. 6

di mediazione familiare⁴⁰. Anche in caso di ricorso al Tribunale, si è privilegiata la soluzione conciliativa davanti al giudice⁴¹.

del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 recante «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*», convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, v. F. DANOVÌ, *L. 10 novembre 2014, n. 162. I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Famiglia e diritto*, 12/2014, pp. 1141 ss.; *Id.*, *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Famiglia e diritto*, 11/2015, pp. 1043 ss.; G. GABASSI, *Separazione e divorzio semplificato o complicati? Prime note agli artt. 6 e 12 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni*, in *L. 10 novembre 2014, n. 162*, in *Studium Iuris*, 2/2015, pp. 132 ss.; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Famiglia e diritto*, 3/2015, pp. 295 ss.; M. CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in *Quale giustizia*, 2015, www.qualegiustizia.it; M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corriere giuridico*, 4/2015, pp. 515 ss.; S. CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2015, pp. 711 ss.; G.A. PARINI, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *NGCC*, 2015, II, pp. 602 ss.; A. TRINCHI, *La negoziazione assistita nei procedimenti di famiglia*, in *Studium Iuris*, 2016, pp. 135 ss., 284 ss.; A. BOVE, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Rivista di diritto processuale*, 4-5/2017, pp. 891 ss.; M. SESTA, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia e di regole processuali*, in *Famiglia e diritto*, 12/2017, pp. 1145 ss.

⁴⁰ In merito alla mediazione familiare, in generale, v. AA.VV., *Cuestiones a debate sobre la mediación familiar*, in *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI con la dirección de J.L. Argudo Pérez*, Madrid, 2019, pp. 209 ss.; AA.VV., *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica* a cura di E. GONZÁLES PILLADO, F. FARIÑA RIVERA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; AA.VV., *La mediación en materia de familia y derecho penal estudios y análisis* a cura di F. Martín Diz, Andavira, 2011; M.R. GUTIÉRREZ SANZ, *La mediación familiar y su reflejo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar*, El Justicia de Aragón, 2012; P.G. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013; C. TROISI, *La mediazione familiare in Italia*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, 3, 2012, pp. 129 ss.; M.J. BRAVO BOSH, *La mediación familiar*, *ivi*, pp. 153 ss.; S. PRINCE, *Access to court? "Encouraging" Consumers to Use Court-Connected Mediation in Small Claims and Other Cases*, in *The new regulatory framework for consumer dispute resolution* a cura di P. Cortés, cit., pp. 94 ss.; L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006; P. MAZZAMUTO, *La mediazione nella tutela della famiglia*, Torino, 2013; K. MASCIA, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Gli aspetti di*

L'approccio collaborativo, peraltro, in alcuni casi è stato pure stimolato dall'adozione dell'ordine o invito del giudice di trovare una soluzione compositiva amichevole, prima di procedere con il lungo iter processuale che non si sarebbe potuto concludere velocemente con una sentenza. La crisi emergenziale ha pure stimolato una riforma legislativa che ha imposto l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione prima di adire all'attività giudiziaria nei conflitti contrattuali scaturiti dalle misure di contrasto al Covid⁴².

separazione e divorzio nella famiglia a cura di G. Oberto, cit., pp. 171 ss.; G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, 12, II, pp. 495 ss.; M. ROMANO, *La mediazione familiare*, in *Commentario del codice civile Scioloja-Branca*, Libro primo persone e famiglie (art. 155-155 sexies), *Provvedimenti riguardo ai figli* a cura di S. Patti, L. Rossi Carleo, cit., pp. 378 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, *Separazione e divorzio* a cura di G. Ferrando, I, Torino 2003, pp. 560 ss.

⁴¹ Nelle controversie familiari, l'art. 708 (Tentativo di conciliazione e provvedimenti del presidente) c.p.c. prevede che: "All'udienza di comparizione il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente, tentandone la conciliazione". Sulla conciliazione giudiziale delle controversie familiari, v. R. DANOVI, *I provvedimenti presidenziali nella separazione e nel divorzio: alla ricerca di un'identità perduta*, in *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 717 ss.

⁴² L'art. 1, comma 1, della legge 25 giugno 2020, nel convertire con modifiche il d.l. 30 aprile 2020 n. 28, ha disposto che "All'art. 3 del d.l. 23.2.20 n. 6 convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020 n.13 dopo il comma 6-bis è inserito il seguente: 6-ter *nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID 19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi dell'art.6 bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1 bis dell'articolo 5 del Decreto Legislativo 28/10, costituisce condizione di procedibilità della domanda*". M. MARINARO, *Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza*, in *Guida al diritto del 25 luglio 2020*, pp. 79 ss.; G. FINOCCHIARO, *Tutte in mediazione obbligatoria le cause per gli inadempimenti COVID-19*, in *Quotidiano giuridico*, martedì 7 luglio 2020, in <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/07/07/tutte-in-mediazione-obbligatoria-le-cause-per-gli-inadempimenti-covid-19>; R. NARDONE, *La nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le cause per inadempimento da COVID-19 e le procedure di sfratto*, in *Il processo civile*, 9 Settembre 2020, in <http://ilprocessocivile.it/articoli/focus/la-nuova-ipotesi-di-mediazione->

L'applicazione delle soluzioni compositive tecnologiche e collaborative sperimentata durante la pandemia, ancora una volta, favorisce il miglioramento della tutela dell'interesse del minore, evitandogli la pena del processo giurisdizionale infinito.

obbligatoria-le-cause-inadempimento-da-covid-19-e-le; F. VALERINI, *Nuova ipotesi di mediazione obbligatoria: le controversie contrattuali da rispetto delle misure COVID-19*, in *Diritto e giustizia. Il quotidiano di informazione giuridica*, 26 Giugno 2020, in http://www.dirittoegiustizia.it/news/23/0000099251/Nuova_ipotesi_di_mediazione_obbligatoria_le_controversie_contrattuali_da_rispetto_delle_misure_COVID_19.html; A. SPEDICATO, *Mediazione obbligatoria nelle controversie causate dal covid-19. Sì, ma restano i dubbi sui casi concreti*, in *Consulenza*, mercoledì, 1 luglio 2020, in <https://www.consulenza.it/Contenuti/News/News/5409/mediazione-obbligatoria-nelle-controversie-ca>.

Finito di comporre nel mese di dicembre 2020
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-107-4