

Universidad de Salamanca
Facultad de Derecho



**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

TESIS DOCTORAL
Doctorado Europeo

LA MEDIACIÓN

**UN NUEVO INSTRUMENTO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA PARA LA
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Autor: Cátia Marques Cebola

Director: Fernando Martín Diz

2011

Universidad de Salamanca
Facultad de Derecho



DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL

TESIS DOCTORAL
Doctorado Europeo

LA MEDIACIÓN

**UN NUEVO INSTRUMENTO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA PARA LA
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Autor: Cátia Marques Cebola

Director: Fernando Martín Diz

*“We cannot solve our problems with the same
thinking we used when we created them”*

Albert Einstein

AGRADECIMIENTOS

Las palabras preliminares de agradecimiento están dirigidas al Prof. Dr. D. Fernando Martín Diz. Incansable en las lecturas, sugerencias, consejos y estímulo científico, el Profesor Fernando Martín Diz fue el maestro principal del proyecto, a quien ofrezco mi sentida y sincera gratitud.

Al Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca agradezco la disponibilidad siempre manifestada por los profesores que lo integran, en especial al Profesor Lorenzo Lujosa Vadell, a la Profesora Marta del Pozo Pérez y, asimismo, a Marta Pelayo Lavín.

También unas breves palabras de reconocimiento a mi centro de trabajo, la *Escola Superior de Tecnologia e Gestão del Instituto Politécnico de Leiria*, que me ha otorgado las facilidades necesarias para dedicar buena parte de mi tiempo a los trabajos doctorales.

Agradezco igualmente el fundamental apoyo financiero prestado por la “*FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia*”, durante los tres últimos años de la investigación.

Al *Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios - GRAL*, y mucho en especial a la Dra. Sónia Reis, dirijo mis agradecimientos por el apoyo en la elaboración de este trabajo, no sólo por los documentos, informaciones y datos estadísticos prestados, sino también por el ánimo remitido.

A la Profesora Doctora Mariana França Gouveia, profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nueva de Lisboa, y al Profesor Doctor Fausto Amaro, Profesor en el Instituto Superior de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Técnica de Lisboa, agradezco la lectura evaluada y experta de mi trabajo.

A mi abuela, madre y hermana por el ejemplo de capacidad de trabajo y fuerza y a todos los que, de cerca o a distancia, me apoyaron y creyeron verdaderamente en mi trabajo.

MODO DE CITAR Y REFERENCIAS

Las referencias bibliográficas consultadas en la elaboración de este trabajo son citadas a pie de página por indicación del apellido, nombre, título, edición (en su caso), editorial, ciudad (en su caso), año y paginas (en su caso). Al final del trabajo, se presentará una lista de bibliografía citada, por orden alfabético del apellido de los autores referenciados. Si se cita más de un trabajo del o los mismos autores, se seguirá el mismo sistema para todas las referencias, si bien ordenándolas por fecha de aparición empezado por la fecha más alejada.

Los documentos legales portugueses y extranjeros, sin correspondencia directa en el ordenamiento español y las transcripciones integrales de artículos legales son indicados en la denominación y lengua originales en cursiva. Del mismo modo, las expresiones extranjeras no traducidas son presentadas en cursiva.

Los cuadros y figuras son numerados por referencia a cada Capítulo donde están insertados.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ADR — *Alternative Dispute Resolution*
- ADRA — *Alternative Dispute Resolution Act*
- art. — artículo
- arts. — artículos
- BGB — *Bürgerliches Gesetzbuch*
- BOE — Boletín Oficial del Estado
- CC — Código Civil
- CE — Constitución Española
- CEPEJ — *European Commission for the Efficiency of Justice*
- CGPJ — Consejo General del Poder Judicial
- cfr. — confrontar
- cit. — citado
- Col. — Colectánea
- Coord. — Coordinación
- Dir. — Dirección
- DL — Decreto-Ley
- DOUE — Diario Oficial de la Unión Europea
- EE.UU. — Estados Unidos
- EGZPO — *Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung*
- GRAL — *Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*
- LA — Ley de Arbitraje
- LEC — Ley de Enjuiciamiento Civil

- n.º — número
- n.ºs — números
- np. — nota pie de página
- Org. — Organización
- p. — página
- pp. — páginas
- RD — Real Decreto
- ss. — siguientes
- TC — Tribunal Constitucional
- UE — Unión Europea
- UMA — *Uniform Mediation Act*
- UNCITRAL — *United Nations Commission on International Trade Law*
- Vol. — Volumen
- V. — Ver
- vs. — *versus*
- v.g. — *verbi gratia*
- ZPO — *Zivilprozessordnung*

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	5
MODO DE CITAR Y REFERENCIAS.....	7
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	9
NOTA PREVIA	19
RESUMO.....	21
INTRODUCCIÓN.....	47

CAPÍTULO I - LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL ACTUAL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	59
1.1. De la autotutela a la autocomposición.....	59
1.2. El cuadro actual de los medios de resolución de conflictos.....	62
2. LOS ADR EN LA HISTORIA Y EN EL MUNDO	65
2.1. El surgimiento del movimiento <i>Alternative Dispute Resolution</i> en EE.UU.	65
2.1.1. Procedimientos de ADR disponibles en EE.UU.: algunos ejemplos.....	70
2.1.1.1. <i>Mini-Trial</i>	70
2.1.1.2. <i>Summary Jury Trial</i>	72
2.1.1.3. <i>Early Neutral Evaluation</i>	73
2.1.1.4. <i>Settlement Conferences</i>	74
2.1.1.5. <i>Sistemas Med-Arb o Arb-Med</i>	74
2.2. Las políticas de la Unión Europea en materia de ADR.....	75
3. LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA	80
4. LA ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS TEXTOS FUNDAMENTALES	84
4.1. El artículo 24 de la Constitución Española	84
4.2. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos - la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	87
5. RELACIÓN ENTRE LA VÍA JUDICIAL Y LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	91

5.1. Características diferenciales entre el sistema judicial y los medios extrajudiciales	91
5.2. ¿Una vía alternativa, complementaria o dos caminos separados?	95
5.3. La definición del ámbito de aplicación apropiado de los medios de resolución de conflictos: “ <i>Fitting the forum to the fuss</i> ” y los tribunales “multipuertas”	101

CAPÍTULO II – TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN

1. HISTORIA DE LA MEDIACIÓN	113
1.1. La realidad americana del siglo XX en materia de mediación	116
1.2. El contexto histórico de la mediación en España	120
2. ENCUADRAMIENTO LEGAL ACTUAL	122
2.1. ¿Reglamentar la mediación, si o no? El Dilema Diversidad-Uniformidad	122
2.2. Normas legales de índole nacional, europea e internacional	128
2.2.1. El Uniform Mediation Act de EE.UU.	128
2.2.2. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional ...	129
2.2.3. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles	131
2.2.4. El Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España ..	132
3. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA MEDIACIÓN	134
3.1. La mediación como un método: crítica al término proceso	136
3.2. Objeto de la mediación: el conflicto jurídico	138
3.2.1. Ámbito de aplicación de la mediación: las materias disponibles y el criterio de definición de su competencia material - la “mediabilidad”	141
3.3. Sujetos esenciales a la mediación	148
3.3.1. El mediador	149
3.3.2. El papel activo de las partes en la resolución del conflicto	150
3.3.3. Otros intervinientes (facultativos o eventuales)	154
3.3.3.1. Peritos o expertos	155
3.3.3.2. Testigos, familiares u otras personas	155
3.3.3.3. El papel de los abogados, defensores legales o asistentes jurídicos	156
3.4. Resultado: el negocio jurídico mediado	158
3.4.1. La eficacia del negocio jurídico mediado. ¿Ejecutividad directa o necesidad de homologación?	159
4. NATURALEZA JURÍDICA	169

4.1. Índole contractual	169
4.1.1. Contrato de mediación	170
4.1.1.1. Requisitos del contrato de mediación	172
4.1.2. Cláusulas contractuales de mediación	174
4.1.2.1. Condiciones de validez de las cláusulas contractuales de mediación	175
4.1.2.2. Efectos jurídicos y responsabilidad por el incumplimiento de las cláusulas contractuales de mediación	177
<i>i. EE.UU.</i>	177
<i>ii. Inglaterra</i>	178
<i>iii. Alemania</i>	180
<i>iv. Suiza</i>	181
<i>v. Francia</i>	181
<i>vi. Bélgica</i>	183
<i>vii. Italia</i>	183
<i>viii. Eslovenia</i>	184
<i>ix. Cámara de Comercio Internacional (ICC)</i>	184
<i>x. Posición a adoptar</i>	186
4.2. Naturaleza privada	192
4.3. Vocación autocompositiva y no adversativa: otro camino para la justicia	193
5. CLASES Y CLASIFICACIONES DE LA MEDIACIÓN	196
5.1. Mediación privada y pública	196
5.2. Mediación judicial o intrajudicial, intraprocesal o conectada con el Tribunal (<i>court-annexed mediation</i>)	198
6. DISTINCIÓN DE OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	202
6.1. Medios heterocompositivos	202
6.1.1. Sistema judicial	203
6.1.2. Arbitraje	204
6.2. Medios autocompositivos	206
6.2.1. Negociación	207
6.2.2. Conciliación	214
6.2.3. Otros modos de terminación o evitación del proceso	227
7. PRINCIPIOS CARACTERIZADORES DE LA MEDIACIÓN	229

7.1. Principio de voluntariedad: análisis crítico de los sistemas de mediación obligatorios.....	229
7.2. Principio de confidencialidad	241
7.3. Principio de igualdad de las partes y equidad.....	247

**CAPÍTULO III - EL MEDIADOR: SU ACTIVIDAD EN LA MEDIACIÓN Y
ESTATUTO JURÍDICO-PROFESIONAL**

1. LA ACTIVIDAD DEL MEDIADOR	258
1.1. El conflicto.....	258
1.2. Modelos de mediación	260
1.2.1. Modelo Lineal de Fisher y Ury (1989).....	260
1.2.2. Modelo transformativo de Bush y Folger (1994).....	261
1.2.3. Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb (1994).....	263
1.3. Tipos de mediación: el mediador facilitador <i>versus</i> el mediador evaluador	264
1.4. Fases de la mediación	269
1.4.1. Premediación	270
1.4.2. Mediación en sentido estricto.....	275
1.4.2.1. Investigación	276
<i>i. Conflicto manifiesto versus conflicto oculto</i>	<i>277</i>
<i>ii. Posición versus intereses</i>	<i>278</i>
1.4.2.2. Agenda	279
1.4.2.3. Creación de opciones	280
1.4.2.4. Obtención del acuerdo	283
1.4.3. Postmediación	287
1.4.4. Fase eventual y amovible: la aplicación de medidas de aseguramiento.....	288
1.5. Técnicas y estrategias del mediador	292
1.5.1. La escucha activa.....	292
1.5.2. El arte de preguntar: clases de preguntas	294
<i>i. Preguntas abiertas y preguntas cerradas</i>	<i>295</i>
<i>ii. Preguntas lineales y preguntas circulares</i>	<i>297</i>
1.5.3. Resúmenes.....	297
1.5.4. El caucus.....	298
1.6. Las características de la figura del mediador.....	301

i. <i>Neutralidad</i>	303
ii. <i>Imparcialidad</i>	303
2. ESTATUTO JURÍDICO-PROFESIONAL DEL MEDIADOR	306
2.1. La organización profesional de los mediadores	307
2.2. Requisitos y condiciones de ejercicio profesional de mediador.....	311
2.3. Los códigos deontológicos	317
2.4. Responsabilidad profesional.....	321

CAPÍTULO IV – LA MEDIACIÓN EN ÁMBITOS ESPECÍFICOS

1. LA MEDIACIÓN CIVIL: ENFOQUE ESPECIAL A LA MEDIACIÓN FAMILIAR	333
1.1. Mediación familiar: especificidades y ventajas.....	335
1.1.1. Nuevos ámbitos: la mediación en el marco de las empresas familiares	337
1.2. Legislaciones autonómicas de mediación familiar.....	338
1.3. Derecho comparado.....	344
1.3.1. El sistema público de mediación familiar en Portugal.....	345
1.4. Retos de futuro en la mediación familiar	351
2.LA MEDIACIÓN PENAL: EL PRINCIPAL INSTRUMENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	353
2.1. La Justicia Restaurativa - enfoques de un nuevo paradigma.....	353
2.1.1. Modelos de Justicia Restaurativa.....	355
2.2. Mediación en materia penal	356
2.2.1. Particularidades y técnicas aplicables	357
2.2.2. Los efectos de la mediación en materia penal sobre la víctima, el agresor y la sociedad	361
2.2.2.1. Efectos sobre las víctimas del delito.....	361
2.2.2.2. Efectos sobre el agresor	362
2.2.2.3. Efectos en la Administración de la Justicia	363
2.2.2.4. Efectos en la sociedad.....	364
2.2.3. Desventajas en la mediación en materia penal.....	365
2.2.3.1. La esfera de los agresores	365
2.2.3.2. Los derechos de las víctimas	367
2.2.3.3. El posible desequilibrio entre víctimas y agresores.....	368
2.2.3.4. La (des)proporción de las sanciones aplicables.....	369

2.2.3.5. Empleo fraudulento y dilatorio de la mediación.....	370
2.2.4. La normativa europea en esta temática	370
2.2.5. La mediación en causas penales en el mundo	373
<i>i. Canadá</i>	373
<i>ii. EE.UU.</i>	375
<i>iii. Bélgica</i>	377
<i>iv. Reino Unido</i>	382
<i>v. Francia</i>	384
<i>vi. Alemania</i>	386
<i>vii. Italia</i>	388
<i>viii. Portugal</i>	389
2.2.6. Reflexiones y propuestas de reglamentación de la mediación en materia penal en España	396
2.2.6.1. ¿Mediación en materia penal y sistema de justicia criminal: separados o integrados?	397
2.2.6.2. ¿Reglamentación del modelo de mediación, si o no?	399
2.2.6.3. ¿Quién puede solicitar o remitir un proceso para mediación en materia penal?.....	400
2.2.6.4. ¿Mediación en materia penal para todos los delitos?.....	402
2.2.6.5. Tipos de acuerdos y su control.....	404
3. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA: EL CASO PARTICULAR DE LA MEDIACIÓN	
AMBIENTAL	406
3.1. Las características específicas de los conflictos ambientales	408
3.1.1. Conflictos multipartes con relaciones de poder en desequilibrio.....	409
3.1.2. Colisión entre intereses públicos y privados	410
3.1.3. Especificidades técnicas y científicas complejas	410
3.1.4. Efectos decisorios en las generaciones futuras.....	411
3.1.5. Urgencia de la resolución	412
3.2. La realidad norteamericana en la mediación ambiental – <i>Environmental Conflict Resolution</i>	413
3.3. Proyectos europeos de mediación ambiental.....	416

3.3.1. El proyecto “ <i>Promoting environmental mediation as a tool for public participation and conflict resolution – a comparative analysis of case studies from Austria, Germany and CEE countries</i> ”	418
3.3.2. El proyecto “ <i>Informal Resolution of Environmental Conflict by Neighborhood Dialogue</i> ” de la Red IMPEL.....	420
3.4. La mediación ambiental y urbanística en España	423
3.4.1. La mediación y la participación de los ciudadanos en las políticas medioambientales y urbanísticas	426
3.4.2. Experiencias de mediación medioambiental en España	428
3.4.2.1. El conflicto en el Río Matarraña y el acuerdo de Fabara	428
3.4.2.2. La Iniciativa Social de Mediación para los conflictos del agua en Aragón.....	430
4. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN.....	433
4.1. Ventajas	433
4.1.1. Flexibilidad	433
4.1.2. Voluntariedad y control del método por las partes (<i>empowerment</i>)	434
4.1.3. Preservación de las relaciones humanas y sociales y disminución de los niveles de conflictividad	435
4.1.4. Creatividad de los acuerdos y maximización de intereses.....	436
4.1.5. Confidencialidad	437
4.1.6. Celeridad y costes reducidos.....	438
4.2. Inconvenientes.....	439
4.2.1. Desequilibrio de poder entre las partes (<i>Power Imbalance</i>).....	439
4.2.2. Malas prácticas y control de la actividad de los mediadores	440
4.2.3. Limitaciones operativas de la mediación.....	441
CONCLUSIONES	443
CONCLUSÕES	451
BIBLIOGRAFIA	459
ANEXOS.....	489
ANEXO I	491

NOTA PREVIA

La presente tesis pretende obtener mención de Doctorado Europeo, cuyos requisitos se establecen en el art. 22 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, presentándose el resumen y las conclusiones de este estudio en portugués.

RESUMO

A sociabilidade é uma característica da natureza humana e neste encontro com os demais cidadãos somos compelidos a repartir o mundo, o que tem como consequência inevitável o surgimento de conflitos de interesses. Com efeito, o outro aparece como meio ou obstáculo do acesso a diferentes possibilidades. Assim se compreende que para uma coexistência pacífica o ser humano se confronte com a necessidade de criar normas sócio-jurídicas e de construir os meios indispensáveis à resolução de conflitos emergentes da convivência social.

Se nas sociedades primitivas a auto-tutela, concretizada na Lei de Talião, constituía o meio típico para solucionar conflitos jurídicos, já nas sociedades modernas os Estados assumem esta função e, através dos Tribunais, resolvem os litígios carreados a juízo. De facto, os Tribunais constituem hoje a principal via de resolução de conflitos jurídicos entre os cidadãos, sendo várias as razões que explicam esta realidade.

Desde logo, a ausência de uma cultura de transacção tornou premente a necessidade de que um terceiro decida o conflito entre as partes. Esta tendência é uma consequência do Estado Providência que se projecta na premissa de que os Governos devem satisfazer todas as necessidades dos indivíduos. Deste modo, fomentou-se a inércia dos cidadãos que sempre esperam que os poderes públicos resolvam os seus problemas e também os seus conflitos jurídicos.

Por outro lado, o próprio Estado incorporou a ideia errada de que deveria ser a panaceia para todos os problemas sociais ou jurídicos. Assim, atribuiu ao Poder Judicial a solução dos conflitos jurídicos, esquecendo-se de desenvolver outros possíveis mecanismos de resolução de litígios. Consequentemente, o Poder Judicial obteve um crescente protagonismo social, político e jurídico, potenciado pelo facto de a Constituição Espanhola de 1978 lhe ter atribuído o papel de garante dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido, o art. 24 da CE consagra o direito fundamental à tutela judicial efectiva e o seu art. 117, n.º3, atribui exclusivamente ao Poder Judicial a função de julgar e executar as decisões judiciais. Da leitura destas normas levanta-se uma primeira questão que pretendemos ver respondida no nosso trabalho e que reside em saber se somente os Tribunais e juízes podem resolver conflitos intersubjectivos de interesses. Por outras palavras, teremos de perguntar se o exercício exclusivo da jurisdição pelos órgãos do Poder Judicial exclui a existência e aplicação de formas complementares, alternativas ou extrajudiciais para solucionar os conflitos dos cidadãos.

Esta questão adquire a maior importância quando florescem desde o século passado novos meios extrajudiciais de resolução de litígios, como a arbitragem ou a mediação. A defesa de outros mecanismos fora do cenário judicial dá os primeiros passos como movimento nos anos 1970, nos E.U.A., constituindo a Pound Conference subordinada ao tema “*Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” o seu marco histórico. Actualmente o referido movimento tem ramificações em todo o mundo e Espanha e Portugal não são alheios a esta realidade.

A arbitragem e a mediação vêm sendo aplicados de forma progressiva no ordenamento espanhol desde há alguns anos e a sua importância é crescente, despertando o interesse da doutrina, mas também do próprio legislador. Recentemente o Governo espanhol tornou público o Projecto de Lei de Mediação em assuntos civis e comerciais e foi já publicada a Lei 11/2011, de 20 de Maio, de reforma da Lei da Arbitragem, constituindo a resolução extrajudicial de conflitos um objectivo central do Ministério da Justiça para esta legislatura.

A progressiva importância que estas matérias vão adquirindo é, muitas vezes, justificada pela denominada “crise da justiça”, resultante dos problemas de eficiência e celeridade que os Tribunais apresentam hodiernamente. Dados estatísticos revelam que depois de 1989 a litigiosidade civil em Espanha cresceu quatro vezes e não baixou dos 500 000 processos (em média). Este aumento exponencial dos processos que dão entrada nos Tribunais Judiciais, não acompanhada de uma resposta equivalente em termos de aumento de juízes e Tribunais, desembocou num crescimento de processos pendentes com os inerentes atrasos na obtenção de uma sentença definitiva e, em consequência, numa taxa de morosidade judicial elevada. Se a rapidez processual não deverá constituir

um objectivo absoluto e único, prevalecente sobre a garantia de realização da justiça do caso concreto, sempre será desejável que os processos sejam decididos num prazo razoável que garanta a eficácia da decisão.

Os problemas que a Justiça enfrenta têm contudo origem muito diversa, não se reduzindo unicamente a questões de eficiência e morosidade, como comprova o “Livro Branco da Justiça” elaborado pelo *Consejo General del Poder Judicial* em Espanha, o qual sistematiza os crónicos problemas de organização e de funcionamento da administração judicial espanhola.

Como factores endógenos, directamente relacionados com o desenho do sistema e com as estruturas judiciais, podemos indicar a insuficiência de juízes e de Tribunais para dar uma resposta adequada e eficaz à procura dos cidadãos relativamente à tutela judicial, o que acaba por redundar em atrasos processuais criticados pelas partes e numa diminuição do efeito útil das decisões proferidas. A este respeito Tarruffo refere-se à crise da funcionalidade da lei processual e à crise de efectividade da tutela jurisdicional, que derivam essencialmente dos atrasos da justiça, face à crescente necessidade de soluções rápidas e eficazes para os conflitos.

Ao problema *supra* mencionado acresce a actual complexidade do sistema processual. O processo sempre foi considerado em si mesmo uma garantia dos cidadãos para a defesa dos seus direitos. Mas este papel acaba por ser postergado se a via processual constituir um caminho intrincado, de difícil apreensão e, por esse facto, inacessível aos cidadãos. Neste sentido, concordamos e aplaudimos a reforma do Processo Civil levada a cabo pelo legislador espanhol em 2000, a qual eliminou a multiplicidade de processos declarativos existentes, reduzindo-os apenas a dois (um ordinário e outro verbal), aos quais acrescentam alguns processos especiais em questões muito concretas. Desta forma procedeu-se à simplificação necessária à efectividade processual.

Igualmente complexa, e por vezes confusa, é a legislação processual que, respondendo ao impulso de encontrar remédios rápidos para os problemas colocados ao legislador, é confeccionada à margem de todo o desenho orgânico e sistemático do próprio processo perdendo, por isso, coerência normativa.

Revela-se também necessária uma reconceptualização das tarefas atribuídas ao juiz e aos secretários judiciais, por forma a que os últimos possam ter uma maior intervenção, sem obviamente retirar a autoridade e as competências jurisdicionais que são próprias dos magistrados judiciais. Este é, aliás, o objectivo perseguido pela Lei 13/2009, de 3 de Novembro, de reforma da legislação processual para a implementação da nova *Oficina Judicial* em Espanha, que no seu preâmbulo refere precisamente o propósito de se estabelecerem sistemas de organização do trabalho de todos os serviços no âmbito da Administração da Justiça, para que assim a actividade de cada profissional se desempenhe com a máxima eficácia e responsabilidade, atribuindo concretamente aos funcionários judiciais as responsabilidades que não tenham carácter jurisdicional.

Como elementos exógenos, a denominada “crise da justiça” foi fomentada pelas alterações sociais e económicas que o mundo vivencia neste novo século. O desenvolvimento do comércio internacional e a globalização provocaram um crescente aumento do número de litígios que assolaram os Tribunais. Por outro lado, os próprios litígios apresentam mudanças em termos materiais. De conflitos predominantemente relativos a direitos reais, passaram a ser frequentes conflitos respeitantes ao incumprimento contratual ou à reclamação para cobrança de dívidas. A complexidade da matéria objecto de um processo também aumentou, o que exige uma adequada actualização jurídica e preparação técnica por parte dos juízes.

Perante este cenário problemático há que pensar e buscar soluções. Um dos caminhos seguidos foi o recurso aos meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Todavia, e não obstante a “crise da justiça” ser o motor dos desenvolvimentos que estes meios vêm vivenciando nos últimos anos, a verdade é que pensamos que o poder político não poderá pensar esta via como a solução universal e total para os problemas da justiça ou para a diminuição da saturação processual dos Tribunais Judiciais. Esta será uma consequência inevitável da implementação dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, mas não deverá constituir o seu objectivo primordial, nem o critério dominante das políticas dos Governos em relação a estes meios.

De facto, não propugnamos que os meios extrajudiciais de resolução de conflitos sejam fomentados como remédios curativos dos sintomas de doença que a Justiça enfrenta actualmente. Em causa estão meios com especificidades próprias que as partes elegem

porque os consideram a melhor forma de resolver as suas disputas. Assim, a implementação destes meios terá se justificar-se pelas vantagens da sua aplicação e a sua adesão promovida pela crescente reivindicação dos cidadãos que pretendem resolver por si mesmos os seus próprios conflitos. Um dos elementos essenciais dos meios extrajudiciais é, com efeito, a participação das partes. Se na arbitragem esta participação se verifica na escolha dos árbitros, já na mediação as partes não só podem eleger o mediador, como também têm ambas de acordar a solução final do conflito.

Esta crescente participação das partes na resolução dos seus conflitos reflecte uma nova perspectiva do próprio conceito de “fazer justiça”. Alguns autores falam a este respeito de direitos processuais de terceira geração, defendendo que, se em termos materiais surgiram novos direitos humanos como o meio ambiente, a genética, ou os *media*, também em termos processuais o direito à informação, à participação na decisão do conflito e o acesso à justiça constituiriam direitos processuais de terceira geração.

Independentemente da perspectiva doutrinal adoptada, consideramos evidente que os meios extrajudiciais de resolução de conflitos são formas de desenvolver e defender o acesso ao Direito e à Justiça que, para Cappelletti e Garth, não significa unicamente configurar o sistema jurídico como acessível a todos os cidadãos, mas também, e principalmente, garantir a efectividade dos direitos. Deste modo e tendo em conta esta definição, o direito de acesso à justiça não se esgota, nem concentra, em exclusivo nos Tribunais, abarcando igualmente todas as vias acessíveis aos cidadãos para fazer valer os seus direitos.

Na senda das considerações que tecemos anteriormente, o presente trabalho dedicará o Capítulo I ao estudo genérico do actual quadro dos meios de resolução de conflitos abarcando, quer o sistema judicial, quer, extrajudicialmente, a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação. Se o conflito é inerente à coexistência social é importante que o cidadão conheça e tenha presentes quais os meios disponíveis para a resolução dos seus problemas jurídicos. Nos tempos primitivos, a autotutela constituía o meio de resolução de conflitos por excelência, traduzido na máxima “olho por olho, dente por dente” da Lei de Talião. Face à violência inerente à autotutela, esta via foi proibida desde o Direito Romano, sendo permitida actualmente apenas em situações excepcionais e devidamente justificadas.

Surtem então os sistemas de composição de conflitos que visam a concertação de interesses e pretensões referidas aos mesmos bens, garantindo a harmonia social através da atribuição ou repartição dos mesmos. Tais sistemas podem ser autocompositivos (quando os sujeitos activos da composição de conflitos sejam as próprias partes da disputa) ou heterocompositivos (quando o conflito é decidido por um terceiro independente e externo ao mesmo). Tendo em conta o actual contexto insere-se no campo da autocomposição a mediação, a negociação e a conciliação, e, no que concerne à heterocomposição, inclui-se a arbitragem e o sistema judicial. No seu conjunto, estes constituem os meios disponíveis aos cidadãos para resolução dos seus conflitos.

O objecto de estudo do Capítulo I centra-se nos meios extrajudiciais, que se assumem como movimento nos E.U.A., denominado *Alternative Dispute Resolution* (sob a sigla ADR). Ao lado dos meios primários de resolução extrajudicial de conflitos, como sejam a mediação, a negociação a conciliação e a arbitragem, emergem naquele país formas híbridas que conjugam as características dos meios existentes e que ganham crescente adesão, concretamente o *Mini-Trial*, o *Summary Jury Trial*, o *Early Neutral Evaluation*, as *Settlement Conferences* e os sistemas Med-Arb ou Arb-Med, os quais são sumariamente analisados no ponto 2.1.1. deste primeiro Capítulo. Na Europa, os ecos do movimento de defesa de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos fazem-se ouvir com maior intensidade depois do Conselho Europeu de Tampere em 1999 e a partir desta data a previsão normativa daqueles meios é reforçada, como damos conta no ponto 2.2. do Capítulo I.

Tendo em conta o incremento que estes mecanismos evidenciam nos ordenamentos jurídicos europeus nos finais do Século XIX e inícios do Século XX, a sua defesa e regulamentação passa a constituir um segmento de concretização do próprio Direito de Acesso à Justiça, elevado à categoria de direito fundamental. Este pensamento, plasmado por Cappelletti e Garth, exige, conseqüentemente, a análise da admissibilidade dos meios extrajudiciais no âmbito da Constituição Espanhola e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que consagram no art. 24 e no art. 6, respectivamente, o direito a que todos os cidadãos possam obter uma decisão de um Tribunal Judicial no exercício processual dos seus direitos e interesses legítimos. Conclui-se, no ponto 4 do Capítulo I deste trabalho, que são admissíveis limitações ao Direito de Acesso à Tutela Judicial Efectiva, concretamente através da previsão e regulamentação de mecanismos de ADR,

quando as mesmas sejam justificadas e não importem a consagração de obstáculos legais excessivos que careçam de razoabilidade e proporcionalidade relativamente aos fins perseguidos pelo legislador. Na verdade, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos constituem uma outra forma de fazer justiça, que não colide com a via judicial, mas antes respondem às aspirações de uma justiça mais próxima dos cidadãos.

Esclarecida a admissibilidade dos mecanismos extrajudiciais perante os textos fundamentais, torna-se necessário perceber a relação destes meios com os “tradicionalis” Tribunais Judiciais, os quais poderão constituir vias alternativas (se apresentam competência paralela para resolver o mesmo tipo de litigância), complementares (se os ADR resolvem conflitos que não são resolvidos pelos Tribunais ou dificilmente serão carreados a juízo) ou mesmo substitutivas (se se verifica uma transmissão de competências dos Tribunais para os ADR relativamente a determinados conflitos). O tipo de relação concreta entre ambos os sistemas dependerá das particulares opções que o Estado adopte na regulamentação legal dos preditos mecanismos extrajudiciais.

O critério a ter em conta pelo legislador, e que orientará as políticas do Estado nesta matéria, deve basear-se na premissa de que cada meio tem as suas especificidades, vantagens e inconvenientes, permitindo responder a diferentes tipos de litígios de forma diferenciada. Por isso se considera preferível o vocábulo “apropriado” para definir os meios de resolução extrajudicial de conflitos.

Na senda de Lon Fuller que atribui a cada meio de resolução de conflitos uma particular integridade funcional e uma moralidade própria, Sander e Rozdeiczner propõem um método de selecção do meio adequado a cada situação conflitual, atendendo aos objectivos das partes, às características de cada procedimento e, em terceiro lugar, à capacidade de cada mecanismo para superar os impedimentos à resolução do conflito. Concluem os autores que o método que apresenta maiores vantagens é a mediação, devendo constituir o *starting process* na resolução de uma disputa.

Esta teoria constitui um bom ponto de partida para a reflexão sobre a implementação na Europa de um modelo adaptado de “Tribunais Multi-portas”, existentes nos E.U.A. sob a designação *Multidoor Courthouse*. Estas entidades, propostas pela primeira vez em 1976 por Frank Sander na *Pound Conference*, assentam na ideia de integrar num mesmo espaço físico os vários métodos de resolução de conflitos. Segundo o autor, o conflito

levado ao “Tribunal Multi-portas”, seria recebido por um funcionário que, depois de analisar a natureza do mesmo, apontaria à(s) parte(s) o método apropriado à sua solução.

Deste modo, o edifício institucional no qual estariam integrados os vários mecanismos abrangidos no sistema de resolução de conflitos de um determinado Estado, estaria dividido em várias portas (representando os vários meios), que seriam abertas tendo em conta a sua adaptabilidade e vantagens resolutivas em relação ao litígio. Segundo a tese de Sander e Rozdeiczer, com a qual se conclui o Capítulo I, a mediação deveria constituir a primeira porta que se abriria aos cidadãos para a tentativa de resolução do seu litígio por acordo. Frustrada esta via, as partes poderiam recorrer aos restantes mecanismos integrados no Tribunal Multi-portas, como a arbitragem ou o processo judicial.

Aberta a porta dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, focamos as nossas atenções na mediação, uma vez que esta constitui um meio de crescente importância no actual panorama europeu, como demonstra a publicação, pela União Europeia (UE), da Directiva 2008/52/CE, de 21 de Maio de 2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Assim, no Capítulo II da nossa Tese apresentamos a teoria geral da mediação, definindo este mecanismo e caracterizando-o, por forma a plantar o seu tronco jurídico. Começamos por aprofundar as suas raízes ancestrais para perceber a evolução da mediação até aos nossos dias, quer no contexto norte-americano, quer na realidade histórica de Espanha.

Por outro lado, constituindo a mediação um mecanismo de solução de problemas jurídicos, torna-se imprescindível analisar a sua normatização legal. Examinamos as tendências e modelos de regulamentação adoptados no mundo, respondendo ao “Dilema da Diversidade-Uniformidade”. De facto, a regulamentação deste mecanismo é uma questão controvertida fruto das dificuldades em alcançar flexibilidade e informalidade, sem negligenciar parâmetros de qualidade, sendo efectivo o risco de exclusão de certas práticas em nome de uma proclamada uniformidade. Assim, o “Dilema da Diversidade-Uniformização” visa equilibrar os dois pratos da balança em matéria de regulamentação da mediação, tentando encontrar o ponto óptimo entre a sua flexibilidade e a sua inerente capacidade de adaptação a diversos conflitos protagonizados por diferentes mediados e, ao mesmo tempo, assegurar a segurança e qualidade deste método, pretendendo-se que os cidadãos não sejam afectados por más práticas profissionais dos mediadores.

Em termos genéricos, e entendida em sentido amplo de regulação, podemos catalogar quatro formas essenciais de regulamentação, concretamente: (1) a regulação do mercado (*market regulation*), a auto-regulação (*self-regulation*); a regulamentação-quadro (*formal framework*) e a regulamentação legislativa (*formal legislative approach*). Em ordenamentos jurídicos como o espanhol e o português, a lei desempenha um papel fundamental na regulação da vida dos cidadãos em sociedade. Assim, a regulamentação legislativa é a que melhor se adequa aos nossos sistemas, sendo a via preferida política, social e juridicamente.

É nosso entendimento, todavia, que o método e as técnicas do mediador não devem estar regulamentadas por lei ou outro documento com força legal. A flexibilidade inerente a este mecanismo de resolução de conflitos exclui que o legislador determine por lei a sequência de actos conducentes à solução da disputa por mediação. Cada mediador deverá ter liberdade de decisão relativamente às técnicas a utilizar em cada caso, na medida em que cada conflito exigirá diferentes *skills*. Em relação a estas questões, o método de regulação a adoptar deverá ser a auto-regulação ou a regulação do mercado, sendo certo que as concretas opções do mediador reflectir-se-ão no seu sucesso, constituindo a sua melhor publicidade e excluindo-se os profissionais menos capazes.

Desta forma, o campo de actuação e intervenção do legislador residirá nas questões jurídicas levantadas pela aplicação e implementação da mediação em cada Estado, devendo estabelecer-se por lei, designadamente, os elementos nucleares do conceito de mediação (sem restringir ou definir as técnicas do mediador), os princípios essenciais deste mecanismo, (como a voluntariedade, a confidencialidade ou a igualdade das partes), os parâmetros de qualificação dos mediadores (com o objectivo de promover a própria qualidade da mediação), a execução judicial do acordo de mediação, bem como os efeitos nos prazos de prescrição e de caducidade, entre outros aspectos jurídicos.

Estas são, de facto, algumas das questões regulamentadas nos principais documentos legais que analisamos ao longo do nosso trabalho, como o *Uniforme Mediation Act* dos E.U.A., a Lei Modelo da UNCITRAL relativa à conciliação, a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio, e, ainda, o Projecto de Lei de Mediação em assuntos civis e comerciais, aprovado em Espanha pelo Conselho de Ministros em Abril de 2011.

Apresentado o enquadramento histórico da mediação e definida a temática da sua regulamentação legal no quadro dos principais documentos normativos neste âmbito, expomos no ponto 3 do Capítulo II os elementos definitórios deste mecanismo, fundamentais à sua caracterização e distinção relativamente a outros meios similares, como a conciliação e a negociação. Na verdade, face à regulamentação legal da mediação, torna-se imprescindível apresentar as suas notas caracterizadoras, por forma a definir o próprio âmbito de aplicação das normas legais que lhe são aplicáveis.

A primeira nota que atribuímos à mediação é a sua consideração como um método [do grego *μέθοδος* (*meta* = fim y *odos* = caminho)], querendo significar um caminho para se chegar a um fim. Enquanto método, a mediação implicará a aplicação de metodologias, instrumentos e técnicas específicas a cada caso concreto, as quais dependerão das particularidades dos conflitos e das próprias partes, podendo sofrer alterações tendo em conta os resultados e as variáveis do caminho seguido pelo mediador, almejando a resolução da disputa por acordo. A conceptualização da mediação como um método permite-nos distinguir o objecto do nosso estudo de outras formas de resolução de conflitos sociais, através da intersecção de um terceiro, como um amigo ou um colega de trabalho, que, recorrendo à sua experiência de vida, procura a reconciliação entre dois ou mais sujeitos em disputa.

Um segundo elemento essencial à mediação respeita ao seu objecto, o qual se consubstancia num conflito jurídico traduzido numa controvérsia entre duas ou mais partes relativa a uma determinada questão de direito, que pode ser resolvida por outras vias que não o processo judicial. Neste âmbito é comum distinguir-se este conceito do termo “litígio”, que aparece associado às pendências em Tribunal, apresentando como sinónimos as palavras pleito, demanda ou contestação judicial. Norteados pelo objectivo de traçar a linha meridional entre o mundo judicial e o mundo extrajudicial, reservamos o termo litígio para as controvérsias carreadas a Tribunal e apontamos o conceito conflito como o objecto da mediação. Por outro lado, a índole jurídica dos conflitos resolvidos por este mecanismo, permite distingui-lo de outras formas de resolução de outro tipo de problemas, como a terapia ou a psicologia.

Nesta sede, importa definir o âmbito da aplicação da mediação, analisando-se o problema da *mediabilidade*, ou seja, interessa perceber se poderá ser resolvido através deste

mecanismo qualquer conflito ou se, pelo contrário, haverá questões jurídicas que não poderão ser submetidas à actividade mediadora. A Directiva 2008/52/CE no seu art. 1, n.º2, consagra o critério da disponibilidade de direitos, o qual é também acolhido pelo Projecto de Lei de Mediação espanhol e pela generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, como se verifica em Itália, na Grécia, na Roménia ou na Eslovénia. França, por seu turno, adopta, ainda que apenas doutrinalmente, o critério da ordem pública para a definição da mediabilidade. Já a legislação portuguesa, que através da Lei n.º29/2009, de 29 de Junho, introduz a regulamentação legal da mediação no Código de Processo Civil português, nos arts. 249-A a 249-C e art. 279-A, é omissa a este respeito, parecendo que não inclui qualquer restrição neste âmbito e, por isso, admitirá a aplicação da mediação em qualquer conflito.

Perante a diferenciação de critérios adoptados nos diversos ordenamentos jurídicos, concluímos que o critério da mediabilidade deverá assentar em razões inerentes à própria mediação e modo de actuação da mesma, devendo nestes casos a lei excluir expressamente a sua aplicação. É o que se verifica, a título de exemplo, no âmbito penal relativamente aos crimes sem vítima. De facto, se as metodologias inerentes à mediação implicam o diálogo entre as partes em conflito, o mesmo será impossível de concretizar se em causa está um delito sem vítima. No que concerne à indisponibilidade de direitos não consideramos que este represente o critério óptimo de determinação da mediabilidade, desde logo, porque a mediação familiar e penal constituem terreno fértil em direitos indisponíveis e, não obstante tal facto, traduzem dois dos âmbitos mais profícuos de aplicação deste mecanismo, estando inclusivamente regulamentados legalmente.

Por outro lado, a adopção de tal critério exigiria que o mediador apresentasse formação jurídica académica para avaliar da existência de direitos indisponíveis em cada caso. Todavia, a legislação existente, concretamente em Portugal, não consagra este requisito formativo como condição *sine qua non* para o acesso à actividade de mediador. A mesma objecção é dirigida ao critério da ordem pública, na medida em que também esta referência implicaria um juízo prospectivo de avaliação do conflito no sentido de perceber-se se a matéria conflitual colide ou não com questões de ordem pública.

Acresce que, muitas vezes, só depois de terem início as sessões de mediação se determina verdadeiramente qual a questão em disputa e, portanto, poder-se-ia nesta altura ter de dar por terminada a mediação apenas e tão só porque o conflito contende com aquele critério. Os defensores da ordem pública como critério da mediabilidade confundem a aplicação da mediação com o conteúdo dos resultados que se obtêm por esta via. Assim, consideramos que qualquer acordo obtido em sede de mediação não poderá violar a ordem pública, mas não vislumbramos razões para que não se possa resolver o conflito por este mecanismo somente porque em causa possam estar questões de ordem pública, se e quando o acordo final restabelecer e respeitar este baluarte jurídico.

Com a crescente aplicação da mediação que se perspectiva em Espanha, mas também em Portugal e nos restantes países da UE, pensamos que a mediação deva ser possível em relação a todas as matérias, excepto as expressamente excluídas pelo legislador atendendo a razões relativas ao seu funcionamento ou com fundamento na necessidade de protecção de bens e direitos públicos por opção legislativa.

O terceiro elemento caracterizador da mediação assenta nos seus sujeitos principais e na relação entretecida entre os mesmos. É essencial à aplicação deste mecanismo a existência de pelo menos dois mediados com interesses antagónicos que protagonizam o conflito e um mediador ou equipa de mediadores que procuram ajudar as partes na construção da solução para a disputa que as opõe. A intervenção entre estes intervenientes principais não traduz a comum relação processual tripartida e triangular que coloca o juiz no vértice superior do triângulo e as partes em cada um dos vértices inferiores. No âmbito da mediação, a relação estabelecida entre mediador e mediados baseia-se num círculo de inter-relacionamento entre todos os intervenientes, na medida em que o trabalho e objectivos de cada um estarão na directa dependência dos restantes.

A competitividade inerente ao conflito terá de dar lugar à cooperação e participação seja do mediador, seja das partes, se se pretende alcançar um acordo que ponha fim ao conflito. A participação activa das partes e o seu *empowerment* é inerente a este mecanismo autocompositivo, não se restringindo o seu papel à mera eleição deste método e do respectivo mediador. De facto, as partes constituem peças fundamentais no

xadrez do seu conflito, dependendo a resolução da controvérsia da sua capacidade de construção do acordo final, apoiados pela intervenção especializada do mediador.

Na mediação poderão ainda participar outros intervenientes que, não sendo essenciais ou fundamentais à resolução do conflito, assumem a designação de participantes eventuais ou facultativos. Neste conjunto inserem-se os peritos, os familiares ou amigos. Constituem igualmente participantes eventuais os advogados ou defensores legais, cuja participação pode ser aconselhável para gerar a confiança dos mediados neste mecanismo quando este se traduz numa experiência inovadora e não vivenciada anteriormente. Estes profissionais do foro podem ainda desempenhar um papel importante no aconselhamento jurídico relativamente ao acordo final de mediação e das concretas estipulações contratuais a convencionar pelas partes.

Um quarto e último elemento definitório da mediação consubstancia-se no seu resultado, ou seja, no negócio jurídico mediado tutelado pelo direito e constituído, em regra, por várias declarações de vontade geradoras dos efeitos jurídicos queridos pelas partes. Este resultado é meramente potencial, na medida em que a mediação poderá terminar sem acordo, e adquire um carácter peculiar em virtude do seu modo de criação (pelas próprias partes do conflito através de técnicas metodológicas específicas aplicadas pelo mediador), do seu conteúdo (que almeja satisfazer todos os interesses em jogo pelas partes), e da voluntariedade intrínseca (pois é estabelecido contratualmente e não imposto pela força ou por qualquer outro mandato como ocorre na arbitragem).

A natureza contratual da mediação repercute-se, desde logo, na impossibilidade de recurso do acordo estabelecido pelas partes, como se verifica no âmbito das sentenças judiciais ou dos laudos arbitrais, nas condições estabelecidas legalmente. Na verdade, como poderá uma parte recorrer do conteúdo de um acordo que ajudou a construir e ao qual deu o seu consentimento? Tal impugnação significaria um verdadeiro *venire contra factum proprium*, que consideramos inaceitável. Questão diferente é a solicitação da modificação do acordo de mediação com base na alteração das circunstâncias que fundaram a decisão e o conteúdo das suas cláusulas. Pensemos por exemplo na situação de um pai que aceita pagar uma determinada quantia monetária a título de pensão de alimentos aos seus filhos, mas é posteriormente despedido do seu emprego sendo-lhe impossível suportar a importância estabelecida. Neste caso, o mediado afectado pela

nova situação factual poderá solicitar uma nova mediação para se proceder à avaliação dos novos acontecimentos, não consubstanciando este pedido um recurso ou uma impugnação, mas sim uma modificação do acordo contratualmente estabelecido à luz do princípio *rebus sic stantibus*.

A índole contratual do acordo de mediação contrasta igualmente com o valor de sentença das decisões judiciais ou dos laudos arbitrais. Neste âmbito levanta-se o problema da executoriedade do negócio jurídico mediado e das condições necessárias para que aquele constitua título executivo, prescrevendo a Directiva 2008/52/CE no seu art. 6, n.º1, que os Estados membros devem garantir que as partes possam solicitar o carácter executivo do acordo obtido em mediação. Nesta matéria, duas possibilidades podem ser cogitadas: (1) ou se consagra a necessidade de homologação do acordo de mediação por um juiz ou notário, para que adquira força executiva, tal como se prescreve no ordenamento jurídico português (art. 249-B do CPC), francês (art. 131-12 do CPC) ou belga (art. 1733 do Código Judiciário), citando apenas alguns exemplos; ou (2) estabelece-se a executoriedade directa dos acordos de mediação, sem necessidade de qualquer acto posterior, como parece deduzir-se do art. 24, n.º3 do Projecto de Lei de Mediação espanhol.

No que concerne à executoriedade directa do acordo de mediação, a mesma apresenta-se como a solução que reforça a eficácia deste método, contribuindo para a sua afirmação como um mecanismo de resolução de conflitos de igual valor à arbitragem e ao próprio processo judicial. Acresce que, tal prescrição constituiria uma via mais expedita e simples para os cidadãos, na medida em que desta forma não seriam necessários dois processos judiciais (um para a declaração de direitos plasmados no contrato e outro para a sua execução), dando-se concretização ao princípio da economia processual.

Contudo, esta solução obrigaria a que as normas processuais de cada ordenamento jurídico plasmassem duas condições essenciais à prescrição desta via. Por um lado, seria necessário que a lei admitisse expressamente os acordos de mediação como títulos executivos. Por outro lado, a lei processual teria de prever indubitavelmente a possibilidade de o juiz do processo de execução emitir um despacho preliminar relativo à conformidade do acordo de mediação com a ordem pública ou, em alternativa, prescrever como causas de oposição ao processo executivo qualquer violação de normas imperativas

ou da ordem pública pelas estipulações contratualizadas pelos mediados. Observados estes dois requisitos, realizar-se-ia num único processo o controlo de validade do acordo no que tange à ordem pública e às normas imperativas e a execução do negócio jurídico mediado.

Portugal, não obstante ter adoptado a necessidade de homologação do acordo de mediação no art. 249-B do CPC, poderia ter consagrado a executoriedade directa do negócio jurídico mediado, bastando para tal ampliar o art. 46 do CPC abrangendo, ao lado das sentenças arbitrais, os acordos de mediação e criando depois, no art. 812-D, da mesma legislação, a necessidade de o juiz do processo proferir decisão prévia para verificar a conformidade do acordo de mediação com a ordem pública ou com as normas imperativas. Esta é uma possibilidade que já existe no ordenamento jurídico luso no que respeita, por exemplo, às actas de condomínio, não se vislumbrando obstáculos para que o mesmo regime executivo se preveja em sede de mediação.

Relativamente à possibilidade de homologação do acordo de mediação, solução prescrita pela Directiva 2008/52/CE, no seu art. 6, n.º2, esta solução tem a vantagem de permitir que os mediados certifiquem e avaliem a legalidade dos acordos convencionados, principalmente quando o mediador não tem conhecimentos jurídicos. Deste modo, depois de obtido o acordo, as partes podem perceber se as suas convenções são legais e podem ser executadas judicialmente. Não sendo juridicamente conformes as prescrições legais, poderão voltar à mediação para modificar ou completar o acordo. O inconveniente da homologação do acordo assenta na exigência de duas acções judiciais, uma para a homologação e outra para a sua execução, o que peca em termos de economia processual.

Uma questão importante em sede de homologação do acordo de mediação reside no critério homologatório, ou seja, importa definir quando poderá ser recusada por um juiz a força executiva de um acordo dos mediados. Parece-nos incontestável que não poderão estar em causa todas as disposições legais que compõem um determinado ordenamento jurídico, na medida em que, no âmbito do direito dispositivo, o princípio da autonomia da vontade é soberano e as partes podem afastar este tipo de normas legais. Mais duvidoso é o terreno das normas imperativas.

Assim, nesta sede, consideramos que a ordem pública deverá ser o critério basilar a atender no acto de homologação. No que respeita às normas imperativas, sempre que o

juiz possa concluir com toda a certeza que uma norma imperativa está violada no negócio jurídico mediado deverá recusar a homologação e convidar as partes a aperfeiçoarem o seu acordo. Na verdade, permitir a execução de acordos que violem normas imperativas poderá constituir um perigo e obstáculo à confiança que os cidadãos devem depositar neste método. Por outro lado, os mediados poderiam recorrer à mediação como forma de obter, por esta via, o que o sistema judicial jamais permitiria, numa atitude de manifesta fraude à lei. Acresce que, não nos parece correcto que o sistema judicial possa executar acordos de mediação nulos por violação de normas imperativas, situação que não contribuiria para a sua credibilidade e posição de bastião na defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

Apresentados e estudados os elementos essenciais da mediação, cumpre analisar a sua natureza jurídica, podendo afirmar-se que a mediação é contratual na sua origem e resultado, privada na sua natureza e autocompositiva e não adversarial na sua função.

No que concerne à natureza contratual, esta projecta-se na existência de um contrato de mediação através do qual as partes de um conflito emitem as suas declarações de vontade tendentes a manifestar o seu consentimento à resolução do conflito por este meio. A participação do mediador não é elemento essencial a esta figura contratual, na medida em que este profissional poderá ser designado automaticamente, como se verifica no âmbito dos sistemas de mediação institucionalizados existentes em Portugal. Este contrato de mediação deverá ser reduzido a escrito por forma a implicar para as partes uma reflexão relativamente à sua decisão de resolver o conflito por esta via e evitar desistências que frustrem as legítimas expectativas da parte contrária. A redução a escrito será, assim, um importante factor de solenidade, certeza e segurança jurídicas. Por outro lado, este contrato de mediação deverá respeitar os requisitos gerais dos contratos, designadamente, a capacidade das partes, não devendo ser admitida a aplicação da mediação a menores, interditos ou inabilitados, excepto nos casos especiais da mediação escolar ou da mediação de jovens delinquentes.

Atendendo ao princípio da autonomia da vontade é admissível e cogitável a inserção de cláusulas de mediação no âmbito de um qualquer contrato, através das quais as partes aceitam que os litígios resultantes daquela especial relação contratual sejam resolvidos por mediação. A existência de cláusulas de mediação é reconhecida no Projecto de Lei de

Mediação, quando no seu art. 3, n.º2 admite a possibilidade de contratualização por escrito do compromisso de submeter a este mecanismo as controvérsias que possam surgir no âmbito da relação contratual entretida entre os contraentes, prescrevendo ainda que a predita cláusula produzirá efeitos mesmo que o conflito verse sobre a validade ou existência do contrato em que conste.

Com a difusão da aplicação da mediação incrementar-se-á a existência deste tipo de cláusulas no âmbito das relações contratuais, sendo importante avaliar qual a sua eficácia e execução quando as mesmas sejam incumpridas. A questão ganha maior acuidade se tivermos em conta o respeito pelo princípio da autonomia privada, na medida em que em causa estará exigir que uma parte cumpra a estipulação contratual de realizar a mediação quando essa já não seja a sua vontade.

Este problema é discutido na doutrina estrangeira, sobretudo nos países da *Common Law*, a respeito das designadas “*multi-step clauses*”, “*multi-tier clauses*” ou “*ADR clauses*”. Estas cláusulas são incluídas em contratos, estabelecendo várias fases ou etapas de resolução de um conflito, envolvendo diferentes procedimentos. Em geral, as partes acordam que a tentativa de resolução do seu conflito tenha início através de meios autocompositivos, como a mediação, e somente frustrando-se esta vias resolutivas, poderão as partes recorrer aos Tribunais Judiciais ou à arbitragem. Assim, a questão que se coloca é a de saber quais as consequências jurídicas quando uma das partes recorre ao Tribunal Judicial ou a arbitragem sem promover a tentativa de resolução do conflito por mediação, tal como prescrito e contratualmente aceite pela parte incumpridora. Deverá estabelecer-se uma sanção para este incumprimento, ou deverá o juiz suspender o processo, reencaminhando as partes para o meio estabelecido no contrato como preferente?

O Projecto de Lei de Mediação em Espanha prescreve no art. 7, n.º2, que quando exista um pacto por escrito que expresse o compromisso de submeter a mediação as controvérsias que possam emergir entre as partes, deverá ser intentado este procedimento antes do recurso à jurisdição ou a qualquer forma extrajudicial de resolução de litígios. Pese embora a norma legal não ser clara e inequívoca, parece deduzir-se da mesma que a intenção do legislador residiu na criação de um obstáculo ou excepção ao exercício da

acção judicial, sendo inadmissível o decurso do processo judicial enquanto as partes não promovam a mediação.

Da análise da problemática em apreço, e relativamente aos efeitos de uma cláusula de mediação incluída num contrato, vislumbram-se duas possibilidades. A primeira possibilidade assenta na atribuição de eficácia obrigacional a estas estipulações, funcionando as regras da responsabilidade contratual em caso de incumprimento das mesmas, podendo haver lugar a uma indemnização pelos danos sofridos. Esta solução é considerada débil pela doutrina, uma vez que levanta algumas dificuldades em termos de prova dos danos sofridos. Na verdade, será difícil estabelecer o nexo de causalidade entre os danos sofridos pela não realização da mediação, porquanto ainda que a mediação fosse levada a cabo, a mesma poderia terminar sem acordo e sem que a solução do conflito fosse possível.

A segunda possibilidade reside na outorga de efeitos processuais às cláusulas de mediação. E nesta vertente são ainda conjecturáveis duas opções: (1) o legislador pode prescrever a inadmissibilidade da acção por incumprimento de uma condição prévia e necessária ao processo, na medida em que as partes não respeitaram um trâmite obrigatório para recorrer a Tribunal Arbitral ou Judicial; (2) ou a lei estabelece a suspensão do processo judicial ou arbitral para que as partes promovam a mediação.

A solução que nos parece adequada é a última, consubstanciada na suspensão do processo pelo juiz ou árbitro, para que possa ser levado a cabo o procedimento de mediação estabelecido contratualmente pelas partes. Esta perspectiva realiza, em toda a latitude, o princípio *pacta sunt servanda*, concretizando igualmente o princípio da economia processual, na medida em que não só evita um novo processo judicial com o mesmo objecto (na situação da mediação terminar sem acordo), como possibilita que o juiz homologue, no âmbito do processo promovido, o eventual acordo obtido através de mediação. Por outro lado, no momento da suspensão do processo, o juiz avaliaria a validade e eficácia quer do contrato, quer da própria cláusula, verificando se a mesma padeceria de algum vício. A tese que defendemos necessita, todavia, de uma prescrição legal clara nesse sentido, em virtude do direito fundamental à tutela judicial efectiva, somente sendo possível condicionar direitos fundamentais existindo uma norma legal expressa.

Uma segunda nota caracterizadora da natureza da mediação respeita ao seu carácter privado, corroborado pela aplicação constante do princípio da autonomia privada em todo o procedimento. Com efeito, a mediação apenas poderá ter lugar se as partes concordaram e deram consentimento à sua realização. Uma vez iniciada a resolução do conflito através de mediação, as partes poderão desistir a qualquer momento. O desenvolvimento das sessões de mediação dependerá sempre da participação das partes através de um diálogo construtivo que as possa conduzir ao acordo final. E a solução final do conflito por este mecanismo é única e exclusivamente resultado da actuação dos mediados, plasmada no acordo de mediação. Assim, a autonomia privada é o farol que ilumina todo o caminho da resolução de um conflito por mediação.

Em terceiro lugar, a natureza jurídica da mediação é caracterizada pela sua vocação autocompositiva e índole não adversarial, notas que nos permitem distinguir este mecanismo dos restantes meios de resolução de conflitos, pelo modo particular como realiza a sua função, conformando uma outra forma de fazer justiça. O conceito de justiça vem sendo discutido ao longo dos séculos e em diferentes culturas, dependendo de diversas variáveis político-sociais. Numa perspectiva aristotélica, justiça significava a virtude de dar a cada um o que lhe é devido, traduzindo a ideia “*suum quique tribuere*”. Seguimos Cardona Ferreira quando considera que Justiça é a solução de um conflito que se alcança quando os cidadãos, conhecedores dos factos e reflectindo de boa fé, pensam e sentem a solução como a correcta.

Assim, considerada a Justiça percebemos que os Tribunais não são o único sistema possível de realização do caso concreto. Progressivamente, o sistema judicial vai perdendo a condição de instrumento exclusivo de prossecução da justiça, indo germinando a seu lado outros mecanismos válidos e idóneos de realização da mesma, como a mediação. Com efeito, são as partes que conhecedoras dos factos inerentes ao conflito e agindo de boa fé, compõem a solução para a sua disputa e a aceitam porque a sentem como um resultado justo. A justiça não é assim alheia à mediação e o seu carácter autocompositivo e não adversarial constitui a sua essência intrínseca e contribui para a realização da justiça do caso concreto.

Apontados os elementos caracterizadores da mediação, assim como as componentes da sua natureza jurídica, dispomos das premissas necessárias para distinguir a mediação de

outros mecanismos de resolução de conflitos, heterocompositivos e autocompositivos. A principal distinção a traçar nesta sede reside na diferenciação entre mediação e conciliação, que não só constituem meios autocompositivos, como se caracterizam ambos pela intervenção de um terceiro neutral e independente que pretende ajudar as partes na resolução da controvérsia que as opõe. De facto, a implementação da mediação junto dos cidadãos exige que se evite a proliferação de significados contraditórios quanto a este método. Acresce que, face à crescente regulamentação legal da mediação, resultante do imperativo europeu vertido na Directiva 2008/52/CE, torna-se importante determinar quando estamos perante a mediação ou perante a conciliação e que mecanismos estão abrangidos pelo âmbito normativo da legislação existente.

A nossa postura decanta-se a favor da consideração da conciliação como um mecanismo afecto ao processo e, pelo contrário, da mediação como um método não processual. Assim, o termo conciliação deverá limitar-se à tentativa de resolução do conflito por acordo levada a cabo no âmbito de um processo jurisdicional, administrativo ou arbitral, seja pelo *decidendi* responsável pelo mesmo, seja por terceiro com uma conexão directa ao processo, como sejam os secretários judiciais, sejam os advogados ou procuradores das partes. Esta posição justifica que os advogados possam tentar obter acordo com a parte contrária e, frustrada esta possibilidade, sigam a via judicial, o que nunca se verificará na mediação. Na verdade, se o mediador não lograr a obtenção de acordo em sede de mediação, a sua intervenção termina, não podendo inclusivamente ser testemunha num futuro processo judicial ou arbitral sobre os factos narrados durante as sessões a que presidiu.

Desta forma abrangemos na nossa perspectiva quer a conciliação judicial, quer a conciliação extrajudicial, pois incluímos no conceito as tentativas de obtenção do acordo em processo judicial, administrativo ou arbitral através dos respectivos responsáveis, como também as situações em que a tentativa de acordo é promovida pelos advogados das partes, previamente ou durante o processo. O termo mediação deve, pelo contrário, ser atribuído ao método de resolução de conflitos no qual as partes são auxiliadas por um terceiro sem conexão com a disputa e externo ao processo eventualmente em curso ou que se venha a promover (judicial, arbitral ou administrativo). A distinção traçada é também coerente com os princípios da voluntariedade e da confidencialidade.

O Capítulo II termina com o estudo e análise dos princípios fundamentais da mediação. A afirmação deste mecanismo no actual quadro dos meios de resolução de conflitos, exige que este concreto método assente em alguns pilares fundamentais, que constituem simultaneamente condições *sine qua non* do seu funcionamento, concretamente a voluntariedade, a confidencialidade e a igualdade das partes.

No que tange ao princípio da voluntariedade, levanta-se a problemática da admissibilidade de sistemas obrigatórios de mediação, tal como se estabelece no ordenamento inglês no âmbito dos *pre-action protocols*, estabelecendo-se que em matérias específicas as partes deverão primeiramente recorrer a mecanismos judiciais. Se as partes não derem cumprimento a determinado *protocol*, o Tribunal deve suspender o processo para que cumpram as etapas exigidas ou a parte incumpridora é condenada ao pagamento das custas do processo.

Atendendo ao panorama existente nos vários ordenamentos jurídicos europeus e norteamericano, percebe-se que os sistemas obrigatórios de mediação não são inconstitucionais, porquanto não implicam uma restrição total do recurso aos Tribunais Judiciais. Sem embargo, consideramos que a natureza consensual e voluntária da mediação deve ser observada escrupulosamente rejeitando-se qualquer ensaio de implementação de uma obrigatoriedade de recurso à mediação. Se as partes não se sentirem totalmente livres, tal circunstância poderá inviabilizar o acordo e fazer fracassar a mediação. Assim sendo, não nos parecem adequados os sistemas de obrigatoriedade-sanção como o existente na Argentina (com a cominação do pagamento de uma multa quando não se recorra a mediação) ou em Inglaterra (com a possibilidade de condenação da parte incumpridora no pagamento de custas por recusar injustificadamente a aplicação deste mecanismo). Apenas aceitamos a previsão legal de uma mediação sugerida ou induzida como se verifica na Lei dos Julgados de Paz portuguesa (Lei 78/2001, de 13 de Julho), no âmbito dos quais as partes são convidadas a participar numa sessão prévia de mediação, podendo recusar a mesma sem qualquer sanção.

No que concerne ao princípio da confidencialidade, este bastião encontra previsão legal nos diversos documentos normativos que regulamentam a mediação, constituindo condição da sua efectividade e eficácia. Na verdade, a inexistência de confidencialidade inerente à mediação contribuirá para que os mediados ocultem informação ao mediador e

à parte contrária, dificultando conseqüentemente a obtenção de acordo. Por outro lado, a confidencialidade é essencial também à integridade do papel de mediador e à construção de uma relação de confiança entre as partes e este profissional. A prescrição deste princípio é uma preocupação comum aos diferentes ordenamentos jurídicos, devendo o mesmo ser reforçado com a previsão legal expressa de multas para as situações em que se verifique o seu incumprimento. Relativamente ao mediador, deveria regular-se como sanção disciplinaria a violação do princípio da confidencialidade, levando inclusivamente nos casos mais graves à expulsão da prática desta actividade.

Terminamos o Capítulo II com a análise do terceiro princípio essencial à mediação assente na garantia de equidade e igualdade das partes. Nesta sede a doutrina norte-americana analisa a temática do desequilíbrio de poderes entre as partes ou “*power imbalance*” o qual poderá resultar: (1) do diferente acesso a assistência e orientação jurídica; (2) da maior disponibilidade de uma das partes para aguardar a decisão do conflito; (3) da vulnerabilidade à exposição pública por um dos mediados; (4) ou das maiores capacidades de negociação de uma parte em relação à outra. Não obstante estes factores não serem exclusivos da mediação, podendo verificar-se de igual modo no âmbito de um processo judicial, defendemos a consagração legal do dever do mediador terminar a sessão de mediação sempre que considere existir um insuperável desequilíbrio de poder entre as partes, obstaculizador da obtenção de um acordo justo e igualitário.

No Capítulo III focamos a nossa atenção na figura do mediador, personagem principal e essencial à mediação, que apresenta características únicas. O seu carácter peculiar resulta desde logo das técnicas e instrumentos que utiliza na sua actividade e na prossecução dos seus intentos, norteado pelo objectivo de ajudar as partes na construção do acordo de mediação.

A juventude applicativa da mediação justifica a actual inexistência de um estatuto jurídico-profissional do mediador, que regule de forma corporativa o exercício da actividade da mediação como profissão jurídica livre. A este nível torna-se essencial a existência de um Código Deontológico que estabeleça regras e princípios éticos orientadores da conduta deste profissional. Mas tais documentos normativos apenas logram completa applicação se o seu estrito e rigoroso cumprimento for controlado por uma organização profissional que represente os mediadores de um determinado país e

seja responsável pela aplicação de um regime disciplinar pela violação do estatuto que o vincule. Por outro lado, tal organização deverá estabelecer os requisitos necessários ao exercício da actividade de mediador e controlar o acesso à profissão.

A ascensão da mediação à panóplia das profissões jurídicas implicará, de igual modo, a regulamentação legal da responsabilidade dos mediadores, promovendo-se com tal regime a confiança dos cidadãos na mediação. Efectivamente, na sua actividade profissional o mediador poderá ser responsabilizado contratualmente (por violação das estipulações contratuais que estabeleceu com as partes), civilmente (por más práticas profissionais geradoras de danos na esfera jurídica dos mediados), disciplinarmente (em relação às violações dos códigos deontológicos a que está adstrito, e penalmente (sempre que cometa um delito ou crime). Neste contexto será propugnável que a lei exija ao mediador a contratualização de um seguro de responsabilidade civil para cobertura dos danos causados no exercício da sua actividade, à semelhança do que prescreve a Lei de Mediação da Áustria e o Projecto de Lei de Mediação espanhol.

Plantado o tronco jurídico-prático da mediação através da sua teorização geral e análise da figura do mediador, analisamos, no Capítulo IV, os ramos de aplicação específica deste mecanismo. As técnicas da mediação, com a sua inerente flexibilidade permitem o emprego deste mecanismo aos mais diversos domínios conflituais. As disputas escolares, desportivas, comerciais, laborais, civis, de consumo, familiares, penais, administrativas e ambientais, são alguns exemplos de diferentes âmbitos de aplicação da mediação.

No presente estudo restringimos a nossa análise a três matérias específicas, concretamente: (1) a mediação civil, e em especial a mediação familiar, por ser o campo que granjeia maior regulamentação legal e consolidação prática; (2) a mediação penal, pelas dúvidas e críticas que se lhe dirigem, não obtendo até ao momento consagração legal em Espanha; e (3) a mediação administrativa, em concreto a mediação ambiental, pelo seu carácter inovador e ainda desconhecido.

Nas questões familiares, a mediação adquire a maior importância aplicativa pelas características inerentes a este tipo de conflitos, os quais transportam uma carga emocional e psicológica muito densa atendendo às relações próximas ou de sangue que envolvem os mediados e que exigem, por esse facto, um tratamento especial. Acresce que os problemas subjacentes às relações familiares respeitam à esfera privada e íntima

das partes, sendo indesejável a publicidade destes conflitos. Por outro lado, as disputas familiares não são estáticas, mas sim dinâmicas, estando sujeitas a alterações constantes, até porque propendem a manter-se no futuro. As particularidades *supra* mencionadas confirmam os limites do sistema legal, baseado na aplicação da lei, e justificam a progressiva implementação da mediação nesta sede.

Um novo domínio de aplicação da mediação neste âmbito respeita às empresas familiares (reguladas na Lei 7/2001, de 26 de Novembro) e aos conflitos emergentes das mesmas, designadamente em termos de definição da gestão da entidade constituída por um grupo familiar ou alguns membros desse grupo. A mediação poderá constituir um mecanismo proficuo na concepção do “protocolo familiar” e na definição das condições para se ser sócio ou na determinação da participação no capital e património da empresa.

O Capítulo IV, ponto 1, apresenta ainda uma resenha das várias legislações existentes em matéria de mediação familiar nas diferentes Comunidades Autónomas, traçando-se um paralelo comparativo com o sistema público de mediação familiar existente em Portugal. A este nível defende-se a promulgação de uma lei nacional que regule de forma genérica a aplicação deste mecanismo em todo o território espanhol.

A mediação penal constitui também objecto de estudo no Capítulo IV, representando um dos principais instrumentos da Justiça Restaurativa, caracterizada pela inclusão da reparação no âmbito do sistema penal. Os defensores deste novo paradigma encaram o crime não apenas como uma violação da lei, mas principalmente como um facto causador de danos às vítimas, à comunidade e aos próprios agressores. Em Espanha não foi ainda publicada qualquer regulamentação no âmbito da mediação em matéria penal de adultos, a qual é essencial à própria legitimidade dos projectos já existentes nesta matéria. O legislador espanhol deverá consagrar em lei autónoma relativamente aos Códigos Penal e Processual Penal, definindo os tipos de crime que pretenda ver resolvidos ou, pelo contrário, os que considera dever excluir, como o faz quanto à violência de género (art. 44, n.º5, da Lei Orgânica 1/2004, de 28 de Dezembro).

O último ramo de mediação analisado no nosso trabalho tem subjacente os conflitos emergentes em matéria administrativa, dedicando-se especial atenção à mediação ambiental. Este concreto âmbito temático parece constituir um elemento estanho face aos poderes da Administração Pública, que actua sob a égide do seu *ius imperium*, vinculada

ao princípio da legalidade. Contudo, verifica-se hodiernamente uma tendência marcante para promover a “desformalização” da Administração Pública e uma crescente exortação à participação dos cidadãos nas decisões que os afectam, pelo que a mediação vai paulatinamente ganhando espaço no sector público.

Em matéria ambiental, a aplicação da mediação apresenta total justificação face às particularidades dos conflitos que brotam neste âmbito. Com efeito, regra geral, os conflitos ambientais apresentam várias partes em disputa, com interesses distintos e antagónicos, sendo-lhes inerentes questões técnicas e científicas com elevado grau de complexidade e revelando uma projecção ímpar dos seus efeitos nas gerações futuras. Tais particularidades convocam crescentemente a resolução deste tipo de controvérsias através do diálogo, por forma a permitir a construção da solução que ponha fim ao conflito de forma rápida e partilhada por todos os envolvidos.

A mediação ambiental, cuja primeira experiência data de 1973 nos E.U.A., ganha terreno no panorama europeu, onde são vários os projectos que a promovem, de que é exemplo a Rede IMPEL, ao impulsionar a resolução de conflitos de vizinhança através do diálogo. Em Espanha são também relatadas experiências de sucesso na aplicação da mediação no âmbito dos conflitos respeitantes ao Rio Matarraña, alargando-se posteriormente aos conflitos em matéria de água na Comunidade Autónoma de Aragão, projectos levados a cabo pela Iniciativa Social de Mediação (ISM) criada para o efeito. O trabalho da ISM evidenciou os benefícios da aplicação da mediação nas questões ambientais e urbanísticas, revelando vantagens face às decisões unilaterais da Administração Pública.

Após a análise de alguns âmbitos específicos de aplicação da mediação, terminamos o nosso estudo apresentando criticamente as vantagens e inconvenientes deste método de resolução de conflitos. A flexibilidade, a voluntariedade, o *empowerment* das partes na construção da solução para o seu conflito e a criatividade dos acordos alcançados, a inerente preservação das relações humanas e sociais com a conseqüente diminuição dos níveis de conflitualidade, a confidencialidade, a celeridade e os custos reduzidos constituem algumas vantagens reveladas pela aplicação da mediação. Contudo, e não obstante os mencionados benefícios aplicativos, este método apresenta alguns inconvenientes e perigos. Os possíveis desequilíbrios de poder entre as partes, a possibilidade de existência de más práticas profissionais pelos mediadores e algumas

limitações operativas da mediação, constituem aspectos que reclamam um especial controlo por parte do mediador e, simultaneamente, a intervenção do legislador regulando este mecanismo com o fito de minorar os efeitos negativos que aqueles inconvenientes são susceptíveis de produzir.

Tais inconvenientes não eliminam, todavia, o papel fundamental que a mediação desempenhará na Administração da Justiça no Século XXI, promovendo uma maior participação dos cidadãos na resolução dos seus problemas jurídicos e, conseqüentemente, construindo uma justiça mais próxima e adequada a cada situação conflitual, o que justifica o seu estudo e análise norteados pelo objectivo de definir o quadro normativo que este método deve lograr no actual panorama jurídico.

INTRODUCCIÓN

La sociabilidad es una característica de la naturaleza humana y en este encuentro con los demás ciudadanos somos compelidos a repartir el mundo, lo que tiene como consecuencia inevitable el surgimiento de conflictos de intereses. En efecto, el otro aparece como medio u obstáculo en el acceso a diferentes posibilidades. Así se comprende que, para una coexistencia pacífica, el ser humano se enfrente a la necesidad de crear normas y erigir los medios indispensables a la resolución de las disputas emergentes de la convivencia social.

Si en las sociedades primitivas la auto-tutela, concretada en la Ley de Talión, constituía el medio típico para solucionar conflictos jurídicos, ya en las sociedades modernas los Estados asumen esta función y a través los tribunales resuelven los litigios acarreados a juicio. De hecho, los tribunales constituyen hoy la principal vía de resolución de conflictos jurídicos entre los ciudadanos, siendo varias las razones que explican esta realidad¹.

Desde luego, la ausencia de una cultura de transacción ha ubicado a la sociedad en la necesidad de que un tercero decida el conflicto entre las partes. Esta tendencia es consecuencia del “Estado del Bienestar” que se concreta en la premisa de que los Gobiernos deberán satisfacer todas las necesidades de los individuos. Así, se ha fomentado la inercia en los ciudadanos que siempre esperan que los poderes públicos resuelvan sus problemas y también sus conflictos jurídicos².

¹ Apuntando las razones del protagonismo de los tribunales, véase MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, “Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos”, *Evitación del Proceso*, Dir. Fernando Escribano Mora, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pp. 304-305.

² En el mismo sentido Paula Costa e Silva, refiriéndose al modelo del acceso a la justicia de los años 70 a 90 del siglo pasado, considera que “num Estado de Direito, o indivíduo troca, queira ou não, a justiça privada pela justiça pública. Por seu turno, o Estado permuta a anarquia pela organização e prestação de serviços de Justiça, assim se garantindo que todo o conflito seja decidido por um juiz que, tendo o seu estatuto informado pelo princípio do juiz natural, ditará a solução do caso concreto em consonância com os dados do sistema”. Cfr. SILVA, Paula Costa e, “O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade”, *Revista de Processo*, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Año 33, n.º158, abril 2008, p. 94.

Por otro lado, el propio Estado ha incorporado la idea errónea de que debería ser la panacea a todos los problemas sociales o jurídicos. De este modo, atribuyó al Poder Judicial la solución de los conflictos justiciables, olvidando desarrollar otros posibles mecanismos de resolución de litigios. Consecuentemente, el Poder Judicial ha obtenido un creciente protagonismo social, político y jurídico, potenciado también por la Constitución Española de 1978, “a constituirlo en el principal, y a veces único, garante de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos”³. En este sentido el art. 24 de la CE consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el art. 117, apartado 3, atribuye en exclusiva al Poder Judicial la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De la lectura de estas dos normas se levanta una primera cuestión que pretendemos ver respondida en nuestro trabajo y que reside en saber si solamente los tribunales y jueces podrán resolver conflictos intersubjetivos de intereses. En otras palabras, tendremos que preguntar si el ejercicio exclusivo de la jurisdicción por los órganos del Poder Judicial excluye que los conflictos que surgen entre los ciudadanos puedan ser resueltos por otras vías complementarias o alternativas.

Y esta indagación adquiere la mayor importancia cuando están surgiendo desde las últimas décadas del siglo pasado nuevos medios extrajudiciales de resolución de conflictos jurídicos, como el arbitraje o la mediación. De hecho, la defensa de otros mecanismos para resolver litigios fuera de los tribunales se inicia como movimiento pujante en los años 70 del siglo XX en los EE.UU., con la *Pound Conference* subordinada al tema “*Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”. Actualmente tiene ramificaciones en todo el mundo y España no es ajena a esta realidad.

El arbitraje y la mediación vienen siendo aplicados de forma progresiva en el ordenamiento español desde hace algunos años y su importancia es creciente, despertando el interés de los expertos del derecho, pero también del propio legislador. Recientemente el Gobierno español ha hecho público el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles y ha sido publicada la reforma de la Ley de Arbitraje⁴,

³ Cfr. MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, “Sistemas Alternativos...”, cit., p. 306.

⁴ Por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que vino reglamentar el arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

afirmando que potenciar “la solución de conflictos en el ámbito extrajudicial es uno de los objetivos centrales del Ministerio de Justicia para esta legislatura”⁵.

La progresiva importancia que estas materias van adquiriendo está muchas veces justificada en la denominada “crisis de la justicia” que se aplica a los problemas de eficiencia y celeridad que los tribunales presentan actualmente. Como señala Pedraz Penalva, “en los últimos 15 años se ha recrudecido y extendido a los más diversos ámbitos una generalizada censura a la justicia, denunciadora de su incapacidad para tutelar eficazmente los derechos e intereses legítimos”⁶.

Los datos estadísticos revelan que después de 1989 la litigiosidad civil en España creció cuatro veces y no bajó de los 500.000 procesos (media)⁷. Este aumento exponencial de los procesos ingresados en los tribunales judiciales, sin una respuesta similar en términos de aumento de jueces y tribunales, ha desembocado en un crecimiento de procesos pendientes con los inherentes retrasos en obtener una sentencia firme y, en consecuencia, en una tasa de morosidad judicial elevada⁸.

Los problemas a que se enfrenta la justicia tienen origen muy diverso, pues no se reducen únicamente a cuestiones de eficiencia y morosidad. La veracidad de esta afirmación es comprobada por el Libro Blanco de la Justicia (elaborado por el Consejo General del Poder Judicial) que sistematiza los crónicos problemas de organización y de funcionamiento de la administración judicial española.

⁵ Ver la nota de prensa del Ministerio de Justicia de 19 de febrero de 2010, disponible en <http://esede.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1215327459001/Detalle.html>, accedido el 16 de marzo de 2010.

⁶ Cfr. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “El proceso y sus alternativas”, *Arbitraje, mediación, conciliación*, Dir. Ernesto Pedraz Penalva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º27, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 20.

⁷ Estos datos tienen como fuente el Instituto Nacional de Estadística Español y el CGPJ. Para un análisis de los sistemas judiciales europeos, véase CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2010(data 2008)*, Council of Europe Publishing, 2010, disponible en el siguiente endereço electrónico, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2010/JAReport2010_GB.pdf, accedido el 27 de octubre de 2010.

⁸ En este sentido Ángela Figueruelo Burrieza refiere que “La lentitud de la justicia es su asignatura pendiente, su mal endémico, junto a la acumulación de procesos ante el fracaso de los sistemas arbitrales. También se debe a la insuficiente dotación de jueces y de medios materiales modernos para agilizar la tramitación”. Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. M^a Silvia Velarde Aramayo, 1^a edición, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 309.

Como factores endógenos, directamente relacionados con el diseño del sistema y estructuras judiciales, podremos indicar la ya referida insuficiencia de jueces y tribunales para dar una respuesta adecuada y eficaz a la demanda ciudadana de tutela judicial, lo que acaba por resultar en tardanzas procesales criticadas por las partes y en una disminución del efecto útil de las decisiones proferidas⁹. A este respecto Taruffo se refiere a la crisis de funcionalidad de la ley procesal y crisis de efectividad de la tutela jurisdiccional que derivan esencialmente “de los retrasos cada vez más largos de la justicia, frente a la creciente necesidad de soluciones rápidas y eficaces de las controversias”¹⁰.

También constituye un problema presente, la actual complejidad del sistema procesal. El proceso siempre fue considerado en sí mismo una garantía de los ciudadanos para la defensa de sus derechos. Pero un proceso complejo, con innumerables salidas y cruces, inaccesible a los ciudadanos y muchas veces de difícil comprensión por parte de los propios profesionales de la justicia, acaba por transformarse en la denegación de esa garantía. El legislador español acertó cuando eliminó, en la Reforma del Proceso Civil de 2000, la multiplicidad de procesos declarativos. La organización del nuevo marco de derecho procesal civil en sólo dos procesos declarativos, uno ordinario y otro verbal y algunos especiales muy cualificados y concretos, ha contribuido a la simplificación que consideramos necesaria en beneficio de la debida efectividad procesal.

Todavía es necesaria igualmente una reasignación de las tareas del juez y del secretario judicial para que estos últimos puedan tener mayores competencias sin obviamente retirar la autoridad ni la potestad jurisdiccional a los jueces¹¹. Este es, además, uno de los

⁹ No queremos defender todavía que la rapidez debe ser un objetivo absoluto, sino que los procesos deberán ser decididos en un plazo razonable para que la decisión tenga su eficacia. Concordamos con Pedraz Penalva cuando afirma que “no es tan cierto como se pretende el aforismo de que una justicia tardía supone una denegación de justicia, por cuanto una justicia acelerada puede suponer asimismo la máxima injusticia”. Cfr. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “El proceso y sus alternativas”, cit., pp. 24-25.

¹⁰ V. TARUFFO, Michele, “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, *Doxa*, n.º22, 1999, p. 314, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 30 de marzo de 2010, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_14.pdf.

¹¹ En el mismo sentido, Dorado Picón, Presidente en 2001 del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, defiende que deben existir oficinas “donde se dé soporte a funciones procesales y no intervenga ni un Juez ni un Magistrado”. Cfr. DORADO PICÓN, Antonio, “Funciones asumibles por los secretarios judiciales que coadyuven a la modernización de la Justicia”, *XXIII Jornadas de Estudio, La modernización de la justicia en España*, organizadas por la Abogacía General del Estado, compiladas y publicadas por el Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pp. 248 y 250. Sobre esta temática, *vide* también el *Libro blanco de la Justicia*, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 128 y ss..

objetivos perseguidos por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial que, en su Preámbulo, refiere que “se atribuirán a otros funcionarios aquellas responsabilidades y funciones que no tienen carácter jurisdiccional y, por otra parte, se establecerán sistemas de organización del trabajo de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, de forma que su actividad profesional se desempeñe con la máxima eficacia y responsabilidad”.

Igualmente compleja y confusa es la legislación procesal. Como pone de manifiesto Taruffo, “ésta emana del impulso de exigencias eventuales, o del intento de encontrar remedios rápidos a cada uno de los problemas de disfuncionalidad del sistema. Además, normalmente se introducen reformas parciales inciertas, inestables, porque están sujetas a rápidos cambios de pensamiento del legislador, confeccionadas al margen de todo diseño orgánico y sistemático de reforma del proceso”¹². Es por ello igualmente necesario simplificar y hacer más accesibles las normas procesales.

Como elementos exógenos, la denominada “crisis de la justicia” fue fomentada por las alteraciones sociales y económicas que el mundo vivencia en este nuevo siglo. Los desarrollos del comercio internacional y la globalización han provocado un creciente aumento del número de litigios que han inundado los tribunales. Por otro lado, los propios litigios han cambiado en términos de objeto. De conflictos predominantemente en materia de propiedad se ha pasado que sean frecuentes conflictos relativos al incumplimiento contractual o a la reclamación y/o cobro de deudas. La complejidad de las cuestiones planteadas ante el juez también ha aumentado, lo que exige una adecuada y muy actualizada (jurídicamente hablando) preparación técnica.

Ante este escenario problemático hay que pensar y buscar soluciones. Uno de los caminos seguidos fue el recurso a los medios extrajudiciales de resolución de conflictos. Todavía, y no obstante la “crisis de la justicia” ser el motor de los desarrollos que estos medios están sufriendo en los últimos años, pensamos que el poder político no los podrá mirar como la única vía para disminuir la saturación de los órganos jurisdiccionales. Esta será una consecuencia inevitable, pero no deberá constituir el objetivo primordial, ni el

¹² Cfr. TARUFFO, Michele, “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, cit., p. 314.

criterio dominante de las políticas de los Gobiernos en relación a los medios extrajudiciales¹³.

De hecho, no propugnamos que los medios extrajudiciales de resolución de conflictos sean fomentados como bálsamos para los problemas de la justicia, sino como medios con especificidades propias que las partes escogen por considéralos como la mejor forma de resolver sus disputas. Así, la implementación de estos medios tendrá que sustentarse en las ventajas de su aplicación y su adhesión justificada además por la creciente reivindicación de los ciudadanos en resolver por sí mismos sus propias disputas¹⁴. Uno de los elementos esenciales de los medios extrajudiciales es, en efecto, la participación de las partes. Si en el arbitraje esta participación se verifica en la elección de los árbitros, ya en la mediación las partes no solo eligen el mediador, sino que la solución tiene que ser acordada por ambas.

Esta creciente participación de las partes en la resolución de sus conflictos refleja una nueva perspectiva del propio concepto de “hacer justicia”. Algunos autores hablan a este respecto de derechos procesales de tercera generación, defendiendo que, si en términos materiales han surgido nuevos derechos humanos como el medio ambiente, la genética, los media, también en términos procesales el derecho a la información, a la participación en la decisión del conflicto y el acceso a la justicia constituirían derechos procesales de tercera generación¹⁵.

Independientemente de la perspectiva doctrinal adoptada, lo que consideramos evidente es que los medios extrajudiciales de resolución de conflictos son formas de desarrollar y defender el acceso al derecho y a la justicia que, para Cappelletti y Garth, no significa

¹³ A este respecto Taruffo construye una interesante tesis basada en el pensamiento de que “se la giustizia pubblica non è accessibile e non è efficiente, ciò non solo comporta una gravissima violazione delle garanzie costituzionale, ma trasforma le alternative in remedi necessari ed inevitabili, non più oggetto di una scelta libera e discrezionale delle parti”. Así, para este autor, si los tribunales no son medios eficaces de resolución de conflictos, entonces tendrá que haber una alternativa que por ser mejor pasará a constituir la vía principal, transformándose el sistema judicial en la alternativa a las alternativas. Cfr. TARUFFO, Michele, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”, *Revista de Processo*, Año 32, n.º152, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), octubre 2007, p. 331.

¹⁴ En este sentido Vincenzo Vigoriti refiere que “Delays and costs are important factors, however, significantly, the search for and growing popularity of ADR is also spurred by the common desire to have greater involvement in the actual process of resolution – access to justice in terms of the shared conduct of a dispute, both at a substantial as well as at a procedure level”. Cfr. VIGORITI, Vincenzo, “Access to Justice, ADR, Perspectives”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º9, Barcelona, 2008, p.119.

¹⁵ Cfr. SILVA, Vasco Pereira da, “The Aarhus Convention: a “bridge” to a better environment”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs18/19, Almedina, Coimbra, Dezembro 2002/Junho 2003, p. 134.

solamente configurar el sistema jurídico como accesible a todos los ciudadanos, sino también garantizar la efectividad de los derechos¹⁶. De este modo, y teniendo en cuenta esta definición, el derecho de acceso a la justicia no se agota ni se concentra en exclusiva en los tribunales, abarcando todas las vías legítimas accesibles a los ciudadanos para hacer valer sus derechos¹⁷.

Pues bien, iniciaremos nuestro trabajo precisamente por el estudio de las vías de resolución de conflictos jurídicos, concretamente el sistema judicial y los medios extrajudiciales, estando comúnmente incluidos en este último ámbito el arbitraje, la mediación, la conciliación o la negociación, entre otras formas híbridas, como veremos. En este Capítulo introductorio trazaremos también el escenario del movimiento *Alternative Dispute Resolution* en los EE.UU., analizando las políticas europeas en el campo de los medios extrajudiciales de conflictos.

En el mundo judicializado y sujeto a la ley en que aún vivimos, consideramos importante percibir la admisibilidad de medios extrajudiciales en la Constitución Española y, en términos europeos, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, intentando trazar la relación entre el sistema judicial y los medios extrajudiciales. ¿Existirá una complementariedad entre los dos sistemas o serán alternativos o sustitutivos?. ¿Y cuál es o debe ser el campo de aplicación de cada medio?. ¿Todos los medios podrán resolver todos los conflictos o tendrán un ámbito privilegiado?. Estas son algunas preguntas que intentaremos responder en la parte final del Capítulo I.

Abierta la puerta del mundo de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, focalizaremos nuestra atención en la mediación en razón de constituir el medio que va alcanzando una importancia más creciente en el panorama europeo, como demuestra, por ejemplo, la publicación por la Unión Europea de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento

¹⁶ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *Access to Justice – a World Survey*, Vol. I, Giuffrè Editore, Milán, 1978, p. 6.

¹⁷ En este sentido João Pedroso afirma que “O cerne do acesso à justiça não é, em consequência, possibilitar que todos vão a tribunal, mas sim que se realize a justiça no contexto em que se inserem as partes, salvaguardada a imparcialidade de decisão e a igualdade efectiva das partes perante esse meio de administração da justiça”. Cfr. PEDROSO, João, *et al.*, “E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º65, Centro de Estudos Sociais, 2003, p. 80.

Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, referente a ciertos aspectos de la mediación en materia civil y mercantil¹⁸.

En el Capítulo II presentaremos una teoría general de la mediación, definiendo este mecanismo y caracterizándolo. Lo que pretendemos es trazar el tronco jurídico de la mediación. Empezaremos por profundizar en las raíces históricas de este mecanismo para percibir su evolución hasta nuestros días. Por otro lado, constituyendo la mediación un mecanismo de solución de problemas jurídicos, se vuelve imprescindible analizar la reglamentación legal de este medio. Examinaremos las tendencias y modelos de reglamentación adoptados en el mundo, respondiendo al Dilema de la Diversidad-Uniformidad, intentando percibir como reglamentar la mediación.

Analizaremos después los elementos definatorios de la mediación, con la intención de caracterizar este mecanismo y distinguirlo de otros medios de resolución de conflictos. En esta temática abordaremos cuestiones jurídicas de especial relevancia para afirmar la mediación como método integrado en el sistema de resolución de conflictos de un ordenamiento jurídico. El criterio de aplicación de la mediación (mediabilidad) o la eficacia del resultado de una mediación y su ejecutividad son algunos asuntos que estudiaremos, estableciendo siempre que sea posible una comparación con los ordenamientos jurídicos extranjeros.

El enfoque jurídico que nos ocupará el Capítulo II no estaría completo sin el análisis de la naturaleza jurídica de la mediación. Su índole contractual, privada y autocompositiva son los componentes que abordaremos, concediendo especial atención al contrato de mediación y a la admisibilidad de cláusulas de mediación. Estudiados los elementos definatorios de la mediación y su naturaleza jurídica tendremos las premisas necesarias para referir sus clases y para distinguirla de otros mecanismos, para que no hayan dudas o errores en la referencia a la mediación.

Terminaremos el Capítulo II con los principios de la mediación, los cuales constituyen sus líneas maestras y conceden a este mecanismo la legitimación necesaria para su afirmación como medio de resolución de conflictos. Los documentos y normativa europea, concretamente la Directiva 2008/52/CE, manifiestan siempre la preocupación

¹⁸ Publicada en el DOUE de 24 de mayo de 2008 (referencia L 136).

por la definición de los principios que caracterizan la mediación, como la voluntariedad o la confidencialidad, pero analizaremos también el principio de igualdad de las partes porque lo consideramos una condición *sine qua non* de la propia validez del resultado de la mediación, como veremos.

Definido el tronco jurídico de la mediación, dedicaremos el Capítulo III a uno de los elementos principales de la mediación como es el mediador, el personaje imprescindible y al mismo tiempo invisible de la mediación, que constituirá la savia de este árbol, alimentando su aplicación y su posible éxito. Este Capítulo se dividirá en dos partes distintas. En una primera parte daremos un enfoque práctico de la actividad del mediador con el estudio del conflicto, de las fases de mediación, modelos y técnicas que este profesional podrá emplear para ayudar a las partes en la resolución de su conflicto. Teniendo en cuenta la flexibilidad que caracteriza la mediación, se presenta una propuesta de camino a recorrer por el mediador que, en esa medida, permite desvíos y cambios de rumbo fomentados por las particularidades del conflicto o de los mediados. Nuestro interés es observar cómo se concretiza en la práctica la resolución de un conflicto a través de la mediación, la cual podrá tener diferentes enfoques dependiendo también del modelo de mediación adoptado por el mediador.

En la segunda parte del Capítulo III abordaremos el estatuto jurídico-profesional del mediador que pretende afirmar y posicionar su lugar en el abanico de las profesiones jurídicas. De este modo, será esencial analizar su organización profesional y la creación de una entidad que establezca los parámetros orientadores de la actividad de los mediadores en términos de principios y valores éticos. Por otro lado, la definición de la figura del mediador convoca que se especifiquen los requisitos de acceso a la actividad mediadora, impidiendo que profesionales sin práctica o entrenamiento puedan ejercer mediación sin la competencia debida, lo que podrá originar situaciones de malas prácticas que no dignifiquen la profesión.

La integridad del mediador exigirá también la emisión de códigos deontológicos que describan detalladamente los principios éticos a obedecer por el mediador, la concretización de dichos principios en normas de conducta de su actividad y el régimen sancionador de las violaciones al código, como analizaremos. Por último, terminaremos el Capítulo III abordando la responsabilidad de los mediadores en su actividad, la cual

podrá resultar de la violación del contrato de mediación (responsabilidad contractual), de malas prácticas donde resulten daños a los mediados (responsabilidad extracontractual), de violación de reglas deontológicas (responsabilidad disciplinaria) o de conductas tipificadas como delitos o faltas (responsabilidad criminal).

No obstante la juventud de este mecanismo, que vive aún un período de adolescencia, lo cierto es que su aplicación viene extendiéndose a los más variados dominios jurídicos. De hecho, si inicialmente los campos de aplicación preferencial de este mecanismo eran respecto a las cuestiones civiles, laborales y de familia, hoy se verifica un desarrollo de la mediación en otros ámbitos como el penal, el escolar, o el administrativo y el ambiental. De este modo, pretendemos estudiar algunos de los ámbitos de aplicación de la mediación, intentando percibir si hay restricciones en su utilización y las especificidades que este método presenta en cada uno de los campos de aplicación especial. Ceñiremos nuestro análisis a tres ámbitos, concretamente civil, penal y ambiental, por tratarse de temáticas con reciente apoyo legal en España (civil) o sin normativa aplicable (penal y ambiental). Abordaremos igualmente las experiencias vividas en otros países en las materias en análisis. Pretendemos hacer una comparativa de las prácticas llevadas a cabo en algunos ordenamientos jurídicos europeos y mundiales examinando, los factores de éxito y/o fracaso de las mismas. Terminaremos el Capítulo IV con el análisis de las ventajas y desventajas de la mediación para percibir sus capacidades y limitaciones operativas en los diversos dominios.

Pues bien, definidos los objetivos y planteado nuestro árbol, hagamos germinar nuestro estudio con el periplo en torno del análisis de la mediación en cuanto nuevo camino para la resolución de conflictos.

CAPÍTULO I

LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL ACTUAL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

*“Discourage litigation. Persuade your neighbors to
compromise whenever you can. Point out to them how the
nominal winner is often the loser in fees, expenses and cost of time”*

Abraham Lincoln

CAPÍTULO I - LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DEL ACTUAL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1. De la autotutela a la autocomposición

El conflicto es inherente a la coexistencia social y por eso es importante que el ciudadano pueda percibir cuales son los mecanismos disponibles para resolver sus disputas. Así, el objetivo de este primer Capítulo es delinear el cuadro actual de los medios de resolución de conflictos, determinando qué lugar ocupa la mediación entre todos ellos.

Recurriendo al pensamiento de Carnelutti, todos los seres humanos tienen intereses que este define como las posiciones favorables a la satisfacción de una necesidad¹⁹. Para Montero Aroca interés es la relación ideal existente entre una persona (o grupo), acuciada por una necesidad, y el bien apto para satisfacer esa necesidad²⁰.

Pues bien, los medios que satisfacen las necesidades humanas son bienes que, por su naturaleza, son limitados y desproporcionales a todas aquellas necesidades. Así, nace el conflicto de interés cuando la relación existente entre una persona y un bien es incompatible con otra relación del mismo tipo. Ejemplificando, si dos personas tienen necesidad de alimentarse y no hay alimento más que para un solo, nos encontramos ante un conflicto de intereses entre dos personas²¹.

Como pone de manifiesto Montero Aroca, el verdadero conflicto es intersubjetivo, es decir, supone la presencia de dos (o más) sujetos que pretenden el mismo bien, verificándose, por eso, una incompatibilidad de intereses²². Los conflictos pueden ser individuales o colectivos y tener los más variados enfoques. Lo que interesa analizar en

¹⁹ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil –Tomo I: Introducción y Función del Proceso Civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 11.

²⁰ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal – Jurisdicción, acción y proceso*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 88.

²¹ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 16.

²² Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal...*, cit., p. 89.

nuestro estudio son los conflictos jurídicos que requieren y demandan una respuesta del sistema jurídico en que nacen.

Ahora bien, ante un conflicto jurídico entre dos o más personas es obligado tratar de resolverlo para que la paz social se mantenga y la vida en sociedad sea posible. Son así necesarios, por tanto, medios de resolución de conflictos.

En los tiempos primitivos el medio de resolución a que las partes naturalmente recurrían se traducía en la autotutela o autodefensa²³. Refiere Alcalá-Zamora y Castillo que “lo que distingue a la autodefensa no es ni la *preexistencia de un ataque*, que falta en varias de sus formas, ni la *inexistencia de un determinado procedimiento*, que en ocasiones interviene y hasta podría ser igual al procesal, sino la concurrencia de estas dos notas: *a) la ausencia de juez distinto de las partes*, y *b) la imposición de la decisión por una de las partes a la otra*”²⁴. Tenemos así que el mecanismo de autotutela o autodefensa se traduce en la resolución del conflicto por acción del propio titular del interés. La Ley de Talión, con su regla “ojo por ojo, diente por diente”, es el ejemplo clásico de este método.

La autodefensa fue prohibida ya desde el Derecho Romano y hoy solamente es permitida en situaciones excepcionales y debidamente justificadas²⁵. Es lo que se verifica con la defensa posesoria inmediata en el ámbito civil²⁶ y con la legítima defensa en el ámbito

²³ Autores como Alcalá-Zamora y Castillo prefieren el término “autodefensa” (cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª edición, UNAM, México, 1970, pp. 35 y ss.), todavía otros autores como Valencia Mirón o Aragonese Alonso se refieren a la “autotutela” (cfr. MIRÓN, Valencia, *Introducción al Derecho Procesal*, 8ª edición, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 14 y 15 y ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 27 y ss.). Hay aún autores que hablan de autoayuda como Radbruch (cfr. RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1ª edición, Fondo de Cultura, México, 1951, p. 93).

²⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 53.

²⁵ Como señala Calamandrei, “la prohibición de la autodefensa, establecida en forma general por el derecho romano [cfr. *Digesto*, IX, 2, 45, § 4, y *Digesto* XLVIII, 7,7], desaparece en el período medieval y también en la edad moderna, en que las bárbaras concepciones de origen germano pusieron en boga por varios siglos, como forma de resolución de los conflictos, el duelo y la venganza: solo en las legislaciones contemporáneas, a través del influjo del derecho canónico, la prohibición vuelve, en forma general y absoluta”. Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 147.

²⁶ Ver los arts. 441 y ss. del Código Civil español que prescriben que toda la persona tiene el derecho de defender sus propiedades de posibles intentos de usurpación. En Portugal el Código Civil admite la acción directa (art. 336), la legítima defensa (art. 337) y el estado de necesidad (art. 339) como formas de autotutela, pero todas estas situaciones solamente son legítimas si son previamente verificados sus requisitos respectivos, constituyendo medios excepcionales de tutela de derechos.

penal²⁷. De hecho, y como refiere Carnelutti, “el empleo de la violencia para solucionar conflictos hace difícil, si no imposible, la permanencia de los hombres en sociedad”²⁸.

Superada la autotutela, y siendo necesario solucionar los conflictos, manteniendo la paz en la sociedad, surgen los sistemas de composición abarcando los medios que buscan concertar pretensiones de intereses referidos a los mismos bienes, garantizando la armonía social a través de la atribución o reparto de esos bienes²⁹. Ahora bien, teniendo en cuenta por quien es ejercida la actividad de composición de conflictos, podemos distinguir la autocomposición y la heterocomposición.

En los medios autocompositivos, los sujetos activos de la composición son los propios sujetos en conflicto. Es decir, quien va resolver el conflicto son las propias partes.

Carnelutti, y también Alcalá-Zamora, distinguirán la autocomposición unilateral que deriva de un acto simple, siendo suficiente la voluntad de una de las partes y donde se incluye la renuncia y el reconocimiento y, por otro lado, la autocomposición bilateral consistente en un acto complejo siendo, por eso, necesario el consentimiento de las dos partes para determinar la composición del conflicto, donde se encuadra la transacción³⁰.

Guasp, al contrario, consideraba como criterio de distinción entre auto y heterocomposición la intervención de un tercero en la resolución de la disputa. De este modo, y para este autor, la autocomposición traducía la solución del conflicto por las propias partes sin acudir a nadie más y, la heterocomposición, implicaba que el conflicto

²⁷ Ver el art. 20, apartado 5 que exime de responsabilidad criminal al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, cumplidos los requisitos legalmente establecidos. Del mismo modo, el Código penal portugués excluye la ilicitud de un hecho practicado en legítima defensa, en el ejercicio de un derecho; en el ejercicio de un deber impuesto por la ley o por una orden legítima de una autoridad o con el consentimiento del titular del interés jurídico lesionado. Analizando previsiones de autodefensa en diversos ámbitos, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pp. 35-47.

²⁸ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 11 y 12.

²⁹ Adoptamos la expresión “sistemas de composición” de Soveral Martins (cfr. SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual – Noções Complementares*, Vol. I, Centelha, Coimbra, 1985, p. 38). También encontramos esta idea en Carnelutti que definía el proceso como “una operación mediante la que se obtiene la composición del litigio” (cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 49).

³⁰ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 197 y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pp. 83-92.

se resolviese por obra de un tercero³¹, incluyendo, por eso, la mediación en esta última categoría.

Consideramos, todavía, que el criterio relevante deberá mantenerse en función del sujeto que decide la composición del conflicto. Así, si el conflicto es decidido por las partes que acuerdan su composición, estamos ante la figura de la autocomposición. Si, al contrario, la decisión del conflicto es función de un tercero, lo que existe es heterocomposición.

Consecuentemente, en los medios heterocompositivos, los sujetos activos de la composición ya no se identifican, ni representan los sujetos activos de las pretensiones. La resolución del conflicto es llevada a cabo por alguien externo al conflicto, dotado por eso de poder compositivo heterónimo.

Delineada la distinción anterior podemos asentar como primera conclusión de nuestro trabajo que, actualmente, la resolución de las disputas entre los ciudadanos descansa sobre los sistemas de composición de conflictos. El siguiente paso es percibir qué instrumentos concretan la referida composición, es decir, a través de qué medios concretos puede el ciudadano en la práctica resolver sus conflictos.

1.2. El cuadro actual de los medios de resolución de conflictos

Ante la necesidad de resolución de una disputa y estando prohibida la autotutela, el Estado tuvo que establecer como contrapartida órganos destinados a la realización de justicia, que asumiesen la función jurisdiccional, entendida como la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por Tribunales independientes y predeterminados por la ley, de aplicar el derecho del caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado, para satisfacer pretensiones y resistencias³². El instrumento de ejercicio de la actividad jurisdiccional es el proceso desencadenado por el derecho de acción reconocido a los ciudadanos.

Así, el proceso es el medio de resolución de conflictos en el que un órgano jurisdiccional dirime la controversia entre dos o más partes, constituyendo además el instrumento de

³¹ Ver GUASP, Jaime, *El Arbitraje en el Derecho Español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1956, pp. 17 y ss..

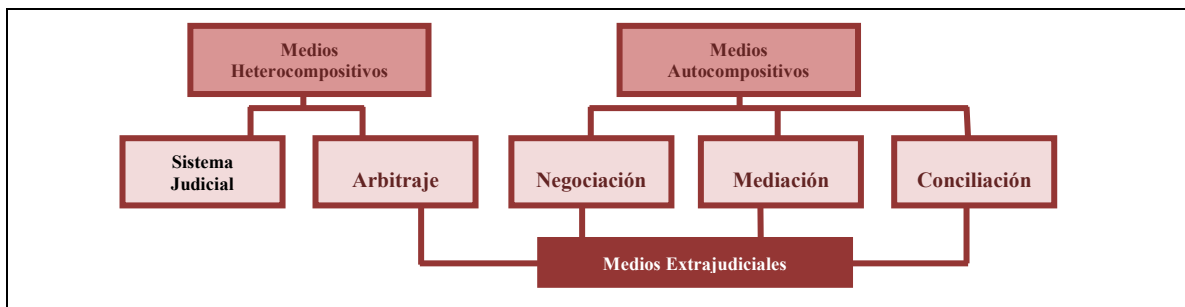
³² Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 19.

realización del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 de la Constitución Española de 1978.

Sin embargo, el proceso no representa el único medio de solucionar conflictos jurídicos. Paralelamente, coexisten otros mecanismos que concurren para la composición del litigio que separa dos partes sin implicar ejercicio de jurisdicción y que, precisamente por eso, los designaremos como extrajudiciales³³. Comúnmente los autores abarcan en esta categoría mecanismos como la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, considerados como medios extrajudiciales primarios, una vez que basados en estos están siendo creados, con especial incidencia en los EE.UU., otras formas híbridas o mistas de resolución de conflictos, que analizaremos más adelante³⁴.

Ahora bien, atendiendo a la distinción entre autocomposición y heterocomposición, trazada anteriormente, se encuadra la negociación, la mediación y la conciliación en los medios autocompositivos por ser obtenida la resolución del conflicto por las partes y, por otro lado, el proceso y el arbitraje en los medios heterocompositivos una vez que es un tercero, el juez o el árbitro respectivamente, quienes deciden el litigio. Gráficamente podremos representar los medios de resolución de conflictos en el siguiente cuadro:

Cuadro n.º I.1 – Sistema de resolución de conflictos



³³ Carnellutti recurría a la expresión “equivalentes jurisdiccionales” para designar otros medios para alcanzar la misma finalidad del proceso jurisdiccional, abarcando en esta categoría figuras como la transacción, la conciliación, el compromiso, pero también la sentencia extranjera, el reconocimiento y la renuncia. Para este autor lo que estaba en causa en esta categoría serían formas de terminar el proceso sin ejercicio de jurisdicción. No adoptamos por eso la misma terminología, una vez que la aplicación de medios como la mediación, la conciliación o el arbitraje puede existir antes o independientemente del proceso, teniendo como objetivo principal terminar el conflicto y no finalizar cualquier proceso. El *terminus* del proceso será así una consecuencia posible de la aplicación de un medio extrajudicial de conflictos y no la finalidad de aquellos medios. Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 183-212.

³⁴ Ver, entre otros, SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*, 2ª edición, Westview Press, Boulder, 1994, pp. 15-29.

Refiriéndonos a los medios extrajudiciales, la negociación es definida como una forma de resolver conflictos en que las partes, con o sin la ayuda de un tercero, discuten intereses antagónicos que defienden para intentar que la solución alcanzada corresponda de la mejor manera a sus pretensiones. Una forma de negociación es la transacción definida en el art. 1809 del CC como el “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. Así, las partes acuerdan por sí mismas la solución del conflicto.

La mediación es en general definida como el mecanismo en que un tercero intenta que las partes discutan el conflicto para que construyan entre ellas la solución de su disputa. En este sentido, la Directiva 2008/52/CE, define en el art. 3, al. a) la mediación como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Así los “obreros” de la resolución del conflicto son los sujetos activos de las pretensiones, es decir, las propias partes y, por eso, la mediación es un medio autocompositivo³⁵.

La conciliación es un mecanismo similar a la mediación pues, de hecho, también este medio se traduce en la intervención de un tercero neutral al conflicto que intenta que las partes lleguen a un acuerdo para sus diferencias³⁶. El ordenamiento español consagra la conciliación en la jurisdicción civil en los artículos vigentes del Real Decreto de Promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, concretamente en los arts. 460 a 480 y, del mismo modo, los arts. 414 y 415 de la LEC 2000, aluden al intento de conciliación o transacción en el ámbito de la audiencia previa (anterior a la celebración de la vista), la cual será llevada a cabo por el juez del proceso.

El arbitraje³⁷ constituye el medio de resolución de conflictos en que un tercero, el árbitro, decide el desacuerdo de las partes, imponiendo una decisión obligatoria. De este modo, el árbitro, y no las partes, decide el conflicto, y por ello se entiende su carácter

³⁵ En el Capítulo II de nuestro trabajo desarrollaremos mejor el alcance del concepto de mediación.

³⁶ La distinción entre mediación y conciliación será desarrollada con más detalle en el apartado 6.2.2. del Capítulo II.

³⁷ Regulada en el ordenamiento español por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y reformada por la Ley 11/2011, de 20 mayo, que vino reglamentar el arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

heterocompositivo. De hecho, la participación de las partes en este procedimiento ocurre *ab initio* con la decisión de acudir al arbitraje, pero no por la decisión final del conflicto.

De lo expuesto podremos concluir que están actualmente disponibles para los ciudadanos, para la resolución de sus conflictos, el proceso, como medio jurisdiccional y, en el ámbito de los medios extrajudiciales, la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Estos últimos se engloban en un movimiento general que se viene impulsando desde los EE.UU. denominado *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Veremos seguidamente los orígenes y lo que propugna este movimiento.

2. LOS ADR EN LA HISTORIA Y EN EL MUNDO

2.1. El surgimiento del movimiento *Alternative Dispute Resolution* en EE.UU.

El “Big Bang” de los ADR es comúnmente fijado en el año de 1976 con la realización de la *Pound Conference*³⁸, relativa al tema “*Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*”, en la cual participa Frank Sander que, exponiendo sobre las “*Varieties of Dispute Processing*”, propugna la existencia de otros medios de resolución de conflictos³⁹.

Sin embargo, el movimiento de ADR tiene raíces históricas anteriores, bebiendo de la savia de las sociedades tradicionales. De hecho, no es difícil descubrir referencias al arbitraje o a la mediación en el Antiguo Egipto o en la Grecia Antigua⁴⁰. El arbitraje constituía el medio de resolución de conflictos entre ciudades de Mesopotamia, 3.000 años antes de J.C., y aparece recogida en textos romanos como en el Código Justiniano o

³⁸ Conferencia organizada por Warren Burger, jefe de justicia del *Supreme Court*, formalmente conocida como *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*.

³⁹ Cfr. MENKEL-MEADOW, Carrie, “Roots and inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, p. 19. Sobre los métodos de resolución de conflictos en los EE.UU. antes y después de la *Pound Conference*, véase también SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., pp. 1-12.

⁴⁰ Vide, entre otros, KAPLAN, Neil, SPRUCE, Jill y MOSER, Michael J., *Hong Kong and China Arbitration: cases and materials*, Butterworths, Hong Kong, 1994.

la Ley de las XII Tablas⁴¹. En lo que concierne a la mediación y a la conciliación ya Confúcio había introducido estos medios en la China Antigua⁴².

Es con el nacimiento de los Estados Modernos que el poder de aplicar la ley y resolver los conflictos jurídicos que emergían de la sociedad pasa a estar en las manos del Juez. Durante este período los medios no litigiosos de resolución de conflictos estuvieron adormecidos, hasta el siglo XX cuando en los EE.UU., y después de la I Guerra Mundial, empieza a aflorar una corriente que, poniendo de manifiesto las fragilidades del sistema judicial, defiende la existencia de otros mecanismos de resolución de conflictos. Así, en los años treinta germina una nueva línea filosófica de pensamiento caracterizada por la vuelta hacia el realismo jurídico y basada en la construcción de técnicas específicas de resolución de conflictos teniendo como punto de partida su origen social y su naturaleza⁴³.

Fue en el ámbito laboral donde más se sintieron los enfoques de esta filosofía con los sindicatos obreros desarrollando programas de mediación para la resolución de los conflictos resultantes de las sentadas, invasiones de propiedad y huelgas. Ya en 1898, la *Ley Erdman* tenía reconocidas explícitamente las ventajas de la mediación para determinados conflictos laborales, concretamente en el ámbito de los ferrocarriles y, en 1913, el *Newlands Act* estableció la Comisión de Mediación y Conciliación⁴⁴ creada por el Departamento de Trabajo norteamericano para mediar negociaciones entre empresarios y trabajadores⁴⁵. Durante la II Guerra Mundial es creada la *War Labor Board* (Junta

⁴¹ Cfr. VELARDE ARAMAYO, María Silvia y SASTRE IBARRECHE, Rafael, “Mecanismos de herecomposición de conflictos: del arbitraje a los «ADR»”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. M^a Silvia Velarde Aramayo, 1^a edición, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 11.

⁴² Cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, traducción de Ana María Sánchez Durán, 1^a edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p. 23.

⁴³ Cfr. MENKEL-MEADOW, Carrie, “Roots and inspirations...”, cit., p. 15. También Albert Fiadjoe afirma que, de acuerdo con la *American Arbitration Association*, el movimiento en dirección a los ADR ha empezado en los EE.UU. después de la I Guerra Mundial y ha alcanzado su marco inicial con la aprobación del “first modern arbitration statute in New York in the mid-1920s”. Después de esta fecha y según este autor, el movimiento ha crecido constantemente hasta los años 80 del siglo pasado en que se verifica su explosión (FIADJOE, Albert, *Alternative Dispute Resolution: a developing world perspective*, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 2004, p. 5).

⁴⁴ Precedente de la actual *National Mediation Board* creada por el *Railway Labor Act* de 1926. Cfr. en el *website* del Departamento de Transportes de los EE.UU. en el siguiente endereço electrónico <http://www.dot.gov/ost/ogc/CADR/policy.htm>, accedido el 9 de agosto de 2010. Ver también, HUGGINS, Nicole A., “A evolução da utilização da mediação nos EUA”, *Mediação*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, Quimera, Lisboa, 2002, p. 38.

⁴⁵ Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación Jurídica”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XVIII, 2003, p. 77.

Laboral de Guerra) que recorría a la utilización del arbitraje obligatorio y que convergió, en 1947, en la creación del Servicio Federal de Mediación y Conciliación, una oficina independiente para la resolución de conflictos laborales.

En los años setenta surgía en la Universidad de Harvard un sistema de pensamiento denominado *Critical Legal Studies* que teniendo como representante Dereck Bok, antiguo decano de la Facultad de Derecho de Harvard, constituía un movimiento crítico de la situación del sistema judicial americano provocada por el aumento de causas incoadas ante los tribunales y una respuesta negativa frente a la tendencia legislativa federal de normativismo excesivo⁴⁶.

La *Pound Conference* de 1976 viene dar voz a esta insatisfacción y coloca la primera piedra en la construcción del movimiento de *Alternative Dispute Resolution*, que propugna la defensa de medios extrajudiciales de resolución de conflictos, retirando el monopolio de los tribunales⁴⁷. El discurso de Frank Sander apunta las limitaciones del sistema judicial y propugna la aplicación de otros mecanismos de resolución de conflictos, constituyendo por eso el documento básico de comprensión de este movimiento⁴⁸.

Las razones que explican el nacimiento de este movimiento en los EE.UU. son varias. Pujadas Tortosa⁴⁹ indica como una de ellas la presencia de varios pueblos y etnias en aquel país que importaron sus métodos de resolución de conflictos. De hecho el movimiento de ADR tiene inspiración en las costumbres de grupos religiosos y grupos étnicos de inmigrantes, desde los puritanos del siglo XVI hasta los holandeses de *New*

⁴⁶ Derek Bok en una jornada en 1983 definió el sistema judicial americano de resolución de conflictos como “un sistema sembrado de las esperanzas defraudadas de aquellos que lo encuentran demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico”. Cfr. BARONA VILAR, Sílvia, *Solución extrajudicial de conflictos: «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, 1ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 48. Ver aún DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, 1ª edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 2006, p. 28.

⁴⁷ Ya en 1906, en Minnesota, Roscoe E. Pound tenía expresado sus preocupaciones en relación al sistema legal norteamericano. Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 7.

⁴⁸ Para una lectura del discurso de Frank Sander, véase SANDER, Frank, “Varieties of Dispute Processing”, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, Edit. A. Levin y R. Wheeler, West, 1979.

⁴⁹ Vide PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 76.

Ámsterdam, que resolvían sus disputas y conflictos dentro de sus respectivas comunidades a través de la mediación de los ministros de su Iglesia o de los ancianos⁵⁰.

Por otro lado, los EE.UU. apadrinaron el padre de otro movimiento, típicamente anglosajón, traducido en el “Libre Acceso a la Justicia” que, aspirando a la justicia total, defendía que todos deberían tener la posibilidad de acceder a un medio de resolución de conflictos cualquier a que sea éste y, de este modo, buscaba alternativas a los tribunales⁵¹.

Los desarrollos de estos medios prosiguieron y en el mismo año de 1976 la *American Bar Association* (ABA) estableció un *Special Comité on Minor Disputes*, que hoy es la Sección de Resolución de Disputas del ABA.

En términos legislativos, en 1990 son aprobados tres importantes documentos⁵². Por un lado, el *Civil Justice Reform Act of 1990* prescribió que los Tribunales Federales deberían crear comités asesores para el estudio y efectiva reducción de los retrasos en los litigios a través de la utilización de ADR. Por otro lado, el *Negotiated Rulemaking Act* autorizó “el uso de normas negociadas como alternativas a las normas impuestas por las agencias federales. Así, las partes afectadas de forma significativa por una norma proveniente de una agencia federal pueden intervenir en su creación”⁵³.

Y, aún en 1990, el Congreso de los EE.UU. aprueba el *Administrative Dispute Resolution Act*, el cual, reconociendo el impacto de los medios alternativos en el ámbito privado, preveía la utilización de estos medios por los organismos públicos federales⁵⁴. Este documento normativo fue alterado y ampliado por el *Administrative Dispute Resolution Act of 1996*⁵⁵ que define los medios alternativos de resolución de conflictos como “any

⁵⁰ Cfr. BARONA VILAR, Sílvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 55 y, aún, DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 27.

⁵¹ Cfr. BARONA VILAR, Sílvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 49.

⁵² Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., pp. 78 y 79.

⁵³ Posibilidad reafirmada en el *Administrative Dispute Resolution Act of 1996*. Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 79.

⁵⁴ Es decir las *Federal Agencies*, que constituyen todo el departamento ejecutivo, departamento militar, gobierno, corporación u otro establecimiento en la rama ejecutiva del gobierno, incluida la oficina ejecutiva del Presidente. Cfr. MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa («Alternative Dispute Resolution») en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º3, Año 2002, Barcelona, p. 66.

⁵⁵ Aprobado por la *Public Law* 104-320.

procedure that is used to resolve issues in controversy, including, but not limited to, conciliation, facilitation, mediation, fact finding, mini-trials, arbitration, and use of ombuds, or any combination thereof”.

Más tarde, el *Alternative Dispute Resolution Act de 1998* viene a afirmar que los ADR “has the potential to provide a variety of benefits, including greater satisfaction of the parties, innovative methods of resolving disputes, and greater efficiency in achieving settlements” y “may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently”⁵⁶. Ya en este siglo, concretamente en 2001, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* aprobó un proyecto de Ley Uniforme de Mediación (UMA) para facilitar su recepción por las legislaturas estatales. Como pone de manifiesto Pujadas Tortosa, este proyecto “pretende proveer a los Estados de un modelo a adoptar en sus respectivas legislaciones relativas a la materia, con el fin de lograr una cierta uniformidad en las distintas regulaciones estatales y una mejora de la calidad en la práctica de este método en todo el territorio de los Estados Unidos”⁵⁷.

Mirando atrás en el tiempo y trazando la evolución del movimiento de ADR en los EE.UU., podemos distinguir tres periodos, como nos indica Frank Sander⁵⁸. El primer período, que el autor designa “*Let a thousand flowers bloom*”, va desde 1975 hasta 1982 y se caracteriza por el florecimiento de innumerables experiencias en el ámbito de los ADR, sin que existiese una política uniforme predefinida de los objetivos pretendidos con estos nuevos medios. Después, en el segundo período de 1982 hasta 1990, las preocupaciones sobre el rumbo que se estaba siguiendo empiezan a nacer, existiendo muchas voces críticas sobre los ADR, de ahí que se aluda a “*Cautions and caveats*”. Finalmente el tercer período iniciado en 1990 es llamado de “*Institutionalization*” porque

⁵⁶ Este documento vino a determinar que cada tribunal debería nombrar un experto en ADR para implementar y administrar un programa de medios alternativos en ese mismo tribunal y definió los *court-annexed ADR* como procedimientos integrados en los propios tribunales federales y estatales que entran a resolver las disputas antes de que los casos sean sometidos a la justicia estatal. Para más desarrollos sobre los *court-annexed*, véase MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa...”, cit., p. 61.

⁵⁷ Para más desarrollos sobre la UMA, concretamente sobre el trayecto de elaboración de este documento, véase PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., pp. 89 y 90. También se refiriendo a la UMA, ver MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa...”, cit., pp. 67 y 68.

⁵⁸ Cfr. SANDER, Frank, “The future of ADR”, *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2000, n.º1, 2000, pp. 3-10.

se caracteriza por intentar introducir los ADR en el propio sistema judicial, de forma y manera que estos nuevos mecanismos puedan ser considerados y tengan el mismo valor que los tribunales.

De lo que hemos expuesto respecto al movimiento de los ADR en los EE.UU. es fácilmente perceptible el fulgor que estos mecanismos tienen en aquel país y que se proyectó en la proliferación de varias modalidades de ADR, como veremos seguidamente.

2.1.1. Procedimientos de ADR disponibles en EE.UU.: algunos ejemplos

Hoy no hace sentido pensar en la resolución de litigios en los EE.UU. sin englobar los mecanismos extrajudiciales, existiendo una panoplia diversificada de opciones y estructuras que van desde el *Mini-Trial* al *Summary Jury Trial*, o a los Sistemas Med-Arb. Estos métodos forman parte del sistema de resolución de conflictos coexistiendo con los tribunales o en su seno y, en general, constituyen formas híbridas basadas en lo que son considerados los medios primarios de ADR, es decir, la negociación, la mediación y el arbitraje. Analicemos los que más éxito han obtenido.

2.1.1.1. *Mini-Trial*

La denominación “*Mini-Trial*” fue utilizada por primera vez por un periodista del New York Times, en 1977, para describir las exitosas negociaciones entre la *TRW Inc.* y la *Telecredit Inc.* en un conflicto en materia de patentes⁵⁹. De hecho, es un procedimiento particularmente atractivo para conflictos complejos en el ámbito empresarial como en materia de propiedad industrial e intelectual, responsabilidad por productos defectuosos, concesiones, etc..

En términos genéricos, el *Mini-Trial*, que podremos traducir por mini-juicios, es un mecanismo de resolución de conflictos que consiste en la presentación por los abogados de las partes de su material probatorio y argumentación relativa a la disputa, delante de un comité de decisores constituido, generalmente, por los máximos responsables de cada empresa parte en el conflicto, con eventual presencia de un tercero neutral que presidirá

⁵⁹ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 362 y PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 108, np. 101.

las reuniones⁶⁰. De este modo, cada parte tiene la oportunidad de presentar su posición en el conflicto y conocer la posición de su adversario.

El procedimiento puede reunir componentes de negociación y arbitraje y estructurarse en dos fases esenciales⁶¹. En la primera fase los abogados de las partes exponen al comité de decisores la prueba y los argumentos de su defensa. El objetivo de cada abogado es intentar persuadir al responsable operativo de la empresa oponente de que su pretensión tiene fundamento y de que se debería llegar a un acuerdo.

En la segunda fase el comité de decisores se reúne para discutir la resolución del conflicto. Las partes podrán intentar obtener la transacción del conflicto después de oídos los argumentos de cada parte. Si no logran el acuerdo el comité de decisores presenta su pronunciamiento sobre la eventual solución que recaería si el asunto fuera resuelto por un juez. El veredicto del Comité no es vinculante y sólo se dirige a proporcionar a las partes una visión de las ventajas e inconvenientes de una solución judicial, incentivando una negociación transaccional entre ellas⁶².

Como pone de manifiesto Mullerat Balmaña, los *Mini-Trial* suele deben intentarse en la fase probatoria del litigio (*discovery phase*), “cuando la perspectiva del coste del proceso más preocupan a las partes y el incentivo para alcanzar una transacción es mayor. De acuerdo con las estadísticas, los mini-juicios alcanzan su objetivo en el 90% de los casos”⁶³.

⁶⁰ Ver, entre otros, MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa...”, cit., p. 58; PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “El proceso y sus alternativas”, cit., pp. 49-50 y VASCONCELOS-SOUSA, José, “Arbitragem e Mediação: complementares ou distintas?”, *A Mediação em Acção, Mediation in Action*, Edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Mediarcom/Minerva, 2009, p. 158.

⁶¹ Este procedimiento puede variar en cada caso concreto o en relación a la entidad que lo promueve. A título de ejemplo, para un análisis del procedimiento del *Mini-Trial* adoptado por la *American Arbitration Association* (AAA), véase el siguiente endereço electrónico, accedido el 10 de mayo de 2010, <http://www.adr.org/sp.asp?id=22007>.

⁶² Para más desarrollos relativamente al procedimiento del *Mini-Trial*, véase, entre otros, BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 363-369.

⁶³ Cfr. MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa...”, cit., p. 58.

2.1.1.2. *Summary Jury Trial*

El *Summary Jury Trial* fue implementado por primera vez en 1980 por el juez Thomas Lambros del *United District Court for the Northern District of Ohio*⁶⁴. La idea fue presentar una versión de un posible juicio para que las partes pudiesen verificar como los jurados podrían decidir en tribunal.

Esto procedimiento es muy similar al *Mini-Trial*, traducándose en una simulación de un juicio sumario a través de un jurado que emitirá un dictamen no vinculante sobre el asunto que se les somete a consideración por los abogados de las partes. Así, en la práctica el *Summary Jury Trial* consiste en una anticipación del juicio para que las partes tengan una orientación sobre la resolución que obtendrían. Como refiere Pujadas Tortosa, “Tras la exposición del veredicto, las partes pueden preguntar a los miembros del jurado acerca de la fundamentación o razones de su veredicto, lo que les ofrece una importantísima información sobre qué hechos, alegaciones o argumentos han influido sobre la decisión y de qué manera”⁶⁵.

Oído el dictamen, las partes se reúnen para intentar obtener un acuerdo siendo que, obviamente, este pacto puede ser diferente del veredicto del jurado. Por otro lado, si el acuerdo no fuere posible, las partes mantienen la posibilidad de recurrir a juicio y, teniendo en cuenta la confidencialidad del *Summary Jury Trial*, las alegaciones de los abogados de las partes y todas las informaciones plasmadas en el procedimiento no podrán constituir medio de prueba en el proceso judicial.

Para Lambros este procedimiento es importante porque permite que las partes tengan una visión más realista de las posibilidades de éxito de su caso una vez que son confrontadas con la posición de la parte contraria⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 107, np. 99. Información también referida en el siguiente endereço electrónico, accedido el 10 de mayo de 2010, http://www.ncsconline.org/wc/publications/res_juries_jurynewscostfreetrialpub.pdf.

⁶⁵ Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 108.

⁶⁶ Para más información sobre la importancia y los casos que serán más adecuados al *Summary Jury Trial*, véase LAMBROS, Thomas D. “The summary jury trial – an alternative method of resolving disputes”, *Judicature*, Vol. 69, n.º5, febrero/marzo 1986, pp. 286 y ss..

2.1.1.3. *Early Neutral Evaluation*

El primer programa *Early Neutral Evaluation* fue promovido en 1985 en el Distrito Norte de California y, teniendo en cuenta su éxito, es utilizado en su Corte desde 1988 de forma permanente⁶⁷. En este procedimiento la cuestión controvertida es sometida al análisis de un experto neutral designado por el Tribunal y especializado en la materia en discusión.

El tercero neutral se reúne con las partes para exponer su opinión sobre el caso. Como pone de manifiesto Pujadas Tortosa en esta sesión “no se practicarán pruebas, ni hay posibilidad de examinar los testigos de la parte contraria” siendo que “la finalidad básica de este método es aprovechar los conocimientos específicos que este tercero tiene sobre un área del derecho sustantivo”⁶⁸.

Los objetivos del *Early Neutral Evaluation* son mejorar la comunicación directa entre las partes, proporcionar una evaluación de la complejidad del caso por un perito neutro y, consecuentemente, facilitar una transacción entre las partes antes del juicio.

Del mismo modo que en el *Summary Jury Trial* y en el *Mini-Trial*, el posicionamiento del evaluador es no vinculante, el procedimiento es confidencial, no pudiendo ser trasladado en tribunal y las partes mantienen la posibilidad de acudir a juicio si no obtuvieren acuerdo.

Al contrario de aquellos mecanismos, en el *Early Neutral Evaluation* la participación de las partes en este procedimiento es determinada por el Tribunal que también designa el tercero neutral⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 372 y PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 109, np. 104. Para más desarrollos sobre esto programa en la Corte del Distrito Norte de la California, véase su *Blue Book*, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 10 de mayo de 2010, [http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/welcome.nsf/354c0e78f4dde1a6882564e1000be228/3497c16ea0c5d3b388256f31005bcfa3/\\$FILE/blue%20book%20-%20website%205-7-07.pdf](http://www.adr.cand.uscourts.gov/adr/welcome.nsf/354c0e78f4dde1a6882564e1000be228/3497c16ea0c5d3b388256f31005bcfa3/$FILE/blue%20book%20-%20website%205-7-07.pdf).

⁶⁸ Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 110.

⁶⁹ En la Corte del Norte de California el tercero neutral es un abogado con más de 15 años de experiencia en proceso civil en los tribunales federales. Las partes pueden recusar al tercero neutral si detectaren algún conflicto de intereses. Cfr. *Blue Book* de la Corte del Norte de California *supra* referido, p. 10.

2.1.1.4. *Settlement Conferences*

Las *Settlement Conferences* son reuniones en que un juez o magistrado, ayuda las partes a obtener un acuerdo para su litigio antes del juicio. En la práctica europea este mecanismo corresponderá a las tentativas de conciliación en el ámbito del proceso judicial con la diferencia de que el juez que conocerá del asunto en vía judicial no podrá ser el mismo que participa en las *Settlement Conferences*⁷⁰.

El *settlement judge* no puede imponer un acuerdo a las partes, ni coaccionarlas a aceptar cualquier pacto. El acuerdo obtenido es plasmado por escrito y, cuando es requerido, se remite directamente al juez responsable de la *Settlement Conference*. Si el acuerdo no fuere obtenido el proceso prosigue. También en este procedimiento rige el principio de la confidencialidad de las reuniones.

2.1.1.5. *Sistemas Med-Arb o Arb-Med*

Los sistemas Med-Arb, como el propio nombre indica, implican la aplicación consecutiva de la mediación y del arbitraje. Así, en una primera fase un tercero neutral intenta resolver el conflicto a través de la mediación. Si el acuerdo no fuere obtenido se inicia una segunda fase de arbitraje. En la práctica, especialmente comercial, este sistema se concretiza con la previsión contractual de “*step clauses*”, es decir, las partes estipulan en sus contratos varios grados de ensayo para la resolución de su conflicto, empezando generalmente por la mediación hasta el arbitraje.

También es posible que el tercero imparcial realice primero un arbitraje y, sin divulgar su decisión, cuestiona las partes si quieren negociar un acuerdo a través de mediación. Si la mediación llega a buen puerto, la decisión arbitral nunca es revelada vigorando el acuerdo. Si las partes no obtuvieren ningún acuerdo, el árbitro expone su decisión que se torna vinculante para las partes. En este procedimiento consiste el sistema Arb-Med que, como refieren Spencer y Brogan, fue propuesto inicialmente en los EE.UU. en la industria aeronáutica⁷¹.

⁷⁰ Cfr. Blue Book de la Corte del Norte de la California, cit., pp. 14-15.

⁷¹ Cfr. SPENCER, David y BROGAN, Michael, *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p. 473.

Pujadas Tortosa señala como ventaja de estos sistemas el ahorro de tiempo y de esfuerzos una vez que no hay necesidad de buscar un árbitro después de haber sido practicada una mediación sin éxito⁷². Todavía, y como la propia autora refiere, el recurso a la mediación podrá estar condicionado puesto que las partes tendrán dificultades en revelar todas las informaciones al mediador sabiendo que seguidamente la misma persona puede decidir el caso⁷³. La propia confidencialidad característica de la mediación no podrá ser respetada.

Asimismo, sólo aceptamos como viables los métodos Med-Arb o Arb-Med en que el mediador y el árbitro sean personas diferentes, tal como se verifica en las Juntas Arbitrales de resolución de conflictos de consumo en Portugal. De hecho, en estas entidades el procedimiento de resolución presenta dos fases. En una primera fase se intenta resolver la disputa a través de la mediación. Si las partes no obtuvieren acuerdo el proceso pasa a la fase de arbitraje con un árbitro diferente del mediador de la primera fase. De este modo, el inconveniente referido es anulado.

Están así expuestos algunos ejemplos de medios inherentes a esta nueva filosofía norteamericana de defensa en pos de la aplicación de nuevos medios de resolución de conflictos. Veremos ahora la implementación de los medios extrajudiciales en la Europa.

2.2. Las políticas de la Unión Europea en materia de ADR

En Europa, a partir de los años 80 del siglo pasado, el congestionamiento y atasco de los tribunales empieza a ser un problema que preocupó a varios gobiernos europeos. Por otro lado, se alcanzaban importantes progresos en el proyecto de integración europea. Se multiplicaban los tratados visando una mayor cooperación entre los distintos Estados miembros. Ejemplo de ello es el Tratado de Maastricht de 1992 y el Tratado de Ámsterdam de 1996. El Tratado de 1992 instituyó la cooperación en materia de justicia y asuntos internos en su Título IV, también designado “tercer pilar”. Y el Tratado de Ámsterdam reorganiza la cooperación en los aspectos relacionados con la justicia, fijando como objetivo la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia,

⁷² Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., p. 112.

⁷³ Apuntando el mismo inconveniente, véase SHIENVOLD, Arnold, “Hybrid Processes”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, p. 121.

trasladando hacia el primer pilar la cooperación en materia de administración de justicia⁷⁴.

Dando eco a estos objetivos, el Consejo Europeo se reúne en 1999, en una sesión extraordinaria en Tampere, para debatir precisamente la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en la Unión Europea. La cita quedó marcada por el debate exclusivo en torno a cuestiones en el área de la Justicia. Prueba de eso mismo son las conclusiones de la Presidencia⁷⁵, las cuales denotan el intento europeo de facilitar el acceso a la justicia por todos los ciudadanos europeos. Singularmente se concreta este objetivo, en la conclusión número 30 del Consejo Europeo de Tampere, disponiendo que deberán ser establecidos, por los Estados miembros, procedimientos extrajudiciales alternativos de resolución de conflictos. Esta reunión en Tampere marca así el punto de inflexión en el incremento y desarrollo de otras formas de resolución de conflictos en Europa⁷⁶.

⁷⁴ El art. 73 - I del Tratado de Ámsterdam prevé que, con el objetivo de crear progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y justicia, el Consejo adoptará medidas en el dominio de la cooperación en materia civil, previstas en el art. 73-M, concretamente mejorar y simplificar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial, incluyendo las decisiones extrajudiciales. Ver MARTÍN DIZ, Fernando, "Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos", *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 72.

⁷⁵ Que se pueden consultar en el siguiente endereço electrónico, accedido el 9 de agosto de 2010, http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm. Como refiere Martín Diz, "Los trazos generales de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere se ven posteriormente reflejados normativamente en el Reglamento núm. 743/2002 del Consejo por el que se establece un marco general de actividad comunitaria destinado a facilitar la cooperación judicial en materia civil". Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, "Políticas de la Unión Europea...", cit., p. 73.

⁷⁶ No obstante el Consejo de Tampere ser apuntado como el marco en las políticas de la UE, respecto a la implementación de los medios extrajudiciales de conflictos, antes de esta fecha ya se verificaban algunas iniciativas a este respecto, concretamente en el ámbito de la defensa del consumidor. De este modo, en 1975 la Resolución de 14 de abril (publicada en el DOUE n.º C 092, de 25 de abril de 1975), conteniendo un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, preveía en su art. 33 la realización de estudios sobre los sistemas de resolución amigable de conflictos, como el arbitraje y la conciliación. Posteriormente, en el ámbito del Consejo de Europa, diversas Recomendaciones venían promoviendo también la solución de conflictos mediante acuerdo. A título de ejemplo podremos referir la Recomendación n.º R (81) 7 que, versando sobre medidas que faciliten el acceso a la justicia, hizo constar como forma de simplificación el incentivo en los casos apropiados a la conciliación de las partes y a la resolución amigable de conflictos antes o durante el proceso. En el mismo sentido, la Recomendación n.º R (86) 12, relativa a las medidas destinadas a prevenir y reducir la sobrecarga de los tribunales, impelía los Estados a fomentar los acuerdos amigables de las disputas y a garantizar una mayor accesibilidad al arbitraje. En la década siguiente, concretamente en 1998, la Comisión emite una Comunicación relativa a la resolución extrajudicial de los conflictos de consumo [COM (1998) 198 final], considerando que el recurso a los procedimientos extrajudiciales sería una de las formas para mejorar el acceso a la justicia de los consumidores. Como consecuencia de esta Comunicación, la Comisión publica la Recomendación relativa a los principios aplicables a los organismos responsables por la resolución extrajudicial de litigios de

A ritmos diferentes y con especificidades propias, varios Estados miembros, de los que España y Portugal no son excepción, fueron desarrollando mecanismos tendentes a cumplir con el objetivo indicado. Obviamente ya existían, con diferentes intensidades, iniciativas en este ámbito en algunos Estados miembros. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la figura del Ombudsman, creada en los países escandinavos para tratar y resolver las quejas presentadas contra la Administración Pública y que corresponde, grosso modo, al “defensor del ciudadano”⁷⁷. Pero, después del Consejo Europeo de Tampere las acciones individuales de los Estados pasan a constituir actuaciones sistemáticas para incrementar los medios extrajudiciales en la UE, compelidas por los designios europeos de creación de un espacio común de justicia.

En este sentido el Consejo y la Comisión a propósito del Reglamento (CE) n.º44/2001, de 22 de diciembre de 2000⁷⁸, concerniente a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, también conocido por “Bruselas I”, reiteró su apoyo a la continuación de los trabajos en los Estados miembros sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos⁷⁹. Y el

consumo, es decir la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo [COM(1998) 198 final], complementada por la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril [COM(2001) 161 final].

Por último, y como acontecimientos importantes antes de 1999 en el panorama general de actividades de la UE en materia de medios extrajudiciales, tenemos aún que referir el Consejo Europeo de Viena de diciembre de 1998 que destacó la necesidad comunitaria de promover mecanismos ADR de carácter transfronterizo. Así, el Plano de Acción del Consejo y de la Comisión (publicado en el DOUE n.º C 19, de 23 de enero de 1999), sobre la mejor forma de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, aprobado en aquello Consejo, señalaba en el apartado 41. b) la posibilidad de implementar modelos de resolución no judicial de conflictos, especialmente en relación a los conflictos familiares transfronterizos.

Sobre las consideraciones realizadas en esta nota pie, ver, *inter alia*, MARTÍN DIZ, Fernando, “Políticas de la Unión Europea...”, cit., pp. 79-80; BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 21, np. 22 y, aún, PEDROSO, João y CRUZ, Cristina, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2000, pp. 136-137. Ver también el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, pp. 10 y ss..

⁷⁷ Con más detalle sobre esta figura, ver OBSERVATÓRIO DO ENVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES, *A resolução alternativa de litígios aplicada ao sobreendividamento dos consumidores: virtualidades da mediação*, Coimbra, 2002, p. 10, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 30 de agosto de 2008, http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/resolucao_alternativa.pdf.

⁷⁸ DOUE L 12, de 16 de enero de 2001. Reglamento modificado por el Reglamento (CE) n.º1791/2006 (DOUE L 136, de 20 de diciembre de 2006) y por el Reglamento (CE) n.º1103/2008 (DOUE L 304, de 14 de noviembre de 2008). Ver el Portal de la UE en el endereço electrónico http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133_054_es.htm#amendingact, accedido el 15 de enero de 2010.

⁷⁹ Ver la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión incluida en las actas de la sesión del Consejo de 22 de diciembre de 2000 en que se adoptó el reglamento. Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, “Políticas de la Unión Europea...”, cit., pp. 80-82.

Parlamento Europeo, en la Propuesta de modificación de aquel documento normativo⁸⁰ propone la promoción de los ADR, incluso mediante la inserción en los contratos concluidos con los consumidores de una cláusula vinculante que remetiese directamente la solución de cualquier conflicto a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos reconocido y acreditado, defendiendo también el carácter ejecutivo de las soluciones alcanzadas a través de estos medios.

También la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico⁸¹, concretamente su art. 17, reitera que los Estados miembros incentiven la resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito de la sociedad de la información, incluso a través de medios electrónicos adecuados. Y, aún en el sector del comercio electrónico, el Plan de Acción eEurope de 2002 presenta la promoción de métodos de resolución de conflictos *on-line*, comúnmente designados de *Online Dispute Resolution* – ODR.

El documento base de las políticas de armonización en los Estados miembros de la Unión Europea en materia de ADR es, todavía, el “Libro Verde sobre modos de resolución de conflictos en materia civil y mercantil”⁸², presentado por la Comisión en 2002. De hecho, el objetivo del citado libro era efectuar un plano de situación sobre aquellos mecanismos de forma que pudiesen ser avanzadas y adoptadas medidas concretas en el futuro, analizándose diversas cuestiones cuya reglamentación debería ser uniformada⁸³. La obligatoriedad y/o voluntariedad de los medios extrajudiciales, la interrupción de los plazos de prescripción cuando haya un recurso previo a otros medios externos a los tribunales, la calidad de los organismos que promueven los ADR, la confidencialidad y la eficacia de las decisiones de los medios extrajudiciales son algunos ejemplos de problemas controvertidos cuyo análisis es fundamental y sobre los males el Libro Verde concede algunas pistas para la futura reglamentación de los mecanismos extrajudiciales⁸⁴.

⁸⁰ Puede consultarse en el DOUE n.º C 146, de 17 de mayo de 2001.

⁸¹ Publicada en el DOUE L 178, de 17 de julio de 2000.

⁸² Referencia COM (2002) 196 final.

⁸³ Para más informaciones sobre los objetivos del Libro Verde y sus conclusiones podrá consultarse el siguiente endereço electrónico <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33189.htm>, accedido el 11 de agosto de 2010.

⁸⁴ Para un análisis detallado sobre el Libro Verde, véase MARTÍN DIZ, Fernando, “Políticas de la Unión Europea...”, cit., pp. 83 y ss.. Ver aún IRANZO ROURA, Teresa, “Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, *Anuario de Justicia Alternativa*, Tribunal Arbitral de Barcelona, n.º3, Año 2002, pp. 215-219.

También demostrando el objetivo de creación de un espacio europeo de justicia, fueron creadas redes de cooperación entre los Estados miembros, integrando los medios de resolución de conflictos europeos. Como ejemplos de estas redes tenemos la EEJ-net, hoy ECC-net, en el ámbito del Derecho del Consumo, y la FIN-net referente a cuestiones financieras. Ambas tienen un modo de funcionamiento similar que pasa por el nombramiento en cada Estado miembro de un punto de contacto que recibirá de los consumidores su reclamación concerniente a una operación de consumo u operación financiera ocurrida en otro Estado miembro. Esta entidad⁸⁵ contacta con el punto de contacto del país donde ocurrió el conflicto y le enviará la información jurídica correspondiente, así como las formas de resolución alternativas de resolverlo. De esta forma, no sólo evita que los consumidores se tengan que desplazar al país donde ocurrió el conflicto, sino que además tienen la información jurídica correcta y sin esfuerzo de cómo se utilizan los medios de resolución alternativa de litigios⁸⁶. Otra red semejante es la SOLVIT dedicada a resolver problemas sobre la aplicación, por parte de las autoridades públicas, de normas referentes al mercado interno en los varios Estados de la UE. Esta red puede solucionar reclamaciones sea de particulares, sea de empresas⁸⁷.

Last, but not least, fue publicado en el año de 2008 la Directiva 2008/52/CE concerniente a la mediación en materias civiles y mercantiles, lo que demuestra el empeño de la UE en hacer incrementar estos medios de forma uniforme por toda Europa.

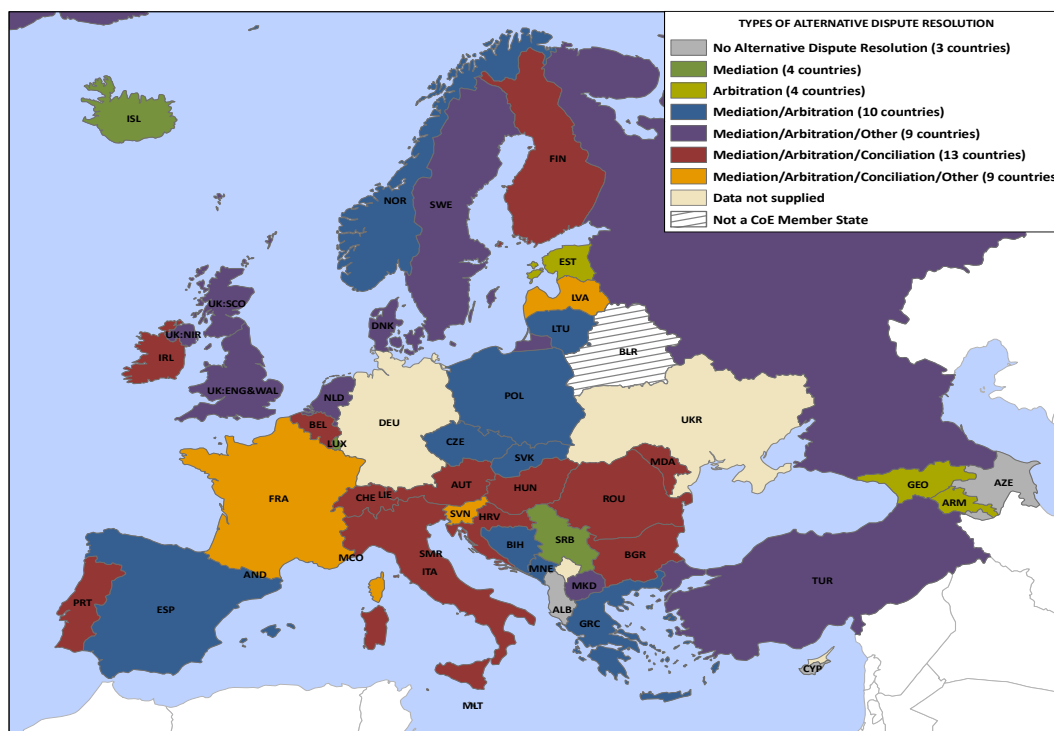
De las líneas antecedentes es fácil concluir que los medios de resolución alternativa de litigios son una realidad plausible en Europa, teniendo aquí el patrocinio incondicional de la Unión Europea. El siguiente mapa indica el panorama europeo en materia de ADR, siendo visible su proliferación en todos los Estados miembros.

⁸⁵ Que para la ECC-net es el Centro Europeo del Consumidor español y para la FIN-net es la CNVM española.

⁸⁶ Para más desarrollos, véase los siguientes enderezos electrónicos, accedidos el 11 de agosto de 2010, http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/index_en.htm y http://www.richardbutler.net/Euromed/FIN-NET_Light_Guide.pdf.

⁸⁷ Sobre esta red véase el siguiente enderezo electrónico, accedido el 11 de agosto de 2010, http://ec.europa.eu/solvit/site/about/index_pt.htm.

Figura n.ºI.1 - Panorama europeo en materia de ADR



Tomado del Informe del CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2010(data 2008)*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010, p. 108.

La defensa y reglamentación de los medios extrajudiciales en la Europa constituye, por otro lado, un segmento de la concretización del derecho de acceso a la justicia, actualmente elevado a la categoría de derecho fundamental.

3. LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS Y EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

El concepto de acceso al derecho y a la justicia ha cambiado desde su origen hasta nuestros días, vistiendo el ropaje de las ideologías políticas y sociales vigentes. Siguiendo el estudio de Cappelletti y Garth⁸⁸, en los Estados Liberales de fines del siglo XVIII y del siglo XIX el derecho de acceso a la justicia era conformado como un derecho natural, no necesitando de una actuación del Estado, bastando que este no permitiese su violación. Regia el sistema *laissez-faire* y, por lo tanto, solo tendría acceso a la justicia

⁸⁸ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *Access to Justice...*, cit., pp. 6-7, que seguiremos de cerca en el análisis de este punto.

quien pudiese pagar sus costos y los que no pudieran hacerlo eran considerados los únicos responsables de su destino.

En el siglo XX las concepciones liberales e individualistas de los siglos pasados empezaron a cambiar. Después de la II Guerra Mundial se consolida una nueva tendencia de reconocimiento de derechos y obligaciones sociales que los Gobiernos deberían concretar, naciendo el *Welfare State* o los “Estados de Bienestar”. En este contexto el derecho de acceso a la justicia pasa a constituir una obligación estatal que debería estar accesible a todos los ciudadanos, exigiéndose la eliminación y remoción de las barreras que impidiesen su realización. De este modo, su ámbito de aplicación fue progresivamente ampliándose, distinguiendo Cappelletti y Garth tres oleadas evolutivas de este derecho desde los años sesenta⁸⁹.

En la primera oleada la preocupación primordial asentaba en la prestación de servicios legales a los pobres. En los EUA el *Legal Service Program of the Office of Economic Opportunity* (OEO) de 1965 dio el impulso a esta primera fase que se tradujo en el apoyo jurídico a los ciudadanos económicamente desfavorecidos con el nombramiento gratuito de abogados para consulta y representación legal⁹⁰. Los inconvenientes de este modelo rápidamente fueron denunciados. La calidad de los servicios jurídicos prestados era bajísima toda vez que no había compensación económica y, por eso, los abogados implicados eran inexpertos⁹¹.

A partir de los años 70 el derecho de acceso a la justicia se extiende a la protección de los intereses difusos que afectan a varias personas o grupos surgiendo, entonces, la segunda oleada. En causa estaba la defensa de los derechos de los consumidores o del medio ambiente a través de las *class actions*, cuya decisión tendría efectos para todos los individuos afectados, incluso aunque no promoviesen ni participasen en el proceso.

El fomento del derecho de acceso a la justicia ha provocado un crecimiento de la litigiosidad enorme a la cual los tribunales no daban la respuesta necesaria. Por otro lado,

⁸⁹ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *Access to Justice...*, cit., pp. 21 y ss.. Como los propios autores ponen de manifiesto, estas tres diferentes fases no tienen una relación de sustitución, más bien una relación de coexistencia, manteniendo cada fase su función específica.

⁹⁰ En Europa, el Consejo Europeo demostraba sus preocupaciones en el acceso efectivo al derecho de las personas en situación de pobreza a través de la Recomendación R(78)8 relativa a la asistencia y consulta jurídica.

⁹¹ Cfr. PEDROSO, João, *et al.*, “E a justiça aqui tão perto...”, cit., p. 81.

el “Estado Providencia” empieza a declinar sus “responsabilidades” verificándose recortes en los presupuestos destinados a estas funciones. Entonces va naciendo la idea de que junto los tribunales deberían existir otros organismos y posibilidades de resolución de litigios. Surgía así la tercera oleada basada en la creación de medios alternativos a los tribunales que, en los EUA, se asumió como el movimiento “*Alternative Dispute Resolution*” y que hoy tiene adhesión y repercusión en todo el mundo.

El derecho de acceso a la justicia, de posibilidad de que todos acudan al tribunal, se está transformando en realización de la justicia del caso concreto, garantizando la igualdad efectiva de las partes y la imparcialidad del medio de administración de la justicia, cualquier que él sea⁹². La propia Exposición de Motivos que acompañaba la Propuesta de Directiva de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su apartado 1.1.1., refería precisamente que “el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial”. Hay, por tanto, que construir un nuevo modelo de justicia integrando todos los medios legítimos de resolución de conflictos jurídicos⁹³.

Ejemplo paradigmático de esta nueva perspectiva es la Ley francesa de Acceso a la Justicia y a la Resolución Amigable de Conflictos de 18 de diciembre de 1998, que privilegia las medidas que evitan el acceso a los tribunales, promoviendo la información

⁹² En este sentido Paula Costa e Silva afirma que “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais”. Cfr. SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Lisboa, 2009, p. 19. También defendiendo que los ADR están incluidos en la definición de acceso a la justicia, véase FRANCIONI, Francesco, *Access to Justice as a Human Right*, Edit. Francesco Francioni, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 4-5.

⁹³ La propia exposición de motivos que acompañaba a la Propuesta de Directiva de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su apartado 1.1.1., refería precisamente que “el concepto de acceso a la justicia debe incluir la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial”. Como refiere Pedroso, *et al.*, “O novo sistema integrado de resolução de litígios, deve ter como consequência a assunção e reconhecimento pelo Estado dum política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado “pluralismo jurídico e judicial”, ou seja, que reconhece também aos meios não judiciais legitimidade para dirimir conflitos”. Cfr. PEDROSO, João, *et al.*, *O acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão*, Observatório Permanente da Justiça, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2002, p.12.

jurídica e incentivando la creación de otras vías complementarias y alternativas de resolución de litigios.

Prosiguiendo los objetivos determinados en aquella ley, el Gobierno francés reformuló los anteriores *Conseils Departementaux de l'Aide Juridique*, designándolos de *Conseils Departementaux d'Accès au Droit* que, bajo la presidencia del presidente del *Tribunal de Grand Instance* en la sede de cada Departamento (según la división administrativa del territorio), tenían como principal misión definir una política de acceso al derecho en el área respectiva y que pasaba, entre otras funciones, por promover nuevos mecanismos de resolución de conflictos.

Una de las medidas más relevantes de esta ley en el ámbito de los ADR fue la institucionalización de las *Maison de Justice et du Droit* que perseguía reforzar la justicia de proximidad⁹⁴. Su funcionamiento integra el trabajo conjunto de magistrados, de servicios de Protección Judicial de Menores, de la Orden de Abogados, de Asociaciones de Apoyo a la víctima, etc.. Las competencias de estas *maison* se asientan en la prevención de la delincuencia, en el apoyo a las víctimas y acceso a la justicia, así como, en acciones de desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos civiles y penales.

Con el mismo objetivo de reforzar la justicia de proximidad también podremos hacer referencia a las *Boutiques de Droit*. Indica Bonafé-Schmitt que “La spécificité du Project des Boutiques de Droit repose sur l’implication des habitants dans le fonctionnement des permanences, ce qui la distingue d’un certain nombre d’autres expériences comme les Maisons de Justice. Les Boutiques de Droit sont des structures semi-professionnelles reposant sur l’association de juristes et d’habitants du quartier, que ce soit en tant qu’intervenants ou de médiateurs”⁹⁵.

Con estas medidas el Gobierno francés asume claramente aceptar de que los medios extrajudiciales de resolución de conflictos deben ser desarrollados y apoyados. De este modo, es evidente que, en este nuevo siglo, el derecho de acceso a la justicia tiene que

⁹⁴ Sobre el funcionamiento y evaluación de estas entidades, véase PEDROSO, João, *et al.*, *O acesso ao Direito e à Justiça*, cit., pp. 76 – 78. Ver también BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre, “Les Boutiques de Droit: l’autre médiation”, *Archives de Politique Criminelle*, n.º14, Centre de Recherches de Politique Criminelle, Editions A. Pedone, 1992, p. 60.

⁹⁵ Cfr. BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre, “Les Boutiques de Droit: l’autre médiation”, cit., p. 60.

ser entendido en términos amplios abarcando no sólo a los juzgados y tribunales, sino también a los ADR tal como se ha asumido en la Francia.

4. LA ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS TEXTOS FUNDAMENTALES

Comprendido el derecho de acceso a la justicia como el derecho de recurrir y utilizar todos los medios legítimos, legales y válidos para solucionar conflictos, sea judicial o extrajudicialmente, es necesario percibir si esta nueva orientación pudiera ser contraria a los textos fundamentales (Constitución) en esta materia. Vamos a circunscribir nuestro análisis a la Constitución Española de 1978, por constituir la ley máxima del ordenamiento español, y al Convenio Europeo de Derechos Humanos que orienta las actuaciones de los Estados Europeos en materia de derechos humanos.

4.1. El artículo 24 de la Constitución Española

Ante la previsión constitucional en los países de la Unión Europea del derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica el poder de acudir a un tribunal para la resolución de conflictos jurídicos, es oportuno cuestionar la admisibilidad de los medios extrajudiciales desde la interpretación de los textos constitucionales. La cuestión gana mayor importancia ante la reciente Directiva 2008/52/CE que impone a los Estados miembros la previsión legal de la mediación aceptando, incluso, sistemas de mediación obligatoria.

La Constitución Española de 1978 prevé en su art. 24, n.º1 que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Se consagra de esta manera el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido abarca, entre otros, el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de derechos e intereses legítimos⁹⁶, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁹⁷, el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes⁹⁸ o el derecho a la tutela judicial cautelar^{99/100}.

⁹⁶ Cfr. Sentencia del TC 13/1981, de 22 de abril.

⁹⁷ Cfr. Sentencia del TC 24/1981, de 14 de julio. Sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, véase, entre otros, GIMENO SENDRA, José Vicente, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”,

No obstante la actual consagración constitucional de este derecho, esta no es una constante en los textos constitucionales. En verdad, la Constitución Española de 1812, como pone de manifiesto Mejías Gómez, “no solo no reconoce este derecho a la tutela judicial efectiva, sino que pretende, más bien limitar al máximo la intervención de los jueces potenciando fórmulas alternativas de solución de conflictos”¹⁰¹. Su art. 280 disponía que no se pudiera privar a los ciudadanos del derecho a dirimir sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Y los artículos 282, 283 y 284 regulaban la conciliación como presupuesto previo para que los ciudadanos pudiesen recurrir a la vía judicial en el ámbito civil o en la acción penal por injurias.

¿Ante esta diferencia de textos constitucionales y además teniendo en cuenta el actual art. 117, n.º3 CE, que atribuye exclusivamente al Poder Judicial la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es oportuno cuestionar si el Poder Judicial y los juzgados y tribunales deberán ser los únicos medios de resolución de conflictos a la disposición de los ciudadanos o si son admisibles medios extrajudiciales para solución de sus conflictos y litigios?

La respuesta nos parece obvia toda vez que los artículos referidos atribuyen en exclusivo a los órganos del Poder Judicial el ejercicio de la función jurisdiccional, pero no excluyen que los conflictos jurídicos puedan ser resueltos por otras vías. Además, la propia Constitución Española en los arts. 51 y 54 viene a exigir, en relación a los consumidores, la creación de procedimientos que satisfagan los intereses legítimos pudiendo ofrecerse al ciudadano equivalentes procesales¹⁰².

Problemas Actuales de la Justicia: Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario, Coord. Victor Manuel Moreno Catena, Editorial Tirant lo Blanch, 1988, pp. 171-182.

⁹⁸ Cfr. Sentencia del TC 32/1982, de 7 de junio.

⁹⁹ Cfr. Sentencia del TC 232/1992, de 17 de diciembre.

¹⁰⁰ Para más desarrollos sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, véase BUJOSA VADELL, Lorenzo. M., y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, *La Ley*, n.º2, 1999, pp. 1828-1840; VELASCO CABALLERO, Francisco, *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva: la Administración como titular del derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución*, 1ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2003 y SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina, “Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º21, 2003, pp. 601-616.

¹⁰¹ Cfr. MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, “Sistemas Alternativos...”, cit., p. 309.

¹⁰² Ver BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, 1ª edición, Editorial Reus, Madrid, 2009, p. 11.

La prueba de esta afirmación es la reglamentación legal del arbitraje. Pues bien, si la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje reglamenta este medio de resolución de conflictos e incluso acepta que los laudos arbitrales produzcan efectos de cosa juzgada y si la misma no es inconstitucional, la existencia de medios extrajudiciales de conflictos no viola el art. 24 CE. En el mismo sentido, podremos referir todas las leyes de mediación familiar aplicadas en las Regiones Autónomas y que consagran una otra vía autocompositiva de resolución de conflictos, o la preparación en la actualidad de una norma estatal en materia de mediación en derecho privado sin que se cuestione su posible inconstitucionalidad.

Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 no es un derecho ejercitable directamente desde la Constitución ni un derecho absoluto o incondicional, por lo que el legislador no solamente tiene que reglamentar las formas de acceso a la jurisdicción como, dentro de su ámbito de atribuciones, puede establecer límites a ese acceso¹⁰³. Así, el derecho a la tutela judicial solamente puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones, a no ser que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador¹⁰⁴.

Teniendo en cuenta estos límites, el TC ha declarado reiteradamente la compatibilidad del art. 24 con la existencia de trámites previos al proceso como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa, cuya solución final puede deparar que el recurso a los tribunales sea innecesario¹⁰⁵. Pues bien, si el TC admite la existencia de obstáculos directos y obligatorios al acceso a la jurisdicción, entonces, con mejor razón, también admitirá la existencia de otros medios de resolución de conflictos que, estando disponibles a los ciudadanos, no impiden que estos acudan al proceso judicial, sino que simplemente les ofrecen otras vías facultativas para solucionar sus litigios.

¹⁰³ En este sentido la Sentencia del TC 12/1998, de 15 de enero, afirma precisamente que el legislador puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción. Del mismo modo la Sentencia del TC 19/1981, de 8 de junio, considera que el art. 24, apartado 1 no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas.

¹⁰⁴ Cfr. Sentencia del TC 60/1989, de 16 de marzo.

¹⁰⁵ Cfr. Sentencia del TC 217/1991, de 14 de noviembre.

También el Tribunal Supremo viene afirmando la constitucionalidad de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos al establecer en la Sentencia de 9 de octubre de 1989 que “El artículo 24.1 de la Constitución Española (...) se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial – arbitraje en este caso”.

El art. 24 CE no impide otras formas de resolución de conflictos como hemos comprobado, quizá la redacción de la norma constitucional debería todavía ser más amplia y abarcar la tercera oleada del derecho de acceso a la justicia apuntada por Cappelletti. Concordamos así enteramente con Mejías Gómez cuando afirma que desde una perspectiva teórica había sido más correcto incluir en el art. 24 CE un apartado dedicado al acceso a la justicia y a la tutela de derechos y libertades fundamentales en general, refiriéndose en particular a todas las formas destinadas a la resolución de conflictos¹⁰⁶.

4.2. El artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos - la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En términos europeos el derecho de acceso a la justicia aparece consagrado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁰⁷ prescribe que toda la persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, “Sistemas Alternativos...”, cit., p. 309.

¹⁰⁷ El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue firmado en 4 de noviembre de 1950, en Roma. Véase MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, ámbito, órganos y procedimientos*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985 y ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de familia*, Coimbra Editora, 2008, pp. 25-62.

¹⁰⁸ El derecho de tutela efectiva fue elevado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al rango de principio general del Derecho comunitario por Sentencia de 15 de mayo de 1986, Proceso n.º 222/84, interpuesto por Johnston, siendo proclamado además por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Con el apartado 1 de este artículo el CEDH pretende garantizar a todas las personas el derecho a que un Tribunal conozca de cualquier discusión, diferencia o pretensión relativa a sus derechos y obligaciones de carácter civil¹⁰⁹. Así, el núcleo del artículo 6, n.º1 abarca: 1) el derecho de acceso a la justicia, 2) el derecho a un proceso equitativo, 3) el derecho a un proceso público y 4) sin dilaciones indebidas, 5) el derecho a un tribunal independiente, imparcial y predeterminado por ley¹¹⁰.

No pretendemos estudiar en nuestro trabajo el ámbito del art. 6 del CEDH. En relación a la temática que nos ocupa importa solamente analizar la conformidad del art. 6, apartado1 del CEDH con la existencia de medios extrajudiciales de conflictos, una vez que estos deparan la resolución de los conflictos y litigios sin acudir a un juzgado o tribunal, lo que, a primera vista, parece contrariar aquella norma.

Pues bien, en esta cuestión el Tribunal afirmó en varias ocasiones que el derecho de acceso a la justicia no tiene un carácter absoluto, pudiendo sufrir limitaciones, toda vez que su propia naturaleza exige reglamentación por los Estados, la cual puede variar en función del tiempo y del lugar o en función de las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos. Dichas limitaciones no podrán privar totalmente al particular de acceder a un tribunal y, por otro lado, sólo serán consideradas válidas si prosiguieren objetivos legítimos y fueren proporcionales a la realización de esos objetivos¹¹¹.

Teniendo por base estas premisas el TEDH entendió, por ejemplo, que los Estados contratantes no están obligados a someter los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil a procedimientos que se desarrollen en cada uno de sus estadios ante “Tribunales” conformes con sus diversas prescripciones¹¹². Así, continuó el TEDH,

¹⁰⁹ En este sentido véase por todas la Sentencia del TEDH de 1 de junio de 2002, relativa al caso *Kutic vs. Croacia*.

¹¹⁰ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, “Garantías Procesales Básicas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Coord. Alberto A. Herrero de la Fuente, 2003, pp. 228-229 y MARTINS, Patricia Fragoso, *Da Proclamação à Garantia Efectiva dos Direitos Fundamentais – Em busca de um due process of law na União Europeia*, 1ª edición, Principia, 2007, p. 137.

¹¹¹ Ver, entre otras, la Sentencia del TEDH de 8 de julio de 1986 en el caso *Lithgow y otros vs. Reino Unido* y la Sentencia de 27 de agosto de 1991, en el caso *Philis vs. Grecia*.

¹¹² Las prescripciones que deben ser atributos de un tribunal son la imparcialidad, independencia y predeterminación legal, como se refiere el TEDH en la Sentencia de 10 de febrero de 1983, relativa al caso *Albert y Le Compte vs. Bélgica*. Sobre el derecho a un juez imparcial, véase CALVO SÁNCHEZ, M. C., “El derecho al Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: necesidad de

imperativos de flexibilidad y eficacia, plenamente compatibles con la protección de los derechos humanos, pueden justificar la intervención previa de órganos administrativos o corporativos, y, *a fortiori*, de órganos jurisdiccionales¹¹³. Por otro lado, en el proceso *British-American Tobacco Company Ltd. vs. Países Bajos*¹¹⁴, el TEDH reconoce que en un ámbito tan técnico como el relativo a la concesión de patentes, puede haber buenas razones para optar por un órgano de decisión distinto a un Tribunal de tipo clásico integrado en el aparato judicial normal del país.

Uno de los casos más famosos en el ámbito que nos ocupa es el relativo a la Sentencia *Deweere vs. Belgium*, de 27 de febrero de 1980, en que el TEDH tuvo que analizar la conformidad de sistemas extrajudiciales de resolución de controversias con el art. 6 del CEDH. El caso versaba sobre un propietario de una carnicería que fue objeto de una inspección general por las autoridades económicas competentes al contrastar una violación de la legislación belga de fijación de precios. Ante esta infracción, y para que el proceso terminase sin acusación y juicio, el Fiscal belga ha propuesto al Sr. Deweer un acuerdo amigable de pago de una cuantía monetaria de 10.000 francos belgas. Esta cuantía fue pagada por el Sr. Deweer solamente para evitar el procedimiento penal, así como el cierre de su establecimiento. De este modo, el ciudadano belga invocó la violación del art. 6 del CEDH, una vez que la adhesión al acuerdo amigable no había sido libre e incondicionada. El Gobierno belga respondió que el Sr. Deweer podría siempre rechazar el acuerdo, no estando limitado su derecho de acceso a un tribunal.

Ante estos hechos, el TEDH afirmó que sistemas de renuncia a los tribunales, como, en materia civil, las cláusulas de arbitraje en contratos y, en el ámbito penal, el pago de multas acordadas por las partes son, en principio, válidos pues que revelan ventajas tanto para los particulares, como para la administración de la justicia.

Teniendo en cuenta estas premisas, en el caso *Deweere vs. Belgium*, el TEDH consideró que el acuerdo amigable propuesto al Sr. Deweer violaba el art. 6 porque colocaba a las partes en una situación de presión inaceptable. De hecho, si la propuesta no fuese

encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes”, *Revista La Ley*, n.º4, 1989, pp. 995-1006.

¹¹³ Cfr. la Sentencia de 23 de junio de 1981 relativa al caso *Le Compte, Van Leuven y De Meyère vs. Bélgica*, asiente en la aplicación de sanciones de suspensión del ejercicio de la profesión de médico por el Consejo Provincial de la Orden de los Médicos de Flandes por faltas deontológicas.

¹¹⁴ Ver Sentencia del TEDH de 20 de noviembre de 1995.

aceptada el establecimiento comercial sería cerrado hasta que el proceso concluyera. De este modo la adhesión a la solución amigable no fue, en la apreciación del TEDH, verdaderamente libre¹¹⁵.

¿Analizada la sentencia en cuestión es pertinente preguntar si con este desenlace del caso, el TEDH considera que el recurso a medios extrajudiciales de resolución de conflictos viola el derecho a la tutela judicial consagrado el art. 6 del CEDH? Nos parece que la respuesta tendrá que ser obviamente negativa.

En primero lugar, el propio Tribunal afirma expresamente como limitaciones válidas al derecho de acceso a la justicia las cláusulas de arbitraje¹¹⁶ y las multas pactadas en el ámbito penal. Por otro lado, el sentido de la decisión del TEDH en el caso *Deweere vs. Belgium* es justificado, no por la previsión legislativa de la transacción penal, sino por la existencia de un condicionamiento o presión en la aceptación del acuerdo por el Sr. Deweere retirando de forma inaceptable su libertad en la renuncia de acudir ante un tribunal. Pues bien, ese condicionamiento no existe en los ADR que se fundan en el principio de la voluntariedad, teniendo las partes que consentir libremente en su aplicación al caso concreto o, por otro lado, teniendo la libertad de acudir a los tribunales si prefirieren.

A modo de conclusión, pueden existir limitaciones al derecho de acceso a la jurisdicción en cuanto que esas limitaciones sean justificadas, y basándose los ADR en la voluntariedad de su aplicación, es entonces cuando la previsión legal de estos medios en

¹¹⁵ No obstante el sentido de la decisión, el propio TEDH afirma en la Sentencia del caso *Deweere vs. Belgium* que la presión ejercida por la posibilidad de comparecer ante un juez, pudiendo influenciar la voluntad del interesado en la aceptación de la transacción, no es, todavía, incompatible con el Convenio. Sobre la transacción en material penal es interesante consultar las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer del Tribunal de Justicia de las Comunidades en los Procesos C-187/01, contra *Hüseyin Gözütok* y Proceso C-385/01 contra *Klaus Brügge* en que se afirma que la transacción penal es una forma de administrar justicia y hacer justicia constituyendo una alternativa a la función estrictamente jurisdiccional en relación a determinadas infracciones. Considera también el Abogado General que la amenaza de un proceso judicial no es censurable ni vicia el consentimiento puesto que siempre tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales.

¹¹⁶ En lo que concierne a los Tribunales Arbitrales, véase el entendimiento del TEDH en la Sentencia de 8 de julio de 1986 en el caso *Lithgow y otros vs. Reino Unido*, donde afirma que “the Court shares the Commission’s view that this limitation on a direct right of access for every individual shareholder to the Arbitration Tribunal pursued a legitimate aim, namely the desire to avoid, in the context of a large-scale nationalisation measure, a multiplicity of claims and proceedings brought by individual shareholders (ibid.). Neither does it appear, having regard to the powers and duties of the Stockholders’ Representative and to the Government’s margin of appreciation, that there was not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and this aim”.

los ordenamientos jurídicos europeos no viola el derecho de acceso a los tribunales del art. 6 del CEDH.

5. RELACIÓN ENTRE LA VÍA JUDICIAL Y LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Siendo defendidos y reivindicados otros mecanismos para la resolución de conflictos fuera del sistema judicial y partiendo de la premisa ya fundamentada de que los medios extrajudiciales son plenamente admisibles en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, concretamente a nivel constitucional, es necesario percibir qué diferencias los separan del sistema judicial, cuál la relación existente entre estos dos modelos y, aún, cuál es el ámbito de aplicación de estos medios, es decir, en qué conflictos es apropiada su utilización.

5.1. Características diferenciales entre el sistema judicial y los medios extrajudiciales

La matriz del modelo judicial y del modelo extrajudicial de resolución de conflictos se asienta en presupuestos diversos, lo que repercutirá en características y modos de funcionamiento necesariamente diferentes. En el siguiente cuadro esquematizamos las principales diferencias entre los dos modelos.

Cuadro n.º I.2 – Características diferenciales entre el sistema judicial y los medios extrajudiciales

SISTEMA JUDICIAL	MEDIOS EXTRAJUDICIALES
<ul style="list-style-type: none">• Sistema público	<ul style="list-style-type: none">• Sistema tendencialmente privado
<ul style="list-style-type: none">• Modelo impositivo, obligatorio o unilateral	<ul style="list-style-type: none">• Modelo voluntario o bilateral
<ul style="list-style-type: none">• Inflexibilidad de procedimientos	<ul style="list-style-type: none">• Flexibilidad de procedimientos
<ul style="list-style-type: none">• Incapacidad de adaptación al caso	<ul style="list-style-type: none">• Capacidad de adaptación al caso
<ul style="list-style-type: none">• Menor grado de confidencialidad	<ul style="list-style-type: none">• Mayor grado de confidencialidad
<ul style="list-style-type: none">• Control endógeno del resultado	<ul style="list-style-type: none">• Control exógeno del resultado

Así, el modelo judicial es, desde luego, un sistema público de resolución de conflictos desarrollado por el Estado por imperativo constitucional, adscrito al Poder Judicial y que se presenta como oferta de base a todos los ciudadanos¹¹⁷. En consecuencia, fue establecida una organización estructural estable apoyada en los juzgados y tribunales de justicia, siendo la función de juzgar atribuida exclusivamente a los jueces, estando excluida cualquier posibilidad de creación de juzgados y tribunales judiciales privados, fuera del esquema definido por el legislador. Por otro lado, los costos de funcionamiento de esta estructura tienen en su casi totalidad financiación pública (excepción hecha de la fase judicial y los depósitos para recurrir), una vez que las costas procesales no cubren los gastos del proceso.

Al contrario, el modelo extrajudicial es tendencialmente privado en el sentido de que los particulares tienen la posibilidad de organizar por sí tribunales arbitrales *ad-hoc* o nombrar un mediador para que puedan intentar resolver sus conflictos y litigios, situación que es imposible en el ámbito de los órganos judiciales teniendo en cuenta el principio del juez natural. Por otro lado, las instituciones colectivas que llevan a cabo la resolución de litigios a través de los medios extrajudiciales son también, en general, personas jurídicamente privadas y, cuando se verifica la participación del Estado, esta es accesoria¹¹⁸.

De esta diferencia estructural entre los dos modelos resulta también el carácter impositivo u obligatorio del sistema judicial frente a la voluntariedad de los medios extrajudiciales. Un proceso judicial penal tiene carácter necesario, pudiendo ponerse en marcha casi automáticamente, por ejemplo cuando se verifique la práctica de un delito público a partir de la intervención del Ministerio Fiscal. En materia civil, el

¹¹⁷ En este sentido véase RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El sistema procesal español*, 7ª edición, Atelier, Barcelona, 2005, p. 59.

¹¹⁸ Cuando afirmamos que el sistema extrajudicial es tendencialmente privado hacemos referencia a su carácter constitutivo, una vez que asienta en el principio de la autonomía privada de los particulares, concretizado en la voluntariedad y en la necesidad de consentimiento de las partes para que el conflicto se resuelva por mediación o arbitraje. Sin embargo, si los Gobiernos asumieran el desarrollo de los medios, como se verifica en Portugal con los sistemas públicos de mediación, entonces sólo tendencialmente el modelo será privado porque, de hecho y no obstante vigorar del mismo modo el principio de voluntariedad, el sistema es promovido y asegurado por una entidad pública como el Ministerio de Justicia que ejecuta la auditoría y revisión de su funcionamiento. Defendiendo la mediación como sistema público y institucional, véase MARTÍN DÍZ, Fernando, "Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de administración de justicia", *Newsletter do GRAL*, n.º3, 2010, disponible en el siguiente endereço electrónico, http://www.gral.mj.pt/userfiles/Articulo_mediacion_FERNANDO_MARTIN.pdf, accedido el 5 de mayo de 2010.

desencadenamiento del proceso no necesita del consentimiento del demandado que podrá, o no, ejercer posteriormente sus derechos de defensa.

Los medios extrajudiciales, al revés, se asientan en el principio basilar de la voluntariedad, siendo necesario el consentimiento de ambas partes para que la resolución del conflicto opere a través de estos mecanismos. En la mediación y en la conciliación la voluntariedad es manifestada en el acuerdo de consentimiento y constituye la propia esencia de estos mecanismos ya que nadie puede ser obligado a negociar o discutir un problema. La ausencia de voluntad en la discusión del conflicto por los medios autocompositivos tornaría inviable su resolución, siendo el consentimiento de las partes condición de funcionamiento de estos mecanismos¹¹⁹. En lo que concierne al arbitraje su naturaleza voluntaria está prevista legalmente en el art. 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (LA)¹²⁰, cuando prescribe que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual¹²¹.

Los medios extrajudiciales se caracterizan también por su flexibilidad e informalidad. En el ámbito del arbitraje, el art. 25, apartado 1, LA consagra que las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. De este modo, la ley no establece las reglas que los árbitros tendrán que obedecer, pudiendo las partes fijar el esquema que consideraren conveniente. En relación a la mediación y a la conciliación son el mediador y el conciliador los que construyen su propia estrategia de actuación teniendo en cuenta el tipo de conflicto y las partes implicadas, sin que haya un procedimiento tipo ya reglamentado.

¹¹⁹ Como pone de manifiesto José Vasconcelos Sousa, “Um juiz, um estatuto ou um contrato, podem obrigar as partes a encontrarem-se em sessão de mediação, mas nada as obriga a chegar a acordo ou, em muitas circunstâncias, nada as obriga a interessarem-se e envolverem-se sinceramente no processo de procura de solução”. Cfr. SOUSA, José Vasconcelos, *Mediação*, 1ª edição, Quimera, Lisboa, 2002, p. 33.

¹²⁰ Publicada en el BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109 y, de ahora en adelante, abreviadamente designada de LA. Sobre el arbitraje ver, entre otros, MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*, 1ª edición, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.

¹²¹ La excepción a esta regla solamente se verifica en relación al arbitraje testamentario, previsto en el art. 10 de la Ley de Arbitraje, permitiéndose a través de una declaración unilateral de voluntad del testador establecer este mecanismo para solucionar conflictos entre herederos relativamente a cuestiones de distribución o administración de la herencia.

De forma distinta, el sistema judicial tiene sus procesos reglamentados de forma inalterable en las leyes de procedimiento respectivas y que constituyen el guión de actuación de los actores en el teatro judicial, sea abogados o jueces. Cualquier deficiencia de la actividad procesal, cuando se produce al margen de las reglas de procedimiento, generará una nulidad de actuaciones, lo que revela su inflexibilidad.

Por otro lado, correlacionada con esta característica está su incapacidad de adaptación al caso concreto. Se han de observar los procedimientos establecidos, sin posibilidad de modificación atendiendo a las características específicas de la situación en análisis. Y la decisión judicial aplicará la ley pese a que en determinadas ocasiones no sea la solución más “justa” para las partes.

La flexibilidad de los medios extrajudiciales, al contrario, permite que las especificidades del caso sean atendidas en los procedimientos y en la resolución del conflicto. En el arbitraje las partes podrán incluso seleccionar los árbitros con capacidad técnica o especialistas en la materia objeto de disputa. En la mediación y conciliación el acuerdo pactado por las partes responde a los intereses de ambas y a las exigencias del conflicto, siendo ésta la mejor prueba de su adaptación al caso concreto.

La quinta característica diferenciadora del modelo judicial y extrajudicial se registra en relación a la confidencialidad. La regla en el ámbito del proceso judicial es la publicidad y, por lo tanto, el carácter secreto de las actuaciones judiciales es excepcional, solo existiendo en casos debidamente justificados¹²².

Contrariamente el criterio presente en los medios extrajudiciales es el inverso, aplicándose por principio la confidencialidad. El art. 24, apartado 2 LA establece precisamente que “Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales”. La conciliación y la mediación también respetan el principio de

¹²² Cfr. art. 120, apartado 1 de la CE y art. 232, apartado 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Prescribe el apartado 2 del art. 232 de la Ley Orgánica que “Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones”.

la confidencialidad, incluso como elemento para fomentar la confianza de las partes en el propio procedimiento¹²³.

Por último, hay que analizar las diferencias en el control del resultado obtenido en cada uno de los modelos. En el sistema judicial las decisiones proferidas en el *terminus* del proceso son controladas a través de recursos, ante tribunales de rango superior y, por eso, hay un control interno o endógeno, desde dentro del sistema judicial¹²⁴.

En los medios extrajudiciales el control existente es externo o exógeno en la medida que no opera por instancias similares, ni internamente al propio procedimiento de resolución de conflictos. De hecho, y en lo que concierne al arbitraje, la impugnación del laudo arbitral por anulación, opera en los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, por lo tanto, en el ámbito de los tribunales judiciales¹²⁵. En cuanto a la mediación y a la conciliación no hay hasta ahora una previsión expresa de control, siendo las propias partes en el momento de consentir el acuerdo final quienes examinan su contenido. La Directiva 2008/52/CE viene a exigir en su art. 6 que los acuerdos mediatorios sean dotados de fuerza ejecutiva a través de resolución jurisdiccional o acto autentico de otra entidad competente, lo que confluente para la existencia de un control externo o exógeno para la mediación¹²⁶.

Ante las diferencias apuntadas anteriormente es palpable la separación entre el modelo judicial y el modelo extrajudicial, lo que nos conduce hacia la cuestión de saber qué tipo de relación es posible entre ambos. Intentaremos responder a esta pregunta en el punto siguiente.

5.2. ¿Una vía alternativa, complementaria o dos caminos separados?

El movimiento norte americano que vino a despertar el interés por los medios extrajudiciales de conflictos acunó el término “alternativo” para designar “una variedad de sistemas dirigidos a la solución de diferencias, conflictos y controversias jurídicas de

¹²³ La Directiva 2008/52/CE prescribe en su art. 7 el principio de confidencialidad.

¹²⁴ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El sistema procesal español*, cit., p. 36.

¹²⁵ Así prescriben los arts. 40 a 43 de la Ley de Arbitraje.

¹²⁶ El Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España prevé en su art. 26 que el acuerdo de mediación tendrá eficacia ejecutiva y será título suficiente para poder instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Analizaremos con más detalle la fuerza ejecutiva de los acuerdos de mediación en el Capítulo II, apartado 3.4.1.

los diversos sectores de la vida al margen de la justicia estatal y con el objetivo de alcanzar un resultado rápido, eficaz y barato y procurando recomponer las relaciones entre los contendientes”¹²⁷. No obstante la amplia difusión del vocablo “alternativo”, hoy en día es criticado por los expertos en la materia.

Mackie critica la designación “medios alternativos” por tres tipos de razones¹²⁸. Primero porque hay conflictos jurídicos que difícilmente son llevados ante los órganos jurisdiccionales. El autor cita las disputas entre vecinos o con consumidores, como conflictos menores y que, por eso, difícilmente recurrirán al sistema judicial¹²⁹. Para este tipo de conflictos los medios extrajudiciales no constituyen una alternativa, sino, muchas veces, la única vía para que los ciudadanos tengan una respuesta jurídica a su problema¹³⁰.

En segundo lugar, Mackie constata que un porcentaje elevado de los litigios que son llevados a los órganos jurisdiccionales acaban por no alcanzar la fase de juicio, principalmente porque las partes llegan a acuerdo (judicial o extrajudicial) antes de la realización de éste. Siendo así, difícilmente se podrá apellidar de alternativo una forma de resolución de los conflictos que, en vez de la excepción, acaba por ser la regla.

Por último, el autor apunta que el término alternativo tiene una desafortunada conexión con un movimiento rebelde que intenta excluir la utilización de órganos jurisdiccionales y profesionales jurídicos para la resolución de litigios. Pues bien, la implementación de los medios extrajudiciales de solución de conflictos no pretende obviar a los profesionales del mundo jurídico, como abogados o jueces, ni hacer extinguir o desaparecer los órganos jurisdiccionales. Más bien al contrario, su participación en este movimiento es crucial y, por eso, los defensores de los medios extrajudiciales deberán

¹²⁷ Cfr. MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa...”, cit., p. 50.

¹²⁸ Cfr. MACKIE, Karl J., *A handbook of dispute resolution: ADR in action*, Routledge, Nueva York, 1991, p. 4.

¹²⁹ A este respecto Mejías Gómez alude a título de ejemplo a la realidad española respecto a los pleitos que superan 1 millón de euros, una vez que a partir de determinadas cuantías ninguna de las partes se arriesga a plantear el asunto ante un Juzgado por el riesgo que ello supone en cuanto a poder perder todo y además la condena de costas. En la práctica, tales conflictos suelen resolverse por vías autocompositivas. Cfr. MEJÍAS GÓMEZ, Juan, “Sistemas Alternativos...”, cit., p. 311.

¹³⁰ Por eso el éxito de las Juntas o Colegios arbitrales que integran el Sistema Arbitral del Consumo.

tener como objetivo primordial desarrollar una mayor implicación por parte de abogados y jueces en el proceso selectivo del mecanismo adecuado a cada situación¹³¹.

Además de las críticas apuntadas, hay desde luego que aclarar que la mediación y el arbitraje no podrán nunca representar una alternativa a la justicia una vez que, en los actuales Estados de Derecho Democráticos, la injusticia es inadmisibles e intolerable¹³². Así, la verdadera cuestión se sitúa en saber si los medios extrajudiciales de conflictos constituyen una justicia alternativa¹³³.

Tras la estela de Michele Taruffo, los medios de resolución extrajudicial de conflictos sólo pueden constituir verdaderas alternativas al proceso si ofrecieren una tutela equivalente de los derechos de las partes, permitiéndose que estas puedan libremente escoger el medio que prefirieren para la resolución de su disputa. Pero, como refiere este autor, si la justicia pública no es accesible y eficiente, los medios extrajudiciales son transformados en instrumentos necesarios, no constituyendo, de este modo, una alternativa, sino una “inevitabilidad”¹³⁴.

Así, Taruffo defiende la integración de los diversos medios de resolución de litigios, sean judiciales o extrajudiciales, tal como se verifica en los *court-annexed mediation/arbitration* norteamericanos. A este respecto diversos autores hablan del papel complementario de los medios extrajudiciales en el sentido de que no se trata de opciones contradictorias, antagónicas o enfrentadas, sino muy al contrario vías distintas, cada cual con ventajas e inconvenientes, pero que pueden perfectamente complementarse y actuar coordinadamente en aras del fin que les es común, o sea, la resolución de conflictos entre las partes¹³⁵.

¹³¹ Sobre el papel de los abogados en el ámbito de los medios extrajudiciales de conflictos, véase, entre otros, MARSHALL, Pamela, “Would ADR have saved Romeo and Juliet?”, *Osgood Hall Law Journal*, Vol. 36, n.º4, 1998, pp. 780-785.

¹³² También Barona Vilar pone de manifiesto que “habrá que partir del dato evidente de que también el Poder Judicial es una alternativa a la fuerza, a la violencia, a la anarquía o a tomarse la justicia por cuenta propia”. Ver BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 46.

¹³³ Haciendo este particular reparo véase VIGORITI, Vincenzo, “Access to Justice...”, cit., p. 121.

¹³⁴ Cfr. TARUFFO, Michele, “Un’alternativa alle alternative...”, cit., pp. 322, 330 y 331.

¹³⁵ Ver por todos MEJÍAS GÓMEZ, Juan, “Sistemas Alternativos...”, cit., p. 311. Ya Alcalá-Zamora y Castillo refería que proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan como las tres posibles desembocaduras del litigio, pero que no quiere decir que se encuentran en el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 13.

A nuestro entender no se puede definir anticipadamente de forma absoluta la relación existente entre el proceso y los medios extrajudiciales, la cual dependerá de las concretas opciones que el Estado adopte en la reglamentación legal de estos mecanismos, pudiendo ser una relación de alternatividad, complementariedad o incluso de sustitución.

De esta manera, los medios extrajudiciales constituirán una alternativa a los tribunales para la resolución de conflictos que estos también resuelvan, perteneciendo a las partes la opción de decantarse por el que mejor responda a sus intereses y aspiraciones. Así se verifica con las actuales leyes autonómicas de mediación familiar que dan a las partes la posibilidad de resolver su disputa o en los tribunales, o en mediación.

Para los conflictos que nunca llegarían a un tribunal, los medios extrajudiciales funcionarán verdaderamente como un complemento, pues asegurarán la resolución del litigio que, de otra forma, se mantendría. En este grupo estarán abarcados los conflictos que por su bajo valor cuantitativo o, al contrario, por su alto valor, constituyen para las partes la inevitable salida de procurar otras formas de resolución que no sea el proceso judicial. La creación del Sistema de Justicia Arbitral del Consumo es un buen ejemplo de esta realidad.

Por otro lado, si un juez en el ámbito de un proceso decide suspender las actuaciones para que las partes puedan resolver su conflicto por mediación o arbitraje, su decisión se asentó en el criterio de que la disputa que tenía en sus manos sería mejor decidida a través de los medios extrajudiciales que en sede judicial. De esta forma, la mediación o arbitraje funcionará como medio principal de resolución del conflicto por mayor adecuación al mismo. Y los tribunales ejercerán un papel complementario y eventual de control (y/o ejecución) del acuerdo obtenido por las partes¹³⁶.

Por último, no desdeñamos la idea de que los medios extrajudiciales sean reglamentados en situaciones específicas y debidamente justificadas como sustitutos de los juzgados y tribunales verificándose una transferencia de competencias. Es la situación que se

¹³⁶ Defendiendo la complementariedad de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, Mejías Gómez refiere que hay áreas de litigiosidad que jamás llegaran a los tribunales por su diminuto valor, no compensando los costes en relación a la pretensión del autor de la acción. Así, para esta franja de litigios, los medios extrajudiciales de resolución de conflictos serán la vía principal o la única y no la alternativa. Por otro lado, dice este autor, que no están en causa vías contradictorias o antagónicas sino distintas, con ventajas e inconvenientes específicos, debiendo complementarse y actuar coordinadamente para la resolución de conflictos. Cfr. MEJÍAS GÓMEZ, Juan, “Sistemas Alternativos...”, cit., p. 309.

observa en la previsión del arbitraje obligatorio para conflictos específicos (como en materia de huelga en el régimen español). En Portugal los ejemplos de arbitraje obligatorio son numerosos. Los más conocidos, por citar algunos, son respecto al régimen de expropiación forzosa por utilidad pública¹³⁷ o a la creación de un tribunal arbitral *ad-hoc* para determinación de una indemnización, como en el famoso caso de los hemofílicos¹³⁸.

En ambos los casos la justificación de la sustitución de los tribunales judiciales por tribunales arbitrales se puede deber a las especificidades de las materias en conflicto que, por ejemplo en el caso de la expropiación forzosa, requieren especialistas y técnicos en la cuestión que sea tomada una decisión¹³⁹. Por otro lado, la exigencia de una solución rápida también pudiera justificar la transferencia de competencias hacia medios extrajudiciales para mantener el efecto útil de la decisión, como fue el caso de los hemofílicos, una vez que su enfermedad podría conducir a la muerte en poco tiempo.

Obviamente no olvidamos que este papel sustitutivo de aplicación en el ámbito arbitral difícilmente podrá ser predicable para la mediación, puesto que, como veremos, el principio basilar de este medio extrajudicial de resolución de conflictos es la voluntariedad. Así, no podremos sustituir los tribunales por un mecanismo que no garantice que el conflicto será resuelto¹⁴⁰.

¹³⁷ La previsión del arbitraje obligatorio en el ámbito del régimen de la expropiación forzosa en el ordenamiento portugués está plasmado en el artículo 38 de la Ley 168/99, de 18 de septiembre.

¹³⁸ El caso de los hemofílicos respecta a la contaminación con el virus HIV a través de plasma humano utilizado como terapéutica para la hemofilia en los hospitales portugueses. El *Decreto-Lei* n.º237/93, de 3 de julio permitió al Estado portugués celebrar con cada uno de los hemofílicos contaminados convenciones de arbitraje para determinación de la indemnización debida para que hubiese una solución rápida de la cuestión.

¹³⁹ Apuntando la especialización de los árbitros como una ventaja del arbitraje, véase, entre otros, MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003 - una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*, 1ª edición, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 15.

¹⁴⁰ Sin embargo, la mediación viene siendo utilizada como instrumento de una tendencia del derecho procesal que apunta en el sentido de existencia de una relación de preferencia temporal de los medios extrajudiciales ante los medios judiciales, es decir, los medios no judiciales son presentados como previos del recurso al tribunal, siendo regulados como pre-contenciosos. En este sentido, el sistema inglés viene desde 1999 y con la aprobación en 1998 de las CPR (*Civil Procedure Rules*) de inspiración en el Informe de Lord Woolf de 1986, instituyendo los llamados *Pre-Action Protocols*, como el *Protocol for personal injury*; el *Protocol for clinical negligence*; el *Protocol for construction and engineering disputes*, entre otros. De este modo, siempre que emerja un conflicto en las materias de un protocolo específico, las partes no deberán recurrir de inmediato a la vía judicial, debiendo antes iniciar el procedimiento para la obtención de una solución negociada y solamente cuando es imposible resolver la cuestión por acuerdo deberán proponer después la acción en tribunal. Si la parte acude directamente al tribunal, la acción no es considerada inadmisibile, pero serán impuestas las consecuencias civiles que el tribunal considera

De todos modos, de lo anteriormente expuesto nos parece posible determinar una relación de alternatividad, complementariedad e incluso sustitución entre proceso y medios extrajudiciales, dependiendo del mecanismo y de la situación concreta, no siendo deseable determinar *ab initio* que relación deberá ser adoptada¹⁴¹. Es el Estado quien, atendiendo a las vicisitudes de las materias que pretende reglamentar, deberá decidir qué relación será adecuada o dejar esa opción a las partes.

La pregunta primordial no es, así, qué tipo de relación debe existir entre proceso y medios extrajudiciales de resolución de conflictos, pues en teoría todas son posibles. La cuestión esencial es qué medio aplicar en cada caso concreto. Y nos parece fundamental que el criterio del legislador y de las políticas del Estado se basen en la premisa de que cada medio tiene sus especificidades, ventajas e inconvenientes, permitiendo responder a diferentes necesidades.

Por eso muchos autores prefieren el vocablo “apropiado”¹⁴². Nosotros adoptamos la expresión “extrajudicial” por correspondencia y comparación al sistema judicial, prefiriendo hablar de medios extrajudiciales de resolución de conflictos (MERC). Sin embargo, también consideramos que cada medio de resolución de conflictos tiene un campo de aplicación privilegiado atendiendo a las particularidades del procedimiento respectivo y del conflicto a que se aplicará, temática que analizaremos con más profundidad en el punto siguiente.

adecuadas, como elevados costes judiciales o multas. Por otro lado, como refiere Paula Costa e Silva, el tribunal tiene el poder de suspender la instancia y remitir el proceso para el procedimiento extrajudicial (Cfr. SILVA, Paula Costa e, “O acesso ao sistema judicial...”, cit., p. 101). En el ámbito de la regla 8.1 de las *Practice Directions on pre-action protocols*, puede leerse precisamente que “Starting proceedings should usually be a step of last resort, and proceedings should not normally be started when a settlement is still actively being explored”. Las *Practice Directions* de las CPR del sistema inglés pueden ser consultadas en el siguiente endereço electrónico, accedido el 25 de octubre de 2010, http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDANBZOB. Analizaremos más detalladamente esta temática en el ámbito del principio de la voluntariedad de la mediación en el apartado 7.1. del Capítulo II.

¹⁴¹ Refiriéndose a la relación entre mediación y sistema judicial, ver BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 193-197.

¹⁴² En este sentido véase MOORE, Carl M., “Why do we Mediate?”, *New Directions in Mediation: communication research and perspectives*, Edit. Joseph Folger y Tricia Jones, SAGE Publications, California, 1994, p. 195. También dando cuenta de esta preferencia por la calificación *appropriate dispute resolution*, véase MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa...”, cit., p. 52, np. 17.

5.3. La definición del ámbito de aplicación apropiado de los medios de resolución de conflictos: “*Fitting the forum to the fuss*” y los tribunales “multipuertas”

Partiendo de la premisa de que todos los mecanismos de resolución de conflictos son diferentes y, consecuentemente, tienen operatividades divergentes, es necesario analizar cuáles son los indicadores de la adecuación de cada medio. Lon Fuller, considerado por muchos como el “*jurisprudent of ADR*”, fue uno de los primeros autores a definir los principios de aplicación de los diferentes medios de resolución de conflictos, asignando a cada uno su particular integridad funcional y su propia moralidad¹⁴³.

Siguiendo el pensamiento de este autor, la moralidad de la mediación radicaba en la obtención de un acuerdo óptimo, en que cada parte prescindía de aquello que valoraba menos y recibiría lo que más prefería. Así, este medio debería ser aplicable cuando las partes de un conflicto tengan un enlace directo o personal, concretamente una relación familiar o laboral, necesitando más de una reorientación del vínculo que los une, que de una decisión judicial.

El arbitraje constituiría el medio indicado en las situaciones en que las partes del conflicto han creado reglas específicas para reglamentar sus relaciones y precisan de ayuda para su interpretación o aplicación. Están en causa los conflictos en el ámbito de contratos mercantiles o acuerdos colectivos, en que los árbitros podrán ser especialistas en la materia y las partes no pretenden la aplicación de la ley, pero sí de las cláusulas contractuales. La moralidad del arbitraje residía en la decisión teniendo en cuenta los contratos o reglas establecidas por las partes.

Por último, los tribunales solamente serían necesarios cuando fuese pretendida una decisión pública relativa a la aplicación de la ley. Así, en el entendimiento de Fuller, constituían criterios diferenciadores de aplicación respecto de los varios mecanismos de

¹⁴³ Cfr. MENKEL-MEADOW, Carrie, “Roots and inspirations...”, cit., pp. 17-18. Las ideas de Fuller dieron origen al célebre debate entre este autor y Herbert Hart, conocido como el *Hart-Fuller Debate*, publicado en 1958 en la *Harvard Law Review*. Para Hart, un positivista, la moralidad y la ley constituían realidades separadas. Al contrario, Fuller argumentaba que la moralidad era la fuente del poder vinculante de la ley. Para más desarrollos relativos al debate de ideas entre estos autores, véase HART, H.L.A., “Positivism and separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, n.º4, febrero 1958, pp. 593-629 y FULLER, Lon, “Positivism and fidelity to law – a replay to Professor Hart”, en la misma revista, pp. 630-672.

resolución de conflictos el papel del tercero, los efectos de la resolución, la relación entre las partes y el papel del precedente judicial.

El pensamiento acerca de qué particulares métodos de resolución de disputas son apropiados a cada tipo de conflictos derivó de la escuela de los años de 1950, denominada “*Process Pluralism*”¹⁴⁴. Esta corriente mantiene hoy seguidores, como Sander y Goldberg, que bajo el título “*fitting the forum to the fuss*”, procuran definir los criterios de selección del medio ajustado a cada tipo de litigio¹⁴⁵.

La cuestión de relacionar un conflicto con el método adecuado puede ser analizada siguiendo dos perspectivas: o partiendo de las características de cada método (*the forum*), o atendiendo a los objetivos e intereses de las partes. En la primera perspectiva, el método apropiado será aquel cuya descripción y características mejor respondan a las propias características del conflicto que se pretende resolver. En la segunda perspectiva, el método adecuado es determinado por la capacidad de respuesta a los objetivos de las partes.

Consideramos que la mejor tesis es la que conjuga las dos concepciones, por eso preferimos exponer el planteamiento más reciente de Sander y Rozdeiczner que se proclama como “*fitting the forum to the fuss and the fuss to the forum*”¹⁴⁶. Intentan los autores determinar el método más apropiado en tres fases o niveles (*three-step approach*). En el primer nivel, el enfoque deberá ser dado a los intereses de las partes. Después, en una segunda fase, deberán ser analizadas las características de cada método a aplicar. Y, por último, será observado como las particularidades de cada método superan mejor los impedimentos a la resolución efectiva de la disputa. Esta perspectiva de los tres

¹⁴⁴ Cfr. MENKEL-MEADOW, Carrie, “Roots and inspirations...”, cit., p. 19.

¹⁴⁵ El artículo base de los autores en esta temática es el siguiente: SANDER, Frank E. A. y GOLDBERG, Stephen B., “Fitting the Forum to the Fuss: a User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure”, *Negotiation Journal*, Vol. 10, n.º1, 1994, pp. 49-68.

¹⁴⁶ Ver SANDER, Frank E. A. y ROZDEICZER, Lukasz, “Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 11, 2006, pp. 1- 41. Adaptando la teoría de Sander y Rozdeiczner a la realidad portuguesa, véase GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 1ª edición, Almedina, Lisboa, 2011, pp. 217-220.

niveles asienta en tres categorías fundamentales: objetivos, características e impedimentos¹⁴⁷.

Indicaremos ahora las tablas que representen los resultados de aplicación de cada una de las categorías enunciadas, ejemplificando con un caso ficticio de divorcio entre Anna e John¹⁴⁸.

Atendiendo a la tabla *infra* diseñada, si los objetivos de la parte son celeridad, privacidad, minimización de los costes, creación de nuevas soluciones, controlar el proceso y la decisión, entonces los mejores métodos son la mediación, el *Mini-Trial*, el *Summary Jury Trial* y el *Early Neutral Evaluation*. Al contrario, si las partes pretenden una decisión ejecutable en juicio, maximización de las ganancias o atribuir a un tercero la responsabilidad de decidir, ya deberán preferir o el arbitraje o el proceso judicial.

Tabla n.º I.1 – Objetivos de las partes en relación a su satisfacción por el procedimiento

OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO	Decisión no ejecutoria (<i>Nonbinding Procedures</i>)				Decisión ejecutoria (<i>Binding Procedures</i>)	
	MEDIACIÓN	MINI-TRIAL	SUMMARY JURY TRIAL	EARLY NEUTRAL EVALUATION	ARBITRAJE	PROCESO JUDICIAL
Celeridad	3	2	2	3	0-2	0
Privacidad	3	3	1	2	1	0
Confidencialidad	3	3	2	2	3	0
Minimización de los costos	3	2	2	3	0-2	0
Mantenimiento de las relaciones	3	2	2	1	1	0
Maximización de las ganancias	0 (3)	1	1	1	2	3
Creación de nuevas soluciones	3	3	1	2	1	0
Control del proceso por las partes	3	2	1	1	1-2	0
Control de la decisión por las partes	3	3	1	2	1	0
Transformación de las partes	3	1	0	0	0	0
Decisión ejecutoria	0-2	0	1	1	2	3
Atribuir a un tercero la responsabilidad de decidir	0-1	1	2	2	3	3

0 = Nada satisfactorio;
1 = Satisfactorio

2 = Muy satisfactorio
3 = Plenamente satisfactorio

¹⁴⁷ Los autores indican en su artículo de forma sumariada las cuatro principales tentativas de desarrollar una taxonomía de decisión del proceso más adecuado a la disputa. Las cuatro abordajes se deben a (1) Sander y Goldberg, (2) Dauer, (3) *CPR Institute for Dispute Resolution* y (4) al *Federal Judicial Center*. Cfr. SANDER, Frank E. A. y ROZDEICZER, Lukasz, “Matching Cases and Dispute Resolution Procedures...”, cit., p. 8.

¹⁴⁸ Todas las tablas indicadas en este trabajo fueran adaptadas del artículo SANDER, Frank E. A. y ROZDEICZER, Lukasz, “Matching Cases and Dispute Resolution Procedures...”, cit., siendo la traducción de nuestra responsabilidad. El ejemplo también es apuntado en el mismo artículo, p. 11.

En el caso de Anna, si ella prefiere que el conflicto con John relativo al divorcio de ambos sea breve, que sus hijos no sean afectados con una exposición pública en tribunal o mantener una buena relación con el padre de sus niños, deberá escoger la mediación como el método adecuado a su disputa. Contrariamente, si Anna procura por ejemplo, que John vea sus hijos menos veces deberá recurrir al tribunal solicitando un número de visitas reducido. Por otro lado, si Anna tiene miedo que John no pague la pensión de alimentos a sus niños deberá también recurrir al tribunal para obtener una decisión ejecutable.

Obviamente en una teoría como la expuesta hay siempre que atender a los objetivos de la otra parte y, si los mismos fueren contradictorios, los autores entienden que el mejor mecanismo es la mediación, siendo el método más seguro para los dos lados. De hecho, permitirá la discusión de los problemas y siempre podrá terminar cuando las partes así lo dispongan.

Pasemos al segundo nivel asiente en las características del proceso, analizando la siguiente tabla.

Tabla n.ºI.2 – Características y ventajas de los procedimientos

CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS DEL PROCEDIMIENTO	Decisión no ejecutoria (Nonbinding Procedures)				Decisión ejecutoria (Binding Procedures)	
	MEDIACIÓN	MINI-TRIAL	SUMMARY JURY TRIAL	EARLY NEUTRAL EVALUATION	ARBITRAJE	PROCESO JUDICIAL
Buena relación con abogados	3	2	1	1	0	0
Buena relación entre las partes	3	2	1	1	0	0
Las partes están aptas para resolver el conflicto	3	2	1	1	0	0
Una o las dos partes tienen voluntad para perdonar/disculpar	3	3	1	1	0	0
Voluntad/preferencia por hacer acuerdo	3	2	2	2	0	0
Más de una cuestión en conflicto (multi-problemas)	3	3	1	1	1	0
Necesidad de una decisión ejecutable o otras opciones judiciales	0-2	1	2	1	2	3

0 = Poco favorable; 2 = Muy favorable
1 = Favorable 3 = Completamente favorable

La tabla arriba expuesta fue diseñada por los autores teniendo en cuenta las características de los métodos enunciados que, de algún modo, sean facilitadoras de la obtención de acuerdo. De este modo, si existe una buena relación entre los abogados y las partes de ambos, entonces la comunicación entre todos es fluida, lo que contribuirá para que el acuerdo de resolución de la disputa sea más fácil de construir. Al contrario, los tribunales podrán contribuir en la destrucción de la relación entre las partes, una vez que tendrá que existir un vencedor y una parte vencida, ampliándose el espíritu de batalla.

Pero si la parte necesita descubrir todos los bienes del reo, como cuentas bancarias, o es importante convocar terceras personas para hacer prueba, entonces los tribunales deberán ser el camino escogido, porque tienen instrumentos procesales para satisfacer los requerimientos referidos. En el caso de Anna, si ella desconfía que John tiene más rendimientos económicos que los declarados y que podrá recibir una pensión de alimentos acrecida deberá recurrir al tribunal.

El proceso también es la mejor opción para obtener una decisión ejecutable. Al revés, los trámites fijados por las leyes procesales podrán ser un obstáculo cuando el conflicto envuelve más de dos partes (como los conflictos comunitarios o con vecinos). Disputas con estas características exigen más flexibilidad de procedimiento que la mediación, por ejemplo, podrá proporcionar.

En relación a la tecnicidad o científicidad de las cuestiones subyacentes al conflicto, estos aspectos, no obstante no constaren en la tabla n.º I.2, también podrán ser importantes en la elección del método adecuado. En este sentido el arbitraje puede ser el mecanismo más ventajoso porque las partes podrán elegir los árbitros especializados en las materias objeto de la disputa. A través del arbitraje las partes podrán obtener una decisión técnicamente más fundamentada y apropiada al caso. Ya si la resolución del conflicto exige una interpretación legal, los tribunales será la opción ineludible.

Muchas otras características podrían ser indicadas como criterios de selección del método adecuado al conflicto y a las partes. La nota más importante de esta segunda tabla es percibir que de hecho cada método tiene características específicas que podrán ser más ventajosas en unos casos, pero no en otros. Y estas especificidades aún podrán

repercutirse o transformarse en obstáculos a la resolución efectiva del caso concreto, como veremos seguidamente.

La tabla n.ºI.3 enuncia algunos impedimentos a la resolución del conflicto, concretamente por acuerdo, apuntando los métodos más apropiados para superar los obstáculos referidos.

Tabla n.ºI.3 – Capacidad del procedimiento para superar impedimentos a la resolución del conflicto

IMPEDIMENTO A LA RESOLUCIÓN	Procesos no vinculativos (<i>Nonbinding Procedures</i>)				Decisión vinculativa (<i>Binding Procedures</i>)	
	MEDIACIÓN	MINI-TRIAL	SUMMARY JURY TRIAL	EARLY NEUTRAL EVALUATION	ARBITRAJE	PROCESO JUDICIAL
Deficiente comunicación entre las partes	3	2	1	1	1	0
Necesidad de expresar emociones	3	1	1	1	1	0
Diferentes puntos de vista sobre los hechos	2	2	3	3	2	2
Diferentes interpretaciones legales	1	2	3	3	2	2
Multi-partes	2	1	1	1	1	1
Síndrome de <i>Jackpot</i>	0	1	1	1	3	3
Desequilibrio de poder entre las partes (<i>power imbalance</i>)	1	1	3	3	2	2

0 = Poco satisfactorio; 2 = Muy satisfactorio
1 = Satisfactorio 3 = Completamente satisfactorio

Así, si la resolución del conflicto no es lograda porque las partes tienen dificultad en comunicar, el método apropiado es la mediación, cuyo funcionamiento se asienta precisamente en fomentar el diálogo entre los litigantes mejorando la comunicación. También si hay una necesidad de expresar emociones la mediación es aconsejada porque las partes tienen la oportunidad de hablar sobre sentimientos escondidos y decir lo que piensan a la parte contraria.

Pero si las partes no están de acuerdo sobre los hechos en conflicto o tienen diferentes interpretaciones legales sobre el derecho aplicable al caso, los métodos escogidos, según los autores en análisis, deberán ser el *summary jury trial* o el *early neutral evaluation*, una vez el parecer del tercero podrá esclarecer a las partes y proporcionarles orientaciones sobre la solución de su disputa.

La existencia de varias partes inmersas en el conflicto, muchas veces con intereses diferentes, puede asimismo constituir un obstáculo a la resolución del conflicto, no solo por dificultades en oír a todas las personas, sino también por dificultades en atender a todas las pretensiones. En este caso los autores sugieren que el mecanismo adecuado sea la mediación. De hecho, este método permite que todas partes sean oídas, que todos los intereses sean debatidos y que la solución del conflicto sea construida para intentar responder a todas las pretensiones.

Un concepto interesante en esta temática es el “Síndrome de Jackpot” que se traduce en la situación en que una de las partes tiene casi la certeza que a través del tribunal va obtener una indemnización u otra cuantía monetaria superior a los daños verificados, pero la parte contraria considera poco probable ese resultado. La disparidad cuantitativa en la evaluación del caso hace el acuerdo prácticamente imposible, siendo los tribunales el mejor método para determinar la cuantía a atribuir¹⁴⁹.

El último obstáculo apuntado es el que mayores desafíos y dificultades plantea en la resolución del conflicto. Los factores de desequilibrio de poder entre las partes pueden ser varios, como los recursos económicos, la representación legal o las capacidades negociales, la dependencia emocional o la debilidad psicológica. Pues bien, existiendo *power imbalance* entre las partes, los autores sugieren un método basado en los derechos (*rights-based mechanism*), como los tribunales o el arbitraje. En estas situaciones no son aconsejados los mecanismos basados en los intereses (*interest-based mechanism*), como es la mediación, en la medida que podrá posibilitar un aprovechamiento de las fragilidades de la parte más débil.

De todos modos, y como señalan los autores, en rigor ningún método es totalmente capaz de eliminar los factores de desequilibrio, bastando pensar en los procesos judiciales en que es necesario un parecer técnico. En este caso, la parte económicamente más fuerte podrá solicitar dictámenes o informes a entidades con más reconocimiento, siendo por eso más como el proceso, lo redundará en un desequilibrio desfavorable a la parte más débil en términos financieros. Además, acrecentamos nosotros, que siempre los

¹⁴⁹ Este obstáculo se designa de “Síndrome de Jackpot” precisamente porque una de las partes está dispuesta a jugar su suerte en Tribunal para obtener una mayor indemnización, así como si juega en la lotería para ganar un premio.

mediadores tendrán técnicas que puedan disminuir los desequilibrios existentes como pretendemos observar en el II Capítulo de nuestro trabajo.

Después de analizar las tablas que aquí reproducimos, los autores concluyen que el mejor método para iniciar la resolución de un conflicto es, casi siempre, la mediación, sugiriéndola como el *starting process*. Y, en abono de su tesis, los autores apuntan dos tipos de ventajas de la mediación: los macrobeneficios (presentes en todas las mediaciones) y los microbeneficios (solamente verificables en algunas situaciones).

En los primeros están ubicados su mayor capacidad de obtener acuerdo y, por lo tanto, de resolver el conflicto pacíficamente, la flexibilidad y informalidad, los bajos costes, entre otros. Y mismo que la mediación no resuelve la disputa, al final el mediador estará en mejores condiciones de aconsejar otro mecanismo y podrá existir acuerdo en relación a algunas cuestiones. Añadimos que el nivel de conflictualidad podrá ser menor facilitando la resolución futura del conflicto por otro método.

En lo que concierne a los microbeneficios, los autores indican la clarificación de los problemas en disputa, la ayuda en el control de las emociones, la oportunidad de pedir disculpas y perdonar a la otra parte y la posibilidad de que las partes se sintieren oídas y oyeren lo argumentos contrarios.

Atendiendo a los factores apuntados, Sander y Rozdeiczer consideran que el método que tiene mayores probabilidades de producir la “eficiencia de Pareto”¹⁵⁰ es la mediación, debiendo ser la primera elección de las partes cuando intentan resolver su disputa, porque es también el método que mejor satisface sus intereses. De este modo, la mediación es indicada como el punto de partida para la resolución de un conflicto, excepto si las partes rechacen *ab initio* este mecanismo o se verificaren impedimentos, concretamente legales.

Expuesto el pensamiento de los autores, fácilmente concluimos que no podremos transponer de forma absoluta todas sus ideas a los ordenamientos jurídicos europeos,

¹⁵⁰ “Enunciado por Vilfredo Pareto, el concepto de eficiencia de Pareto (también llamado *óptimo de Pareto*, *Pareto-optimalidad* u *óptimo paretiano*) es aquella situación en la cual se cumple que no es posible beneficiar a más elementos de un sistema sin perjudicar a otros. Se basa en criterios de utilidad: si algo genera o produce provecho, comodidad, fruto o interés sin perjudicar a otro, provocará un proceso natural de optimización hasta alcanzar el punto óptimo”. Para más informaciones sobre el concepto, véase PARETO, Vilfredo, *Cours d'économie politique*, reeditado por G.-H. Bousquet y G. Busino, Libraire Droz, Paris, 1964.

concretamente a la realidad española, porque no tenemos en Europa las formas híbridas referenciadas. Sin embargo, la tesis apuntada nos parece un buen camino para reflexionar e implementar en Europa un modelo adaptado de los “tribunales multipuertas” o, en la expresión americana, *Multidoor Courthouse*, existentes en los EE.UU..

La idea, propuesta y sistematizada por primera vez en 1976 por Frank Sander en la *Pound Conference*, se asienta en la integración en un mismo espacio de varios métodos de resolución de conflictos judiciales y extrajudiciales¹⁵¹. Según el autor, el conflicto llevado al “tribunal multipuertas” sería recibido por un funcionario que, después de analizar la naturaleza del litigio, apuntaría a la(s) parte(s) el método apropiado para su resolución. De este modo, el edificio institucional donde se reunían los medios de solución de conflictos estaría dividido en diversas puertas representando los varios métodos, que serían abiertas teniendo en cuenta su adaptabilidad y ventajas resolutivas en relación al litigio^{152/153}. Aplicando la tesis de Sander y Rozdeiczer apuntada anteriormente, la mediación sería la primera puerta que se abriría a las partes para intentar resolver su litigio en un tribunal “multipuertas”¹⁵⁴. Si la mediación no resolviese el conflicto, las partes tendrían que seguir otros derroteros como el arbitraje o el proceso judicial.

¹⁵¹ Cfr. SANDER, Frank, “Varieties of Dispute Processing”, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, Edit. A. Leo Levin y Russell R. Wheeler, West, 1979, pp. 65-87.

¹⁵² Para más desarrollos relativamente a los *Multidoor Courthouse* en los EE.UU., véase, *inter alia*, GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 5ª edición, Aspen Publishers, Nueva York, 2007, pp. 396-397; PLAPINGER, Elizabeth y SHAW, Margaret, *Court ADR – Elements of Program Design*, Centre for Public Resources, Nueva York, 1992; SANDER, Frank, HERNANDEZ CRESPO, Mariana, “A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernández Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 5, n.º3, 2008, pp. 665-674 y aún PÉREZ MARTELL, Rosa, *Mediación Civil y Mercantil en la Administración de Justicia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

¹⁵³ Ejemplificando con el sistema del *Superior Court of the District of Columbia*, las partes que tengan un conflicto deberán recurrir al *Community Information and Referral Center* de este tribunal para que a través de una entrevista, personal o telefónica, los especialistas del Centro puedan ayudar a los disputantes a escoger el mejor método de resolución de la disputa. Más informaciones relativas a la *Multi-Door Dispute Resolution Division* del *Superior Court of the District of Columbia* podrán ser obtenidas en su endereço electrónico <http://www.dccourts.gov/dccourts/superior/multi/index.jsp>, accedido el 30 de agosto de 2010.

¹⁵⁴ En el mismo sentido la ICC (Cámara de Comercio Internacional) en sus Reglas de ADR aprobadas en 2001 estableció en el art. 5 que las partes deberán elegir la técnica de solución de conflictos a utilizar en la resolución de la disputa, sin embargo, inexistiendo acuerdo la técnica a aplicar deberá ser la mediación (apartado 2). Consultar las reglas de ADR de la ICC en el siguiente endereço <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/spanish.pdf>.

Pues bien, la importancia que es dada a la mediación hace nacer el interés por el estudio de este mecanismo y, por eso, hemos elegido esta vía de solución de conflictos como el objeto de nuestro trabajo. Lo que pretendemos es profundizar la investigación relativa a la mediación intentando percibir cuál es el papel de este mecanismo en el ámbito del sistema de resolución de conflictos en España y cuáles sus ventajas en relación a determinados tipos de litigios. ¿Podrá este método ser considerado un *starting process* en la realidad europea y española?. ¿Deberá ser aplicada a todos los tipos de conflictos o deberán existir limitaciones?. ¿Si así fuera qué tipo de límites?. Estas son algunas preguntas que intentaremos responder en el Capítulo siguiente.

CAPÍTULO II

TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN

“The problem is not that there are problems. The problem is expecting otherwise and thinking that having problems is a problem”

Theodore Ruskin

CAPÍTULO II – TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN

La comprensión del objeto de nuestro estudio reclama que se analice su evolución histórica, intentando percibir qué camino siguió este mecanismo hasta nuestros días y qué influencia ha tenido el transcurso del tiempo en su configuración actual. En consecuencia presentaremos los elementos que definen, caracterizan y distinguen este mecanismo de los restantes medios extrajudiciales de resolución de conflictos. Apuntaremos aún en este punto del Capítulo II el actual encuadramiento legal de la mediación, tomando los actuales documentos legislativos y prelegislativos como importante apoyo en nuestro análisis.

1. HISTORIA DE LA MEDIACIÓN

Considerada por Deborah Kolb la segunda profesión más antigua del mundo, la mediación tiene raíces históricas muy remotas como pone de manifiesto la autora, pues “Siempre que han aparecido conflictos entre las personas ha surgido un mediador para aconsejar el empleo de la razón en lugar de las armas”¹⁵⁵.

De acuerdo con Moore, la mediación tiene una larga y variada historia en casi todas las culturas del mundo. Las comunidades judaicas recurrían a la mediación desde los tiempos bíblicos para la resolución de disputas religiosas, pero también civiles. Los tribunales rabínicos judíos desempeñaban un papel importante en la mediación de conflictos entre los miembros de esa fe, protegiendo su identidad cultural y garantizando que los judíos pudiesen tener medios formales de resolución de disputas, pues, en muchos lugares, estaban impedidos acceder a los mecanismos existentes a causa de su religión¹⁵⁶.

En la cultura islámica los costumbres locales en las áreas urbanas (*‘urf*) fueron codificados en la ley sagrada *shari’a* que era interpretada y aplicada por los *quadi* que también tendrían funciones de mediación, en la medida que, para mantener la paz social,

¹⁵⁵ Cfr. KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, traducción de CELER, Servicio Técnico de Traducciones, revisión de Felipe Sáez Fernández, S.A., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, p. 13.

¹⁵⁶ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, 3ª edición, Jossey-Bass, São Francisco, 2003, pp. 20-22.

preferían un acuerdo para la solución del conflicto que la aplicación de la letra de la ley¹⁵⁷.

En las tradicionales aldeas hindú de la India se aplicaba el sistema de justicia *panchayat*, que en términos literales significa “*coming together of five persons*” y se asumía, no como un cuerpo de personas que juzgaban conflictos con procedimientos propios, sino como una discusión en torno a los intereses de los implicados en el litigio, de forma que pudiesen llegar a un acuerdo¹⁵⁸.

También en China¹⁵⁹, Japón¹⁶⁰ y otros países asiáticos¹⁶¹, la mediación fue aplicada de forma importante, en virtud del énfasis que la religión budista¹⁶² y la filosofía de estas sociedades daban al consenso social y a la armonía en las relaciones humanas. De hecho, ya Confucio en el siglo V a.C. recomendaba la mediación en lugar de los tribunales,

¹⁵⁷ Cfr. HOURANI, Albert, *A History of the Arab Peoples*, Warner Books, Nueva York, 1991, p. 114.

¹⁵⁸ Cfr. BAXI, Upendra y GALANTER, Marc, “Panchayat Justice: an India experiment in legal access”, *Journal of The Indian Law Institute*, Vol. 18, 1976, pp. 375-430, consultado el 15 de mayo de 2008, en <http://marcgalanter.net/Documents/papers/scannedpdf/panchayatjustice.pdf>.

¹⁵⁹ En la China Contemporánea los Comités de Mediación Popular son la institución dominante en materia de mediación y están incluso consagrados en el art. 111 de la Constitución de la República Popular de la China de 1982, siendo constituidos por comités de aldeanos. El art. 5 del Reglamento Orgánico de los Comités de Mediación Popular establece: “La tarea de las comisiones de mediación popular consiste en mediar en las disputas del pueblo y en divulgar, a través del trabajo de mediación, las leyes, reglamentos y reglas legales y políticas con el fin de educar a los ciudadanos en la observancia de la disciplina y la ley y en el respeto de la moraleja social”. Para más desarrollos relativos al sistema de mediación en China, véase el siguiente endereço electrónico <http://spanish.china.org.cn/xi-sifa/7.htm>, consultado el día 5 de septiembre de 2010.

¹⁶⁰ Hoy día, el estilo de negociación japonesa está centrada en la construcción de una relación sin la cual el acuerdo final no es posible. Los mediadores, *chukai-sha*, son usados para facilitar las relaciones empresariales (cfr. SCHNEEBALG, Avi y GALTON, Eric, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Ediciones Kluwer, Bruselas, 2002, p. 3). El Japón también implementó un sistema de *court-based mediation* y la mediación familiar es obligatoria en la mayoría de procesos de divorcio (cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 35).

¹⁶¹ En Indonesia, por ejemplo, la influencia del Islam y la cultura Árabe generó en el proceso *musyawarah*, cuyo objetivo es obtener el *muafakat* o el consenso, que es considerado por los Indonesios como la solución ideal para las disputas. En general, el *musyawarah* es iniciado cuando una comunidad local o organización necesita tomar una decisión relativa a una cuestión importante, requiriendo a un respetado líder de la comunidad que actué como intermediario del diálogo entre las partes. Desde los años 1980 las disputas ambientales, concretamente en situaciones de polución industrial, son encaminadas para mediación, como se verificó en el conocido caso del Rio Tapak. Para más informaciones sobre la mediación en Indonesia, véase MOORE, Christopher W. y SANTOSA, Achmad, “Developing Appropriate Environmental Conflict Management Procedures in Indonesia”, *Cultural Survival Quarterly*, Vol. 19, n.º3, 1995, pp. 23-29.

¹⁶² Los textos sagrados del Budismo describen por lo menos tres casos en que Buda actuó como mediador. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 22.

refiriendo que la litigiosidad causaba resentimiento en las partes e impedía el espíritu cooperativo entre ambas¹⁶³.

La religión Cristiana asimismo también contempló la mediación en su seno, considerando a Jesucristo como el supremo mediador entre Dios y los cristianos¹⁶⁴. Ya en el Antiguo Testamento, Moisés (1250 a. C.) ejercía el papel de mediador entre el ángel y el pueblo al recibir la Ley promulgada en el Sinaí¹⁶⁵. Como pone de manifiesto Moore, hasta el Renacimiento, la Iglesia Católica en Europa Occidental y la Iglesia Ortodoxa en Europa del Este fueron seguramente las organizaciones con más importancia en el ámbito de la mediación y administración de los conflictos en la sociedad occidental, en la medida que el clero mediaba disputas familiares, criminales y diplomáticas entre miembros de la nobleza¹⁶⁶.

Desde un punto de vista jurídico político y refiriéndonos al Derecho Romano, el primero sustrato de la mediación se revela a través de la evolución acaecida en la figura del árbitro. El mediador aparece como árbitro en el Derecho Romano, interviniendo en la resolución del conflicto, cuando es solicitado por las partes, no para actuar como juez, sino como mero avenidor¹⁶⁷. Y, en materia de delitos, la Ley de las XII Tablas (año 451 a.C.) prescribe en la Ley VII.2 que “Si le arrancó un miembro y no se avino con él, aplíquesele talión”. Así se debería recurrir a la mediación en materia penal pactando la víctima y el agresor por acuerdo una compensación por el daño sufrido, sin intervenir para ello el Estado¹⁶⁸.

¹⁶³ Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 1984, p. 1 y PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 23.

¹⁶⁴ Refiere la Biblia en el Libro I Timoteo 2: 5-6, “Porque hay un Dios, asimismo un mediador entre Dios y los hombres, Jesucristo hombre; El cual se dio á sí mismo en precio del rescate por todos, para testimonio en sus tiempos”. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 20-21.

¹⁶⁵ Para más referencias a la mediación en la Biblia, véase CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 32-33.

¹⁶⁶ Bianchi describe un caso de violación en la Edad Media en que el clérigo servía de intermediario entre las familias de la víctima y del agresor, recibiendo también a este en el santuario durante la resolución de la disputa. El resultado acordado consistió en una indemnización monetaria a la familia de la mujer violada y la promesa de ayudarla a encontrar un marido. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 21.

¹⁶⁷ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 33.

¹⁶⁸ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, 1ª edición, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 57.

En estos términos, la mediación como forma de resolución de conflictos es frecuente a lo largo de la historia y de las culturas¹⁶⁹. Sin embargo, su institucionalización formal y afirmación como profesión, con la consecuente definición de las premisas esenciales en las que se basa actualmente, comienza en las sociedades modernas en el siglo XX¹⁷⁰. Analizaremos seguidamente con más detalle la realidad americana donde emergió el movimiento *alternative dispute resolution* en el siglo pasado y la experiencia histórica española, escenario geográfico principal de nuestro trabajo.

1.1. La realidad americana del siglo XX en materia de mediación

La mediación preexistía entre los pueblos nativos americanos, manteniéndose con las primeras naciones colonizadoras que utilizaban el consenso en la resolución de sus disputas¹⁷¹. Como pone de manifiesto Auerbach, grupos religiosos y étnicos como los Puritanos en el siglo XVII, los *Quaker* en Philadelphia, los Chinese en San Francisco o los Escandinavos en Minnesota contribuyeron a desarrollar mecanismos de resolución de conflictos basados en el acuerdo y de naturaleza informal y voluntaria¹⁷².

Sin embargo, es con la *Ley Erdman* de 1898, en el ámbito laboral, cuando se “señala el comienzo del reconocimiento, por parte del Gobierno Federal, de la mediación como medio diferenciado de resolver los conflictos laborales. Desde entonces la oferta de servicios de mediación por parte del Gobierno se ha convertido en piedra angular de la política pública norteamericana en materia de negociación colectiva”¹⁷³.

¹⁶⁹ Y ni la literatura dejó de referenciar la mediación. Así, en la *Iliada*, Homero nos presenta Ideo como avenidor entre Héctor y Ajax, apuntando los adjetivos «prudencia» y «sabiduría» como valores esenciales que debe poseer un mediador para lograr la necesaria efectividad del proceso”. También en la obra memorable de Cervantes, *D. Quijote* “refleja la actividad mediadora, componedora y juzgadora de quienes deben impartir justicia”. Y Shakespeare en su tragedia *Coriolano* atribuye a Menenio o papel de mediador para que busque un compromiso entre los tribunales de Roma y el general Coriolano, aspirante a cónsul. Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 32 y KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, cit., p. 13.

¹⁷⁰ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 23.

¹⁷¹ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 22.

¹⁷² Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 5 y AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford University Press, Nueva York, 1983, p. 4.

¹⁷³ Cfr. KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, cit., p. 14.

Tal como hemos referido en el Capítulo I¹⁷⁴, en 1913 el Departamento del Trabajo norteamericano estableció las “Comisiones de Conciliación” para mediar conflictos entre trabajadores y empleadores. Mientras transcurría la II Guerra Mundial y siendo declarado por Congreso de los EE.UU. que los conflictos laborales eran demasiado costosos para que fuesen tolerados en tiempo de guerra, nació el *War Labor Board* (Junta Laboral de Guerra) que recurría a la utilización del arbitraje obligatorio y otros procesos para la resolución de disputas en materia laboral. En 1947 esta Junta dio lugar al Servicio Federal de Mediación y Conciliación¹⁷⁵. Se pretendía que esta oficina independiente para la resolución de conflictos laborales previniese huelgas y *lockouts* y garantizase la seguridad y bienestar de los americanos¹⁷⁶.

En los años 1930 y principios de los años 1940, varios Estados Federales patrocinaron servicios de mediación para que resolviesen conflictos laborales¹⁷⁷. Todavía, las agencias gubernamentales no restringirán su atención solamente a la mediación laboral y, en 1964, el *Civil Rights Act* creó el *Community Relations Service* (CRS) del Departamento de Justicia. Esta agencia fue comisionada para ayudar a comunidades y personas en la resolución de conflictos relacionados con prácticas discriminatorias basadas en el color de la piel, raza u origen de nacimiento, recurriendo preferencialmente a la negociación y a la mediación¹⁷⁸.

Después de la segunda mitad de los años 1960, la mediación se desarrolló significativamente como una práctica formal de resolución de conflictos a nivel de las comunidades y el Gobierno Federal norteamericano fundó los *Neighborhood Justice Centers* – NJCs (centros de justicia vecinal) con la misión de providenciar servicios gratuitos o a bajo costes para que las personas pudiesen resolver de modo eficiente e informalmente sus disputas. En los principios de los años 1980, muchos de estos NJCs

¹⁷⁴ En el apartado 2.1 del Capítulo I, en relación a la evolución del movimiento *Alternative Dispute Resolution* en EE.UU..

¹⁷⁵ Sobre la creación del *Federal Mediation and Conciliation Service*, véase VIDELA DEL MAZO, José María, *Estrategia y Resolución de conflictos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 155-156.

¹⁷⁶ Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 6 y MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 23.

¹⁷⁷ Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 6 y MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 6.

¹⁷⁸ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 24.

fueron institucionalizados y se incluyeron como parte de los *city court* o *district attorney* para ofrecimiento de servicios de resolución alternativa de litigios¹⁷⁹.

Además de los programas locales de mediación, fueron creados programas nacionales en varios Estados Federales americanos, fundados por el *National Institute for Dispute Resolution*. En 1984 existían cuatro *statewide programs*, pero en 1995 su número creció hasta veinte. Estos programas estatales ofrecían servicios que incluían el diseño e implementación de sistemas de resolución de conflictos, entrenamiento y formación de funcionarios estatales respecto a los medios alternativos e incluso servicios de mediación para disputas públicas que afectasen el Estado¹⁸⁰.

La mediación se difundió a otros ámbitos como a los conflictos entre arrendatario y arrendador, cuestiones relativas a los “sin abrigo”, conflictos penales, conflictos entre padres e hijos o conflictos con consumidores¹⁸¹.

En sede de la enseñanza primaria, secundaria y universitaria fue introducida la mediación para la resolución de conflictos entre estudiantes o entre *gangs* y entre profesores y estudiantes o estudiantes y entidades escolares. El primero curso que introdujo la mediación a nivel escolar se verificó en 1972 en la ciudad de Nueva York a través de la entidad “*The Children’s Project for Friends*”, “un programa cuáquero que ha formado a miles de maestros y profesores y ha contribuido a implantar y desarrollar concepciones pragmáticas sobre la paz y la transformación de los conflictos”¹⁸². En los años 1980 fue fundada la *National Association of Mediation in Education* (NAME) para implementar mediadores y programas de mediación en aplicación en este terreno. En 2000 esta organización se unió a la *Society of Professionals in Dispute Resolution* (SPIDR) y a la *Academy of Family Mediators* y nació la *Association for Conflict Resolution* (ACR)¹⁸³.

Los desarrollos de la mediación en EE.UU. influyeron en las propias políticas públicas norteamericanas y en los procesos de creación legislativa, surgiendo por ejemplo los

¹⁷⁹ En 1997 existían más de 550 NJCs en EE.UU.. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 25.

¹⁸⁰ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 25.

¹⁸¹ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 25.

¹⁸² Relativo a la Sociedad Religiosa de los Amigos o Cuáqueros, que es una religión de paz. Cfr. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, 1ª edición, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2006, pp. 69-70.

¹⁸³ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 26.

process of regulatory negotiations o “reg-negs”. En estos procesos, las agencias estatales, cuando pretendiesen promover nuevas reglamentaciones en determinada materia, convocaban a los destinatarios con intereses en las mismas para plantear, con la ayuda de mediadores, recomendaciones consensuales para introducir en la propuesta legislativa. Moore da cuenta que la entidad que patrocinó un mayor número de *regulatory negotiations* o “reg-negs” fue la *U.S. Environmental Protection Agency* (EPA), no obstante otras agencias federales como el *Department of Education*, el *Department of Agriculture* o el *Nuclear Regulatory Commission* también aplicaren procesos similares¹⁸⁴. En causa está la promoción de una democracia que se quiere más participativa y que convoca la cooperación de los agentes políticos, de la población y de los actores económicos para el planeamiento e implementación de las políticas públicas, recurriéndose a las técnicas mediatorias.

Pero el análisis de la realidad de la mediación en los EE.UU. del siglo XX no quedaría completo sin la referencia al UMA, es decir, el *Uniforme Mediation Act*, aprobado en 2001 por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, presidida por el juez Michael Getty y que contó con representantes de la *American Bar Association*. El objetivo de esta ley fue promover una cierta uniformidad en los diferentes Estados Federales en relación a la mediación, prescribiendo las reglas básicas de este procedimiento¹⁸⁵. Este documento normativo constituye también un ejemplo a seguir para los Estados europeos en la promoción de la mediación en sus ordenamientos jurídicos, en la medida que la reglamentación de las premisas esenciales de este procedimiento siempre será un punto de partida en su difusión.

¹⁸⁴ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 30.

¹⁸⁵ Para Luis Miguel Díaz y Nancy Oretskin, la uniformidad promueve el uso efectivo de la mediación de variadas formas. Primero, la uniformidad es necesaria para la previsibilidad y seguridad jurídicas. Después porque existiendo una misma ley en todo el territorio norteamericano es más fácil la resolución de conflictos que afectan personas o agentes de diferentes Estados. La uniformidad contribuye también a la simplicidad. Cfr. DÍAZ, Luis Miguel y ORETSKIN, Nancy, “The U.S. Uniform Mediation Act and the Draft UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation”, disponible en la página especializada mediate.com, en el siguiente endereço electrónico, accedido el 7 de septiembre de 2010, <http://www.mediate.com/articles/daiz2.cfm>. Para más informaciones sobre la *Uniforme Mediation Act*, véase, *inter alia*, GETTY, Michael B.; MOYER, Thomas J.; RAMO, Roberta Cooper, “Preface to Symposium on Drafting a Uniform/Model Mediation Act”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 13, n.º3, 1998, pp. 787-789.

1.2. El contexto histórico de la mediación en España

Analizando ahora la realidad histórica española, es visible la presencia de actividad autocompositiva desde la era visigoda. Como señala Carballo Martínez, se estableció para los visigodos un juez inferior godo, “llamado «*thiufadus*», con jurisdicción sobre su grupo o «*Thiufa*» para cada grupo de mil, de cien hombres e incluso para los grupos de familias; y los grandes propietarios territoriales o «señores» ejercieron también una práctica mediadora, componedora o juzgadora, en determinadas causas, sobre los habitantes de sus dominios”¹⁸⁶.

En el siglo IV se destaca la figura del «Defensor Civitatis» o «Defensor Plebis» que actuaba como mediador entre los plebeyos y los curiales¹⁸⁷. Y el «Sahib al-Mazalim» podrá ser considerado el *Ombudsman* en la España Musulmana de los siglos VIII a XII¹⁸⁸.

Ya en la Edad Media los “*boni homines*” se asemejaban a mediadores pues buscaban a través de la mediación “*una formula decisiva de concordia y de pacificación mucho mayor que el recurso a la violencia o las sentencias de los tribunales externos*”¹⁸⁹. Refiere después Carballo Martínez, que “Puede hablarse de la mediación ejercida en las Cortes de Aragón (s. XV) cuando los representantes de las ciudades y de las villas fueron llamados «Síndicos», que actuaban previo mandato imperativo de sus municipios respectivos a través de la provisión de un «salvoconducto». Igualmente, en las Cortes Aragonesas «los tratadores» eran mediadores entre el Rey y los representantes de los distintos «brazos» cuya misión era la de presentar una base de acuerdo y de propuesta ante el Rey”¹⁹⁰.

La figura de un tercero componedor distinto del juez reaparece en el Fuero Juzgo, en el Fuero Viejo de Castilla y aún en el Fuero Real de España, sin otorgarse una denominación específica, pudiendo ser un árbitro, conciliador o mediador. Más tarde, la “Novísima Recopilación”, que constituye el precedente del Código Civil, reconoce otras

¹⁸⁶ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 35.

¹⁸⁷ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 35.

¹⁸⁸ Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, *El Defensor del Pueblo en una España en cambio*, Trama, Madrid, 2007, p. 9.

¹⁸⁹ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., pp. 37-38.

¹⁹⁰ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 39.

alternativas jurisdiccionales y, como da cuenta Carballo Martínez, “la mediación se mantenía como forma de solución de los conflictos a través de una red de agentes territoriales del rey y que dependían de un Consejo con competencias ejecutivas, administrativas y judiciales”¹⁹¹.

El período constitucional y concretamente la Constitución liberal de 1812, con fuerte inspiración en la Revolución Francesa, recogió la mediación en el art. 283 al reconocer que el Alcalde, con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirían al demandante y el demandado para que se enteraren de las razones en que respectivamente apoyen su intención, dictando después una providencia de avenencia que las partes podrían aceptar voluntariamente para terminar el conflicto. Carballo Martínez relata aún que en esta época se afirma la figura del juez de paz o juez de proximidad que, entre otras funciones, era también un juez avenidor o mediador¹⁹².

En términos legislativos, el Código de Comercio de 1829 consagra la figura de los corredores, prescribiendo en su art. 63 que estos podrán intervenir legítimamente en los tratos y negociaciones para proponerlas, avenir a las partes y concertarlas. Y esta figura ingresa en el Código de Comercio de 1885 en el ámbito del título VI intitulado *De los agentes mediadores del comercio y de sus obligaciones respectivas*. Nos parece, todavía, que, no obstante su designación como mediadores, en causa estará, por lo menos en el ámbito del código de 1885, el ejercicio de funciones de consejero y no de avenidor de conflictos entre las partes.

En la legislación civil, la actividad compositiva o componedora es también una constante. De hecho el Código Civil de 1889, que se mantiene en vigor, regula la transacción en los arts. 1809 y siguientes y el art. 402 se refiere a los amigables componedores. En verdad, España tiene un modelo milenario de justicia componedora que es el Tribunal de las Aguas de Valencia, “una de las formas más sólidas y antiguas instituciones populares para regular conflictos”¹⁹³.

¹⁹¹ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 44.

¹⁹² Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 45.

¹⁹³ Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 30.

Sin embargo, la mediación como la entendemos en la actualidad floreció solamente a finales del siglo XX. Diego Vallejo y Guillén Gestoso refieren que en España los primeros servicios de la mediación familiar datan de 1990 en Madrid, Barcelona y en la Comunidad Autónoma Vasca. Ya en materia laboral, la legislación sobre mediación se plasmó en Cataluña por el Acuerdo Interprofesional de 7 de noviembre de 1990¹⁹⁴. Y, a la fecha en que escribimos estas páginas, se está discutiendo en España el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁹⁵, resultado del imperativo comunitario impuesto por la Directiva 2008/52/CE¹⁹⁶.

La juventud y reciente afirmación de la mediación como modo autocompositivo de resolución de conflictos refuerza la importancia de su estudio y el análisis de los desarrollos que se vienen verificando, para poder contribuir a una implementación más sólida de este método en el ordenamiento jurídico español, concretamente para percibir en qué consiste esta figura.

2. ENCUADRAMIENTO LEGAL ACTUAL

2.1. ¿Reglamentar la mediación, si o no? El Dilema Diversidad-Uniformidad

La aplicación de la mediación verificó un crecimiento efervescente principalmente después de los años 1990 y, consecuentemente, esta progresión hizo surgir una preocupación creciente por la promoción de la calidad de este medio y por el establecimiento de criterios basilares de control de su ejercicio, como, por ejemplo, la publicación de códigos de conducta para los mediadores¹⁹⁷.

Por otro lado, la introducción de un nuevo mecanismo en el sistema de resolución de conflictos de un Estado siempre va suscitar alguna reticencia por los profesionales jurídicos, como abogados, jueces, fiscales, entre otros, que manifiestan dudas y una cierta

¹⁹⁴ Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 31.

¹⁹⁵ Aprobado en Consejo de Ministros en el día 8 de abril de 2011 y cuyo Anteproyecto fue presentado por el Ministerio de Justicia el 19 de febrero de 2010. Ver el siguiente endereço electrónico accedido el día 10 de septiembre de 2010, <http://www.ase mip.org/wp-content/uploads/2010/03/Gob-NP-Anteproyecto-Ley-Mediaci%C3%B3n-190210.pdf>.

¹⁹⁶ Que prescribe en su art. 12 que los Estados miembros deberán transponer sus disposiciones hasta 21 de mayo de 2011.

¹⁹⁷ De que es ejemplo el Código Europeo de Conducta de Mediadores, disponible en el siguiente endereço electrónico, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf, accedido el 15 de octubre de 2010.

aprehensión relativa a los esquemas informales, flexibles y sin encuadramiento legal que ésta supone¹⁹⁸.

De este modo, los dos factores enunciados confluyen para el desarrollo de una tendencia mundial para reglamentar la mediación¹⁹⁹. Sin embargo, la reglamentación de este método es una cuestión controvertida debido a las dificultades de equilibrar por un lado la flexibilidad e informalidad de la mediación y, por otro lado, la necesidad de establecer parámetros de calidad y de aplicación de este mecanismo, a riesgo de excluir ciertas prácticas en la búsqueda y logro de una cierta uniformidad.

Esta tentativa de equilibrar los dos platos de la balanza en materia de reglamentación de la mediación es denominada por los expertos “Dilema de la Diversidad-Uniformidad” (*Diversity – Consistency Dilemma*)²⁰⁰. Como pone de manifiesto Nadja Alexander, “The advocates of consistency seek to establish standards to ensure an appropriate level of mediation competence and process quality and to provide systems that monitor compliance and manage complaints. (...) Other commentators highlight the risks of the drive towards consistency. They argue that consistency through standardization may threaten the diversity of mediation practice, the flexibility of the process, its cost effectiveness and its accessibility”²⁰¹.

El dilema de la diversidad-uniformidad intenta así balancear y encontrar un punto óptimo de equilibrio entre la flexibilidad de la mediación y la inherente capacidad de adaptarse a diferentes conflictos y diferentes mediados y, al mismo tiempo, asegurar la seguridad y calidad del método pretendiendo que los ciudadanos no se vean afectados por malas prácticas de los mediadores.

¹⁹⁸ En este sentido, véase GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., pp. 158-159.

¹⁹⁹ La tendencia de reglamentar la mediación es, todavía, vivida de modo diferente en los diferentes Estados. Países como Holanda, por ejemplo, adoptaran la máxima “primero se experimenta, después se reglamenta”. Otros, como Francia, intentan reglamentar temprano la aplicación de la mediación adelantándose a la práctica. Dando cuenta de esta diferencia, véase ALEXANDER, Nadja, *Global Trends in Mediation*, 2ª edición, Kluwer Law International, Alphen aan den rijn, 2006, p. 30.

²⁰⁰ Cfr. ALEXANDER, Nadja, *International and Comparative Mediation – Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 75.

²⁰¹ Cfr. ALEXANDER, Nadja, *Global Trends in Mediation*, cit., p. 29.

¿Pues bien, ante este dilema la primera cuestión que se presenta es saber si deberá reglamentarse la mediación o no, y cómo? ¿Y, si la respuesta fuere positiva, qué cuestiones deberán ser reglamentadas?

En relación a la primera cuestión consideramos importante reglamentar la mediación para promover la transparencia, certeza y seguridad jurídica y evitar confusiones terminológicas y conceptuales. De esta forma se promoverá la confianza de las partes y de los profesionales jurídicos en este método y se fomenta la calidad de los mediadores y de la mediación, protegiéndose a los ciudadanos y al público en general.

Sin embargo, defendemos que su reglamentación deberá ser apropiada y contextualizada. Desde luego porque la mediación tendrá que atender al contexto cultural y social de cada Estado y sociedad. En efecto, las diferencias culturales se reflejan en diferentes conflictos y diferentes maneras de lidiar con sentimientos y emociones. Resolver un conflicto por mediación en España ciertamente será diferente de resolverlo en Holanda o Japón y la reglamentación de cada Estado deberá recibir y reflejar esas diferencias.

En segundo lugar, la reglamentación de la mediación deberá ser apropiada a los aspectos esenciales que necesitan de un régimen y no podrá tener ansias y aspiraciones de reglamentar minuciosamente, de forma restricta e imperativa todas las cuestiones que envuelven este mecanismo, hasta por el propio carácter flexible del método que ya referimos. En muchos asuntos la mejor técnica será dejar a las partes la libertad de aplicar la ley u optar por disposiciones diferentes, debiendo prescribirse normas supletorias.

Este segundo apunte nos conduce al segundo problema, esto es la definición de las cuestiones a reglamentar y tipo de reglamentación a aplicar en cada Estado y en cada asunto. En términos genéricos, y entendida en sentido amplio de regulación, podremos catalogar cuatro formas esenciales de reglamentación, concretamente la reglamentación del mercado (*market regulation*); la auto-regulación (*self-regulation*); la reglamentación cuadro (*formal framework*) y la reglamentación legislativa (*formal legislative approach*)²⁰².

²⁰² Cfr. ALEXANDER, Nadja, “Mediation and the Art of Regulation”, *QUT Law and Justice Journal*, Vol. 8, n.º1, 2008, pp. 3-4, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 14 de octubre de 2010,

La reglamentación del mercado (*market regulation*) está basada en el libre funcionamiento de los servicios de mediación, haciendo apología de los valores de libertad individual, libre opción y competitividad²⁰³. De este modo, la calidad del servicio de mediación fomentaría la procura por los mejores mediadores y promovería la procura de este método, así como expulsaría por sí mismo a los malos profesionales del mercado. Pero este planteamiento se asienta sobre la premisa errónea de que el mercado es perfecto y todas las personas tienen acceso a la misma información y actúan racionalmente de acuerdo con esa información. Ante las imperfecciones del funcionamiento del mercado, la aplicación de esta técnica en todos los aspectos de la mediación puede revelarse peligrosa.

La auto-regulación (*self-regulation*) consiste en la creación de reglamentos y normas generales por las propias asociaciones de mediadores o entidades de promoción de la mediación²⁰⁴. El problema de esta práctica reside en la aplicación restringida de los reglamentos a los individuos que forman parte de la entidad que los publica. Así es difícil promover su aplicación generalizada y, por otro lado, los esquemas de auto-regulación podrán no reflejar los intereses de los ciudadanos, sino los intereses de los asociados que promueven ese reglamento.

La tercera forma indicada es la reglamentación cuadro (*formal framework*) que consiste en la promulgación de documentos normativos de encuadramiento de la mediación, con la prescripción de las normas generales y basilares que deberán ser respetadas sin excluir otras formas de regulación. Como modelo de este tipo de reglamentación tenemos la Directiva 2008/52/CE que define los aspectos que tienen que ser reglamentados por los diferentes Estados miembros permitiendo, aún así, alguna libertad en la definición concreta de la forma de reglamentar^{205/206}. Así y como ejemplo, la Directiva establece en

http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v8n1/pdf/2_Mediation_and_the_Art_of_Regulation_ALEXANDER.pdf.

²⁰³ La Directiva 2008/52/CE hace referencia a la posibilidad de aplicación de esta forma de regulación en el Considerando 17 del preámbulo cuando refiere que “Member States should define such mechanisms, which may include having recourse to market-based solutions”.

²⁰⁴ La referencia a los mecanismos auto-reguladores aparece en el Considerando 14 del preámbulo de la Directiva 2008/52/CE prescribiéndose que nada de lo dispuesto en la presente Directiva afectará a los sistemas de mediación autoreguladores vigentes, en la medida en que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente Directiva.

²⁰⁵ A respecto de la Propuesta de Directiva Europea de mediación civil y mercantil, Enrique Navarro Contreras señala que la vía del Reglamento comunitario se hubiera mostrado más adecuada. No concordamos con el autor precisamente porque, teniendo en cuenta la flexibilidad de la mediación y su

su art. 6 que los Estados miembros deberán garantizar que las partes puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación, pero no define en concreto el procedimiento o la forma en que los acuerdos contractuales pueden ser ejecutados, debiendo ser los Estados quienes precisen este aspecto en sus ordenamientos jurídicos. La reglamentación cuadro establece de este modo las líneas maestras de la política que debe regir la legislación de los Estados en determinada materia. Consideramos que esta técnica es apropiada cuando la intención final sea la trasposición y adaptación por los Estados de una legislación específica en un ámbito concreto.

Por último, la reglamentación legislativa (*formal legislative approach*) traduce la definición por ley de las políticas y opciones de un Estado en relación a una determinada temática, definiendo en términos concretos las cuestiones jurídicas y estableciendo un cuadro normativo previsible a través de reglas legales. El Proyecto de Ley de Mediación español o la Ley de Mediación Penal portuguesa son buenos ejemplos de este tipo de reglamentación. También el *Uniform Mediation Act* (UMA) de los EE.UU. constituye un documento de reglamentación legislativa porque pretende “replace the hundreds of pages of complex and often conflicting statutes across the country with a few short pages of simple, accessible and helpful rules”²⁰⁷. Como se refiere en la nota previa del UMA “The law has a limited but important role to play in encouraging the effective use of mediation and maintaining its integrity, as well as the appropriate relationship with the justice system”²⁰⁸.

necesaria adecuación al contexto social en que se implementa, consideramos que la Directiva dará a los Estados miembros mayor libertad de transposición y adaptación a la realidad de cada país. Cfr. NAVARRO CONTRERAS, Enrique, “El proyecto de Directiva de Mediación y la Mediación Comercial Internacional”, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pp. 61-62.

²⁰⁶ En el mismo sentido podemos apuntar la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con las enmiendas aprobadas en 2006), que en su preámbulo afirma que esta “Ley Modelo, junto con la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional recomendado por la Asamblea General en su resolución 31/98 de 15 de diciembre de 1976, contribuye de manera importante al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales”.

²⁰⁷ Cfr. ALEXANDER, Nadja, “Mediation and the Art of Regulation”, cit., p. 10.

²⁰⁸ Ver texto íntegro del UMA, con nota previa, en el siguiente endereço electrónico, accedido el 15 de octubre de 2010, <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/medam01.htm>.

En ordenamientos jurídicos como el español o portugués, la ley desarrolla el papel fundamental en la regulación de la vida de los hombres y mujeres en sociedad. Por lo tanto, la reglamentación legislativa es la que mejor se adecua a nuestros sistemas y la preferida política, social y jurídicamente. Sin embargo, en relación a la mediación, y como ya hemos referido, la ley deberá ser apropiada en el sentido de que no deberá ser demasiado restrictiva o minuciosa. Consecuentemente debemos preguntarnos ¿qué no podremos reglamentar? ¿Qué debemos reglamentar y de qué forma?

A nuestro parecer el método de mediación y las técnicas del mediador no deberán estar reglamentadas por ley u otro documento con fuerza legal²⁰⁹. La flexibilidad inherente a este mecanismo de resolución de conflictos excluye que el legislador determine por ley la secuencia de actuaciones conducente a la solución de la disputa²¹⁰. Cada mediador ha de tener libertad ante cada conflicto para decidir qué técnicas usar, de qué forma deberá trabajar el conflicto y con las partes, puesto que cada conflicto exigirá diferentes técnicas o *skills*²¹¹. De este modo, en relación a estas cuestiones, la técnica de regulación a aplicarse deberá ser la auto-regulación o la regulación del mercado. Las opciones del mediador se reflejarán en su éxito y en la solicitud de sus servicios por las partes, excluyéndose con ello a los profesionales menos capaces.

¿Pero si el legislador no puede reglamentar el método y técnicas del mediador, qué deberá prever legalmente? Pensamos que las cuestiones jurídicas consecuencia de la aplicación e implementación de la mediación en cada Estado deberán ser el campo de intervención del legislador. De este modo, una ley de reglamentación de la mediación deberá establecer los elementos nucleares del concepto²¹², sin restringir o definir

²⁰⁹ Discutiendo la regulación de la actividad de los mediadores, véase BOON, Andrew, *et al.*, “Regulating Mediators?”, *Legal Ethics*, Vol. 10, n.º1, 2007, pp. 26-50.

²¹⁰ La nota previa del UMA refiere precisamente que “It is important to avoid laws that diminish the creative and diverse use of mediation. The Act promotes the autonomy of the parties by leaving to them those matters that can be set by agreement and need not be set inflexibly by statute”.

²¹¹ Nilton Bonder en su libro *O segredo judaico de resolução de problemas*, y haciendo una metáfora comparativa entre el mediador y el arquero denota que muchas veces el mediador en su actividad primero lanza las flechas y solamente después pinta el blanco porque de hecho las partes y sus respuestas son imprevisibles, no pudiendo el mediador tener su actividad definida legalmente. Cfr. BONDER, Nilton, *O segredo judaico de resolução de problemas*, 10ª edición, Imago, Rio de Janeiro, 1995, pp. 101-104.

²¹² Tenemos presente que la función de la ley no es definir conceptos o institutos jurídicos. Sin embargo ante una cuestión de reciente difusión como es la mediación y que reiteradamente se confunde con otras prácticas como la conciliación, consideramos importante que la ley de encuadramiento de la mediación en cada Estado defina lo que entiende por este método. En el punto en que analizaremos la distinción entre mediación y conciliación percibiremos mejor la importancia de determinar las notas caracterizadoras de

obviamente las técnicas de mediación; prescribir los principios esenciales de la mediación, como la voluntariedad, la confidencialidad o la igualdad de las partes; definir los parámetros de cualificación de los mediadores, con el objetivo de promover la propia calidad de la mediación; regular los términos de la ejecución forzosa del acuerdo de mediación; entre otras cuestiones jurídicas como también pueden citarse los efectos en la prescripción y caducidad de acciones o los costes de este método.

Estas son, en términos generales, las cuestiones reglamentadas por algunos documentos legales ya referidos como el UMA de los EE.UU., la Ley Modelo de la UNCITRAL relativa a la conciliación, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y, también, el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles español, del que apuntaremos algunos aspectos esenciales de su génesis y objetivos²¹³.

2.2. Normas legales de índole nacional, europea e internacional

2.2.1. El Uniform Mediation Act de EE.UU.

El *Uniform Mediation Act* (UMA) de EE.UU., aprobado en 2002, resulta de una colaboración histórica entre la *American Bar Association* (ABA) y la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), con la comisión de redacción presidida por el Juez Michael Getty y de la cual también formó parte Roberta Cooper, presidenta de la ABA y Thomas Moyer, jefe de justicia del Supremo Tribunal de Justicia de Ohio.

La NCCUSL reconoció que el uso de la mediación se ha convertido en una sólida opción de resolución de conflictos en los EE.UU., siendo el principal objetivo del UMA simplificar y unificar los numerosos documentos legislativos²¹⁴ que reglamentaban este mecanismo en los Estados norteamericanos, puesto que, como se refiere en la nota previa

estos mecanismos. Y esta conceptualización es aún más importante en relación a conflictos transfronterizos en que dos personas podrán referirse a la mediación como métodos diferentes o designar el mismo método por designaciones diferentes. Si el objetivo primordial de la legislación es uniformizar, entonces establecer lo que es la mediación es el primero paso rumbo a esta pretensión.

²¹³ Otros tantos ejemplos podríamos referir como el Decreto n.º96-652 de 22 de julio de 1996 relativo a la conciliación y mediación en Francia; la Ley Federal Austriaca sobre mediación en materia civil (*Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen* - BGBl. I n.º 29/2003) o la Ley n.º28 de 4 de marzo, de Italia.

²¹⁴ La nota previa del UMA da cuenta de 250 diferentes leyes federales.

del UMA, “Uniformity of the law encourages effective use of mediation in a number of ways”.

La comisión de redacción estudió y analizó las experiencias de mediación que se venían poniendo en marcha desde hace más de treinta años, intentando tener en cuenta las tendencias y los parámetros legales que habían sido considerados por los prácticos y expertos de estas materias como los mejores y más adecuados. Por otro lado, los redactores del UMA evitaron incluir en el documento previsiones legales relativas a cuestiones que pueden variar teniendo en cuenta el contexto legal y que, por lo tanto, deberán ser reglamentadas particularmente en cada Estado.

Simplificar y uniformizar son así las dos bases de actuación de este documento que fue aprobado en 2002 y está ya adoptado en ocho Estados y en el Distrito de Columbia²¹⁵.

2.2.2. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional

La Ley Modelo de UNCITRAL relativa a la conciliación fue aprobada el 24 de junio de 2002 y, como refiere esta entidad, esta ley contiene un régimen uniforme del procedimiento de conciliación que facilitará el recurso a la conciliación y fomentará la predictibilidad y certeza jurídica requerida para su utilización.

Durante la preparación de la Ley Modelo participaron en el debate preparatorio representantes de unos 90 Estados, 12 organizaciones intergubernamentales y 22 organizaciones internacionales no gubernamentales. Posteriormente a su aprobación, la Asamblea General recomendó a todos los Estados que considerasen debidamente la posibilidad de incorporar a su derecho interno la Ley Modelo, en atención a la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de solución de controversias y las necesidades concretas de la práctica comercial internacional en esta materia.

Debe realizarse desde ya que por conciliación esta ley entiende “todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que

²¹⁵ Cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 159.

les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia”²¹⁶.

Comprendemos por ello el carácter amplio del término conciliación utilizado, puesto que abarca no sólo a la mediación, toda vez que esta Ley pretende ser adoptada por varios Estados internacionales que podrán utilizar diferentes terminologías²¹⁷. Sin embargo, consideramos importante que documentos internacionales y nacionales intenten uniformizar conceptos para que se eviten confusiones terminológicas, puesto que el objetivo esencial de este documento se asienta en eliminar la incertidumbre inherente a la ausencia de un régimen legal en esta materia²¹⁸.

La Ley Modelo aborda muy diversos aspectos, regulando concretamente la designación de conciliadores, el inicio y la clausura del procedimiento, la sustanciación de las actuaciones, la comunicación entre el conciliador y las partes, la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, así como ciertas cuestiones ulteriores a la conciliación como pudiera ser la actuación del conciliador a título de árbitro y la ejecutoriedad del denominado acuerdo de transacción.

La UNCITRAL ha preparado, por lo tanto, una Ley Modelo para ayudar a los Estados a establecer vías para la solución de las controversias que reduzcan su costo, promuevan un clima cooperativo entre las partes, prevengan futuras disputas y den mayor certeza al comercio internacional²¹⁹.

²¹⁶ Ver art. 1, apartado 3 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional.

²¹⁷ Es interesante notar que la propia ley en el art. 1, apartado 9, párrafo a) excluye su aplicación cuando un juez o un árbitro, en el curso de un procedimiento judicial o arbitral, trate de facilitar la concertación de un arreglo entre las partes, lo que parece indicar que verdaderamente la UNCITRAL pretendió reglamentar la mediación y no la conciliación como veremos mejor en el punto relativo a la distinción de las dos figuras (Capítulo II, apartado 6.2.2.).

²¹⁸ Para más informaciones y para consulta del propio texto de la ley, así como de la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización, véase el siguiente endereço electrónico, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html, accedido el 14 de octubre de 2010.

²¹⁹ Ver la Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo, p. 14.

2.2.3. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

La aprobación final de la Directiva 2008/52/CE resulta de la Propuesta²²⁰ presentada por la Comisión Europea en 2004 y evaluada por el Comité Económico y Social Europeo²²¹ en junio de 2005. Anteriormente, y concretamente en el ámbito del Consejo de Europa, la mediación ya constituía una de las preocupaciones en materia de justicia, como demuestra su previsión en algunos documentos normativos, concretamente la Recomendación R(98)1 sobre la mediación familiar²²² o la Recomendación R(99)19 sobre mediación en materia penal. También la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE²²³, de 4 de abril, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo amplió el ámbito de aplicación de la anterior Recomendación de la Comisión 98/257/CE²²⁴, de 30 de marzo, precisamente para abarcar los medios en que el tercero se limita a facilitar el acercamiento entre las partes para que encuentren por ellos mismos la solución del acuerdo, es decir, para incluir la mediación.

Sin embargo, es la Directiva de 2008 la que constituye el marco normativo de la mediación en la UE con el objetivo de promover la uniformidad en los Estados miembros y como vehículo de difusión de la mediación²²⁵. En efecto, refiere su Considerando 7 que para “promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil”.

²²⁰ Referencia COM (2004) 718 final, publicada el 22 de octubre de 2004. Para más desarrollos sobre la Propuesta de la Directiva, véase, entre otros, MARTÍN DIZ, Fernando, “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Revista Jurídica La Ley*, n.º3, 2006, pp. 1637-1654 y ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “El Proyecto de Directiva Europea sobre la Mediación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, n.º5, Madrid, 2005, pp. 249-272.

²²¹ Mediante Dictamen con la referencia 2005/C 286/01, publicado en el DOUE de 17 de noviembre de 2005.

²²² Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998.

²²³ Publicada en el DOUE n.º L 109, de 19 de abril de 2001.

²²⁴ Publicada en el DOUE n.º L 115, de 17 de Abril de 1998.

²²⁵ Para verificar los países que han indicado medidas de ejecución de la Directiva, véase el siguiente endereço electrónico, accedido el 15 de octubre de 2010, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0052:ES:NOT>.

Por otro lado, la Directiva prescribe aún en su art. 1 que se deberá promover una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial, lo que nos parece fundamental en la promoción de este mecanismo como un medio complementario y no sustitutivo de los tribunales. Están excluidas del ámbito de la Directiva “las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente”²²⁶. De este modo se diferencian los sistemas judicial y extrajudicial sin colocar en peligro la relación equilibrada entre mediación y proceso judicial²²⁷.

2.2.4. El Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España

La apuesta por la mediación en España ya había sido revelada en el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2010 presentado por el Ministerio de Justicia que mencionaba la potenciación de “mecanismos como la mediación, la conciliación o el arbitraje en distintas jurisdicciones”²²⁸. El Proyecto de Ley de Mediación Español en asuntos civiles y mercantiles²²⁹, constituye así la plasmación efectiva de aquellos propósitos.

Este documento viene a incorporar al Derecho español la Directiva 2008/52/CE pero, como se reconoce en la Exposición de Motivos, “va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea”, puesto que no se restringe a los conflictos transfronterizos y, en cambio, “conforma un régimen general aplicable a toda la mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles”.

²²⁶ Considerando 12 de la Directiva 2008/52/CE.

²²⁷ Ver, entre otros, AA.VV., *The New EU Directive on Mediation. First Insights*, Association for International Arbitration, Maklu, Bélgica, 2008 y CASADO ROMÁN, Javier, “La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho Comunitario”, *Diario La Ley*, n.º7419, Año XXXI, 2010, pp. 9-12.

²²⁸ El CGPJ viene interesándose por la temática de la mediación mucho antes de esta fecha. Ya el Libro Blanco de la Justicia de 1997 en el punto 3.4 de su Capítulo Primero señalaba el interés en potenciar la intervención del abogado en actividades de mediación. Y, más recientemente, en el Plan de Modernización de la Justicia de 2008 se alude a la mediación civil y penal en su apartado 6.3.

²²⁹ En adelante referiremos solamente por Proyecto de Ley de Mediación o Proyecto.

El CGPJ en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación²³⁰, y en relación a las ventajas de una ley de mediación, refiere que “resulta plausible el propósito de dotar de regulación legal a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues es de suponer que ello introducirá seguridad jurídica en un área que, a salvo aquellas materias que pudieran entrar dentro del ámbito de aplicación de las distintas leyes autonómicas en materia de mediación familiar, viene estando presidida por la práctica informal. Esa regulación legal está llamada a ser especialmente útil en todos los aspectos relacionados con la conexión entre mediación y proceso judicial”²³¹.

Resulta así que, a semejanza de otras referencias que abordamos, también el Proyecto tiene como objetivo crear el marco legal que otorgue a la mediación certeza y seguridad. Todas estas leyes tratan de conferir uniformidad en la aplicación de la mediación en su ámbito territorial y, consecuentemente, contribuir a la simplificación y difusión de este método. En el análisis que desarrollaremos posteriormente daremos cuenta de lo que prescribe cada una de las leyes que aquí sucintamente han sido presentadas.

Pues bien, definido el encuadramiento histórico y legal de la mediación analizaremos seguidamente otras cuestiones y componentes de la teoría general de la mediación.

²³⁰ Que precedió el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, como hemos señalado anteriormente.

²³¹ Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, de 19 de mayo de 2010, pp. 7-8, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 15 de octubre de 2010, <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>. Comentando el Anteproyecto de Ley de Mediación, véase SANJUÁN GARCÍA, Pablo, “Más vale un mal acuerdo que un buen pleito: la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos”, *Lex Nova: La Revista*, n.º60, 2010, pp. 20-21; GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar, “Novedades en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, n.º7456, Año XXXI, 2010, pp. 4-7; PANTOJA GARCÍA, Félix, “Repercusiones prácticas de la futura normativa sobre mediación”, *Revista Iuris*, n.º150, 2010, 23-25.

3. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LA MEDIACIÓN

Moore define la mediación “as the intervention in a negotiation or a conflict of an acceptable third party who has limited or no authoritative decision-making power, who assists the involved parties to voluntarily reach a mutually acceptable settlement of the issues in dispute”²³².

Goldberg, Sander, Rogers y Cole afirman que la mediación es una “negotiation carried out with the assistance of a third party” y el mediador “has no power to impose an outcome on disputing parties”²³³.

En el mismo sentido, refiriéndose a la mediación como una negociación asistida, Linda Singer considera este mecanismo “the principal form of third party assistance, involves an outsider to the dispute, who lacks the power to make decisions for the parties”²³⁴.

Michèle Guillaume-Hofnung nos da cuenta de que “Globalement la médiation se définit avant tout comme un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l’autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l’établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause”²³⁵.

Silvia Barona Vilar habla de mediación como la “intervención de un tercero, ajeno al conflicto, que asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver desacuerdos”²³⁶.

Pues bien, analizando las definiciones indicadas percibimos que en términos doctrinales la noción de mediación, no obstante algunos elementos idénticos, no es totalmente consensual entre los autores. Y en términos legislativos la figura no obtiene mayor uniformización.

²³² Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 15.

²³³ Cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 107.

²³⁴ Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 20.

²³⁵ Cfr. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, 4ª edición, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, p. 71.

²³⁶ Cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 75.

De hecho, la Directiva 2008/52/CE define en el art. 3 la mediación como “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”²³⁷.

El Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles español²³⁸ entiende la mediación como aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador (art. 1). Y todas las leyes autonómicas de mediación familiar poseen un concepto de mediación. Tomando como ejemplo la Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña²³⁹, la mediación es entendida como “el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral”.

En Portugal, la Ley 29/2009, de 29 de junio que introdujo la mediación en el Código de Proceso Civil, en los arts. 249º-A a 249º-C e 279º-A, ni siquiera presenta una enunciación de lo que se debe entender por mediación²⁴⁰.

Pues bien, no es difícil comprender la falta de uniformización en relación al concepto de mediación teniendo en cuenta la flexibilidad que caracteriza este mecanismo y su capacidad para adaptarse a las especificidades del conflicto y de las partes, como

²³⁷ Nos parece criticable la indiferencia de la Directiva en relación a la designación que la mediación asuma en los varios Estados miembros, en la medida que tal situación podrá generar confusiones terminológicas indeseables, principalmente en el ámbito de conflictos transfronterizos que abarquen personas de diferentes nacionalidades y que tengan un entendimiento divergente de este mecanismo. De este modo, consideramos que este documento normativo, que tiene como principal objetivo uniformizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros, debería tener apuntado de forma más rigurosa los elementos definitorios de la mediación. Sobre esta temática, véase MARQUES CEBOLA, Cátia, “The transposition into Portuguese law of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of Mediation in civil and commercial matters”, *Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, pp. 103-118.

²³⁸ Suprimió la referencia a la mediación como una negociación prevista en el Anteproyecto de Ley de Mediación civil y mercantil. Criticando la definición del Anteproyecto de Ley de Mediación, véase CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., pp. 21-26.

²³⁹ Publicada en el BOE n.º198, de 17 de agosto de 2009, pp. 70785 y ss..

²⁴⁰ Para un análisis crítico de la transposición de la Directiva 2008/52/CE para el ordenamiento portugués, véase MARQUES CEBOLA, Cátia, “The transposition into Portuguese law of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of Mediation in civil and commercial matters”, cit., pp. 103-118.

veremos adelante con más detalle. En verdad, definir la mediación significa imponer límites conceptuales a un mecanismo cuyas virtualidades se basan en la libertad de actuación del mediador, en la informalidad de sus trámites y en su capacidad de aplicación a varios ámbitos temáticos. Esto es, que se caracteriza por su flexibilidad y amplitud.

Sin embargo, consideramos pertinente que se presenten los elementos definatorios fundamentales de este mecanismo, sin los cuales no se podrá hablar de mediación y que, además, se distinga de otras figuras similares como la conciliación o negociación y nos permitan afirmar tanto lo que es mediación como lo que no es.

Una primera nota para poner de manifiesto que el concepto de mediación en su acepción jurídica debe platearse como mecanismo de resolución de controversias, excluyéndose la mediación del campo de las ciencias sociales²⁴¹, e igualmente de otros conceptos jurídicos como la mediación de seguros o la mediación inmobiliaria, que no se deben confundir con el objeto de nuestro estudio.

Así, lo que pretendemos analizar es la mediación como método integrado en el sistema de resolución de conflictos jurídicos de un ordenamiento jurídico, con la intervención de un tercero independiente, neutral e imparcial en relación a la disputa y a las partes para, bajo principios éticos y deontológicos, ayudarlas en la construcción de la solución a través del diálogo y el mutuo acuerdo. Veamos entonces qué elementos deben componer esta figura.

3.1. La mediación como un método: crítica al término proceso

En la doctrina²⁴², en muchos documentos legislativos²⁴³ y hasta en la jurisprudencia²⁴⁴, la mediación es referida como un proceso.

²⁴¹ En el ámbito de las ciencias sociales ver el concepto presentado en CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 62.

²⁴² Ver, por todos, BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 142.

²⁴³ La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que convergió en la actual Directiva 2008/52/CE, definía mediación como “todo proceso”. La versión definitiva de la misma Directiva en español cambió la referencia para “procedimiento”, pero la traducción para portugués de este documento normativo mantuvo la expresión “proceso”. En relación a la versión española, Gil Nieves refería precisamente que “Desde un punto de vista terminológico, la utilización del término “proceso” debe ser corregida en la versión española y sustituida por “procedimiento”, dado que “proceso” tiene carácter eminentemente judicial y la mediación es un

El término es criticado por su conexión con el proceso judicial, concebido como “el instrumento por medio del que el poder judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente”²⁴⁵. Pues bien, siendo imperativo mantener una separación clara y evidente entre los mundos judicial y extrajudicial, de que hace parte la mediación, a este mecanismo no deberá corresponder el vocablo “proceso” para que no se cree ninguna confusión con el ámbito jurisdiccional.

Prefieren los autores la expresión “procedimiento”²⁴⁶ y la fundamentación de esta preferencia hay que buscarla en Alcalá-Zamora para quien “El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras el procedimiento (...) se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo”²⁴⁷.

De este modo, la mediación debería ser referida como un procedimiento, es decir, como una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, con vista a determinado fin. Todavía, esta concepción se confronta con la informalidad de la mediación. ¿Cómo definir la mediación como una secuencia de actos si la misma se caracteriza como un mecanismo informal y flexible que excluye *ab initio*, como veremos, cualquier definición de un procedimiento previo y predeterminado? Intentar establecer un encadenamiento de actos a ser seguidos por el mediador es coartar la libertad de este profesional y disminuir la capacidad de la mediación para adaptarse a las especificidades de los conflictos y de las partes²⁴⁸.

Preferimos por eso considerar la mediación como un método. La palabra método procede del griego *μέθοδος* (*meta* = hacia y *odos*= camino), significando el camino para llegar a un fin. Así, obrar con método implica un previo análisis de los objetivos que se pretenden

procedimiento extrajudicial”. Cfr. GIL NIEVAS, Rafael, “La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea”, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, p. 41. También criticando el término proceso, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 51.

²⁴⁴ Ver la Sentencia n.º184/08 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla.

²⁴⁵ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *et al.*, *Derecho Jurisdiccional – I Parte General*, 8ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 23.

²⁴⁶ Cfr. GIL NIEVAS, Rafael, *La Directiva de Mediación...*, cit., p. 41.

²⁴⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 116.

²⁴⁸ En este sentido, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 51.

alcanzar, de las situaciones a enfrentar, así como de los recursos disponibles, para el establecimiento de las varias alternativas posibles, escogiendo la que mejor satisfaga los objetivos trazados.

Y, de hecho, este es el modelo que se aplica y que se estudia en la actualidad en relación a la mediación, consistiendo este mecanismo en el método de resolución de conflictos en que un profesional - el mediador - percibiendo los objetivos de las partes y los obstáculos y recursos disponibles, emplea técnicas e instrumentos para fomentar el diálogo entre los sujetos en disputa, en orden a que construyan alternativas de solución, debiendo escoger la que mejor responda a los intereses de ambos.

En cuanto método, la mediación implicará la aplicación de metodologías, instrumentos y técnicas en cada caso concreto, que dependerán de las especificidades de los conflictos y de las partes, pudiendo cambiar teniendo en cuenta los resultados y variables del camino escogido por el mediador, pero siempre teniendo como horizonte la resolución de la disputa.

Esta concepción y la consideración de la mediación como un método permiten distinguir el objeto de nuestro estudio de la resolución de problemas que todos los días y día a día se verifican en la sociedad a través de la intercesión de alguien entre dos o más contendientes procurando su reconciliación y utilizando solamente su experiencia de vida, como lo hacen amigos o colegas de trabajo, pero también jueces o abogados sin formación en mediación. Este mecanismo, en cuanto método de resolución de conflictos, implicará antes de todo la aplicación de técnicas e instrumentos por un profesional especializado y con formación adecuada.

3.2. Objeto de la mediación: el conflicto jurídico

El segundo elemento esencial de la mediación es el relativo a su objeto que se consubstancia en el conflicto y que es utilizado indistintamente con el término litigio, por lo que importa distinguir ambas figuras²⁴⁹.

Litigio (del latín *litigium*) aparece asociado en diccionarios con las peticiones en tribunal, presentando como sinónimos las palabras pleito, demanda, contestación

²⁴⁹ Analizando la distinción entre conflicto, diferendo y litigio en el ordenamiento francés, véase JEAMMAUD, Antoine, "Conflit, différend, litige", *Revue Droits*, n.º34, Paris, 2002, pp. 15-20.

judicial²⁵⁰. Y, como entendía Carnelutti, litigio es un conflicto de intereses susceptible de solución, asimismo jurídica, a través del proceso²⁵¹. Así, está en causa un término inminentemente asociado al tribunal a los medios judiciales, y al ámbito jurisdiccional.

Al contrario, conflicto (del latín *conflictus*) tiene un campo de aplicación más amplio, definiendo el Diccionario de la Real Academia Española como combate, lucha, pelea, problema, cuestión, materia de discusión. En el ámbito que nos ocupa, trataremos el conflicto como una controversia entre dos o más personas relativo a determinada cuestión que podrá ser resuelta por los contendientes y por otras vías que no el proceso judicial, como, por ejemplo, a través de la mediación.

De este modo, y una vez más con el objetivo de separar los mundos judicial y extrajudicial, reservaremos el término litigio para las controversias en juicio que reclamen una respuesta o solución a través del proceso y apuntaremos el conflicto como el objeto de la mediación^{252/253}.

²⁵⁰ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001.

²⁵¹ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 44-46.

²⁵² Es curioso notar que en el ámbito del arbitraje la Ley 60/2003, de 23 de diciembre en relación al objeto de este medio haga cambiado la expresión “cuestiones litigiosas”, utilizada por la Ley de 1988, por “controversias” conforme se puede verificar en el art. 2, lo que parece querer separar este medio del proceso jurisdiccional. Sobre esta concreta temática en el ámbito del arbitraje, véase PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral (Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario)*, 1ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 88 y ss.

²⁵³ Otra expresión utilizada para designar el mismo que conflicto es “disputa”. La disputa (del latín *disputare*: *dis* = separar y *putare* = contar, argumentar) es definida como la acción de porfiar, altercar con calor y vehemencia, contender, competir o rivalizar (cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001). Lisa Parkinson señala que en las disputas, las partes “Aunque alcancen un acuerdo porque ambos lo reconozcan como necesario, sus actitudes recíprocas pueden permanecer hostiles y sin comunicación entre ellos. (...) La mediación pretende ayudar a las partes a alcanzar decisiones consensuales y arreglar disputas” (cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 16).

Folberg y Taylor consideran que “*dispute* is an interpersonal conflict that is communicated or manifested. A conflict may not become a dispute if it is not communicated to someone in the form of a perceived incompatibility or a contested claim” (cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 19).

Moffitt y Bordone abordan la distinción entre disputa y conflicto, considerando que este último es muchas veces visto como un concepto más amplio (que envuelve más personas), más profundo (porque abarca cuestiones de valor, identidad, miedo o necesidad) y más sistemático (porque implica una única interacción). Todavía, los autores consideran que es difícil en la vida real establecer esta concepción estando convencidos de que la diferenciación entre los dos conceptos no merece el esfuerzo. Los autores critican aún la concepción de John Burton que sugiere que “disputa” envuelve intereses negociables y conflicto respecta a las cuestiones que no son negociables porque están relacionadas con la naturaleza humana y por eso no pueden ser objeto de compromiso (cfr. MOFFITT, Michael L. y BORDONE, Robert C., “Perspectives on Dispute Resolution – An Introduction”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 2-3 y p. 11, np. 3).

Por otro lado, y además de que la mediación implica un método para la resolución de conflictos, el objeto de nuestro trabajo reclama que aquellos tengan una índole jurídica. En verdad, el conflicto, genéricamente considerado, es el objeto de estudio en varias ciencias, desde la psicología a la sociología, no existiendo una correspondencia directa e inmediata con el mundo jurídico. Sin embargo, el análisis jurídico subyacente a esta investigación, restringe el ámbito de la mediación que estudiamos a los conflictos jurídicos, con conexión con el Derecho.

La importancia de este segundo elemento reside en permitir distinguir la mediación de otras formas de resolver otros conflictos como es la terapia. Como pone de manifiesto Vinyamata Camp, “Conviene dejar bien claro que la mediación no es una terapia, ni representa un tratamiento psiquiátrico ni el desarrollo de las capacidades educativas o aquellas otras propias de un trabajador social”²⁵⁴.

Y esta es una nota relevante en la afirmación e implementación actual de la mediación. Recurrir a la mediación no es solicitar una intervención psicológica o social en el conflicto. El mediador no es un terapeuta que ofrece su capacidad de escucha al servicio de las partes para que estas desagüen sus emociones y sentimientos esperando la comprensión y un tratamiento psicológico de sus problemas.

La escucha activa, técnica imprescindible del mediador, como veremos, constituye un instrumento para la comprensión del conflicto y de los intereses de las partes, de modo que ello sirve para ayudarlas de la mejor forma en la construcción de la solución del conflicto. Pero si es detectado un problema psicológico, que incluso podrá ser la fuente del conflicto, entonces el mediador deberá reencaminar a las partes hacia un especialista, pues su función excluye cualquier tratamiento terapéutico. La mediación, como la entendemos, es un método de resolución de conflictos jurídicos, que pretende su composición, sin fines terapéuticos.

²⁵⁴ Cfr. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, cit., p. 16. También negando el carácter terapéutico de la mediación, véase FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 9 y PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 16.

3.2.1. **Ámbito de aplicación de la mediación: las materias disponibles y el criterio de definición de su competencia material - la “mediabilidad”**

Si el conflicto es el objeto de la mediación importa determinar si la mediación abarca todo tipo de conflictos o, al contrario, hay cuestiones que no podrán ser sometidas a la labor del mediador y, por lo tanto, nos interesa definir en este punto la *mediabilidad*²⁵⁵. El ámbito de aplicación de la mediación incide en la cuestión de saber si deberán existir materias excluidas de resolución a través de este mecanismo. Pues bien, analizaremos los documentos legales existentes en materia de mediación para percibir cuales son las opciones del legislador y los criterios fijados para la determinación de la mediabilidad²⁵⁶.

La Directiva 2008/52/CE en el art. 1, apartado 2, consagra el criterio de la disponibilidad de los derechos, al referir que quedan excluidos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de legislación pertinente²⁵⁷.

Consagrando el mismo criterio, el Proyecto de Ley de Mediación español prescribe en el art. 2 el ámbito de aplicación del diploma legal, abarcando los asuntos civiles o mercantiles siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de legislación aplicable²⁵⁸. Se excluyen expresamente, en el apartado 2, los asuntos penales, laborales y de consumo.

La Ley Portuguesa 29/2009, de 29 de junio, que introdujo la mediación prejudicial en el Código de Proceso Civil, no incluye ninguna restricción y, por lo tanto, parece que el art. 249-A, apartado 1, admite este mecanismo en cualquier litigio²⁵⁹.

En el mismo sentido, la Ley de Mediación Austríaca en asuntos civiles (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, BGBl I 2003/29 - art. 1, apartado 2) establece que la mediación

²⁵⁵ Concepto adaptado a partir de la palabra “arbitrabilidad”, precisamente para definir el ámbito de aplicación del arbitraje.

²⁵⁶ Las informaciones indicadas relativamente a los países de la Unión Europea fueron recogidos en el Portal Europeo de e-Justicia, <https://e-justice.europa.eu/home.do>, accedido el 12 de diciembre de 2010.

²⁵⁷ El concepto de mediación de la Directiva fue adoptado por las *Civil Procedure Rules* en el sistema inglés, después de la 55th Update, con vigencia en 6 de abril de 2011. Así, en los términos de la regla 78.23, sección 2, “*mediation*” has the meaning given by art. 3(a) of the *Mediation Directive*.

²⁵⁸ Para un análisis más detallado del ámbito de aplicación prescrito por el Anteproyecto de Ley de Mediación español, véase CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., pp. 26-32.

²⁵⁹ Sobre la problemática de la mediabilidad en Portugal, véase, GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 67-69.

puede ser aplicada en cualquier litigio civil o mercantil respecto del cual los tribunales civiles tengan jurisdicción para decidir²⁶⁰.

La reglamentación de la mediación en Francia, en los arts. 131-1 y ss. del Código de Proceso Civil, introducidos por el *Décret n° 96-652*, de 22 de julio de 1996²⁶¹, no instituye de forma expresa el ámbito de aplicación de este mecanismo. Sin embargo, la doctrina viene entendiendo que la mediación no podrá intervenir en los dominios que impliquen la violación del orden público²⁶².

La Ley alemana de Promoción de la Resolución Extrajudicial de Litigios (*Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung*) que introdujo el §15a en la EGZPO (Ley de Introducción del Código de Proceso Civil), establece tres cuestiones en que pueden existir procedimientos obligatorios de mediación, en concreto, como nos da cuenta Katja Funken, “(1) financial disputes before the Magistrates Court up to a litigation value of EURO 750; (2) certain neighbourhood disputes; or (3) defamation disputes where the alleged defamation has not occurred through the media. However, § 15a (2) EGZPO states that the mandatory mediation requirement does not apply to family disputes and disputes that are subject to special procedural rules such as retrials, default

²⁶⁰ Para un análisis más detallado de la Ley de Mediación Austríaca, véase KNÖTZL, Bettina, ZACH Evelyn, “Taking the Best from Mediation Regulations”, *Arbitration International*, Vol. 23, n.º4, 2007, pp. 663-685. En 28 de Abril de 2011 fue publicada la Ley n.º21/2011, de Mediación Austríaca para conflictos transfronterizos (cfr. el siguiente endereço electrónico, accedido el 1 de junio de 2011, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72008L0052:PT:NOT#FIELD_EL).

²⁶¹ Jornal Oficial de 23 julio de 1996. Como pone de manifiesto Gérard Pluyette, “La loi du 8 février 1995 a donné un statut législatif à la conciliation et à la médiation judiciaires en en fixant les principes essentiels dont beaucoup seront repris dans le décret d’application du 22 juillet 1996”. Cfr. PLUYETTE, Gérard, “Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires”, *Revue de l’Arbitrage*, n.º4, 1997, p. 506.

²⁶² Cfr. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, cit., p. 100. Y en el Portal Europeo de e-Justicia es referido que “En Derecho francés, las partes pueden recurrir a la mediación en todos los ámbitos del Derecho, siempre que la mediación no atente contra lo que se denomina «el orden público de dirección». Por ejemplo, no es posible celebrar una mediación para eludir las normas imperativas del matrimonio o el divorcio” (Cfr. el siguiente endereço electrónico, accedido el 12 de diciembre de 2010, <https://e-justice.europa.eu/contentPresentation.do?lang=es&idCountry=fr&idTaxonomy=64&member=1&vmac=T Y0TmU50WY6RzmX1yIHPdHYxk9aO8cmDDwRwxhTpSIOPKk0yZFsOzxMx4F6Am7o7uzjWDsVzA qnfOr-IPyiQQAIV8AAAEI>).

actions and other procedures enumerated in §15 a (2) EGZPO”²⁶³. Así no excluye ninguna materia en especial o indica un criterio general de aplicación de la mediación²⁶⁴.

La Ley belga, en el art. 1724 del Código Judicial (modificado por la Ley de 21 de febrero de 2005), prescribe que la mediación podrá ser aplicada en diferendos susceptibles de transacción, enumerando después algunos ejemplos, como las relaciones familiares²⁶⁵.

La Ley de Mediación húngara (Ley 2002. évi LV - *a közvetítői tevékenységről szóló törvény*) establece en su art. 1 que las personas físicas o colectivas podrán recurrir a la mediación para resolver conflictos personales o patrimoniales cuando la ley no limite sus poderes de disposición, es decir, que no convoquen la aplicación de normas imperativas²⁶⁶.

Italia ha reglamentado la mediación civil y mercantil a través del Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo de 2010²⁶⁷, estableciendo su art. 2 que la ley se aplica a litigios basados en derechos civiles y mercantiles disponibles para las partes²⁶⁸. El mismo criterio fue acogido por la Ley de Mediación greca n.º3898/2010²⁶⁹, que en el art. 2

²⁶³ Cfr. FUNKEN, Katja “Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany”, *German Law Journal*, Vol. 3, n.º2, 2002, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=130>, accedido el 12 de diciembre de 2010.

²⁶⁴ La misma omisión se verifica en el Proyecto de Ley alemán de reglamentación de la mediación (*Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*), presentado por el Gobierno Alemán y que puede ser consultado en <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/053/1705335.pdf>.

²⁶⁵ Sobre la ley belga, véase DEMEYERE, Luc, “The Belgium Law on Mediation: an early overview”, *Dispute Resolution Journal*, American Bar Association, Vol. 61, n.º4, 2006, pp. 89-92.

²⁶⁶ Para un análisis crítico de la Ley Húngara, véase REVESZ, Judit, “Mediation without Trust: Critique of the Hungarian Mediation Law”, *Mediate.com*, mayo 2005, disponible en la siguiente página especializada, <http://www.mediate.com/articles/reveszJ1.cfm#bio>, accedida el 5 de enero de 2011.

²⁶⁷ Publicado en la Gaceta Oficial n.º53, de 5 de marzo. Analizando la normativa italiana, véase ORTIZ, Juan Carlos, “La mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º21, 2010.

²⁶⁸ **Art. 2 - Controversie oggetto di mediazione 1.** *Chiunque puo' accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.*

²⁶⁹ Votada por el Parlamento griego el 16 de diciembre de 2010. Para más desarrollos sobre la Ley Greca de mediación, véase BOURAS, Niki, “Mediation in civil and commercial matters: an overview of the new Greek Law 3898/2010”, *Newsletter of the Association for International Arbitration*, febrero de 2011, pp. 4-5.

prescribe que la mediación puede aplicarse a los litigios en que las partes pueden disponer de su objeto.

Cuadro n.ºII.1 - Comparación legal del ámbito de aplicación de la mediación

Documento legislativo	Referencia	Disposición legal
Directiva 2008/52/CE	Art. 1, apartado 2	Quedan excluidos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de legislación pertinente
España - Proyecto de Ley de Mediación	Art. 2	Conflictos que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre que las partes pueden disponer libremente de su objeto
Portugal - Ley 29/2009	Art. 249-A	Silencio legal
Austria - Ley de Mediación (<i>Zivilrechts-Mediations-Gesetz</i> , BGBl I 2003/29)	Art. 1, apartado 2	Cualquier litigio civil o mercantil relativamente al cual los tribunales civiles tengan jurisdicción para decidir
Alemania – EGZPO (<i>Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung</i>)	§ 15a y § 15a (2) EGZPO	Permite la mediación obligatoria en: (1) Conflictos pecuniarios hasta el valor de 750 euros (2) Conflictos con vecinos (3) Conflictos relativos a la difamación si la misma no ocurrió a través de los medios de comunicación. Excluye de la mediación obligatoria conflictos familiares y disputas sometidas por ley especial a reglas procesales especiales
Bélgica - Código Judicial modifico por la Ley de 21/02/2005	Art. 1724	Diferendos susceptibles de transacción
Italia - Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo de 2010	Art. 2	Litigios basados en derechos civiles y disponibles para las partes.
Grecia - Ley de Mediación n.º3898/2010	Art. 2	Litigios en que las partes pueden disponer de su objeto
Hungría - Ley de Mediación (Ley 2002. evi LV)	Art. 1	Conflictos personales o patrimoniales cuando la ley no limite sus poderes de disposición, es decir, que no convoquen la aplicación de normas imperativas
Rumanía - Ley n.º192/2006 (modificada y ampliada por la Ley n.º370/2009 y por la Ordenanza n.º13/2010)	Art. 2, apartado 1	Excluye derechos personales, como los relacionados con el estado de la persona, así como otros derechos que las partes, por determinación de la ley, no pueden disponer por convención u otro modo
Eslovenia – Ley n.º56/2008, de Mediación de 6 de junio de 2008 (<i>Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah –ZMCGZ</i>)	Art.2	Litigios civiles, económicos, laborales, familiares y otros relativos al derecho de propiedad en relación a los cuales las partes podrán disponer libremente, salvo ley especial en contrario

Analizando las disposiciones legales anteriormente referidas podemos concluir que hay dos tipos de técnicas adoptadas por el legislador. O no consagra ninguna limitación a la aplicación de la mediación (Austria) o, como es la regla en casi todos los países e incluso en la Directiva, define un criterio de determinación de la mediabilidad.

En relación a esta última hipótesis, el criterio de determinación de la mediación más común es la disponibilidad de los derechos en conflicto (Italia) o la posibilidad de transacción sobre la disputa (Bélgica). En Francia, a pesar de que no se prevé legalmente ningún criterio, es adoptado por la doctrina el criterio del orden público²⁷⁰.

En lo que concierne al orden público (criterio que fue sufriendo en la doctrina y jurisprudencia francesa alguna atenuación en la restricción que imprime en materia de arbitraje²⁷¹) no nos parece la referencia adecuada para determinar la aplicación de la mediación en un litigio, puesto que en la práctica el mediador o las partes estarían obligados a realizar una tarea prospectiva de encaje del conflicto en el ámbito de aquel criterio y muchas veces sólo después de empezar la mediación se determina cual es verdaderamente el conflicto que enfrenta a los mediados y si lo mismo viola el orden público. Por otro lado, el mediador tendría de ser experto en derecho para determinar si el conflicto confluye con aquel criterio.

Los autores que defienden la adopción del orden público confunden la aplicación de la mediación con sus resultados. Es decir, debemos distinguir la discusión por los mediados relativa al conflicto que contienda con el orden público y, por otro lado, el acuerdo de solución del conflicto que viole el orden público. Así, consideramos que cualquier acuerdo obtenido en sede de mediación no podrá violar el orden público, incluso por aplicación del art. 1255 del Código Civil español. Pero no vislumbramos razones para

²⁷⁰ Comparando los criterios legales de mediabilidad con los criterios legales de arbitrabilidad prescritos en diferentes países, concluimos que ninguna ley adoptó el criterio de la patrimonialidad de la pretensión como ocurre en el ámbito del arbitraje por la Ley Suiza y también por la Ley Alemana que en el art. 1030 del ZPO prescribe que cualquier pretensión de naturaleza patrimonial puede ser objeto de convención de arbitraje. El Tribunal Federal Suizo concretó este criterio afirmando que podrían ser sometidos al arbitraje internacional todos los derechos que presenten por lo menos para una de las partes un interés susceptible de evaluación en dinero. Cfr. CAMELO, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Lisboa, 2006, p.1241

²⁷¹ Cfr. CAMELO, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, cit., p. 1239. Respecto al orden público, véase, también, CRISTAS, Assunção y GOUVEIA, Mariana França, “A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.07.2008, Proc. 1608/08”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º29, enero-marzo 2010, pp. 41-56.

que no se pueda intentar resolver la disputa a través de la mediación sólo porque pudiera estar en causa el orden público, si el acuerdo final de las partes restablece este baluarte jurídico. Concluyendo, el orden público deberá ser requisito de validez de los acuerdos de mediación, pero no criterio de exclusión de la aplicación de este mecanismo.

En relación a la disponibilidad de derechos, la sentencia del Tribunal Supremo español, de 18 de abril de 1998, equiparó por primera vez materia disponible a todo aquello que sea negociable, es decir todo aquello que no sea “*res extra commercium*”²⁷². *Ad contrarium*, derecho indisponible es todo aquello que no puede ser objeto de actos de disposición y, por lo tanto, la voluntad del titular es ineficaz para su transmisión o renuncia²⁷³. Pues bien, tampoco parece ser este un criterio defendible en materia de aplicación de la mediación.

Desde luego porque dos de los ámbitos más prolíficos y con más aplicación de este mecanismo son la mediación familiar y la mediación penal, que constituyen asimismo terreno fértil de derechos indisponibles. En consecuencia, si el legislador consagra y reglamenta la mediación en materia familiar y penal, siendo estas cuestiones inherentes a los derechos indisponibles, es porque entiende que no hay razones de orden metodológica en relación al mecanismo que impidan su aplicación. Así, en materia de derechos indisponibles lo que consideramos indispensable es la existencia de una ley reglamentando y admitiendo la mediación, siempre que no haya otras razones que justifiquen su exclusión.

Refiere Carballo Martínez, que la limitación del ámbito de aplicación de la mediación a materias indisponibles podrá resultar de su equiparación a la transacción lo que también nos parece incorrecto²⁷⁴. Como veremos con más detalle²⁷⁵, la mediación es distinta de la transacción reglamentada en el art. 1809 del Código Civil español, puesto que, como refirió Alcalá Zamora²⁷⁶, esta figura implica concesiones mutuas en relación a los derechos de cada parte y la mediación pretende construir un acuerdo que satisfaga las

²⁷² Cfr. MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, cit., p. 42.

²⁷³ Sobre la disponibilidad de derechos, véase NIEVA FENOLL, Jordi, “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre que las partes no tienen poder de disposición”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º3, Barcelona, 2002, pp. 9-44.

²⁷⁴ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 173.

²⁷⁵ Ver el apartado 6.2.3. del Capítulo II.

²⁷⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 91.

necesidades de los mediados sin que sacrifiquen sus intereses. Acrecienta Michèle Hofnung, en relación al régimen de transacción del art. 2044 del Código Civil francés, que este instituto jurídico reglamenta el litigio de forma definitiva y, al revés, en la mediación las partes podrán volver a discutir la cuestión²⁷⁷. Ahora bien, siendo figuras distintas no comprendemos por qué consagrar la disponibilidad de derechos, prevista para la transacción, como criterio de exclusión de la mediación.

También rechazamos la tesis de que la indisponibilidad coincide con la previsión de normas imperativas. Esta es una ampliación no razonable puesto que la existencia de una norma imperativa no ha de ser inherente a un derecho indisponible. Asimismo se estarían confundiendo dos momentos distintos: por un lado, el conflicto sometido a la mediación y, por otro lado, el acuerdo obtenido por los mediados. Así, lo que no podrá violar normas imperativas es el acuerdo final de la mediación, principalmente atendiendo a la homologación exigida por la Directiva 2008/52/CE y que implicará el análisis de su validez a la luz del ordenamiento jurídico. Como pone de manifiesto Munné Catarina, las normas imperativas “deben cumplirse y aplicarse, tanto en derecho como en equidad, y tanto en un arbitraje como en una negociación autocompositiva”²⁷⁸. Pero esta conclusión no impide la práctica de la mediación en conflictos que convoquen la aplicación de normas imperativas, simplemente se debe exigir su observancia por los mediados en términos de acuerdo final.

¿Ante lo expuesto, debemos concluir que no deberá existir restricción a la práctica de la mediación y este mecanismo deberá aplicarse a cualquier conflicto? Pues bien, consideramos que la mediación no deberá aplicarse siempre que en virtud de sus principios, reglas y metodologías inherentes a su práctica, no constituya el medio adecuado a la resolución de determinados conflictos. Así, el criterio de mediabilidad tendrá que aventarse sobre razones inherentes a la propia mediación y modo de actuación de la misma, debiendo la ley en estos casos excluir expresamente la aplicación de la mediación.

Es lo que se verifica en materia penal en relación a los crímenes sin víctima, puesto que las metodologías inherentes a la mediación exigen el diálogo entre dos partes que no se

²⁷⁷ Cfr. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, cit., p. 79.

²⁷⁸ Cfr. MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003.*, cit., p. 44.

producirá si no existieren víctimas²⁷⁹. En este caso, es el propio funcionamiento y los principios de la mediación lo que excluyen en el caso concreto su aplicación.

Concluyendo, consideramos que la exclusión de la práctica de la mediación deberá atender a sus propias metodologías y principios. En materias fértiles en derechos indisponibles el legislador deberá reglamentar la aplicación de la mediación para que no haya dudas y confusiones, pero no vislumbramos razones, *ab initio*, para excluir la aplicación de este mecanismo en estos campos. La disponibilidad de derechos no deberá ser criterio de la mediabilidad, pudiendo sí ser considerada en términos de homologación de los acuerdos de mediación, como veremos en este trabajo²⁸⁰.

Con la reglamentación adecuada de la mediación, incluso por exigencias comunitarias, pensamos que en el futuro la mediación deberá ser posible en todas las materias, excepto las expresamente excluidas por el legislador, atendiendo a razones relativas a su funcionamiento, como referimos, o con fundamento en la necesidad de protección de bienes y derechos públicos por opción de política legislativa.

3.3. Sujetos esenciales a la mediación

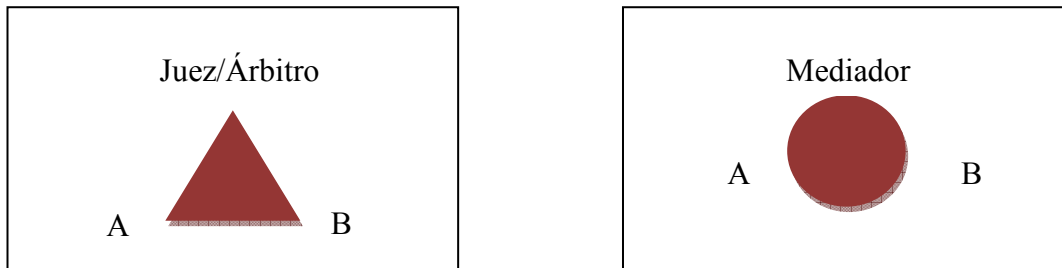
Los sujetos principales de la mediación son sin duda el mediador y los mediados, toda vez que sin ellos no hay mediación. Pues bien, la relación entre estos intervinientes primordiales no es la común relación procesal tripartita y triangular que coloca al juez en el vértice superior del triángulo y a las partes cada una en los vértices inferiores.

En el ámbito de la mediación, la relación establecida entre mediador y mediados se basa en un círculo de interrelación entre todos los intervinientes, pues el trabajo y objetivos de cada uno estarán en directa dependencia de los otros. La competitividad inherente al

²⁷⁹ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, 1ª edición, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 55-56.

²⁸⁰ En Portugal, Dário Moura Vicente entiende que la mediación es siempre admisible, estando excluida la homologación de los acuerdos de mediación que violen normas imperativas (cfr. VICENTE, Dário Moura, “A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Año II, Associação Portuguesa de Arbitragem, Lisboa, 2009, p. 134). Mariana França Gouveia entiende que no es defendible la posición de Dário Moura Vicente y considera que la mediación no es posible en relación a derechos absolutamente indisponibles, es decir aquellos en que su titular, no actuando, ve ejercido su derecho por otra persona, en concreto, de derecho público (cfr. GOUVEIA, Mariana França, “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, *Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, p. 232).

conflicto tendrá que dar lugar a la cooperación y a la participación sea del mediador, sea de las partes, para tratar de lograr resolver satisfactoriamente el conflicto.



Las especificidades relativas a los sujetos de la mediación van aún más allá, como veremos seguidamente, analizando separadamente el mediador y las partes.

3.3.1. El mediador

La figura del mediador es central en el ámbito de la mediación, traduciéndose en el tercero que ayuda las partes en la construcción de una solución al conflicto²⁸¹. No profundizaremos en este momento el análisis de este profesional que merecerá un estudio más detallado en el Capítulo III de nuestro trabajo. Presentaremos aquí únicamente las ideas claves y caracterizadoras del mediador, como elemento definitorio de la mediación.

En primer lugar, es importante considerar al mediador como un profesional, especializado en resolución de conflictos y, consecuentemente, con formación adecuada en este ámbito, dominando técnicas específicas. Todos podemos ayudar amigos o terceros intercediendo en sus problemas. El juez podrá intentar que las partes lleguen a acuerdo en el proceso. Los abogados podrán realizar esfuerzos para que sus clientes resuelvan extrajudicialmente los problemas jurídicos que les presentan. Pero, solamente al mediador es exigido el dominio especializado de técnicas de resolución de conflictos, lo que le transformará en un profesional de la mediación²⁸² y por ello en un profesional de solución de controversias de forma extrajudicial.

²⁸¹ Caracterizando la mediación a través de las tareas y comportamientos del mediador, véase DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 21.

²⁸² Que además, como refiere Moore, “will be able to alter the power and social dynamics of an existing conflict relationship by influencing the beliefs or behaviors of individual parties, by providing knowledge or information, or by introducing a more effective negotiation process and thereby helping the participants to settle contested issues”. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 16.

Asimismo, el mediador deberá tener un estatuto profesional independiente ejerciendo sus funciones sin vínculo o relación laboral con cualquier entidad. El pago de sus honorarios no podrá interferir en ningún caso en su debida imparcialidad. Quien contrata a un mediador deberá ser consciente de que el deber y objetivo último de este profesional será siempre en relación a la resolución del conflicto, sin que deba defender los intereses de ninguna de las partes.

Además, el mediador deberá guiar su actividad por principios éticos y deontológicos. La neutralidad e imparcialidad en relación a las partes, el principio de confidencialidad, son ejemplos de reglas que deben estar subyacentes al ejercicio de su función.

Estos son tres puntos que, constituyendo elementos distintivos del mediador, nos permiten distinguirlo de otros profesionales y diferenciar la mediación de otros mecanismos.

3.3.2. El papel activo de las partes en la resolución del conflicto

En lo que concierne a las partes y siendo la mediación un método autocompositivo, su participación será la más activa en relación a todos los restantes mecanismos de resolución de conflictos. De hecho, el papel de los mediados no se restringe a la mera elección de este medio para resolver su conflicto, siendo igualmente piezas fundamentales en la resolución de la controversia.

La autonomía privada no se manifiesta solamente en el contrato de mediación por el cual las partes deciden recurrir a este mecanismo y aceptar sus reglas²⁸³, abarca la propia solución del conflicto. Es labor de los mediados la construcción de la salida para la resolución de su controversia que va cerrar la mediación y restaurar la paz y la concordia entre ambos. Las partes, al contrario del arbitraje o del proceso judicial, no son solamente las piezas del tablero de ajedrez que es el conflicto, sino los verdaderos jugadores que buscan la solución y la victoria de sus posiciones, a través del diálogo²⁸⁴.

²⁸³ Desarrollaremos la figura del contrato de mediación en el apartado 4.1.1. de este Capítulo II.

²⁸⁴ Refiriéndose a la importancia del diálogo, Moore afirma que en la mediación “Labor and management must be willing to hold a bargaining session, business associates must agree to conduct discussions, governments and public interest groups must create forums for dialogue, and families must be willing to come together to talk”. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 16.

De hecho, el papel de los mediados no se circunscribe a aceptar o no la solución. Su función apela a la creatividad de soluciones y a varios cambios en la relación con el otro y en el propio conflicto. El espíritu competitivo deberá dar lugar a la cooperación, y la intransigencia de posiciones se transformará en opciones de solución, lo que confiere carácter único a la mediación y asimismo la distingue de los restantes mecanismos de resolución de conflictos²⁸⁵.

Y tal papel activo exige imperativamente la presencia de los mediados. Si en el proceso o en el arbitraje, las partes podrán representarse por abogado o procurador, en la mediación es imposible su realización sin la presencia personal de los mediados²⁸⁶. Son ellos quienes saben cuáles son sus intereses y las razones de sus posiciones y sólo ellos pueden alcanzar la solución del conflicto para sentirla como suya. En lo que concierne a las personas colectivas, como empresas u organizaciones, el mediado deberá ser o el sujeto directamente envuelto en el conflicto o el representante con poderes suficientes para decidir la controversia, y siempre y cuando la ley así lo permita y el mediador lo estime como posible.

Por otro lado, consideramos que los mediados no deberán sufrir ninguna restricción en el ejercicio de sus derechos, como la minoría de edad, dependencia o incapacitación, debiendo exigirse en el ámbito de conflictos privados la misma capacidad general que para contratar²⁸⁷. En efecto, las partes deberán tener perfecta consciencia de sus declaraciones y estar en uso de todas sus capacidades mentales, exigiéndose los mismos requisitos prescritos en relación a los sujetos de un cualquier negocio.

De este modo, nos parece poco razonable que, por ejemplo, la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña prescriba en el art. 4,

²⁸⁵ En este sentido, Bush y Folger afirman que “The mediation process contains within it a unique potential for transforming people – engendering moral growth - by helping them wrestle with difficult circumstances and bridge human differences, in the very midst of conflict”. Cfr. BUSH, Robert A. Baruch y FOLGER, Joseph P., *The Promise of Mediation: the Transformative Approach to Conflict*, 2ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, p. 22..

²⁸⁶ Exigiendo la presencia física de los mediados y estableciendo el carácter personalísimo de la mediación como principio, véase el art. 4, apartado 8 de la Ley 1/2006 de Mediación Familiar de Castilla y León, el art. 19 de la Ley 4/2005 del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha o el art. 8 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña. Analizando el carácter personalísimo de la mediación, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 75-78.

²⁸⁷ Ver en términos generales el art. 1263 del Código Civil Español.

apartado 2, que todos los mayores de doce años puedan instar un procedimiento de mediación, aunque excepcionalmente, en relación a los conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar; o conflictos derivados del ejercicio de la potestad parental y del régimen y forma de ejercicio de la custodia de los hijos; y aún relativos a los elementos de naturaleza dispositiva en materia de filiación, adopción y acogida, así como en las situaciones que surjan entre la persona adoptada y su familia biológica o entre los padres biológicos y los adoptantes, como consecuencia de haber ejercido el derecho a conocer los datos biológicos²⁸⁸.

En primer lugar aquella ley trata de los intervinientes en la mediación y de los mediados en el mismo artículo, casi de forma indistinta, lo que no nos parece una buena práctica legislativa. No nos posicionamos en contra de que los menores participen en la mediación como intervinientes, puesto que a veces pueden ser el objeto del conflicto y elementos decisivos en la solución de la disputa. Sin embargo, consideramos que no tienen madurez y conocimientos suficientes para entender las consecuencias jurídicas de aplicación del método de mediación y, por eso, no deberán tener legitimación para iniciar este mecanismo o para ocupar el papel de mediados. Reiteramos que el método de mediación, en el sentido de medio de resolución de conflictos jurídicos, no es una terapia, por lo que conflictos de comunicación o dificultades en las relaciones no deberán ser objeto de mediación como propugna la Ley de Cataluña.

Cuestión distinta es en otros ámbitos en que la mediación sea aplicada como técnica para resolver conflictos que no sean jurídicos, como es caso de la mediación escolar, donde podrán participar menores como personas mediadas o como mediadores. En esta última situación están en causa generalmente conflictos sociales o comunitarios afectando relaciones entre compañeros de escuela o entre alumnos y profesores, no teniendo contenido jurídico por lo que la capacidad requerida puede ser menos exigente.

Aunque los menores sean acompañados por un defensor, como propugna la Ley en examen (parte final del art. 4, apartado 2), el carácter personalísimo de la mediación exige que sean los mediados los principales abogados de sus intereses, lo que dificultaría

²⁸⁸ Previsión similar encontramos en el art. 14, apartado 2, de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha.

la aplicación de las técnicas inherentes a este método y el propio trabajo del mediador, si los mismos no tuvieran capacidad para entender las consecuencias de sus decisiones.

En lo que concierne a la mediación penal, deberán aplicarse los requisitos de imputabilidad criminal de los sujetos, no debiendo aplicarse este mecanismo a los menores de 14 años²⁸⁹.

El análisis de este punto no estaría todavía completo sin una referencia al concepto de parte, es decir, quien deberá asumir el papel de mediado. Martín Diz considera que “parte en la mediación es cualquier persona (o grupo de personas, ya que la mediación no excluye que la posición de parte sea ocupada por un colectivo) que plantee la solución de un conflicto intersubjetivo a través de un procedimiento de mediación, y que acepte libre y voluntariamente someter el conflicto que mantiene frente a otro a través de este método autocompositivo de solución de disputas para obtener una solución pactada”²⁹⁰. La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León en su art. 6, apartado 1, considera partes “las personas que planteen cualquiera de los conflictos” previstos en aquella ley.

En virtud del carácter flexible e informal de la mediación es difícil presentar un concepto de parte aplicable a todas las situaciones y a todos los casos a mediar. Si en el ámbito civil es fácil identificar las partes de los conflictos privados, en sede de derecho público esta tarea puede ser compleja. Pensemos, por ejemplo, en un conflicto ambiental, cuestión que abordaremos detalladamente en el Capítulo IV de nuestro trabajo, en que una empresa industrial pretende instalar una unidad fabril en una determinada ubicación. Pues bien, inmediatamente estarán enfrentados los habitantes de la comunidad afectada, interesados en mantener el sosiego y en evitar fuentes de polución, con los representantes de la empresa con intereses económicos. Pero también podrán tener intereses en la disputa, por un lado, el poder local con objetivos de desarrollar económicamente la región, fomentando el empleo y, por otro lado, grupos de ecologistas representando los

²⁸⁹ En relación a los menores con edades entre los 14 y los 18 años se aplica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que en su art. 19 refiere expresamente la posibilidad del Ministerio Fiscal de “*desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe*”. Sobre esta temática ver, entre otros, MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 392-395.

²⁹⁰ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 95.

intereses de las generaciones futuras y de la flora animal y vegetal, afectada por la industria. Así, en este caso aconsejan los expertos en esta materia que deberán estar presentes como mediados todos los sujetos con intereses directos o indirectos en la solución del conflicto, pudiendo ser fundamentales en el desenlace de la disputa.

En consecuencia, difícilmente el concepto de parte en un conflicto ambiental será igual al concepto de parte en un conflicto familiar o laboral. Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en este punto, presentamos las siguientes conclusiones.

En primer lugar deberemos distinguir claramente los conceptos de parte y de interviniente, puesto que un mediado tendrá que participar en la construcción de la resolución del conflicto, aceptar y vincularse al cumplimiento del acordado. El interviniente podrá participar en las sesiones de mediación, como veremos en el punto siguiente, pero no tendrá facultades para pactar. Por otro lado, las partes tendrán que concluir un contrato de mediación aceptando la aplicación de este mecanismo y los intervinientes no tienen que participar en dicho contrato o acuerdo.

En segundo lugar deberá ser la ley en cada caso la que defina quién puede ser parte y quién tiene legitimación para activar e iniciar la mediación. Como referimos anteriormente, diferentes ámbitos materiales pueden convocar diferentes conceptos de parte.

No existiendo una definición legal, adoptamos un concepto amplio en el que parte es cualquier persona con capacidad para contratar²⁹¹ que plantee un conflicto intersubjetivo que mantiene frente a otro, aceptando libre y voluntariamente intentar resolverlo a través de mediación.

3.3.3. Otros intervinientes (facultativos o eventuales)

En la mediación podrán participar otros sujetos que no serán, en ese caso, fundamentales para la definición de la mediación, teniendo, por eso, la calificación de intervinientes facultativos o eventuales, como son los peritos o expertos, abogados, u otros intervinientes como familiares o testigos²⁹². Por otro lado, la participación de estos

²⁹¹ O, en el ámbito de la mediación penal, para entender sus actuaciones.

²⁹² Sobre este punto, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 92-94.

sujetos será meramente accesoria a la solución del conflicto puesto que las partes tendrán que asumir en exclusiva la responsabilidad de preparar y conseguir el acuerdo final.

Moore refiere la circunstancia de que con frecuencia las partes quieren tener consigo a amigos o familiares presentes en las sesiones de mediación. Indica el autor, con lo cual concordamos, que no hay ninguna regla predeterminada a este respecto, dependiendo de las opciones del mediador²⁹³.

3.3.3.1. Peritos o expertos

La participación de peritos o expertos es importante porque podrán aportar sus conocimientos técnico-científicos, ayudando, por ejemplo, en la obtención de propuestas creativas por la solución del conflicto²⁹⁴. Esta intervención tendrá un impacto mayor en conflictos con un importante carácter técnico-científico, como los conflictos ambientales. Sin embargo, habrá otros campos en que el parecer de un técnico será de mera ayuda a las partes en la solución del conflicto. Por ejemplo, en cuestiones familiares, concretamente en las que se vean afectados niños, la intervención de un psicólogo analizando los efectos emocionales del conflicto podrá ser fundamental para que las partes cambien su espíritu competitivo hacia una actitud más cooperativa.

Estos especialistas podrán ser llamados a instancia de las partes o a propuesta del mediador. Consideramos, en todo caso, que deberán ser imparciales en relación al conflicto y que todas las partes implicadas en el conflicto deben concordar en su intervención y designación. Si estas condiciones no fuesen cumplidas, la participación de expertos en la mediación podrá ser más negativa que beneficiosa.

3.3.3.2. Testigos, familiares u otras personas

Podrán aún participar en la mediación, a propuesta del mediador o por solicitud de las partes, testigos, familiares u otras personas cuando su intervención sea considerada imprescindible y fundamental en el desenlace de la mediación. En efecto, no debemos olvidar que el carácter peculiar de la mediación, en relación a otros mecanismos heterocompositivos, implica, entre otras circunstancias, que no haya necesidad de prueba,

²⁹³ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 149.

²⁹⁴ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 151.

puesto que serán las propias partes los decisores del conflicto. Así, la participación de testigos u otras personas deberá ser debidamente valorada por el mediador para no contribuir a generar o aumentar el espíritu de batalla inherente al conflicto, en que cada parte se protege con las armas de que dispone y desde el anhelo de vencer al adversario.

3.3.3.3. El papel de los abogados, defensores legales o asistentes jurídicos

Los abogados, defensores legales o asistentes jurídicos pueden tener dos tipos de participación. Por un lado, podrán participar como especialistas legales elaborando pareceres en relación a la validez de las cláusulas que las partes pretenden pactar, debiendo esta intervención respetar los requisitos de imparcialidad y acuerdo de las partes, que hemos apuntado anteriormente.

Pero, podrán participar también como asesores legales de las partes, defendiendo los intereses de su cliente. Su papel pasará en este caso por acompañar a los mediados en la sesión de mediación quienes podrán sentir, de esta forma, una confianza añadida.

Por otro lado, y ya en la fase de acuerdo, los abogados de las partes podrán analizar y evaluar la viabilidad legal del acuerdo que los mediados pretenden suscribir. De esta forma, deja de ser necesaria la interrupción de la sesión de mediación para buscar asesoría jurídica autorizada, agilizando y dando cumplimiento a la celeridad que caracteriza a este método²⁹⁵.

Consideramos, asimismo, que sería deseable que la intervención del abogado se incrementase, debiendo ir su papel más allá, pasando por la propia asesoría de sus clientes respecto al recurso a la mediación. El Colegio de Abogados y las propias Facultades de Derecho deberán promover la formación de estos profesionales en la temática de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, de forma que, posicionados ante el problema jurídico de un cliente, puedan aconsejarle el mejor camino

²⁹⁵ Para más desarrollos relativos al papel del abogado en la mediación, véase GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar, “La mediación”, *Sistemas de Solución extrajudicial de conflictos*, Coord. Rafael Hinojosa Segovia, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 86-90 y GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 45-48.

para resolver la cuestión, ya sea éste la interposición de un proceso judicial o el recurso a la mediación o al arbitraje²⁹⁶.

Los abogados tienen conciencia de que no siempre la vía judicial constituye la mejor forma de defender los intereses de sus patrocinados. El dicho popular “más vale un mal acuerdo, que un buen pleito”, se presenta desde hace mucho tiempo como una máxima de su trabajo cotidiano. Así, mantener la antipatía por los medios extrajudiciales de resolución de conflictos es rechazar el propio deber profesional de suministrar la mejor asesoría jurídica a sus clientes.

Se añade que la creciente utilización de la mediación no representará una disminución del recurso a los abogados por parte de la sociedad, más bien al contrario²⁹⁷. Estos profesionales del foro verán fortalecido su papel ante la opinión pública. Por un lado, porque a través de la asesoría del recurso a la mediación y de la resolución del conflicto por esta vía, el abogado ha respondido a las aspiraciones de su cliente que se traducen en la resolución del problema de forma rápida y adecuada. Por otro, ha contribuido a que los tribunales no se vean desbordados con otro proceso más, cuya solución podrá revelarse, en definitiva, desajustada al caso, promoviendo otra cultura de resolución de conflictos a la que la sociedad moderna aspira y conquistando igualmente el agradecimiento de su cliente.

Así, los abogados y otros profesionales del ámbito, tal como los procuradores, no sólo asumen protagonismo en el ámbito de las sesiones de mediación, acompañando a sus

²⁹⁶ En Italia, el Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo de 2010 (publicado en la Gazeta Oficial n.º53, de 5 de marzo) que reglamenta la mediación civil en este ordenamiento jurídico, establece en el art. 4, apartado 3, el deber de los abogados informar sus clientes sobre el procedimiento de mediación y, aún, sobre las ventajas fiscales legalmente inherentes. **Art. 4, apartado 3. Accesso alla mediazione - All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato e' tenuto a informare l'assistito della possibilita' di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilita' della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito e' annullabile. Il documento che contiene l'informazione e' sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facolta' di chiedere la mediazione.**

²⁹⁷ En este sentido véase un artículo de opinión del abogado Jorge Veríssimo en el que manifiesta el deseo de que en un futuro próximo, los abogados sean quienes eluciden a sus clientes sobre lo que es la mediación. Cfr. VERÍSSIMO, Jorge, “Tem dúvidas sobre a mediação? Consulte o seu advogado”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º26, Lisboa, 2003, pp. 64-66.

clientes y prestando la consultoría jurídica necesaria, sino también, podrán y deberán encabezar la transformación de la cultura de resolución de conflictos.

Terminamos este punto reiterando que la participación de otros intervinientes no es esencial a la definición de la mediación y, por tanto, su intervención deberá ser analizada caso por caso, solamente debiendo ser permitida por el mediador ante circunstancias realmente imprescindibles.

3.4. Resultado: el negocio jurídico mediado

Un cuarto elemento definitorio de la mediación es el carácter peculiar del resultado de este medio. En efecto, concebimos la mediación como un método que pretende alcanzar un fin a través de la intervención de un tercero y de la participación activa de las partes. Ese fin o resultado se concreta en el acuerdo final que pone el desenlace al conflicto. Cumple referir que este fin es solamente potencial toda vez que la mediación podrá terminar sin acuerdo²⁹⁸. Pues bien, el resultado de que hablamos podrá designarse como acuerdo de mediación o negocio jurídico mediado, definido por García Villaluenga como el “negocio jurídico lícito, nacido a consecuencia de la labor mediadora, constituido generalmente por varias declaraciones de voluntad, tutelado por el Derecho, que le atribuye determinados efectos jurídicos consecuencia de lo que se manifiesta como querido (*ex voluntate*)”²⁹⁹.

El carácter particular de este resultado potencial de la mediación emana de su modo de creación (por las propias partes del conflicto a través de técnicas metodológicas específicas aplicadas por el mediador), de su contenido (intenta satisfacer todos los intereses en juego) y de su carácter voluntario (siendo pactado y no impuesto a la fuerza o por otro mandato como ocurre en el arbitraje).

La naturaleza contractual del desenlace de la mediación tiene repercusiones desde luego en la imposibilidad de ser impugnado. ¿Cómo podrá una parte recurrir un acuerdo que ayudó a construir y al que dio su consentimiento? La impugnación en la mediación solamente podría significar un verdadero *venire contra factum proprio*, que consideramos

²⁹⁸ Como veremos en el apartado 1.4. del Capítulo III en relación a las fases de la mediación.

²⁹⁹ Cfr. GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 2006, p. 494.

inaceptable. Cuestión diferente es la solicitud de alteración o modificación del pacto por cambios sobrevenidos en las circunstancias que fundaron el acuerdo. Por ejemplo, la situación del padre que acepta una determinada cantidad en concepto de pensión de alimentos, pero que es despedido después, no pudiendo soportar el mismo valor pactado. En este caso, lo que el mediado podrá requerir es la realización de otra mediación para evaluar los nuevos acontecimientos, no consubstanciando esta situación un recurso o una impugnación, sino un cambio del acuerdo pactado por alteración de las circunstancias (a la luz del principio *rebus sic stantibus*).

La índole contractual del acuerdo de mediación contrasta también con el valor de sentencia de las decisiones arbitrales impuestas por los árbitros³⁰⁰. En este ámbito se ubica el problema de la ejecutoriedad del negocio jurídico mediado y de las condiciones necesarias para constituir título ejecutivo, que analizaremos seguidamente.

3.4.1. La eficacia del negocio jurídico mediado. ¿Ejecutividad directa o necesidad de homologación?

Los negocios jurídicos tienen su eficacia definida en el art. 1091 del Código Civil español que prescribe que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”. En lo que concierne a los negocios jurídicos mediados siguen el mismo sentido las leyes de mediación familiar, como se podrá verificar a título ejemplo en la Ley de Mediación Familiar de Andalucía que señala como deber de las partes el cumplimiento de los acuerdos adoptados en el procedimiento de mediación [art. 5, párrafo f)]. De este modo, constituyendo el acuerdo de mediación un negocio jurídico, no tendría directamente y automáticamente fuerza ejecutiva en caso de incumplimiento por uno de los mediados.

Sin embargo, la Directiva 2008/52/CE indica, en su art. 6, apartado 1, que los Estados miembros tendrán que garantizar que las partes puedan solicitar el carácter ejecutivo del acuerdo escrito. La prescripción de la Directiva pretende, como se refiere en el Considerando 19, que la mediación no constituya una alternativa peor que el sistema judicial por el hecho de que el cumplimiento de los contratos dependa de la buena voluntad de las partes.

³⁰⁰ Conforme art. 37 de la Ley de Arbitraje.

Cumple referir ante todo que este designio del legislador comunitario es, pese a todo, rebajado por la exigencia de que ambas partes consientan en la solicitud del carácter ejecutivo. De este modo, bastará que uno de los mediados rechace que el otro solicite la fuerza ejecutiva del acuerdo para que se frustre la intención de la Directiva de fortalecer el resultado de la mediación. Nos alineamos entonces con Jean-Baptiste Racine que defiende, en nombre de la eficacia del procedimiento, la posibilidad de solicitud unilateral del carácter ejecutivo para el acuerdo de mediación³⁰¹. Si los mediados consintieron con el acuerdo obtenido en mediación, no será necesario que lo tengan de confirmar nuevamente en el pedido de homologación. Siempre podrá ser argumentado que la exigencia del consentimiento de todos los mediados será ventajosa en los casos en que alguna de las partes pretenda que el acuerdo sea confidencial. En efecto, siendo así si una de las partes no desea divulgar el contenido del pacto bastará para rechazar su homologación. ¿Pero ante una situación de incumplimiento deberá prevalecer el interés en la confidencialidad sobre el interés de ejecución del acuerdo? Pensamos que no. El interés en la confidencialidad siempre podrá ser protegido en el propio pacto de mediación toda vez que nadie impedirá a las partes pactar una cláusula previendo el secreto del convenio y que cualquier de los mediados solamente podrá solicitar la ejecución del pacto cuando se verifique una situación de incumplimiento. De este modo, se respecta el interés en la confidencialidad hasta el límite del razonable y se podrá conferir a cualquier parte la posibilidad de solicitar unilateralmente la ejecución del acuerdo.

Añade la Directiva, en el apartado 2 del art. 6, que el contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. Parece entonces que la Directiva

³⁰¹ Cfr. RACINE, Jean-Baptiste, “Présentation de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale”, *Europe*, Año 18, n.º12, París, diciembre 2008, p. 6. En este sentido la Ley de Mediación de Grecia en el art. 9, apartado 2, prescribe que la parte que pretende la homologación podrá someter la solicitud al Tribunal de Primera Instancia y no necesita del expreso consentimiento del otro mediado (cfr. BOURAS, Niki, “Mediation in civil and commercial matters: an overview of the new Greek Law 3898/2010”, cit., p. 5). De modo similar, el Proyecto de Ley de Mediación prescribe en el art. 24, apartado 3, que “*Cualquiera de las partes podrá protocolizar notarialmente el acuerdo de mediación a su costa*”. Así, en la ley española también no es necesario el consentimiento de las dos partes para su protocolización notarial. En sentido contrario, en el Reino Unido, la regla 78.24(1) de las *Civil Procedure Rules*, introducida por la *55th Update*, de abril de 2011, para incorporar la Directiva 2008/52/CE, establece la necesidad de que ambas partes o una de ellas con el expreso consentimiento de la otra puedan pedir que el acuerdo de mediación de conflictos transfronterizos sea ejecutable.

apunta en el sentido de la necesidad de un acto de homologación del acuerdo que puede ser otorgado por un juez, un notario u otra autoridad competente. Pretende el legislador comunitario, además, como refiere el Considerando 20, que el negocio jurídico mediado constituya título ejecutivo europeo de conformidad con la legislación comunitaria aplicable, concretamente con el Reglamento (CE) n.º44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000³⁰², relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; con el Reglamento (CE) n.º2201/2003 del Consejo³⁰³, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; con el Reglamento (CE) n.º805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados³⁰⁴; y aún con el Reglamento (CE) n.º4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y a la ejecución de las decisiones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos^{305/306}.

¿Ante las prescripciones de la Directiva referidas, podrá afirmarse que se exigirá que todos los Estados miembros, en nombre de la uniformización legislativa comunitaria, consagren la necesidad de homologación del acuerdo de mediación para que tenga fuerza ejecutiva, como se verifica por ejemplo en Portugal, Francia, Bélgica, Hungría y Eslovenia? ¿O podrán los Estados miembros consagrar la ejecutividad directa de los acuerdos de mediación, sin necesidad de otro acto posterior, como prevé el Proyecto de Ley de Mediación español? Pues bien, atendiendo al Considerando 22, pensamos que la Directiva no impide que los Estados miembros consagren reglas diferentes en materia de

³⁰² DOUE L 12, de 16 de enero de 2001. Documento modificado por el Reglamento (CE) n.º1791/2006 (DOUE L 136, de 20 de diciembre de 2006) y por el Reglamento (CE) n.º1103/2008 (DOUE L 304, de 14 de noviembre de 2008).

³⁰³ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003. Documento modificado por el Reglamento (CE) n.º2216/2004 (DOUE L 367, de 14 de diciembre de 2004).

³⁰⁴ DOUE L 143, de 30 de abril de 2004. Documento modificado por el Reglamento (CE) n.º1869/2005 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2005 (DOUE L 300, de 17 de noviembre de 2005).

³⁰⁵ DOUE L 7, de 10 de enero de 2009.

³⁰⁶ Para un análisis más detallado de la ejecución europea de los acuerdos de mediación, véase VICENTE, Dário Moura, “A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”, cit., pp. 138-141.

ejecución de acuerdos de mediación³⁰⁷. Siendo así debemos analizar las ventajas e inconvenientes de las dos posibilidades, es decir, de la consagración de la necesaria homologación del negocio jurídico mediado y del carácter ejecutivo directo del mismo.

En lo que concierne a la opción del carácter ejecutivo directo, no podremos negar que la misma reforzaría la eficacia de la mediación, contribuyendo a su afirmación como un mecanismo de resolución de igual valor al arbitraje o al propio proceso judicial. Además sería la solución más sencilla y expedita en la medida que evitaría la necesidad de cualquier otra formalidad para las partes que, terminando la mediación por acuerdo, podrían desde luego, y sin más, ejecutarlo directamente por incumplimiento.

Sin embargo, esta solución exigiría que las normas que regulan el proceso de ejecución forzosa contemplasen determinados requisitos. En efecto, sería necesario, en primer lugar, que la ley admitiese los acuerdos de mediación como títulos ejecutivos. Pero, más importante, sería esencial, en nuestro entendimiento, que la ley procesal posibilitase como causa de oposición a la ejecución la alegación de cualquier violación al ordenamiento jurídico por el negocio jurídico mediado, concretamente cuando sea contrario al orden público o, en alternativa, que el juez del proceso de ejecución pudiese evaluar previamente la conformidad del pacto con aquellos criterios. De este modo, se permitiría un control sobre la conformidad al Derecho del contenido del título ejecutivo en sede judicial, evitándose que pudiesen ser ejecutados acuerdos nulos o que violasen el orden público. En última instancia, se evitaría que las partes pudiesen recurrir y utilizar la mediación en fraude de ley para obtener determinada pretensión que un juez o árbitro jamás concederían. Así, observados los dos requisitos indicados, en un único proceso se controlaría tanto la validez del acuerdo de mediación como la ejecución del mismo.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, consideramos que en Portugal, no obstante la Ley 29/2009 optar por la necesidad de homologación, como veremos con más detalle, el legislador portugués podría perfectamente consagrar la ejecutividad directa de los acuerdos de mediación puesto que, por un lado, el art. 46 del Código de Proceso Civil portugués ya prevé como títulos ejecutivos, no solo los laudos arbitrales (equivalentes a las sentencias judiciales), sino también documentos particulares, firmados por el deudor

³⁰⁷ También defendiendo que la Directiva no imposibilita la aplicación de reglas de ejecución de acuerdos de mediación diferentes, ver VICENTE, Dário Moura, “A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”, cit., p. 138.

cuando se observen ciertas condiciones [párrafo c) del art. 46]. Así, bastaría que el legislador ampliase el predicho artículo 46, consagrando también la ejecutividad de los acuerdos de mediación como títulos ejecutivos, creándose después en el art. 812º-D del Código de Proceso Civil la necesidad de que el juez del proceso profiera decisión previa para verificación de la conformidad del acuerdo de mediación. Por otro lado, en sede de oposición a la ejecución, el Código de Proceso Civil portugués para los títulos ejecutivos que no sean sentencias judiciales o requerimiento monitorio prevé que pueda ser invocado cualquier hecho o impedimento admitido en el proceso declarativo. De esta forma, el proceso ejecutivo portugués permitiría un control de validez de los acuerdos de mediación, no existiendo objeciones para que no pueda haber ejecución directa o automática de los mismos.

Diferente es la situación de España. No obstante el legislador español consagrar en el Proyecto de Ley de Mediación el carácter de título ejecutivo de los acuerdos, estamos de acuerdo con el CGPJ en que la solución podrá ser contraproducente³⁰⁸. Es verdad que el apartado 12 de la disposición final cuarta del Proyecto prevé modificar el artículo 517, apartado 2, a fin de mencionar específicamente los acuerdos de mediación. Sin embargo, y como refiere el Informe del CGPJ, el actual proceso de ejecución no permite que las causas de oposición a la ejecución supongan un control sobre la conformidad a Derecho del contenido de los negocios jurídicos de mediación (conforme los arts. 556 y ss.). Además, el art. 551 de la LEC refiere que el despacho de ejecución, una vez presentada la demanda ejecutiva, deberá ser automático siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales y no haya ninguna irregularidad formal³⁰⁹.

Por otro lado, se eliminó en el Proyecto el deber del mediador comprobar la conformidad del acuerdo de mediación con el ordenamiento jurídico, previsto en el art. 28, apartado 3, del Anteproyecto de Ley de Mediación. De este modo, en la ley española el acuerdo de mediación constituirá título ejecutivo sin cualquier tipo de control relativo a su validez jurídica, siquiera por el mediador que, además, no tendrá de poseer un grado universitario en Derecho, conforme art. 12 del Proyecto³¹⁰. Sin embargo, cuando el acuerdo de mediación haya que ejecutarse en otro Estado será necesaria la protocolización notarial

³⁰⁸ Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., pp. 80-92.

³⁰⁹ Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., p. 85.

³¹⁰ Cfr. PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, Año XXXII, n.º7625, 9 de mayo de 2011, p. 2.

para su consideración como título ejecutivo, conforme art. 24, apartado 3, del Proyecto, no se percibiendo la diferencia de previsiones. El legislador español trata de forma distinta los acuerdos a ejecutar en España o en otro Estado miembro, posibilitando que se ejecuten el ordenamiento jurídico español pactos contrarios al orden público y a normas imperativas. Así, consideramos que el actual sistema ejecutivo español no está preparado para permitir la ejecución directa de los negocios jurídicos mediados y para que esa solución pueda ser consagrada habría que alterar concretamente las causas de oposición a la ejecución para permitir su control de validez.

Concluyendo, consideramos que la solución de la ejecución directa de los acuerdos de mediación es una solución más ventajosa y sencilla, pero solamente se podrá consagrar si el proceso judicial de ejecución de cada Estado miembro respeta dos condiciones: por un lado, prever el negocio jurídico mediado como título ejecutivo y, por otro lado, permitir el control de validez en sede de oposición a la ejecución o por el juez del proceso de ejecución. Asimismo, se permitiría que se respetase la confidencialidad del pacto hasta el proceso de ejecución.

Refiriéndonos ahora a la posibilidad de homologación, solución prescrita por la Directiva y por diversas legislaciones de los Estados miembros (como Portugal, Francia, Bélgica, Italia, Hungría, Rumanía o Eslovenia), esta solución tiene la ventaja de permitir que los mediados certifiquen y avalúen la legalidad de los acuerdos firmados en mediación, principalmente cuando el mediador no tiene conocimientos jurídicos³¹¹. De este modo, después de obtenido el acuerdo, las partes podrán percibir si sus convenciones son legales y pueden ser ejecutadas. No siendo legal podrán volver a la mediación para modificar o completar el acuerdo.

En ordenamientos jurídicos como el portugués la solución de la homologación podrá tener otra ventaja procesal. En efecto, en Portugal, un acuerdo homologado por un juez, como está prescrito en el art. 249-B, apartado 1, del Código Procesal Civil, tiene el mismo valor de una sentencia judicial y, siendo así, las causas de oposición a la ejecución son muy más restringidas que para los documentos particulares^{312/313}.

³¹¹ Ver MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 135.

³¹² Ver los arts. 814 y 816 del Código Procesal Civil portugués. En España las homologaciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso son títulos ejecutivos por el art. 517, apartado 2.3., de la Ley de

El inconveniente de la homologación del acuerdo de mediación es que exige dos acciones: una para la homologación, otra para la ejecución del acuerdo si hubiere incumplimiento, lo que no es muy adecuado en términos de economía procesal.

Hay dos cuestiones más para analizar en lo que concierne a la homologación del acuerdo de mediación. La primera alude a la entidad responsable para la homologación, facultad que la Directiva otorga a un órgano jurisdiccional u otra entidad competente. Portugal, Francia, Bélgica, Italia y Grecia optan por atribuir a un juez la facultad de homologar el negocio jurídico de mediación. Otros países como Rumanía y Eslovenia amplían la homologación a los notarios públicos, como consiente la Directiva. Del mismo modo el Proyecto de Ley de Mediación en España prescribe en el art. 24, apartado 3, que cualquiera de las partes podrá protocolizar notarialmente el acuerdo de mediación, siendo la protocolización notarial un requisito necesario a la ejecución del acuerdo de mediación en otro Estado miembro. Nos parece que esta posibilidad es válida porque permite una homologación más rápida, sencilla, económica y sin necesidad de recurrir al tribunal. Los notarios elevarán el acuerdo a escritura pública y, como pone de manifiesto Marta Blanco Carrasco, el “documento notarial crea apariencia de validez y se le reconoce, entre otros, eficacia ejecutiva ex art. 517.2.4^o” (LEC)³¹⁴. Así, si el legislador opta por la vía de la homologación no debe restringir esta función en exclusiva al juez, sino ampliarla a los notarios públicos u otras entidades.

La segunda cuestión versa sobre el criterio de homologación, es decir, qué tipo de control deberá el juez o notario realizar en relación al acuerdo. La Directiva refiere que el contenido del acuerdo no deberá ser contrario al Derecho del Estado miembro (art. 6, apartado 1). En Bélgica el juez podrá rechazar la homologación por violación del orden público o, en materia familiar, si fuere contrario a los intereses de los hijos o menores (art. 1733 del Código Judicial). En Suiza el legislador ha creado un régimen de protección reforzada cuando exista presumiblemente una parte más “débil”, como en materias de Derecho del Trabajo o de Consumo, puesto que el juez podrá rechazar el acuerdo no solo cuando hubiere violación del orden público, sino también cuando

Enjuiciamiento Civil, pero su fuerza ejecutiva no es similar a de una sentencia para efectos de los arts. 556 y 667 de la misma normativa, relativos a la oposición a la ejecución.

³¹³ Cfr. GOUVEIA, Mariana França, “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, cit., p. 235.

³¹⁴ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 216. Proponiendo la elevación a escritura pública, véase, también, MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 133.

contraste la vulneración de normas imperativas de protección³¹⁵. En Italia, el Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo de 2010, que reglamenta la mediación, especifica, en su art. 12, que el acuerdo de mediación deberá ser homologado por el Tribunal si no fuere contrario al orden público y a ninguna norma imperativa³¹⁶.

El legislador portugués indica que la homologación pretende verificar su conformidad con la legislación en vigor, pero no especifica si en causa están todo el marco legal o sólo normas imperativas (art. 249-B, apartado 3, del Código Procesal Civil portugués)³¹⁷. Pues bien, consideramos que los Estados miembros deberán reglamentar esta cuestión de forma específica, toda vez que la Directiva no ha dado indicaciones concretas en esta cuestión.

En España la protocolización notarial del acuerdo de mediación, prevista en el art. 24, apartado 3, confiere al notario plena libertad para examinar el fondo y forma del documento y denegar su protocolización, tanto por motivos de normas imperativas o de orden público, como de simple ilegalidad, lo que consideramos una exigencia excesiva. En efecto, en el ámbito del derecho dispositivo, que por definición no es obligatorio, deberá prevalecer la voluntad de las partes y el principio de la autonomía privada y, por lo tanto, no deberá ser exigido el respecto por todo el marco legal.

Mayores problemas se colocan a nivel de las normas imperativas. Mariana França Gouveia considera que el juez no podrá valorar la aplicación de normas imperativas toda vez que en mediación no hay producción de prueba relativa a los hechos que fundamentan el acuerdo³¹⁸. La autora indica como ejemplo el acuerdo de mediación en que el consumidor acepte reducir para mitad una indemnización de que por ley no podría

³¹⁵ Cfr. GOUVEIA, Mariana França, “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, cit., pp. 236-237.

³¹⁶ Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo de 2010: **Art. 12, apartado 1 - 1.** *Il verbale di accordo, il cui contenuto non e' contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, e' omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarita' formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale e' omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.*
Art. 12, apartado 2. *Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.*

³¹⁷ En Portugal la *Portaria* n.º203/2011, de 20 de mayo, por la que se reglamenta los artículos del Código de Proceso Civil relativos a la mediación, no aclaró esta cuestión.

³¹⁸ Cfr. GOUVEIA, Mariana França, “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, cit., pp. 238-239.

prescindir. Ahora bien, el juez o notario en la homologación no podrán evaluar si el desistimiento parcial de la indemnización prevista en el pacto implica la violación de la norma imperativa de atribución de la compensación porque no tienen prueba de que el derecho a ella efectivamente existe. Las partes únicamente presentan para homologación al juez o notario el acuerdo de mediación, no realizando prueba de los hechos en que se basa el pacto. Así, como prosigue la autora de referencia, el criterio de homologación solo podrá ser el orden público.

Consideramos que, de hecho, el orden público deberá ser el principio básico a evaluar en la homologación. Pero no podremos olvidar que siempre que el juez pueda concluir con certeza que hay una norma imperativa violada deberá, en este caso, rechazar la homologación. En verdad, permitir la ejecución de acuerdos que vulneren normas imperativas podrá ser peligroso para la propia confianza de los ciudadanos en la mediación. Los mediados podrían recurrir a la mediación como forma de obtener lo que el sistema judicial jamás permitiría, en manifiesto fraude de ley. Por otro lado, no nos parece correcto que el sistema judicial pueda ejecutar acuerdos de mediación nulos por violación de normas imperativas, pues no contribuye esta situación a su credibilidad. En conclusión, la homologación tendrá como referencia el orden público, debiendo siempre evitarse la homologación de acuerdos de mediación que violen normas imperativas, y la ley deberá consagrar, en este último caso, la facultad del juez poder solicitar a las partes que presenten las razones subyacentes al contenido de la cláusula que viole normas imperativas o exigir que modifiquen su redacción.

Así, en materia de ejecución del resultado de mediación, nuestra postura se decanta a favor de la ejecutividad directa del negocio jurídico mediado desde el momento en que el sistema procesal permita el control de legalidad del acuerdo por el juez en el proceso de ejecución o la invocación de violación del orden público o de normas imperativas en sede de oposición. En los ordenamientos jurídicos que prefieran y adopten la necesidad de homologación consideramos que esta función no deberá quedar en exclusiva a los jueces, pudiendo ser atribuida asimismo a los notarios públicos que elevarán los acuerdos a escritura pública, constituyendo con ello también títulos ejecutivos. En lo que concierne al criterio de homologación deberá estar supeditado al respecto del contenido del acuerdo al orden público y, siempre que sea posible, a la previa evaluación de no vulneración de

normas imperativas, pudiendo el juez solicitar la presentación adicional de hechos por las partes o invitarlas a modificar alguna cláusula.

Cuadro n.ºII.2-Comparación legal en materia de ejecución del acuerdo de mediación

Documento	Referencia	Disposición
Directiva 2008/52/CE	Art. 6	Las partes pueden solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación, excepto si fuere contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, o bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.
España - Proyecto de Ley de Mediación	Art. 24, apartado 3	El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes y frente a él solo cabrá solicitar la anulación o la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes
Portugal - Ley 29/2009	Art. 249-B	Las partes pueden requerir la homologación del acuerdo por un juez que verificará su conformidad con la legislación en vigor
Francia - Código de Proceso Civil - arts. 131-1 y ss.	Art. 131-12	El juez homologa el acuerdo que las partes le sometan
Bélgica - Código Judicial, modificado por la Ley de 21/02/2005	Art. 1733	Las partes podrán someter el acuerdo a la homologación ante un juez competente que podrá rechazar la homologación si vulnera el orden público o, en materia familiar si fuere contrario al interés de los menores
Italia – Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo de 2010	Art. 12, apartado 1	El acuerdo de mediación deberá ser homologado por el Tribunal si no fuere contrario al orden público y a ninguna norma imperativa
Rumanía - Ley n.º192/2006 (modificada y ampliada por la Ley n.º370/2009 y por la Ordenanza del Gobierno n.º13/2010)	Art. 59 y art. 63, apartado 3	El acuerdo puede ser sometido al notario público para autenticación o al tribunal de instancia para aprobación
Eslovenia – Ley de mediación civil y mercantil de 6/06/2008 (<i>Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah –ZMCGZ</i>)	Art. 14, apartado 2	Las partes pueden decidir que el acuerdo de resolución del litigio revista la forma de un protocolo notarial directamente ejecutable, de un acuerdo judicial o de una sentencia arbitral con base en el acuerdo.

Con el análisis del resultado de la mediación terminamos el estudio de los cuatro elementos definitorios distintivos de la misma, concretamente: el *modus*, el objeto, los sujetos y el resultado.

Es su concepción como un método, su objeto consubstanciado en conflictos jurídicos y el carácter circular de la relación entre mediador y mediados, basada en principios éticos y deontológicos, así como el papel activo de estos intervinientes en la construcción del resultado, concretado en el acuerdo que resuelve la controversia, lo que nos permite diferenciar la mediación de otros mecanismos de resolución de conflictos y examinar su naturaleza jurídica.

4. NATURALEZA JURÍDICA

El análisis de la naturaleza jurídica de la mediación en esta fase de nuestro trabajo requiere de una advertencia previa, pues el análisis metódico y a fondo de esta cuestión convoca elementos que serán desarrollados a posteriori. Sin embargo, con el bagaje previo que ya disponemos podemos afirmar en este punto que la mediación es contractual en su origen y resultado, privada en su naturaleza y autocompositiva y no adversativa o adversarial en su función. Exploremos con más detalle cada uno de las componentes de nuestra afirmación anterior.

4.1. Índole contractual

La autonomía de la voluntad del art. 1255 del Código Civil español es sustento básico de la mediación, que impregna todas sus etapas. En efecto, el mediador únicamente podrá iniciar su actividad si las partes lo consienten, tendrá que terminar su función si cualquiera de los mediados desiste de intentar resolver su conflicto por este método y da por concluida su intervención con el acuerdo que tiene que resultar de la voluntad consentida de ambas partes.

Pues bien, en el momento inicial y final la autonomía de la voluntad se refleja contractualmente, tanto en la fase inaugural respecto al sometimiento de la resolución del conflicto a la mediación, como en la última etapa en lo que atañe al acuerdo que resuelve la controversia. De este modo, calificaremos al primero de ellos como contrato de mediación y al segundo de acuerdo de mediación o negocio jurídico mediado³¹⁹.

³¹⁹ Ver, por todos, BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 156.

En lo que concierne al acuerdo de mediación o negocio jurídico mediado ya nos referimos al mismo en el epígrafe anterior en cuanto resultado de la mediación. Desarrollaremos ahora el contrato de mediación.

4.1.1. Contrato de mediación

Entendemos el contrato de mediación como la declaración de voluntad emitida por ambas partes en conflicto en orden a manifestar su consentimiento a la resolución de la controversia por este método.

En consecuencia, esta figura podrá no coincidir con el “acta inicial”, expresión utilizada por varias leyes autonómicas de mediación familiar como, a título de ejemplo, en el art. 16 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito de Derecho Privado de Cataluña³²⁰. De hecho, el acta inicial de una mediación no tiene como única función recoger el consentimiento de los mediados, plasmando incluso cuestiones organizativas del propio método en el caso concreto.

Tomando como ejemplo el Proyecto de Ley de Mediación, determina el art. 20 que deberán constar en un acta, además de la identificación del mediador y de las partes, el objeto del conflicto, el programa de actuaciones y duración máxima prevista, el costo total de la mediación o las bases para su determinación y, solamente al final, es indicada en el párrafo f) del artículo, la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas³²¹. Así, percibimos que el acta inicial tiene un contenido más amplio que el contrato de mediación tal y como lo concebimos, o sea, en cuanto encuentro de dos o más declaraciones de voluntad para la realización de la mediación.

³²⁰ El Proyecto de Ley de Mediación español, no obstante no utilizar la expresión “acta inicial”, refiere en el art. 20 que de la sesión constitutiva del procedimiento de mediación se levantará un acta, donde constarán los aspectos referidos en el apartado 1 o se declarará que la mediación se considera intentada sin efecto. La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León en su art. 16 prefiere la designación “compromiso de sometimiento a la mediación familiar”.

³²¹ Marta Blanco Carrasco califica el contrato de mediación como un contrato de prestación de servicios (cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 285 y ss.). La anterior Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares (hoy derogada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre), dedicaba todo el Título I al contrato de mediación y en su art. 4, concretizaba el objeto del contrato de mediación en una prestación de servicios por el mediador al prescribir que “*Mediante el contrato de mediación, una persona denominada mediador familiar se obliga a prestar los servicios de información, orientación y asistencia, sin facultad decisoria propia, a cuenta y por encargo de los sujetos (...)*”. La nueva Ley de Mediación Familiar de esta Comunidad Autónoma eliminó las referencias al contrato de mediación.

Es común en la doctrina³²² entender el contrato de mediación como el pacto entre las partes, de un lado, y el mediador o equipo de mediadores de otro, para obtener la prestación de los servicios del aquel profesional. No consideramos esencial la participación del mediador para que haya contrato de mediación. Fundamental para que se dé inicio a este método es el acuerdo de las partes, teniendo en cuenta que uno de los principios básicos de la mediación es la voluntariedad que vincula y protege a los mediados. En este sentido, por ejemplo, la Ley de Mediación Familiar de Canarias (Ley 15/2003, de 8 de abril, reformada por la Ley 3/2005, de 23 de junio) prescribe en su art. 10 que “El proceso de mediación familiar se iniciará mediante solicitud escrita en tal sentido realizada por todas las partes en conflicto, o de cualquiera de ellas con el consentimiento de la otra”, sin referirse ni exigir, por tanto, el consentimiento del mediador.

Consideramos que nuestra posición es más coherente con la posibilidad de creación modelos institucionales de mediación, como los Servicios de Registro de Mediadores creados por las leyes de mediación familiar en España³²³ [también mencionados en el Proyecto de Ley de Mediación (art. 6)] o como los sistemas de mediación pública existentes en Portugal³²⁴. En estos sistemas, existe una entidad responsable de organizar una lista de mediadores disponibles, nombrando aleatoriamente uno para la resolución de cada conflicto en concreto cuando las partes así lo soliciten. El mediador otorga su consentimiento cuando realiza su registro en el Servicio creado, estando definidas previamente y legalmente las condiciones de ejercicio de su actividad. Consecuentemente, en estos modelos institucionales solamente es necesario el acuerdo o

³²² A título de ejemplo, ver BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 159 y MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 108.

³²³ Ver, entre otras, la Ley de Canarias (art. 23 de la Ley 15/2003, de 8 de abril, reformada por la Ley 3/2005, de 23 de junio y el Decreto del Gobierno de Canarias 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar); la Ley de Castilla y León (art. 18 de la Ley 1/2006, de 6 de abril).

³²⁴ En Portugal existen actualmente tres sistemas públicos de mediación en los ámbitos familiar, laboral y penal. El Ministerio de Justicia elabora una lista de mediadores que serán nombrados cuando las partes recurran al sistema (en el Capítulo IV de nuestro trabajo desarrollaremos más detalladamente los sistemas públicos de mediación penal y familiar en Portugal). En términos legislativos, véase la Ley n.º 21/2007, de 12 de junio para el área penal, y la Resolución del Secretario de Estado de Justicia n.º 18 778/2007, II Serie, de 22 de agosto, para el área familiar. El Sistema de Mediación Laboral nace de un protocolo entre el Ministerio de la Justicia y entidades representativas del sector, firmado el 5 de mayo de 2006 y que puede ser consultado en el siguiente endereço electrónico, accedido el 15 de septiembre de 2009, http://193.47.185.33/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Ministerios/MJ/Comunicacao/Outros_Documentos/20060505_MJ_Doc_Mediacao_Laboral.htm.

consentimiento de los mediados, existiendo contrato de mediación sin que el mediador tenga que ser parte del mismo³²⁵.

Además, nuestra concepción es igualmente congruente con la posibilidad de existencia de cláusulas contractuales de mediación. En verdad, incluso anteriormente al surgimiento del conflicto, las partes pueden pactar el recurso a la mediación como modo de resolución de las controversias futuras entre ellas³²⁶. Así al igual que en el arbitraje se distinguía el compromiso arbitral, para conflictos ya existentes, de la cláusula compromisoria, para conflictos futuros y eventuales resultantes de una concreta relación jurídica³²⁷, no se ven razones para no permitir también en el ámbito de la mediación las dos situaciones, materia que estudiaremos con más detalle en otro pasaje en este Capítulo.

4.1.1.1. Requisitos del contrato de mediación

El contrato de mediación constituirá la manifestación de voluntad de las partes consintiendo la resolución de su conflicto a través de la mediación. Esta declaración puede ser enunciada en el acta inicial de una mediación, o en un contrato autónomo o cláusula contractual incluida en otro convenio obligacional, desde que conste la voluntad libre e indudable de las partes en tal sentido. En este contrato también podrá participar el mediador vinculándose a la prestación del servicio de mediación, pero este no es un elemento esencial como ya indicamos en el párrafo anterior.

La referida declaración deberá ser expresada por escrito, sin que se requiera ningún tipo de forma especial³²⁸. Consideramos que la voluntariedad y otras particularidades inherentes a la mediación exigen una reflexión relativa a la decisión de resolver el conflicto por este método, para que no se frustren injustificadamente las expectativas de las partes. Así, pensamos que la manifestación por escrito del consentimiento a este

³²⁵ Considerando que no será necesario un contrato de mediación con la participación del mediador en los modelos institucionales de mediación, ver MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 108.

³²⁶ En este sentido, véase BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 166.

³²⁷ Distinción constante de la Ley de Arbitraje de 1953 que cambió con la Ley de Arbitraje de 1988 la cual consagró la existencia de un convenio único. Cfr. FONT SERRA, Eduardo, *Aportaciones del Profesor Font Serra a la Doctrina Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, p. 47.

³²⁸ Ver BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 161. En sentido contrario ver MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 108.

mecanismo es un importante factor de solemnidad que transmite, además, una certeza y seguridad en relación a la declaración emitida. De este modo, el contrato de mediación es un contrato formal. Sin embargo, no consideramos necesaria una forma especial para el mismo, pudiendo consistir incluso en una carta, telegrama, télex, fax, email tal como se verifica en el ámbito del arbitraje³²⁹.

Por último, siendo necesarias por lo menos dos declaraciones de voluntad, esta figura jurídica es un contrato que, en relación a la posición de las partes o distribución de las obligaciones de ambas, se caracteriza por ser bilateral, pues los mediados se obligan recíprocamente a emplear esfuerzos en la tentativa de resolución del conflicto, respetándose mutuamente.

En esta temática, y como ya referimos, la doctrina y las normas legislativas existentes en esta materia entienden que en el contrato de mediación participan tres sujetos: al menos dos mediados y el mediador³³⁰. En consecuencia refieren varios autores que tendríamos un contrato plurilateral, “puesto que participando tres sujetos, las partes enfrentadas y el mediador, todos ellos resultan obligados a realizar una prestación de forma recíproca y directa: la *obligación de confidencialidad*”³³¹. Aunque entendiésemos que el mediador es un elemento esencial, no consideramos que esta sea una condición jurídicamente necesaria para caracterizar el contrato de mediación, en la medida que en el ámbito jurídico en general son frecuentes contratos con más de dos personas, con obligaciones diferentes y que mantienen la clasificación de bilaterales, puesto que lo importante es que cada parte tenga deberes y derechos recíprocos.

De este modo, sostenemos que pese a la intervención del mediador en el contrato de mediación este mantendrá su clasificación de bilateral por la reciprocidad de obligaciones que se verifica en relación a todas las partes. Los mediados entre ellos deberán proceder correcta y lealmente, empleando todos los esfuerzos por intentar resolver la controversia

³²⁹ Ver art. 9, apartado 3, de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En este sentido BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 168.

³³⁰ Para estos autores el contrato de mediación jurídicamente es un contrato de prestación de servicios, por lo cual el mediador asume la obligación de realizar una actividad o trabajo en servicio o interés de otro, pero no sustituye a las partes, no teniendo la función de resolver el conflicto, sino que su encargo es solamente facilitar que las partes lo solucionen. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 285-300.

³³¹ Esta es una posición seguida por Álvarez Moreno y García Villaluenga, referidos y seguidos por Marta Blanco Carrasco, acuñada en la doctrina italiana de Ascarelli y Messineo. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 167.

mediante acuerdo y el mediador deberá prestar sus servicios de mediación, basando su conducta profesional en valores éticos y deontológicos, y con respeto al principio de confidencialidad.

4.1.2. Cláusulas contractuales de mediación

Atendiendo a la autonomía de la voluntad consideramos perfectamente razonable, como referimos anteriormente, que en la celebración de cualquier contrato obligacional las partes establezcan una cláusula contractual, decidiendo en aquel instante a través de que medio pretenden resolver sus conflictos futuros que eventualmente resulten de aquella relación jurídica y eligen la mediación como el método de resolución preferencial, no siendo necesario que ya en este momento se nombre un mediador para añadirse a dicha estipulación. De este modo, ya tenemos contrato de mediación aunque no haya un mediador elegido o designado, por lo que este no es, a nuestro juicio, una condición *sine qua non* del contrato o un elemento esencial del mismo.

La existencia de cláusulas de mediación es además reconocida por el Proyecto de Ley de Mediación que en su art. 3, apartado 2, admite la posibilidad de contratación de un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a este mecanismo las controversias que puedan surgir en su relación, prescribiendo incluso que dicha cláusula tendrá efectos aunque la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en que conste.

La posibilidad de introducir cláusulas de mediación ya estaba propuesta y analizada en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil³³² de 2002, cuando en el punto 63 establece que “Si las partes mantienen una relación contractual pueden anticipar un posible litigio incluyendo en el contrato una cláusula que, en caso de desacuerdo vinculado a la ejecución de este contrato, les obligue a iniciar un procedimiento alternativo de solución de litigios”.

Con la difusión de la aplicación del mecanismo de la mediación consideramos que la existencia de dichas cláusulas se incrementará en las relaciones contractuales, debiéndose desde ya analizar dos cuestiones que nos parecen importantes: por un lado, el problema de las condiciones de su validez y, por otro, su eficacia y ejecución cuando sean incumplidas.

³³² COM(2002) 196 final.

4.1.2.1. Condiciones de validez de las cláusulas contractuales de mediación

La estipulación de las cláusulas contractuales de mediación deberá obedecer a algunas condiciones y particularidades específicas, además de los requisitos de los negocios jurídicos en general.

En primer lugar, la cláusula contractual no podrá ser aplicada en relación a materias en que la ley establezca de forma imperativa el proceso jurisdiccional o el arbitraje como foro necesario para la resolución de determinado conflicto, en la medida que tal situación configuraría una obligación imperativa de cumplimiento de lo establecido en la norma.

Después, consideramos que la validez de dicha estipulación dependerá de la validez del contrato en que está incorporada. Nuestra postura se decanta contra la previsión legal del Proyecto de Ley de Mediación que en su art. 7, apartado 2, considera que la cláusula de mediación surtirá efectos incluso cuando la controversia verse sobre la existencia o validez del contrato en que conste³³³. Esta previsión legal exigiría desde luego que el mediador tuviese formación jurídica para evaluar la validez del contrato, lo que no es un requisito esencial de este profesional. Después, podrán existir factores de invalidez del contrato en general (y no de la cláusula de mediación específicamente) que impedirán que este medio se realice. Pensemos en la hipótesis de la posible invalidez del contrato por incapacidad de una de las partes, por ejemplo por estar inhabilitado. Dicha invalidez impedirá la realización de la mediación puesto que la falta de capacidad de uno de los mediados invalidará el diálogo y, por lo tanto, el propio resultado, es decir, el contrato de resolución del conflicto. En la hipótesis presentada no es la invalidez de la cláusula de mediación lo que está en causa, sino la nulidad de todo el contrato, no considerándose viable, oportuno ni provechoso que se realice la mediación para discutir esta cuestión, debido a que el contrato no podrá producir efecto ninguno.

Si la cláusula de mediación estuviere incluida en un contrato de adhesión o condiciones generales de contratación deberán ser respetados los requisitos legales especiales

³³³ El Anteproyecto de Ley de Mediación matizaba la prescripción de su art. 8, apartado 3, refiriendo que si la controversia versase sobre la validez de la propia cláusula, las partes podrían retirarse de la mediación en la primera sesión alegando dicha circunstancia. El CGPJ consideró que esta previsión “puede convertirse en un portillo para eludir la mediación a la que la parte se hubiese comprometido, con tan sólo alegar que se pone en cuestión la validez de la cláusula de sometimiento a mediación”. Ver CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., p. 35.

prescritos para este tipo de contratación³³⁴. En este sentido ya cuestionaba el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2002, en el punto 67, si dichas cláusulas cuando van insertas en contratos con consumidores no serían abusivas por violación de la Directiva 93/13/CEE. Consideramos que la invalidez de dichas cláusulas no deberá ser automática solo por el mero hecho de ir incluida en un contrato de adhesión. La invalidez deberá resultar solamente si las condiciones legales previstas en la reglamentación especial de este tipo de contratos no fuesen respetadas.

Por último, el contenido de la cláusula no podrá violar el derecho a la tutela judicial efectiva, restringiendo en cualquier circunstancia el acceso a los tribunales y con ello el ejercicio de aquel derecho fundamental³³⁵. Como analizamos en el Capítulo I de este estudio, la preferencia por los medios extrajudiciales de resolución de conflictos no viola el principio consagrado en el art. 24 de la Constitución Española, pues no implica para la parte una imposibilidad injustificada de acceder a un tribunal judicial. Así, las partes podrán consagrar la posibilidad de resolución del conflicto por mediación, pero si el acuerdo no fuere obtenido, deberá mantenerse la vía judicial absolutamente expedita. Esta cuestión está directamente vinculada con los efectos de las cláusulas de mediación que analizaremos seguidamente.

³³⁴ El Libro Verde sobre los ADR en materia civil y mercantil prescribe en su punto 67 que las cláusulas de recurso a los ADR en materia de contratos celebrados por los consumidores no son, en principio, prohibidas por la Directiva 93/13/CEE relativa a las cláusulas abusivas, excepto si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Así, también las cláusulas contractuales de mediación deberán respetar la Directiva 93/13/CEE si están incluidas en un contrato de adhesión.

En el ordenamiento jurídico español las condiciones generales están reglamentadas por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (publicada en el BOE n.º89, de 14 de abril de 1998), modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduciendo el apartado 5.2 (BOE núm. 313, de 31-12-2001, p. 50598) y modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, afectando los arts. 16 y 19 (BOE núm. 259, de 29-10-2002, pp. 37922-37933).

³³⁵ En este sentido, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 108. En materia de protección de consumidores, la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993 [publicada en el DOUE de 21 de abril de 1993 (referencia L 95)], considera abusivas las cláusulas que obstaculicen el ejercicio de acciones judiciales por los consumidores. Esta cuestión fue analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, en la sentencia nº C-240/98 de 27 de junio de 2000, entre el *Oceano Grupo Editorial y Salvat Editores SA* y *Rocío Murciano Quintero y otros*. Analizando la temática de las cláusulas abusivas y en particular esta Sentencia, véase MARQUES CEBOLA, Cátia, “Os critérios operativos da Boa Fé no âmbito das Cláusulas Contratuais Gerais”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, nº11, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 2007, pp. 129-157.

4.1.2.2. Efectos jurídicos y responsabilidad por el incumplimiento de las cláusulas contractuales de mediación

Una cuestión de fundamental interés es saber qué efectos produce una cláusula de mediación ante su incumplimiento por una de las partes contratantes. La cuestión gana mayor interés atendiendo al principio de voluntariedad inherente a la mediación, porque en causa estará exigir que una parte cumpla la estipulación de realizar la mediación aunque esa ya no sea su voluntad.

Este problema es discutido en la doctrina extranjera, sobre todo en los países del sistema *Common Law*, respecto de las designadas como “*multi-step clauses*”, “*multi-tier clauses*” o “*ADR clauses*”³³⁶. Estas cláusulas son incluidas en contratos estableciendo varios escalones o etapas en la resolución del conflicto, envolviendo diferentes procedimientos³³⁷. Como regla general, las partes acuerdan que la solución para la disputa empiece por medios autocompositivos, como la negociación o la mediación, y solamente después deberán acudir al arbitraje o al sistema judicial. Pues bien, el problema que se plantea es saber qué ocurre si una de las partes acude al tribunal arbitral o judicial sin intentar resolver la disputa por negociación o mediación ante la estipulación de una *multi-step clause* o *multi-tier clause*. ¿Deberá haber una sanción o el juez deberá reencaminar a las partes hacia el medio establecido contractualmente como preferente?

Analizaremos las soluciones plasmadas en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros para percibir cuales son las posibles vías de resolución del problema. Abordaremos también la cuestión a la luz de las normas de la Cámara del Comercio Internacional, por constituir una entidad modelo en las relaciones negócias internacionales.

i. EE.UU.

En los EE.UU. las cláusulas de mediación son admisibles y vinculantes para las partes³³⁸, exigiéndose que la estipulación sea minuciosamente descrita y definida, demostrando

³³⁶ Cfr. FILE, Jason, “United-States: multi-step dispute resolution clauses”, *Mediation Committee Newsletter*, Vol. 3, n.º1, IBA Legal Practice Division, julio 2007, p. 36, nota 1.

³³⁷ Cfr. JOLLES, Alexander, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, *Arbitration*, Vol. 72, n.º4, noviembre 2006, p. 329.

³³⁸ En el proceso *Design Benefit Plans vs. Enright* de 1996 y en el proceso *Cecala vs. Moore* en 1997, los tribunales federales de los EE.UU. aplicaron el *Federal Arbitration Act* para aprobar una moción de aplicación de la mediación suspendiendo la acción. Cfr. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, SCHULTZ,

inequívocamente ser esa la voluntad de los contratantes cuando celebraran el contrato. Como factores de validez y ejecutividad de las cláusulas de mediación se apuntan: la definición por las partes de un plazo para terminar el procedimiento y los procedimientos a aplicar como, por ejemplo, la determinación del mediador. Como pone de manifiesto Jason File, esta regla podrá ser un arma de doble filo porque por un lado se acepta la ejecutividad de las cláusulas de mediación, pero por otro solamente caso a caso se podrá decidir si la cláusula es válida y demostrativa de la intención expresa de las partes³³⁹. El autor cita el proceso *US vs. Bankers Ins Co* (4th Cir 2001) relativo a una cláusula de ADR que el *Federal Court of Appeals* consideró que, no obstante una parte creer que el mecanismo de ADR sería inútil, simplemente la posibilidad de que el procedimiento pueda generar un resultado que esa parte considerase favorable ya sería suficiente para ejecutar la cláusula. En el contexto de cláusulas de mediación, la jurisprudencia exige sin embargo que el contenido textual sea claro en el sentido de establecer la mediación como condición de aplicación del arbitraje o de recurso a los tribunales³⁴⁰.

ii. Inglaterra

En Inglaterra los tribunales tienen establecido que las cláusulas de mediación obligatorias incluidas en contratos o bien suspenden el acceso a la jurisdicción hasta que se produzca el resultado de la mediación, o bien rechazan el acceso a la misma en tanto en cuanto las partes intenten resolver el conflicto por este mecanismo.

El caso reciente y que mayores atenciones despertó en esta cuestión fue el proceso *Cable & Wireless vs. IBM*, presentado al *High Court* de Inglaterra en 2002 que versaba sobre un contrato de suministro de información tecnológica, constando una cláusula que prescribía que las partes deberían “in good faith to resolve any dispute or claim through an alternative dispute resolution (ADR) procedure as recommended to the parties by the Centre for Dispute Resolution”³⁴¹. Pues bien, ante un conflicto resultante de aquel contrato, la empresa *Cable & Wireless* ejercitó sus pretensiones ante el Tribunal de Comercio, pero *IBM* contestó que dicho proceso era “premature” toda vez que las partes

Thomas, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, Haya, 2004, p. 136.

³³⁹ Cfr. FILE, Jason, “United-States: multi-step dispute resolution clauses”, cit., p. 33.

³⁴⁰ Cfr. FILE, Jason, “United-States: multi-step dispute resolution clauses”, cit., p. 34.

³⁴¹ Ver DEBATTISTA, Charles, “Drafting Enforceable Arbitration Clauses”, *Arbitration International*, Vol. 21, n.º2, 2005, pp. 234-235.

previamente tendrían que intentar resolver la disputa por un medio de ADR. *Cable & Wireless* argumentó que la cláusula de ADR inserta en el contrato era inejecutable por incertidumbre e indeterminación, concretamente por referirse a la buena fe de las partes. El juez Colman J. rechazó los argumentos de *Cable & Wireless*, considerando la cláusula ejecutable en la medida que las partes no se limitaban a establecer que deberían en buena fe intentar resolver la disputa por un medio de ADR, sino que además designaban el *Centre for Dispute Resolution* como entidad de resolución del conflicto. Así, para el Juez Colman J. una cláusula identificando el proceso extrajudicial de resolución de conflictos era cierta y ejecutable³⁴². El principio establecido en el proceso *Cable & Wireless vs. IBM* fue importante para determinar la ejecución de las cláusulas de mediación, debiendo los tribunales en caso de duda decidir a favor de la ejecución de dichas cláusulas³⁴³.

Las *Practice Direction* relativas a los *Pre-Action Protocols* instituidos por las *Civil Procedure Rules* en Inglaterra podrán constituir un fundamento legal de refuerzo de la ejecución de las cláusulas de mediación. En efecto, la citada norma definió los términos que deberán ser considerados por el tribunal en una situación de incumplimiento de un *Pre-action Protocol*, es decir, cuando una parte acude directamente para el tribunal sin intentar obtener una solución negociada. Atendiendo a la regla 4.4.(3) de las *Practice Direction*, el tribunal deberá considerar que se verificó una situación de incumplimiento si una parte rechaza sin fundamento razonable la aplicación de un medio de ADR. Y la consecuencia del incumplimiento está establecida en la regla 4.6.(1) que prescribe que el

³⁴² El Profesor Judd Epstein refiere que el proceso *Cable & Wireless vs. IBM* tornó evidentes los requisitos de la ejecución una cláusula de mediación. En primer lugar, la cláusula de mediación deberá asumir la forma de una *Scott-Avery clause*, designación proveniente de un proceso de 1856 que opuso Alexander Scott y George Avery relativo a una estipulación de un contrato prescribiendo el recurso previo al arbitraje antes de la vía judicial. El establecimiento de una *Scott-Avery clause* relativa a la mediación significará que este mecanismo fue establecido por las partes como requisito procesal para someter el conflicto al arbitraje o a los tribunales. En segundo lugar, la cláusula de mediación deberá definir en términos claros y expresos el modo de elegir el mediador e incluso su remuneración, así como las reglas aplicables al método. Cfr. EPSTEIN, Judd, “The enforceability of ADR Clauses”, *International Association of Law Schools Conference - The Law of International Business Transactions: A Global Perspective*, Hamburgo, Alemania, 10-12 de abril de 2008, p. 284, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://www.ialsnet.org/meetings/business/MasterBookletHamburg2.pdf>, accedido el 27 de diciembre de 2010.

³⁴³ Para un análisis de las consecuencias del Proceso *Cable & Wireless vs. IBM*, véase MACKIE, Karl, “The Future for ADR Clauses After *Cable & Wireless vs. IBM*”, *Arbitration International*, Vol. 19, n.º3, 2003, pp. 345-362. Analizando otros procesos relativos a la ejecución de las *tiered-clauses* en Inglaterra, véase DEBATTISTA, Charles, “Drafting Enforceable Arbitration Clauses”, cit., pp. 236-240.

proceso deberá suspenderse hasta que los procedimientos de ADR sean aplicados³⁴⁴. De este modo, resulta claro, al menos en el ámbito de los *Pre-action Protocol*, que el juez deberá suspender la instancia y esperar a los resultados de aplicación de un medio de ADR.

iii. Alemania

En Alemania la jurisprudencia acepta la fuerza obligatoria de cláusulas que establezcan procedimientos negociales o conciliatorios previos a los tribunales. Así lo decidió el Supremo Tribunal Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*) en 1984 cuando en relación a un contrato de prestación de servicios veterinarios las partes establecieron que existiendo un conflicto contractual primero tendrían que presentar su controversia a la organización local (*Landestierärztekammer*) para aplicación de la conciliación y solamente después podrían recurrir al tribunal. El tribunal alemán consideró que una vez que una parte invocó dicha cláusula, mostrando interés en intentar la conciliación, la acción judicial sería inadmisibile.

En el mismo sentido decidió el *Bundesgerichtshof* en 1998 respecto a una cláusula acordada por las partes para que realizasen negociaciones antes de acudir al tribunal. El Tribunal consideró que la cláusula era válida a la luz de la normativa legal alemana y que, por lo tanto, las partes estaban obligadas a cooperar en las negociaciones, siendo inadmisibile una acción judicial previa al procedimiento de negociación³⁴⁵.

³⁴⁴ Las *Practice Direction* relativas a los *Pre-Action Protocols* podrán ser consultadas en el siguiente endereço electrónico http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDANBZOB, accedido el 30 de enero de 2011.

³⁴⁵ Cfr. JOLLES, Alexander, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, cit., p. 332. El proyecto de Ley de Mediación alemán del Gobierno Alemán (*Bundesregierung*), no se refiere a esta cuestión. Sobre el Proyecto de Ley de Mediación alemán, véase DENDORFER, Renate, *Mediation In Germany. Structure, Status Quo And Special Issues*, comunicación presentada en el *European Branch’s 2011 Annual General Meeting and Conference*, organizado por el *Chartered Institute of Arbitrators*, el 8 y 9 de abril de 2011 en París, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://www.ciarb-europeanbranch.com/Conference/Archive/Archive%20Paris%202011/Mediation%20in%20Germany%20by%20Renate%20Dendorfer.pdf>, accedido el 13 de junio de 2011.

iv. Suiza

La jurisprudencia en Suiza no es uniforme en materia de ejecución de cláusulas *multi-tier*³⁴⁶. En 1999 el Tribunal de Casación del Cantón de Zúrich en un proceso relativo a un contrato de construcción de un apartamento con una cláusula que obligaba a las partes a someter los conflictos resultantes del convenio a un panel de conciliadores, consideró que las cláusulas de mediación o conciliación serían una cuestión contractual sin repercusiones jurisdiccionales, es decir, no constituían una condición para el acceso a un tribunal.

En sentido contrario, el Tribunal de Apelación de Zúrich en 2001 consideró que la evaluación de una cláusula de conciliación previa al arbitraje sería una cuestión a decidir por el propio tribunal arbitral respecto a su competencia. La doctrina entendió que la decisión de aquel tribunal reflejaba el entendimiento de que las cláusulas de mediación o conciliación constituían verdaderamente un requisito o condición previa de acceso a un tribunal (arbitral o jurisdiccional).

Esta postura fue seguida y reforzada por el Tribunal de Apelación del Cantón de Thurgau en un proceso de 2001 en que las partes habían establecido que previamente a la vía judicial deberían someter sus conflictos a una organización profesional que intentaría resolver el conflicto por conciliación. El Tribunal consideró el proceso inadmisibile por omisión de un requisito procesal ya que las partes no habían respetado la cláusula contractual de resolución de conflictos ante la común organización profesional que previa y voluntariamente habían concertado.

v. Francia

El Código de Proceso Civil francés, en su Título VI bis relativo a la mediación, en lo que concierne a las cláusulas de mediación no indica ninguna prescripción respecto de esta cuestión.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa si ha analizado la temática, pronunciándose, de formas diferentes y, por lo tanto, no existiendo una posición unánime. En efecto, los tribunales franceses han oscilado entre (1) considerar que la cláusula tiene efectos

³⁴⁶ Respecto a la situación suiza, véase JOLLES, Alexander, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, cit., pp. 329-331.

obligacionales debiendo aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual; o (2) defendiendo la inadmisibilidad de la acción ante un tribunal cuando exista una cláusula de mediación; o, por último, (3) entendiendo que el juez deberá suspender la instancia para que las partes cumplan la cláusula³⁴⁷.

La primera tesis considera que la violación de la cláusula de mediación, ejercitándose la acción ante un tribunal antes de intentar resolver el conflicto por aquel mecanismo, creará una situación de responsabilidad contractual, debiendo la parte incumplidora indemnizar al otro contratante por los daños causados. Sin embargo, como apunta la doctrina, esta posición no produce los efectos deseados por las dificultades inherentes a la prueba de los daños. Solamente la previsión de una cláusula penal podría dar mayor eficacia a las cláusulas de mediación, puesto que también la reparación natural es prácticamente imposible ante la violación de una cláusula de mediación, por no poder consistir en la ejecución forzosa hacia una de las partes a la práctica de este mecanismo en virtud de su voluntariedad³⁴⁸.

La segunda tesis defiende que cuando exista una cláusula de mediación, la acción debe ser inadmisibile puesto que de acuerdo con el art. 1134 del *Code Civil* francés las convenciones tienen fuerza obligatoria. Además, los arts. 122 y 124 del *Code de Procédure Civile* permiten rechazar la acción aunque no haya una disposición expresa, como ocurre con las causas contractuales. La conjugación de las disposiciones legales referidas ha fundamentado esta posición jurisprudencial, no siendo admitido un proceso antes de que las partes intenten resolver el conflicto por mediación³⁴⁹.

La tercera posición jurisprudencial viene considerando que la mejor solución será suspender la acción para que las partes puedan someterse a la mediación. Xavier Lagarde

³⁴⁷ Cfr. JARROSSON, Charles, “La sanction du non-respect d’une clause constituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation. Note sous Cass. Civ. 2^e, 6 juillet 2000; Cass. Civ. 1^{er}, 23 janvier et 6 mars 2001”, *Revue de l’Arbitrage*, n.º4, Año 2001, pp. 749-752 y GOUVEIA, Mariana França, “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, cit., p. 225.

³⁴⁸ Como propone JARROSSON, Charles, “La sanction du non-respect d’une clause constituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation. Note sous Cass. Civ. 2^e, 6 juillet 2000; Cass. Civ. 1^{er}, 23 janvier et 6 mars 2001”, cit., pp. 754-755.

³⁴⁹ Esta fue la posición del *Cour de Cassation* francés en el proceso *Poiré vs. Tripier* (14 de febrero de 2003), después del tribunal de primera instancia haber decidido la acción sin referirse al incumplimiento de la cláusula de mediación y del Tribunal de Apelación de París haber declarado la acción inadmisibile. Para un análisis más detallado de esta sentencia, véase JARROSSON, Charles, “Observations on *Poiré v. Tripier*”, *Arbitration International*, Vol. 19, n.º3, 2003, pp. 363-369.

propone incluso que el juez ante un proceso judicial y existiendo una cláusula de mediación deberá ser el propio el mediador o conciliador. Defiende el autor que la propuesta tiene la ventaja de otorgar eficacia a estas cláusulas³⁵⁰.

La existencia de posiciones tan dispares en términos jurisprudenciales requiere sin demora que el legislador francés consagrara una norma legal resolviendo la cuestión.

vi. Bélgica

Al contrario que en Francia, el *Code Judiciaire* belga si consagra una solución legal para la cuestión de las cláusulas de mediación. En efecto, el art. 1725 de aquel Código no solo prevé la existencia de este tipo de cláusulas incluidas en contratos (apartado 1), sino que también prevé que el juez ante la violación de una estipulación de mediación previa, deberá suspender el proceso a petición de una parte para la aplicación de este mecanismo, excepto si la cláusula fuere inválida o extemporánea (apartado 2). Refiere aún la ley que la existencia de una cláusula de mediación no impide la aplicación de medidas cautelares (apartado 3)³⁵¹.

El legislador belga demuestra así un particular interés por hacer cumplir las cláusulas de mediación confiriendo eficacia a esta nueva figura jurídica.

vii. Italia

En Italia el Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo de 2010 prescribe en el art. 5, apartado 5, que existiendo una cláusula de mediación o conciliación que no fue realizada previamente a la demanda judicial, el juez podrá, por solicitud de una parte, fijar un plazo de 15 días para que las partes intenten resolver el conflicto por estos mecanismos, determinando además una fecha para la nueva audiencia judicial si las partes no obtuvieron acuerdo³⁵². Así, del artículo en análisis resulta que el juez por solicitud de una

³⁵⁰ Cfr. LAGARDE, Xavier, “L’efficacité des clauses de conciliation ou de médiation”, *Revue de l’Arbitrage*, n.º3, Año 2000, p. 395.

³⁵¹ Sobre la Ley belga en materia de mediación, véase DEMEYERE, Luc, “The Belgium Law on Mediation: An Early Overview”, cit., pp. 89-92.

³⁵² **Art. 5 - Condizione di procedibilità e rapporti con il processo, apartado 5.** *Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva*

parte debe suspender la audiencia de juzgamiento para que la cláusula sea ejercitada y que las partes intenten resolver el conflicto ante una entidad de mediación prevista en la propia cláusula o escogida por las partes³⁵³.

viii. Eslovenia

Solución particular fue consagrada en la Ley de Mediación de Eslovenia de 2008 (*Zakon o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah –ZMCGZ*), que establece en el art. 6 para cláusulas de mediación anteriores al surgimiento del conflicto que una parte deberá invitar a la otra para iniciar la aplicación de la mediación y, no habiendo respuesta en un mes, considerar entonces que tal petición es rechazada.

Así, la Ley Eslovena considera que existiendo cláusulas de mediación es necesario que ésta se lleve a efecto o que una parte rechace la mediación. Consideramos que esta solución hace perder eficacia a las cláusulas de mediación. En efecto, atendiendo a las prescripciones legales indicadas, aún existiendo dicha estipulación, bastaría a una de las partes no responder a la invitación para realizar la mediación para que se pueda recurrir al tribunal sin que haya ninguna sanción por el incumplimiento de la cláusula.

ix. Cámara de Comercio Internacional (ICC)

Los tribunales arbitrales de la ICC (*International Chamber of Commerce* - Cámara de Comercio Internacional) han analizado en varias ocasiones el incumplimiento de una *multi-tiered clause*, estableciendo la conciliación como mecanismo previo al arbitraje. En el Proceso n.º4230, el tribunal arbitral de la ICC consideró que la cláusula no establecía obligatoriamente la conciliación como mecanismo previo al arbitraje y, de este modo, el reclamante podría recurrir directamente ante el tribunal arbitral. Implícitamente el tribunal reconoció que cláusulas obligatorias de conciliación previa al arbitraje serían

udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda e' presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

³⁵³ Cfr. IANNINI, Augusta, *La Legislazione Italiana in Materia di Mediazione*, Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, 2011, p. 13, documento presentado en el Workshop on Mediation in Civil and Commercial Matters: before and after the EU Mediation Directive, realizado en Bruselas el 23 de mayo de 2011, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 14 de junio de 2011, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19588/20110518ATT19588IT.pdf>.

ejecutables cuando sean expresas y claras³⁵⁴. En este sentido, en el Proceso n.º6276 el tribunal arbitral analizó una cláusula a través de la cual las partes instituían que previamente al arbitraje deberían intentar obtener una solución amigable para el conflicto resultante de su contrato y someter esa resolución a un ingeniero que emitiese su parecer. En este proceso el tribunal consideró que las partes habían establecido un proceso pre-arbitral de forma voluntaria y determinada con precisión, por lo que el tribunal solamente podría intervenir después de observarse las formalidades instituidas por los contratantes³⁵⁵.

Así, en el ámbito de la ICC, y hasta 2001, el tribunal arbitral rechazaba su competencia para decidir un proceso si existiese una cláusula *multi-tiered*, es decir, una estipulación previendo la aplicación previa al arbitraje de mecanismos amigables de resolución de conflictos, si la misma fuese clara y expresa. Después de 2001, y con la aprobación de las nuevas reglas de ADR de la ICC, concretamente atendiendo a los arts. 5 y 6 del Reglamento de ADR, la eficacia de cláusulas *multi-tiered* se ha visto reforzada. En efecto, la aplicación a un contrato, del referido Reglamento vigente desde 1 de julio de 2001, exige que las partes busquen un acuerdo para la disputa contractual con ayuda de un tercero, debiendo elegir el procedimiento específico a seguir, que podrá consistir en la mediación, el *Mini-Trial*, la evaluación neutral de un tercero o una combinación de técnicas de solución (art. 5, apartado 1). A falta de acuerdo entre las partes sobre la técnica a utilizar, ésta será la mediación (art. 5, apartado 2). Pues bien, atendiendo al art. 6, apartado b), el proceso de ADR solamente podrá terminar si una o varias de las partes comunica al tercero que no desea continuar el procedimiento. Esta prescripción indica que los contratantes solamente podrán acudir al arbitraje o a la vía judicial después de aceptar someterse a un procedimiento de ADR elegido por ellos, aunque que desistan nada más ponerlo en marcha. De este modo, bajo las normas de la ICC, una cláusula de

³⁵⁴ Refiere Peter Wolrich que el tribunal arbitral de la ICC tiene más reparo en aceptar su jurisdicción cuando las partes invoquen la cláusula 67 de las reglas contractuales propuestas en 1999 por la FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*), para contratos de construcción, puesto que esta cláusula contiene de forma clara y expresa la obligación de las partes de recurrir a la conciliación previo al arbitraje. Véase a título de ejemplo los Procesos n.ºs 6276, 6277, 6238 y 6535. Cfr. WOLRICH, Peter M., “Multi-Tiered Clauses: ICC perspectives in light of the New ICC Rules”, trabajo presentado en la *IBA (International Bar Association) Conference*, en Durban, Sudáfrica, 20-25 de octubre de 2002, p. 3, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 27 de diciembre de 2010, http://www1.fidic.org/resources/contracts/multi_tiered_clauses-wolrich02.pdf.

³⁵⁵ Cfr. JOLLES, Alexander, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, cit., p. 333.

ADR o de mediación tiene eficacia obligatoria para las partes, debiendo el tribunal arbitral de esta institución rechazar analizar un proceso antes de la aplicación de un procedimiento previo de solución amigable del conflicto elegido por los contratantes.

x. Posición a adoptar

En España el Proyecto de Ley de Mediación prescribe en el art. 7, apartado 2 que cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que pueden surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción u otra solución extrajudicial. Pese a que el legislador no utiliza una prescripción clara e inequívoca, parece deducirse que la norma consagra una excepción procesal al ejercicio de la acción, es decir un óbice u obstáculo procesal, tal como está consagrado para el arbitraje en el art. 11 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre. De este modo, existiendo una cláusula de mediación el legislador parece “obligar” las partes a intentar resolver su conflicto por este método solo pudiendo recurrir al tribunal o al arbitraje si dicho intento fracasa. El legislador debería, sin embargo, aclarar esta cuestión, concretamente incluyendo expresamente en los motivos de inadmisión de la demanda del art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la existencia de cláusulas de mediación³⁵⁶.

Ante las soluciones analizadas anteriormente podemos afirmar que los efectos de una cláusula de mediación incluida en un contrato se dividen en dos posibilidades.

La primera posibilidad es conferir eficacia obligacional a dicha cláusula y, en caso de incumplimiento entonces funcionarían las reglas de responsabilidad contractual pudiendo dar lugar a una indemnización por los daños sufridos.

La segunda posibilidad es otorgar efectos procesales a las cláusulas de mediación. En esta vertiente se vislumbran dos vías: (1) prescribir la inadmisibilidad de la acción por no cumplir una condición necesaria y previa al proceso, es decir, porque las partes no respetaron un trámite obligatorio para recurrir al tribunal arbitral o judicial; (2) establecer la suspensión del proceso para que partes acudan a la mediación.

³⁵⁶ La alteración propuesta por el Proyecto de Ley de Mediación al art. 403, no obstante añadir la referencia a la mediación, debería referirse expresamente a las cláusulas de mediación, puesto que no percibimos si los casos especiales indicados son los previstos por el art. 7, apartado 2, del propio Proyecto.

La solución que nos parece más apropiada es la última, debiendo los legisladores europeos consagrar la suspensión del proceso para que pueda realizar la mediación y, si no se obtiene acuerdo, el juez deberá ordenar que se resuelva el proceso. Este planteamiento, además de realizar el principio *pacta sunt servanda*, respetaría el principio de economía procesal, evitándose el ejercicio de una nueva acción, incluso, el juez del proceso podría homologar luego el acuerdo obtenido por las partes a través de la mediación. Por otro lado, el juez evaluaría si la cláusula padecía de algún vicio, evaluando su validez y eficacia.

La inadmisibilidad de la acción no será la solución más oportuna puesto que en ningún caso la aplicación de la mediación garantiza que el conflicto sea resuelto. Esta solución si es consagrada en el ámbito del arbitraje (art. 11 de la Ley de Arbitraje) puesto que en este caso se trata de un mecanismo heterocompositivo de cuya aplicación resultará siempre una decisión arbitral que resolverá el conflicto y producirá efectos de cosa juzgada. Así, aplicándose el arbitraje no será necesario un proceso judicial. Al contrario, en la mediación, si las partes no obtuvieren acuerdo tendrán que acudir para resolver su controversia al tribunal y si ya existe un proceso que está suspendido podrán seguir sus trámites, lo cual nos parece más oportuno.

Siempre se podrá argumentar en contra de nuestra postura que a reencaminar los contratantes hacia una mediación cuando una parte ya no tenga voluntad de dialogar con el otro contratante sería inocuo y poco provechoso. Consideramos, aún así, que el principio de voluntariedad ya fue respetado en el momento de estipulación de la cláusula de mediación y, por otro lado, solamente después de la tentativa de resolución del conflicto con el mediador se podrá tener la certeza de que la solución amigable de la disputa es imposible. La simple posibilidad, aunque remota, de que las partes, sentadas en la misma mesa de negociaciones, pudieren resolver su conflicto, compensa que el juez suspenda la instancia para el cumplimiento de la cláusula de mediación.

La tesis que defendemos necesita todavía de una prescripción legal clara en ese sentido, en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En efecto, solamente es posible condicionar derechos constitucionales existiendo una norma legal expresa³⁵⁷. No

³⁵⁷ En este sentido, véase GOUVEIA, Mariana França, “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, cit., p. 228.

se podrá restringir el acceso a los tribunales a través de la suspensión del proceso sin norma legal de cobertura y que en todo caso deje perfectamente a salvo el derecho a la tutela judicial.

No existiendo esa norma, como ocurre en Bélgica, los efectos de una cláusula de mediación se asentarán en el instituto de la responsabilidad contractual. Esta solución es considerada débil por la doctrina por entenderse que será necesaria la prueba de los daños sufridos lo que no constituye una tarea fácil ante la imposibilidad de garantizar que la mediación redundará en un acuerdo³⁵⁸. En efecto, si las partes, al abrigo del principio de la autonomía de la voluntad, estipularen que los conflictos resultantes del contrato deberán ser resueltos por mediación, esta disposición solamente generará una obligación de medios y no una obligación de resultado³⁵⁹. Es decir, las partes únicamente se comprometerían a reunir las condiciones exigidas o estipuladas para que se desarrollase el método de mediación, pero nunca podrían ser responsabilizados si no obtuviesen un acuerdo mediatorio. Así, será difícil establecer el nexo de causalidad entre los daños sufridos y la no realización de la mediación porque aunque la mediación fuese llevada a cabo podría terminar perfectamente sin acuerdo y por ello sin solucionar el conflicto.

³⁵⁸ Así, véase JARROSSON, Charles, “La sanction du non-respect d’une clause constituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation. Note sous Cass. Civ. 2^e, 6 juillet 2000; Cass. Civ. 1^{re}, 23 janvier et 6 mars 2001”, cit., pp. 754 y 755 y GOUVEIA, Mariana França, “Algumas questões jurídicas a propósito da mediação”, cit., p. 229.

³⁵⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo 2451/1999, de 13 de abril de 1999, distingue obligación de resultado de obligación de medios prescribiendo que “en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento”. También refiriéndose a la distinción entre la obligación de resultado y a la obligación de medios, véase LAGARDE, Xavier, “L’efficacité des clauses de conciliation ou de médiation”, cit., pp. 386-394.

Algunos autores proponen que la forma de conceder mayor eficacia a las cláusulas de mediación sería la estipulación de una cláusula penal³⁶⁰. Sin embargo, pese a que las partes estipulen una cláusula penal fijando la indemnización a recibir por el incumplimiento del contrato, esta estipulación no prescinde de la prueba que existen daños, simplemente desgrava las partes de probar el cuantitativo de los perjuicios sufridos. Solamente la convención de una cláusula penal compulsoria, con el objetivo de compeler las partes al cumplimiento del contrato podría dar mayor eficacia a las cláusulas de mediación.

No obstante las fragilidades apuntadas y conscientes de las dificultades probatorias, consideramos que el nexo de causalidad entre los daños sufridos y el incumplimiento de la cláusula de mediación siempre podrá ser establecido cuando las partes obtuviesen acuerdo a través de la conciliación promovida en el proceso ante el juez. En efecto, si las partes logran el acuerdo en esta sede, podría sostenerse que también lo obtendrían en la mediación y, por lo tanto, los daños sufridos con los retrasos procesales, costos y aplicación tardía de la solución serían indemnizables porque son resultado directo de la no aplicación de la mediación³⁶¹.

Por otro lado, menores dificultades existirán también cuando se demuestre que un contratante en ningún momento tuvo intención de acudir a la mediación, violando las expectativas de la otra parte que confió en la solución amigable del litigio. Muy interesante a este respecto era la anterior Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares³⁶², que en su art. 24, apartado d), consagraba como causa de extinción del contrato de mediación el desistimiento unilateral de mala fe, como circunstancia productora de responsabilidad, al prescribir que: “Hay mala fe cuando, habiéndose creado las expectativas de solución a las partes, se separa del contrato al efecto de perjudicar a las otras personas que intervienen en él o de dilatar un procedimiento en curso. En este caso, debe responder de los daños y perjuicios causados a las demás personas intervinientes”. La existencia de mala fe en las negociaciones

³⁶⁰ Cfr. JARROSSON, Charles, “La sanction du non-respect d’une clause constituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation. Note sous Cass. Civ. 2^e, 6 juillet 2000; Cass. Civ. 1^{re}, 23 janvier et 6 mars 2001”, cit., pp. 754-755.

³⁶¹ Fernando Martín Diz apunta aún como daños indemnizables las expectativas del mediador en el cobro de sus servicios. Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 104.

³⁶² Derogada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, publicada en el BOE de 19 de enero de 2011.

también produciría la correspondiente responsabilidad contractual e indemnización de los daños sufridos, toda vez que el nexo de causalidad no estará en la posibilidad de obtención del acuerdo, sino en la inducción al error de un contratante. Lamentamos que la nueva Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares tenga eliminado los artículos relativos al contrato y cláusulas de mediación, que buenas aportaciones producía.

Estos dos ejemplos demuestran que a pesar de que la vía de la responsabilidad presenta más dificultades, aún así será posible cumplir los requisitos del instituto y condenar a la parte incumplidora a la indemnización de los perjuicios.

Marta Blanco Carrasco, defensora de que el contrato de mediación exige siempre la intervención del mediador, prefiere hablar de “tratos preliminares” respecto a las cláusulas de mediación de conflictos futuros, o sea, “las partes no quedan obligadas a contratar, sino que están «simplemente animadas por una voluntad de discutir», lo que significa que tienen libertad para celebrar o no el contrato”³⁶³. Añade después la autora, tomando como referencia a Díez-Picazo, que las partes tienen una obligación de actuar de buena fe, debiendo producir la ruptura de dichos tratos el resarcimiento de los daños producidos se hubiere prueba de que “en ningún momento hubo intención de acudir a la mediación para solventar el conflicto o incluso que su única finalidad era aparentar una predisposición que no existía, generando en el otro una confianza en una solución pacífica de los conflictos”. Concuera la autora con nuestra postura al respecto de la dificultad de prueba de estas situaciones.

Dicha posición es coherente con la concepción de que el contrato de mediación exige la intervención del mediador. Sin embargo, defendiendo por nuestra parte que puede existir contrato de mediación antes e independiente del nombramiento del mediador, disentimos con el referido enfoque. En efecto, no podemos aceptar que la cláusula de mediación estableciendo la resolución de conflictos futuros por este mecanismo y prescrita al abrigo de la autonomía privada y reuniendo las condiciones necesarias para su validez (concretamente ausencia de vicios de la voluntad o incapacidad de las partes), produzca solamente como efectos jurídicos la posibilidad de realizar o no la mediación, generándose responsabilidad contractual únicamente cuando exista prueba de que la parte incumplidora nunca tuvo la intención de recurrir a esta forma pacífica de resolver

³⁶³ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 314-315.

conflictos. Pensamos que una cláusula de mediación vincula contractualmente las partes y solamente por razones muy justificadas y preestablecidas uno de los contratantes podrá incumplirla.

No hay que dejar de lado el que las partes en aplicación del principio de la voluntariedad podrán, iniciado este método, desistir de la mediación y recurrir al arbitraje o al proceso judicial. Consideramos que en el momento de acordar la cláusula contractual de mediación, deben ser conscientes del alcance de las declaraciones pactadas, debiendo reflexionar los contratantes sobre el resultado que se producirá si más tarde incumplieren dicha estipulación sin razones atendibles y debidamente justificadas. Una posición diferente de la que defendemos contribuiría a restar valor e importancia a la mediación como método de resolución de conflictos que se quiera situar al nivel del arbitraje o el proceso.

Claro que puede verificarse una alteración de las circunstancias iniciales que justifique que más tarde una parte no quiera recurrir a la resolución del conflicto por mediación. Pensemos, por ejemplo, en una situación en que después de celebrado un contrato de compraventa de un vehículo, estipulándose una cláusula contractual de mediación, los mediados discuten por cualquier motivo extravagante y ajeno al negocio jurídico en cuestión. En el furor de la discusión una parte ataca físicamente o amenaza la otra. En esta circunstancia consideramos que si existen razones atendibles y justificables para el incumplimiento de la cláusula contractual de mediación, existiendo una exclusión de la responsabilidad. En efecto, la parte incumplidora puede tener razones para sentir que se ha producido un desequilibrio (por ejemplo emocional) y no querrá realizar la mediación, lo que nos parece justificable y excluyente de cualquier responsabilidad. Sin embargo, esta situación, en nuestro posicionamiento, deberá ser analizado por el juez en la suspensión de la acción para aplicación de la acción.

Concluyendo, creemos que la estipulación de una cláusula contractual de mediación no es facultativa, vinculando desde el momento en que exista a intentar resolver el conflicto por este medio. Obviamente solamente generará una obligación de medios por lo que solo puede ser responsabilizada la parte incumplidora si no comparecer a la sesión de mediación salvo la concurrencia de motivos o razones que lo justifiquen. Defendemos,

todavía, que el legislador deberá consagrar la suspensión de la acción intentada sin respeto por una cláusula de mediación y no la inadmisibilidad de la demanda.

4.2. Naturaleza privada

La afirmación de que la mediación tiene naturaleza privada es corroborada por la constante aplicación del principio de autonomía privada en todo el procedimiento seguido por los mediados. En efecto, para iniciar una sesión de mediación ambas partes tienen que consentir que su conflicto sea resuelto por este medio. Una vez iniciada la resolución de la controversia a través de este mecanismo es posible en cualquier momento que cualquiera de los mediados desista cuando lo estime oportuno. El desarrollo de la mediación dependerá siempre de la participación de las partes en el diálogo constructivo que les pueda conducir al acuerdo final. Y la solución final del conflicto es única y exclusivamente resultado de la actuación de los mediados, viéndose plasmada en un pacto firmado por las partes. Así, la autonomía privada es el farol que ilumina todo el camino de la resolución de un conflicto por mediación.

La índole privada de la mediación no queda excluida aún en el caso en que el conflicto que se pretende resolver tenga carácter público, como son las controversias administrativas o ambientales, pues también estas tienen origen en un contrato y terminan como un acuerdo pactado por las partes. Es decir, la naturaleza pública del conflicto no elimina la autonomía privada en ninguna etapa de la mediación que mantiene su naturaleza contractual y privada. De hecho, una parte del conflicto puede incluso ser un organismo público o una entidad administrativa y, aún así, es necesario el consentimiento de las partes a la mediación y su conclusión con un contrato firmado por ambas.

También en el ámbito de la mediación penal en que, además de la víctima y del agresor, tiene repercusiones en la propia sociedad y la componente privada no desaparece puesto que las partes tendrán siempre que aceptar y querer la aplicación de este método. Aunque en el sistema de mediación penal portugués, que desarrollaremos más adelante, en que la remisión de los procesos para mediación es una prerrogativa del Ministerio Fiscal teniendo en cuenta los criterios fijados en la ley, las partes tienen que dar su consentimiento y la mediación solamente se realiza si agresor y víctima la aceptan,

pudiendo terminar cuando cualquiera de las partes lo solicite y también el acuerdo, que deberá ser aprobado por el Fiscal, tiene naturaleza contractual.

Por otro lado, la naturaleza privada de la mediación no está tampoco exceptuada si este mecanismo estuviere integrado en un sistema público. En esta situación la mediación es desarrollada en el ámbito de un servicio institucional y administrativo que es responsable de la incorporación de mediadores disponibles a las partes, cuando sean solicitados y de la gestión hacia el ciudadano de la disponibilidad de esta vía de la Administración de la justicia³⁶⁴. Sin embargo, la existencia de un servicio público no elimina la necesidad de un contrato de mediación a través del cual las partes dan su consentimiento expreso a la aplicación de este mecanismo y el propio resultado del método mantiene su índole contractual y privada. De este modo, la mediación tiene naturaleza privada aunque esté integrada en un servicio o sistema público.

4.3. Vocación autocompositiva y no adversativa: otro camino para la justicia

En lo que concierne a la naturaleza de la mediación afirmamos anteriormente que en relación a su función se caracteriza por ser autocompositiva y no adversativa.

El término autocomposición se debe a Carnelutti para designar el “poder reconocido a la voluntad de los interesados para tutela de sus intereses”, siendo caracterizado por este autor como un equivalente jurisdiccional puesto que a través de los medios autocompositivos se alcanzaba la misma finalidad de la jurisdicción, es decir, la

³⁶⁴ Marta Blanco Carrasco asienta la distinción entre mediación privada y pública en el carácter gratuito del método para las partes. Así, para la autora, en la mediación privada la remuneración del servicio es soportada por las partes y en el sistema público el servicio es gratuito (cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 143). Comprendemos que dicha posición tenga soporte legislativo en las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas Españolas. Sin embargo, la realidad portuguesa es diferente y no consideramos que el elemento distintivo de los sistemas públicos y privados de mediación sea su carácter gratuito o no. De hecho, en Portugal existen tres sistemas de mediación públicos en las áreas familiar, laboral y penal. En los dos primeros son las partes quienes soportan los costos con los honorarios de los mediadores, manteniendo el sistema su índole pública una vez que el Estado, a través del Ministerio de Justicia y concretamente por el *Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios* (GRAL) organiza la lista de mediadores familiares y laborales disponibles, así como recibe las solicitudes de las partes. El sistema portugués de mediación penal es gratuito para las partes no por ser público, sino porque la administración de justicia es una función del Estado que no podrá ser privatizada y porque, además, obligar a las partes a soportar los costos de la mediación penal sería para la víctima una nueva victimización, como veremos en el Capítulo IV de nuestro trabajo. En el mismo sentido que nosotros, Carballo Martínez entiende que la mediación pública es “intervenida por una institución cuya función consiste en administrar el proceso de mediación sin que le corresponda una función mediadora sino tan solo, seleccionar a los mediadores y facilitar la eficacia y la garantía del procedimiento a través de la asignación de medios materiales y personales”. Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 72.

composición de litigios³⁶⁵. Rosenberg, procesalista alemán, también refería las manifestaciones autocompositivas como otros modos de concluir el proceso³⁶⁶. Alcalá-Zamora prefería, posición que asumimos, estudiar la autocomposición más como medio para la solución de los litigios que como modo de concluir el proceso puesto que podría haber autocomposición al margen del proceso (v.g. transacción extrajudicial) y el proceso podría cesar sin que se hubiese pronunciado sobre el litigio (v.g. desistimiento de la demanda)³⁶⁷.

Independientemente de la concepción doctrinal adoptada, es unánimemente aceptado que la autocomposición designa los concretos modos de resolución de conflictos por las propias partes, o sea, los sujetos activos de las pretensiones que se confrontan y generadoras del conflicto son los sujetos activos que gozan de la facultad compositiva para solucionar la controversia³⁶⁸.

Así definida es clara la caracterización de la mediación como un método autocompositivo puesto que son los mediados los autores y responsables de la solución del conflicto que los aparta³⁶⁹. Pues bien, la mediación se traduce en una opción que tiene como función resolver conflictos mediante la labor activa de las propias partes, revelando una índole autocompositiva. Su naturaleza será no adversativa, en la medida que la cooperación de las partes se revela fundamental en la construcción del acuerdo que resolverá la controversia.

Su carácter no adversativo es consecuencia del uso del diálogo como vía para la resolución de los conflictos, potenciándose, consecuentemente, el desarrollo de las habilidades de autorregulación de los ciudadanos quienes se arrogan para sí la toma de

³⁶⁵ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 183-197. Criticando la designación “equivalente jurisdiccional”, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pp. 73-75 y, también, CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., pp. 73 y ss..

³⁶⁶ Se refiriendo a la concepción de Rosenberg, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pp. 71-72.

³⁶⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 72.

³⁶⁸ Cfr. SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual...*, cit., p. 49.

³⁶⁹ De acuerdo con la clasificación de Carnelutti y Alcalá-Zamora, que distinguían la autocomposición unilateral (cuando la voluntad de una de las partes sea suficiente - v.g. renuncia) y bilateral (se fuese necesario el consentimiento de las dos partes para determinar la composición), la mediación estaría integrada en la autocomposición bilateral en la medida que la solución construida tiene que ser pactada por ambos los mediados. Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 77 y CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 197.

decisiones en relación a los problemas jurídicos de su vida personal o social. La mediación, como en ningún otro medio de resolución de controversias, experimenta la participación democrática de los ciudadanos y el desarrollo de actitudes de comprensión y aceptación en relación al otro, basadas en la expresión de sentimientos y necesidades mutuas³⁷⁰.

Entendemos así que la índole autocompositiva y el carácter no adversativo de la mediación la distinguen de todos los restantes medios de resolución de conflictos por el modo particular de realizar su función, constituyendo algo más que unas simples notas caracterizadoras, sino más bien los verdaderos elementos de su naturaleza jurídica que nos permiten afirmar que este medio conforma otra forma de hacer justicia. En efecto, elegir la mediación como un medio de resolver conflictos es aseverar que los resultados de este mecanismo implican la forma de hacer justicia en ese asunto concreto.

El concepto de justicia viene siendo discutido al largo de los siglos y en diferentes épocas, lugares y culturas, dependiendo de diversas variables, político-legales y económicas de cada sociedad. En una perspectiva aristotélica, justicia significa la virtud de dar o hacer al otro lo que le es debido, traduciendo la idea “*suum quique tribuere*”³⁷¹. Del mismo modo, para Ulpiano la justicia significaba la voluntad constante y permanente de dar a cada uno lo que es suyo. Transfiriendo este concepto hacia el mundo del Derecho y para la resolución de cada caso jurídico concreto, seguimos a Cardona Ferreira quien considera que Justicia es la solución de una disputa que se alcanza cuando los ciudadanos, conocedores de los hechos y reflexionando con buena fe, piensen y sientan que la solución es correcta³⁷².

Pues bien, así considerada, percibimos que los tribunales no son el único sistema de realización de justicia del caso concreto. Afirmamos y fundamentamos en el Capítulo I de nuestro trabajo que el sistema judicial ha ido perdiendo progresivamente la condición de instrumento exclusivo de impartición y consecución de justicia. Los órganos judiciales

³⁷⁰ Refiere Cardona Ferreira que “por definição, um litígio (mesmo dito conflito) é, sempre, adversarial. O sistema de solução é que pode, ou não, concentrar-se na firme tentativa de, eliminando ou, pelo menos, reduzindo a adversariedade, eliminar ou, pelo menos, reduzir o litígio (ou dito conflito), como é essência dos Meios Alternativos”. Cfr. FERREIRA, J. O. Cardona, “Sistemas de Justiça e Mediação”, *Revista Themis*, Año VI, nº11, Lisboa, 2005, p. 194.

³⁷¹ Cfr. FERREIRA, J. O. Cardona, “Sistemas de Justiça e Mediação”, cit., p. 189.

³⁷² Cfr. FERREIRA, J. O. Cardona, “Sistemas de Justiça e Mediação”, cit., p. 190.

mantendrán, sin duda, el monopolio del ejercicio de la jurisdicción, pero a su lado han germinado válidamente otros mecanismos de resolución de conflictos, idóneos y capaces de realizar justicia, como es la mediación. En efecto, son las partes del conflicto quienes, conocedoras de los hechos y obrando de con buena fe, componen la solución de la controversia y la aceptan porque piensan y sienten que el resultado es justo.

La justicia no es, así, ajena a la mediación y al carácter autocompositivo y no adversativo de este mecanismo, contribuyendo a su realización, constituyendo la esencia intrínseca de este método³⁷³.

5. CLASES Y CLASIFICACIONES DE LA MEDIACIÓN

Atendiendo al carácter flexible e informal de la mediación es difícil la tarea de clasificar la mediación, encuadrándola en clasificaciones herméticas y cerradas. Sin embargo, presentaremos algunas distinciones recurrentes en la doctrina, fundamentalmente con la intención de percibir las posibilidades inherentes al método o criticar su terminología.

5.1. Mediación privada y pública

En lo que concierne a la gestión de la mediación es común distinguir la mediación privada, por un lado, y mediación pública, por otro.

La mediación será privada si es desarrollada por mediadores elegidos por las partes, en cuanto profesionales liberales que ofrecen su labor y conocimientos relativos a resolución de conflictos por mediación. Se sustenta sobre un contrato privado de prestación de servicios celebrado entre las partes y el mediador, en uso de su autonomía privada. La gestión de la mediación privada es asegurada por entidades, fundaciones o personas jurídicas privadas o por el propio mediador como profesional liberal.

Por el contrario, en la mediación pública el mediador es un profesional que presta sus servicios en el ámbito de la Administración Pública, siendo los sistemas de mediación

³⁷³ En este sentido, Fernando Martín Diz afirma que “Siendo ésta la naturaleza de la mediación, como vía autocompositiva para la solución de conflictos, parece absolutamente clara su viabilidad, e incluso en ocasiones su oportunidad y mejor adaptación al problema concreto que la vía jurisdiccional”. Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 62.

administrados por órganos públicos³⁷⁴. En efecto, el Estado u otros órganos públicos de gobierno interviene de alguna forma en la aplicación del método al caso concreto, o a través del nombramiento del mediador, ya sea a través de la recepción de las solicitudes de mediación y remisión del proceso hacia el mediador, disponiendo un servicio administrativo e institucional³⁷⁵.

La diferencia entre mediación pública y privada se manifiesta así en el vínculo institucional o privado del mediador que, como pone de manifiesto Ortuño Muñoz, se proyecta también en términos de honorarios. En lo que concierne a la mediación privada “los honorarios que se devenguen por la intervención del mediador han de ser libremente concertados entre el mismo y las partes, sin que en ningún caso pueda ser establecida *cuota litis*. Los honorarios del mediador público serán regulados por la administración correspondiente, en el caso en el que no se oferte la gratuidad del servicio”^{376/377}.

³⁷⁴ Gil Nievas considera que el “carácter público puede derivar de diversos factores. Así, de que la propia Administración o Corporaciones (piénsese en los Colegios profesionales) ofrezcan servicios de mediación, velen por la cualificación y responsabilidad de los mediadores, etc.... Pero quizá el carácter público puede entenderse que provendría esencialmente de la particular relación que pueda tener la mediación con el proceso judicial y, en concreto, de la posibilidad de que el Tribunal pueda propiciar o remitir a la mediación, de las consecuencias sobre la prescripción para el ejercicio de acciones y de suspensión de los plazos para la realización de actos procesales, del secreto profesional, de la especial eficacia de la que pueden quedar dotados los acuerdos alcanzados como consecuencia de la mediación, muy distinta a la de los contratos e incluso de la imposición por ley del intento de mediación como requisito previo a la apertura de un proceso judicial”. Cfr. GIL NIEVAS, Rafael, *La Directiva de Mediación...*, cit., p. 40.

³⁷⁵ En Portugal están autorizados tres sistemas de mediación públicos en materia penal, laboral y familiar. En todos estos sistemas el Estado, mediante el *Gabinete para a Resolução Alternativa de Conflitos* (GRAL), interviene organizando listas oficiales de mediadores para cada sistema, recibiendo las peticiones de las partes para la aplicación de la mediación y remisión del proceso al mediador escogido aleatoriamente. Desarrollaremos más detalladamente los referidos sistemas en el Capítulo IV de esta tesis. Sobre el GRAL y sus competencias véase su endereço electrónico en <http://www.gral.mj.pt/>.

³⁷⁵ Cfr. *Despacho* del Ministerio de Justiça nº18778/2007, *Diário da República, II Série*, de 22 de agosto.

³⁷⁵ Ver Protocolo de Creación del Sistema de Mediación Laboral en el siguiente endereço electrónico http://193.47.185.33/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Ministerios/MJ/Comunicacao/Outros_Documentos/20060505_MJ_Doc_Mediacao_Laboral.htm, accedido el 15 de septiembre de 2009.

³⁷⁶ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Mediación familiar”, *Tratado Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Coord. Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, Sepín, Madrid, 2005, pág. 1121.

³⁷⁷ Como ya apuntamos, disentimos con Marta Blanco Carrasco cuando refiere que el carácter gratuito del servicio de mediación es una nota caracterizadora de un sistema público. En efecto, los sistemas de mediación familiar y laboral en Portugal tienen costos para las partes fijados previamente y comunes a todos los procesos. Al contrario, el sistema de mediación penal es gratuito para las partes. De este modo, es claro que la gratuidad no es una característica presente en todos los sistemas públicos, pudiendo existir o no. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 143.

El Proyecto de Ley Mediación prescribe en su art. 5 que pueden existir entidades de mediación de carácter público y de carácter privado (apartado 1), debiendo estar inscritas en el Registro de instituciones de mediación (art. 6).

5.2. Mediación judicial o intrajudicial, intraprocesal o conectada con el Tribunal (*court-annexed mediation*)

Es común en la doctrina y en la ley distinguir entre la mediación extrajudicial y mediación intrajudicial o también designada como “judicial”³⁷⁸. A respecto de esta última clase, la designación mediación intrajudicial o judicial puede otorgarse a situaciones diversas, concretamente (1) a la posibilidad del juez de proponer la mediación a las partes durante el proceso judicial, o (2) a la mediación establecida como un trámite o fase, obligatorio o facultativo, en el proceso judicial³⁷⁹.

En relación a la mediación intrajudicial relativa a la posibilidad de que el juez proponga durante el proceso jurisdiccional el acceso a la mediación o incluso remita a las partes obligatoriamente a una sesión informativa de mediación, la Directiva 2008/52/CE, en su art. 5, refiere precisamente que “El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles”.

En España, el Código Civil de Familia de Cataluña (Ley 9/1998, de 15 de julio) el que, en su art. 79, apartado 2, viene a establecer que es el propio juez quien, al considerar que hay la posibilidad de obtención de un acuerdo, “puede remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador”³⁸⁰. Como refiere Marta Blanco Carrasco,

³⁷⁸ Esta es una distinción presente además en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil [COM(2002)196 final] que diferencia los ADR en sede judicial (*ADRs in the context of court proceedings*) y los ADR convencionales (*Conventional ADRs*).

³⁷⁹ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 189-192. Véase también GARCÍA ÁLVAREZ, Rosario, “La derivación a mediación desde el Juzgado de lo Social: una nueva vía de acceso a la justicia”, *Diario la Ley*, n.º7413, Año XXXI, 2010, p. 2.

³⁸⁰ El Proyecto de Ley de Mediación español no refiere expresamente la posibilidad de que el juez del proceso remita a las partes a mediación prescribiendo solamente en el art. 17, apartado 3, que la mediación podrá tener lugar estando en curso un proceso judicial, debiendo las partes solicitar su suspensión.

“Esto ha dado pie a que en la práctica de los juzgados españoles, concretamente los de familia, se estén desarrollando la mediación intrajudicial”³⁸¹. Más tarde, la Ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, introdujo la mediación en el proceso civil, concretamente añadió el apartado 7 al art. 770 de la LEC, para indicar que “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”.

En Portugal fue introducida en 2009 la “mediación pré-judicial” en el Código de Proceso Civil, prescribiendo el nuevo art. 279-A que el juez, siempre que lo entienda conveniente, podrá determinar la remisión del proceso para mediación en cualquier fase del mismo, suspendiendo la instancia, excepto si alguna de las partes expresamente rechaza esa posibilidad. Así también en el ordenamiento jurídico portugués está prevista la designada mediación intrajudicial determinada por un juez.

En Francia la mediación judicial fue introducida en el Código de Proceso Civil francés en el Libro I, Título VI bis, justamente intitulado de “*La médiation*”, prescribiendo el art. 131-1 de esta ley que el juez podrá designar un mediador para intentar que las partes encuentren una solución para el litigio, después de recibir su consentimiento³⁸².

En lo que concierne a la mediación intrajudicial, o judicial en cuanto fase del proceso, es una expresión de la tendencia norte-americana asentada en los *multi-step conflict resolution*, es decir, la resolución del conflicto pasaría por diversas fases, intentándose su solución por diversos mecanismos, entre ellos la mediación. Fue el sistema implementado en Argentina por la Ley 24.573 de mediación y conciliación, promulgada el 25 de octubre de 1995, que instituyó la mediación con carácter obligatorio a todo juicio. También en Alemania el §15 de la Ley de Introducción al ZPO³⁸³ (Código de

³⁸¹ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 193.

³⁸² La mediación judicial en Francia fue introducida por la Ley n.º95-125 de 8 de febrero de 1995 (Jornal Oficial de 9 de febrero de 1995). Para más desarrollos sobre esta ley, véase, entre otros, FLOCH, M. Jacques, *Rapport déposé par la Délégation pour l'Union européenne sur la médiation en Europe*, N° 3696, (COM [2004] 718 final/n° E 2844), de 13 de febrero de 2007, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 24 de octubre de 2010, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i3696.asp#TopOfPage>.

³⁸³ Introducido por la Ley de Promoción de la Resolución Extrajudicial de Litigios (*Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung*) de 15 de diciembre de 1999, que entró en vigor en 1 de enero de 2000.

Proceso Civil Alemán) permitió que los Estados Federales creasen sistemas de mediación obligatorios previos al proceso judicial.

En Portugal la mediación fue consagrada como una fase del proceso en el ámbito de los *Julgados de Paz*³⁸⁴ prescribiendo el art. 49 de la Ley 78/2001, de 13 de julio³⁸⁵, que una vez iniciado el proceso en esta entidad es realizada una premediación, excepto si una o ambas partes han rechazado esa posibilidad. Igualmente la Ley 29/2009, de 29 de junio, que introdujo la “mediación pré-judicial” en el Código de Proceso Civil portugués permite que las partes recurran a sistemas de mediación previamente a la instauración de un proceso judicial.

Pues bien, no discutiremos en este punto la temática de la mediación obligatoria o facultativa, cuestión que analizaremos en relación a la voluntariedad de este mecanismo. Nos interesa en este momento analizar la clasificación de la mediación intrajudicial o judicial cuando se verifica una conexión entre este medio y el proceso.

Debemos comenzar indicando que no nos convence la expresión intrajudicial o judicial por poner en riesgo la separación clara que defendemos entre mediación y el proceso, debiendo ser eliminada del léxico aplicable a la mediación. En efecto, la catalogación de la mediación como judicial o intrajudicial podrá inducir a pensar que es llevada a cabo por el juez del proceso, posibilidad que rechazamos de plano porque consideramos que la imparcialidad del mediador no es compatible con el papel de decisor del juez que, además, en caso de no obtener acuerdo tendría después de decidir el proceso, lo que violaría los principios de neutralidad y confidencialidad característicos de la mediación³⁸⁶. Por otro lado, la designación mediación judicial o intrajudicial crea confusiones y errores en relación a su caracterización como un medio extrajudicial.

Así, en el ámbito de esta clasificación consideramos que tenemos que distinguir dos situaciones. En primer lugar, si la mediación tiene una relación temporal con un proceso

³⁸⁴ Los *Julgados de Paz* en Portugal son una categoría de tribunales, consagrados constitucionalmente (art. 209, apartado 2), pero que no integran la estructura de los tribunales judiciales. Tienen por lo tanto la función de administrar justicia pero sin estar incluidos en el Poder Judicial. Cfr. PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Julgados de Paz – Organização, Trâmites e Formulários*, 3ª edición, Quid Iuris, Lisboa, 2005, pp. 39-40.

³⁸⁵ Publicada en el *Diário da República, I Série-A*, de 13 de julio de 2001.

³⁸⁶ La propia Directiva 2008/52/CE en su art. 3, párrafo a) refiere la posibilidad de la mediación ser conducida por un juez desde que no sea responsable por ningún proceso judicial vinculado a dicho litigio.

judicial o es prescrita como una fase previa, coetánea o posterior del mismo, son más adecuadas las expresiones “preprocesal”, “intraprocesal” o “postprocesal”³⁸⁷. De este modo, la mediación preprocesal ocurre con carácter previo al inicio del proceso judicial, habiéndola adoptado las partes como primera opción. La mediación intraprocesal se verifica cuando ya está pendiente un proceso, que deberá quedar en suspenso hasta el fin de la mediación, debiendo continuar si el acuerdo no fuere obtenido o concluirse si las partes obtuvieren la solución del conflicto. Por último, en relación a la mediación postprocesal su aplicación versa sobre los conflictos que surgen después de la sentencia judicial relativos, entre otras razones, al contenido, extensión o forma de cumplimiento de la resolución del tribunal. No son definiciones perfectas puesto que también podrían inducir que la mediación es llevada a cabo por el juez, pero son preferibles a la denominación intrajudicial porque evidencian más la relación temporal con el proceso y no con el tercero.

Si, en segundo lugar, la mediación fuese un servicio integrado en la organización de un órgano judicial, aún con carácter autónomo, como es por ejemplo la tendencia norteamericana³⁸⁸, defendemos la utilización de la expresión *mediación conectada con el tribunal (court-anexed mediation)*³⁸⁹. En este caso, en el propio Tribunal, o conexo a él, existiría un servicio que ofrecería la posibilidad de aplicación de la mediación. Esta situación tiene similitudes con las *Maison de Justice et du Droit* que promueven la aplicación de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos, en el marco de los Tribunales en Francia.

También la aplicación de la mediación en los *Julgados de Paz* portugueses constituye un ejemplo de servicios de mediación conectados con el Tribunal puesto que, no obstante los mediadores desarrollan su actividad de forma independiente, la mediación se celebra

³⁸⁷ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 66.

³⁸⁸ La tendencia de integrar servicios de mediación en los tribunales no es una tendencia exclusiva norteamericana. También en Japón es usual la mediación conectada a un tribunal con la designación “*chotei*”. Para más información sobre los “*chotei*” en Japón, véase FUNKEN, Katja, “Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany”, cit..

³⁸⁹ En este sentido, véase SOLETO MUÑOZ, Helena, “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *REDP- Revista Eletrônica de Direito Processual*, Año 3, Vol. III, Rio de Janeiro, 2009, p. 72 y ss., disponible en el siguiente endereço eletrônico, accedido el 24 de octubre de 2010, http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf. Para más desarrollos sobre la mediación conectada a un Tribunal, véase, entre otros, PÉREZ MARTELL, Rosa, *Mediación Civil y Mercantil...*, cit., pp.19-40.

en el propio *Julgado de Paz* y es la secretaria de esta entidad la que requiere la designación de un mediador.

La misma situación se verifica, desde 1 de abril de 2004, en el *Central London County Court*, en que el Tribunal selecciona aleatoriamente 20 casos a la semana para ir a mediación cuando las partes han decidido que les gustaría este método o que han sido aconsejadas por un juez para que medien. Están abarcados en este programa cualesquiera casos civiles cuya cuantía de la demanda sea de £5,000 o superior, y se hagan planteado en este u otro tribunal. Las sesiones de mediación tienen lugar en el edificio del Tribunal³⁹⁰.

Concluyendo, rechazamos la clasificación y conceptualización de la mediación en judicial o intrajudicial siendo preferible la expresión *preprocesal, intraprocesal o postprocesal* cuando la mediación tiene una relación temporal con el proceso judicial, adoptando la designación *mediación conectada con el tribunal* en la situación en que el propio Tribunal ofrece a las partes servicios de mediación.

6. DISTINCIÓN DE OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Apuntamos hasta ahora los elementos característicos de la mediación así como los componentes de su naturaleza jurídica. Disponemos por tanto de las premisas necesarias para distinguir la mediación de otros mecanismos de resolución de conflictos, heterocompositivos y autocompositivos. Nuestro objetivo es contribuir a la consolidación dogmática de este método y a su posicionamiento dentro del sistema de resolución de conflictos y con ello en su ubicación como forma de hacer justicia.

6.1. Medios heterocompositivos

En lo que concierne a los medios heterocompositivos la distinción esencial es obvia y deriva de la naturaleza autocompositiva que apuntamos para la mediación. En efecto, si la mediación se sustenta en la construcción de la solución del conflicto por las propias partes, ya en el arbitraje y en el proceso judicial es el árbitro y el juez quienes deciden la controversia. Los sujetos decisorios son de este modo distintos en la mediación y en los

³⁹⁰ Ver PÉREZ MARTELL, Rosa, *Mediación Civil y Mercantil...*, cit., pp. 69 y ss.

medios heterocompositivos. Pero las diferencias entre estos mecanismos presentan más especificidades como veremos seguidamente.

6.1.1. Sistema judicial

La resolución de los litigios ante órganos judiciales se asentó, como apuntó Calamandrei, en la idea de que para alcanzar una solución pacífica de un conflicto es necesario substráelo a la partes y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto que, por estar desinteresado, pueda ser imparcial³⁹¹. Prosigue Soveral Martins refiriendo que a los tribunales “enquanto órgãos judiciais, passou a caber a função heterocompositiva jurisdiccional traduzida na função pública de composição (...) de pretensões de tutela de interesses”³⁹². En efecto, el Estado en el ejercicio de su función de administración de justicia confió la potestad jurisdiccional a jueces y magistrados investidos de poder público y así, como pone de manifiesto Soveral Martins, surgió la función judicial en cuanto función estadual, atribuida a un poder independiente que es el poder judicial³⁹³.

Pues bien, además de la diferencia relativa a los sujetos decisorios, la mediación se distingue del sistema judicial por su naturaleza semi-privada frente a la índole pública de los órganos judiciales. De este modo, si en relación al sistema judicial está excluida la posibilidad de creación de tribunales judiciales o el nombramiento de un juez para el caso concreto (en virtud del principio del juez natural), ya en el ámbito de la mediación es perfectamente razonable la elección del mediador por las partes o la creación de estructuras privadas que ofrezcan servicios privados de mediación.

Además en los sistemas públicos de mediación, que como vimos se caracterizan por la participación del Estado, la voluntariedad es constante durante todo el procedimiento para la resolución del conflicto. Las partes podrán desistir en cualquier momento y es necesario su consentimiento para que la mediación se pueda desarrollar completamente³⁹⁴. Al contrario, en el sistema judicial el desencadenamiento del proceso civil no requiere la anuencia del demandado que ni siquiera tendrá que ejercer sus derechos de defensa, o estar presente en el pleito.

³⁹¹ Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Institutiones de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 148.

³⁹² Cfr. SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual – Noções Complementares*, Vol. II, cit., p. 13.

³⁹³ Cfr. SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual – Noções Complementares*, Vol. II, cit., p. 12.

³⁹⁴ Véase, a título de ejemplo, el art. 7, apartado 3, del Proyecto de Ley de Mediación.

Por otro lado, el proceso judicial implica, además, un encadenamiento de actos tendente a la decisión del litigio prescrito por las leyes de enjuiciamiento y la mediación se caracteriza por su flexibilidad y la imposibilidad de definición previa del procedimiento aplicable, el cual dependerá de cada mediador, de los mediados y del conflicto. También por este hecho ambos mecanismos son distintos³⁹⁵.

Por último, el sistema judicial se caracteriza por posibilitar la impugnación de las decisiones proferidas³⁹⁶, siendo su función, en términos muy generales, analizar la validez de las sentencias dictadas en primera instancia en cuanto a cuestiones formales y a cuestiones de fondo. Al revés, en la mediación la posibilidad de impugnación está descartada por su inherente naturaleza autocompositiva. Son las partes quienes deciden y pactan la solución del conflicto por lo que sería incongruente que después de diseñar y consentir la resolución de la disputa pudiesen recurrir su propia decisión. En verdad, la admisibilidad de recurso en la mediación constituiría un *venire contra factum proprium*, por cuestionar la solución por la propia parte que la adoptó³⁹⁷.

De esta manera queda explícito que las diferencias entre sistema judicial y mediación van más allá de la naturaleza heterocompositiva del primero y autocompositiva de la segunda, proyectándose en diferentes aspectos.

6.1.2. Arbitraje

El arbitraje y mediación tienen también, como ya referimos, naturalezas distintas que los diferencian claramente en cuanto a los sujetos decisores del conflicto. Sin embargo, los dos institutos aparecen muchas veces interconectados en la práctica. Ejemplo de esta interconexión son las cláusulas Med-Arb o Arb-Med que conducen a la aplicación sucesiva de la mediación y arbitraje o viceversa, proyectándose en una situación de

³⁹⁵ En lo que concierne al proceso, Zulema Wilde y Luis Gaibrois afirman que su dialéctica es muy rígida no pudiendo, por ejemplo, incluir hechos nuevos en cualquier fase de la instancia (lo que es posible en la mediación), ni plantear nuevamente una acción con el mismo objeto, por vulneración del efecto de cosa juzgada (pudiendo las partes volver a discutir el mismo asunto en la mediación). Cfr. WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, Agora Publicações, Lisboa, 2003, p. 26.

³⁹⁶ Ver en el ámbito civil el art. 448, apartado 1, de la LEC.

³⁹⁷ Cuestión diferente es la homologación del acuerdo para que tenga fuerza ejecutiva. La referida homologación, como hemos visto en el apartado 3.4.1. de este Capítulo, no significa una reacción de las partes contra lo pactado y, por eso, no tiene naturaleza de recurso.

multi-step conflict resolution, es decir, el intento de solución del conflicto en diversas etapas y a través de diferentes medios.

En España este sistema encuentra expresión en el ámbito del arbitraje de consumo regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero³⁹⁸ que prevé en su art. 38, apartado 1, que “Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto”. De este modo, prescribe la ley la tentativa de resolución del conflicto por aplicación de la mediación previamente a la intervención del órgano arbitral, lo que se traduce en un sistema de Med-Arb.

Por otro lado, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre (hoy derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre) regulaba en su art. 3, apartado 2, una posibilidad de arbitraje informal, distinta de la prescrita en aquella ley, por medio del cual dos o más personas podían pactar la intervención dirimente de uno o más terceros, aceptando sus propuestas de decisión a través de un acuerdo válido y obligatorio si en él concurrían los requisitos necesarios para la validez de un contrato³⁹⁹. En causa no estaría sino una mediación/conciliación bajo la denominación de arbitraje.

Teniendo en cuenta la interconexión referida es importante profundizar en la distinción entre mediación y arbitraje.

Las primeras y significativas diferencias se verifican en términos del principio de voluntariedad. En efecto, si en el arbitraje las partes consienten la aplicación de este medio a través del convenio arbitral, también en la mediación es necesario el contrato de mediación para sometimiento del conflicto a resolución por esta vía. Sin embargo, existiendo un convenio arbitral válido, las partes solamente pueden renunciar al mismo o desistir de común acuerdo (art. 11, apartado 2 y art. 31 LA, respectivamente). Por el contrario, en la mediación cualquiera de las partes puede desistir en cualquier momento, no siendo necesaria la anuencia del otro, o de los otros mediados.

³⁹⁸ Modificado por el Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo.

³⁹⁹ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 63. Sobre el arbitraje informal, véase también BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 245 y ss..

En el ámbito de la impugnación es perceptible como los árbitros no pueden conocer de cuestiones no sometidas a su decisión, en los términos del art. 41, apartado 1, párrafo c) LA. El mediador, al contrario, puede abordar temas no planteados por las partes directamente puesto que investiga no solamente los intereses suscitados, sino también los intereses ocultos o latentes de las partes⁴⁰⁰.

Por otro lado, el laudo arbitral es “recurrible” en los términos de los arts. 40 y siguientes LA (anulación) y el acuerdo final de mediación no admite ningún tipo de recurso, como analizamos anteriormente, por constituir un *venire contra factum proprium*⁴⁰¹.

A la luz del actual cuadro normativo, la distinción entre mediación y arbitraje se asienta aún más en los efectos de las cláusulas contractuales que establezcan los dos mecanismos. En relación al arbitraje, y atendiendo al art. 11, apartado 1, LA, se puede invocar por vía de excepción procesal la imposibilidad de los jueces conocieren un asunto cuando la cuestión estuviere sometida a arbitraje mediante un convenio arbitral⁴⁰². En relación a la mediación, los efectos de las cláusulas contractuales que consagren este mecanismo tienen, hasta este momento y, de modo general, a nivel de derecho vigente, efectos obligacionales. Aunque el Proyecto de Ley de Mediación parece conferir en el art. 7, apartado 2, obligatoriedad legal a las cláusulas de contractuales de mediación, no es del todo claro en relación a los efectos de dicha estipulación si una de las partes no cumple lo acordado.

6.2. Medios autocompositivos

Trazar la distinción en el ámbito de los mecanismos autocompositivos es una tarea compleja, ya que en el punto de partida nos encontramos con que la propia mediación tiene esta naturaleza tal y como verificamos anteriormente.

⁴⁰⁰ A esto respecto Carballo Martínez refiere que la mediación “facilita una composición más amplia de los intereses en litigio, habida cuenta de que resuelve situaciones de pasado y permite crear bases de acuerdo para resolver eventuales conflictos de futuro”. Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 90.

⁴⁰¹ Al contrario de la Ley de Arbitraje portuguesa (Ley 31/86, de 29 de agosto) que admite en su art. 29 el recurso del laudo arbitral, salvo si las partes renunciaren a esta posibilidad, la Ley 60/2003, de arbitraje española, no admite recurso de las decisiones arbitrales.

⁴⁰² Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 267, np. 533.

Los principales medios autocompositivos que importa distinguir de la mediación son la negociación y la conciliación. Resulta curioso advertir que la diferencia entre negociación y mediación es una cuestión fundamentalmente debatida en los sistemas anglosajones, mientras que la distinción entre conciliación y mediación es una preocupación europea (continental) pudiendo estar relacionado con razones históricas del surgimiento del propio movimiento de los ADR y, además, por la pertenencia a diferentes sistemas jurídicos como es el Common Law de los países anglosajones y los sistemas germánicos y románicos europeos⁴⁰³.

6.2.1. Negociación

La definición de negociación no es totalmente coincidente entre los autores. Linda Singer considera que esta implica a las personas que mantienen una disputa, abriendo un canal de comunicación entre ellas con el objetivo de obtener un acuerdo⁴⁰⁴. Bruce Patton define la negociación como “back-and-forth communication designed to reach an agreement between two or more parties with some interests that are shared and others that may conflict or simply be different”⁴⁰⁵.

Independiente del concepto adoptado, es común la afirmación de que la negociación es un hecho de la vida⁴⁰⁶, porque todos los días negociamos los más variados aspectos de nuestro quehacer cotidiano, como dónde vamos comer, qué film vamos ver al cine, o cuál es el aumento de salario. No obstante la conexión de la negociación con la vida social y personal, este mecanismo está indudablemente involucrado con el mundo jurídico toda vez que la generalidad de los problemas que negociamos se rigen por

⁴⁰³ La comprobación de la afirmación que señalamos es verificada en el cuadro distintivo de los medios primarios de resolución de conflictos en la obra de Goldberg y Sander que no contiene la conciliación (Cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 4). Al contrario, autores europeos como Silvia Barona Vilar o Michèle Guillaume-Hofnung presentan la conciliación como un medio de resolución de conflictos distinto de la mediación (cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 79 y GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, cit., pp. 77 y ss.).

⁴⁰⁴ Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 24.

⁴⁰⁵ PATTON, Bruce, “Negotiation”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, p. 279. El autor considera esta noción distinta de la presentada por Fisher y Ury, primero porque incluye expresamente la posibilidad de diferenciación de intereses y segundo porque requiere solamente la posibilidad de conflicto (cfr. PATTON, Bruce, “Negotiation”, cit., p. 300, nota 1.)

⁴⁰⁶ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, 2ª edición, Random House Business Books, Londres, 1999, p. xiii.

normas legales y encuentran respuesta en el derecho. Por otro lado, la negociación es también uno de los mecanismos fundamentales utilizados por los abogados cuando intentan resolver los problemas de sus clientes⁴⁰⁷. Establecido el enlace con el derecho, será importante percibir las premisas inherentes a la negociación para distinguirla de la mediación.

Las teorías de la negociación están tradicionalmente divididas entre el modelo de negociación distributiva o competitiva y el modelo de negociación cooperativa, colaborativa o integrativa^{408/409}.

En los modelos competitivos la negociación es el medio que emplea la parte para obtener la satisfacción de sus necesidades desembocando en un resultado de ganancia o pérdida. Existirá siempre un vencedor y un perdedor y la base de este modelo se basa en la distribución de recursos limitados entre las partes, por eso también se denomina distributiva. El negociador tiene que ser poderoso e ingenioso para maximizar sus ganancias y minimizar sus pérdidas.

⁴⁰⁷ Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., pp. 80 y 81. Sobre la negociación, véase, también SOLETO MUÑOZ, Helena, “Negociación”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soletó Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 157-187.

⁴⁰⁸ Ver, entre otros, SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 16 y BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p.104, que seguiremos de cerca en este punto. Francisco Medina y Lourdes Munduate dan cuenta que la “distinción integrativa-distributiva tiene su origen en el trabajo de Walton y McKersie sobre negociación colectiva, siendo adaptado por Bazerman y Lewicki (1983)” (cfr. MEDINA DÍAZ, Francisco José y MUNDUATE JACA, Lourdes, *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2006, pp. 125 y 126).

⁴⁰⁹ Además de esta distinción clásica, podemos encontrar otras teorías. Lax y Sebenius basaban su teoría en la distinción entre creadores de valor (*value creators*) que abarcaban los negociadores co-operativos e ingeniosos que intentaban producir los resultados más positivos para cada parte y, por otro lado, los reclamantes de valor (*value claimers*), es decir, los negociadores que se esforzaban para que la parte que representaban tuviese el mejor resultado de la negociación. Sobre esta temática, véase GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., pp. 44-45. Otra metodología muy recurrente es la denominada Teoría de Juegos que analiza la elección de la decisión óptima cuando los costes y los beneficios de cada opción no están fijados de antemano, sino que dependen de las decisiones de otros. En esta teoría es muy conocido el *Dilema del Prisionero*, que reflexiona sobre la situación de dos atracadores que son detenidos en la escena del crimen y ambos son mantenidos apartados uno del otro. Cada uno tiene que tomar una decisión en relación al crimen. Si uno de los atracadores confiesa, el otro también deberá confesar para reducir su pena. Pero si el otro no confiesa, el prisionero no deberá confesar porque así será liberado. A juicio de Brown y Marriott, la Teoría de Juegos «involves a “tit for tat” approach allowing for parties to negotiate cooperatively as long as both of all do so, but changing to a competitive and retaliatory approach as soon as anyone defects from a co-operative mode» (cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p.110). Respecto al Dilema del Prisionero véase GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., pp. 47-50.

Murray, Rau y Sherman consideran que este modelo tiene el riesgo de generar situaciones hostiles y de enfrentamiento entre las partes porque privilegia estrategias de manipulación y amenaza, sin dar valor suficientemente a las cuestiones necesarias para intentar buscar la mejor opción para todos⁴¹⁰.

Teniendo en cuenta las críticas que han sido apuntadas a la negociación competitiva, surgieron otros enfoques basados no tanto en el resultado, sino esencialmente en la resolución de los problemas (*problem-solving approach*) y que integran las teorías cooperativas o integrativas, las cuales buscan ganancias mutuas para todas las partes en conflicto⁴¹¹.

El modelo más conocido en este ámbito es la metodología propuesta por Fisher y Ury en 1981 en su obra *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In* y denominada como “Negociación según Principios o Método de los Principios” (*Principle Negotiation*)⁴¹². Para estos autores el éxito de cualquier método de negociación es evaluado por aplicación de tres criterios, concretamente deberá producir un acuerdo justo (si el acuerdo fuere posible); deberá ser eficiente; y deberá mejorar, o por lo menos no deteriorar, la relación entre las partes⁴¹³. Consecuentemente, consideran que el mejor método para proseguir estos objetivos es la “Negociación según Principios”, que puede ser aplicada en cualquier circunstancia y se basa en cuatro principios fundamentales: personas; intereses, opciones y criterios⁴¹⁴.

El primer principio se sustenta en la separación entre las personas y los problemas. Como establecen sus autores, los seres humanos no son computadoras, es decir no son perfectos y tienen emociones que se proyectan en diferentes percepciones de la misma realidad. En atención a esa circunstancia es esencial enfocar todas las atenciones en el problema y no

⁴¹⁰ V. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p.109.

⁴¹¹ Linda Singer anota que “ganancias mutuas” debe distinguirse de “compromiso” puesto que este concepto presupone que todos desistan de alguna cosa a favor del otro, “*splitting the difference*” y, por lo tanto, distribuyendo entre todos las pérdidas. El modelo colaborativo, por el contrario, pretende obtener soluciones que satisfagan los intereses de todos. Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 17.

⁴¹² Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...*cit., p. 11.

⁴¹³ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...*cit., p. 4.

⁴¹⁴ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...*cit., p. 11.

en la posición o perspectiva de cada persona en conflicto, debiendo trabajar “*side by side*” y no “*face to face*”⁴¹⁵.

El segundo principio propone la priorización de los intereses y no de las posiciones de cada parte. En efecto los autores entienden que las posiciones esconden lo que las personas verdaderamente desean y, por eso, debemos preguntar no lo que cada parte quiere, sino por qué lo quieren. Ejemplificando, apuntan el conflicto entre dos hombres en una biblioteca en que uno quiere tener la ventana abierta y el otro la ventana cerrada. La bibliotecaria pregunta a los dos porque quieren la ventana abierta o cerrada. Uno refiere que necesita de aire fresco y el otro quiere evitar corrientes de aire. Sabiendo los intereses de los dos hombres, la bibliotecaria decide abrir una ventana en otra zona que permitía la circulación del aire sin provocar viento. En este ejemplo es perceptible como poder averiguar los intereses escondidos bajo las posiciones puede ser la base de la solución del conflicto⁴¹⁶.

En tercer lugar, Fisher y Ury apuntan que es necesario generar diversas opciones de acuerdo para la obtención de la mejor solución⁴¹⁷. Para lograr este objetivo Fisher y Ury proponen el Gráfico del Círculo (*Circle Chart*) como el método para concebir opciones, desarrollándose en cuatro etapas: (1) pensar en el problema, describiendo la situación de hecho que desagrada al negociador (v.g. el hedor de un río que atraviesa una tierra); (2) diagnosticar el problema apuntando sus probables síntomas (en el ejemplo del río contaminado podrá estar en causa el vertido de químicos); (3) procurar posibles estrategias para resolver los síntomas identificados; (4) apuntar específicas acciones a adoptar para solucionar el problema. Este Gráfico del Círculo proporciona, según los autores, el camino para que una buena idea pueda generar otras⁴¹⁸.

Por último, Fisher y Ury proponen que los negociadores recurran a criterios objetivos que ayudan a eliminar las emociones de la discusión y permitan que las partes empleen la razón y la lógica en sus decisiones. Así, los negociadores no deberán atender a la

⁴¹⁵ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, pp. 11 y 39.

⁴¹⁶ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, pp. 41-57.

⁴¹⁷ Patton define las opciones como “possible agreements or pieces of a potential agreement upon which negotiators might be possibly agree”. Cfr. PATTON, Bruce, “Negotiation”, cit., p. 283.

⁴¹⁸ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, pp. 58-83.

voluntad puesto que es un criterio subjetivo, sino a criterios técnicos y objetivos, como el valor de mercado, parámetros científicos, eficiencia, costos monetarios, entre otros⁴¹⁹.

Fisher y Ury introdujeron también en su modelo el concepto que denominaron como BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*), es decir, el negociador debería tener siempre presente cual sería el mejor resultado para el conflicto si no hubiese negociación y esto porque, como afirman, “The reason you negotiate is to produce something better than the results you can obtain without negotiating”⁴²⁰. En efecto, las partes negocian porque entienden que pueden obtener un resultado más provechoso del que obtendrían ante un órgano jurisdiccional. Así, el BATNA deberá ser el parámetro para evaluar si las negociaciones están siendo fructíferas o, al contrario, si la negociación está produciendo un resultado poco provechoso, no siendo la mejor vía para la solución del conflicto.

Diferente del BATNA, pero también importante para los negociadores, es el concepto de WATNA (*Worst Alternative to a Negotiated Agreement*) introducido por Jonh Haynes y que indica cual es el peor resultado que podrá ser obtenido sin negociación. Los dos conceptos deberán estar previstos porque, como ponen de manifiesto Brown y Marriott, el negociador deberá tener siempre en cuenta cual es la mejor y la peor alternativa para que pueda tomar decisiones en relación al acuerdo⁴²¹. En este sentido, el BATNA y el WATNA proporcionan de alguna forma el margen de actuación del negociador.

El modelo de Fisher y Ury que aquí esbozamos resumidamente se inserta así en las teorías cooperativas o integrativas por pretender alcanzar la solución basada en ganancias mutuas para todas las partes en conflicto, a través de la percepción de sus intereses⁴²². Pero también han sido postuladas otras metodologías cooperativas.

⁴¹⁹ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, pp. 84-98.

⁴²⁰ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, p. 104.

⁴²¹ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 105.

⁴²² Este modelo fue desarrollado más tarde por Roger Fisher y Scott Brown en la obra *Getting Together: Building a Relationship that Gets to Yes*. William Ury también continuó este modelo en el libro *Getting Past No: Negotiating with Difficult People* en que analiza las negociaciones en que una de las partes no utiliza el método de los principios o mantiene una postura basada en los intereses. Esta metodología fue criticada por James White por ser demasiado ingenua en relación a negociadores de mala fe o sin principios. Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 105 y 106.

Howard Raiffa, partiendo de la distinción entre negociación distributiva (una parte obtiene lo que la otra pierde) y negociación integrativa (cuando los problemas pueden ser integrados para alcanzar el mejor resultado con mutuas ganancias para todos los envueltos), desarrolla el concepto de zonas de acuerdo (*zones of agreement*) que indican posibilidades de solución dentro de las cuales el conflicto puede resolverse teniendo en cuenta las aspiraciones de cada parte y cualquier otro factor relevante a la solución. Así, las zonas de acuerdo tienen como extremo inferior lo que un negociador aceptará en última instancia y, como extremo superior, lo que el otro negociador ofrecerá⁴²³.

También Edward de Bono fue seguidor de las teorías cooperativas habiendo introducido el término pensamiento lateral (*lateral thinking*)⁴²⁴. Para este autor los métodos tradicionales de resolución de conflictos son inadecuados y destructivos, proponiendo una nueva forma de abordar el conflicto a través de la adopción de nuevas técnicas de creación de soluciones para los problemas. Para Bono las partes están en la peor posición para resolver sus disputas porque se encuentran afectadas por la tensión del conflicto y tienen dificultad en comunicarse y en confiar en el otro. Por eso, el autor defiende que el negociador debe sortear el que sería pensamiento habitual, apartando las rutinas y procurando nuevas ideas, usando la oportunidad dada por el conflicto para alentar la búsqueda de otras vías de solución⁴²⁵.

Todas las metodologías colaborativas esbozadas parten de la premisa de que el conflicto es un problema que deberá tener la solución que mejor se acomoda a los intereses y necesidades de las partes, buscando resultados “*win-win*”, en que todos ganan. Son apuntadas como críticas a este modelo su inadecuación a contextos distributivos o que envuelvan negociadores competitivos y las dificultades en conflictos en que la persona es el problema y, por lo tanto, no puede ser apartada de la cuestión⁴²⁶.

Pues bien, las líneas anteriores permiten conocer mejor algunas características de la negociación para distinguir este mecanismo de la mediación. La diferencia comúnmente

⁴²³ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 106. Sobre el pensamiento de Raiffa, véase GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., pp. 22 y ss..

⁴²⁴ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 107.

⁴²⁵ Ver BONO, Edward, *Lateral Thinking: a Textbook of Creativity*, Pelican Books, Londres, 1970.

⁴²⁶ Respondiendo a las críticas apuntadas al planteamiento del *problema-solving*, véase PATTON, Bruce, “Negotiation”, cit., pp. 295-300.

indicada entre mediación y negociación se sitúa en el hecho de que la negociación no presupone necesariamente la intervención de un tercero y, al contrario, el mediador es un elemento esencial de la mediación. Por eso algunos autores califican a la mediación como negociación asistida por tercero⁴²⁷. En todo caso, y como veremos más adelante en este trabajo, el mediador utiliza muchas de las técnicas sugeridas por la negociación cooperativa para ayudar las partes en la construcción de la solución al conflicto.

Esta diferencia puede tener proyecciones en la práctica de los dos mecanismos. En efecto, la existencia de un tercero esencial en la mediación suscita preocupaciones relativas a la definición de sus cualificaciones y estatuto profesional. En consecuencia vienen siendo aprobados códigos de conducta vinculantes para los mediadores, como el Código de Conducta Europeo para Mediadores⁴²⁸. Al contrario, la definición de reglas éticas para los negociadores es considerada una tarea casi imposible⁴²⁹. Claro que existen algunos cuerpos normativos con connotaciones éticas de los que son ejemplo las *Model Rules of Professional Conduct* de la ABA (*American Bar Association*), pero dichas reglas son aplicadas a abogados que realicen negociaciones, no abarcando a todos y cualesquiera negociadores. Los múltiples contextos de aplicación de la negociación, que pueden variar desde un conflicto laboral hasta un conflicto de guerra, hacen difícil la definición de reglas éticas.

Por otro lado, negociación y mediación son metodologías flexibles sin procedimientos pre-definidos *ab initio*. Sin embargo, la mediación, como veremos, dispone de una serie de principios esenciales como son la voluntariedad, la confidencialidad y la igualdad de las partes, asimismo reglamentados en la legislación que prevé su utilización⁴³⁰. En sentido opuesto, la heterogeneidad de la negociación hace difícil la definición de

⁴²⁷ WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, cit., pp. 62-63; SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 20 y GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 107. Considerando la mediación un caso especial de negociación, véase CARNEVALE, Peter J. y PRUITT, Dean G., "Negotiation and Mediation", *Annual Review of Psychology*, Vol. 43, 1992, p. 532.

⁴²⁸ Disponible en la versión española en el siguiente endereço electrónico, accedido el 7 de diciembre de 2010, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

⁴²⁹ Goldberg (*et al.*) analizan las dificultades de establecer reglas éticas en la negociación afirmando que "to draft effective ethical rules is close to impossible". Cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 75.

⁴³⁰ Ver el apartado 7 en este Capítulo II.

principios que sean característicos y caracterizadores de este medio de solución de disputas.

Así, incluso aunque el mediador se nutre de la savia de la negociación y de sus técnicas, en verdad la mediación va ganando autonomía, verificándose su institucionalización y reglamentación, lo que permite su afirmación e independencia en el actual cuadro de los medios de resolución de conflictos en los distintos ordenamientos jurídicos.

6.2.2. Conciliación

La distinción entre mediación y conciliación es una de las cuestiones más debatidas en la actualidad entre la doctrina y la que menor consenso obtiene, siendo dispares y contradictorias las posiciones defendidas. Como pone de manifiesto Rivero Lamas, la “frontera móvil entre la conciliación y la mediación lleva a una cierta indistinción y a un pragmatismo que se ve favorecido por la misma naturaleza de los sistemas de autocomposición”⁴³¹.

Linda Singer nos da cuenta de que en la práctica norteamericana el término conciliación estaba solamente relacionado con una participación preliminar del tercero que intervenía básicamente para reunir a las partes o transmitir entre ellas mensajes e informaciones. Como ejemplo refiere el papel de los noruegos en el conflicto entre Israel y la Organización para la Liberación de la Palestina, siendo que Noruega «served as a “bridge between Israel and the PLO, not as a mediator but as an expediter (...)”⁴³². Sin embargo, y como pone de manifiesto la autora, el término conciliación tiene en EE.UU. un significado propio y particular en el ámbito laboral y es utilizado alternativamente junto al de mediación en distintos documentos legislativos federales. El propio *Federal Mediation and Conciliation Service* recibió este nombre porque una de las Cámaras del Congreso quería un Departamento de mediación y la otra uno de conciliación, manteniendo dicha denominación solamente por tradición. Singer apunta que la palabra “conciliación” no goza actualmente del favor de los ciudadanos norteamericanos, principalmente cónyuges en separación, porque no les gusta la sonoridad similar al término reconciliación, que en ocasiones son compelidos a realizar en los procesos de

⁴³¹ Cfr. RIVERO LAMAS, Juan, prólogo del libro SANTOR SALCEDO, Helena, *La mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico*, La Ley, Madrid, 2006, p. 25.

⁴³² Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 24.

divorcio. Por otro lado, la conciliación tiene poca aceptación en EE.UU. porque parece minimizar el conflicto por oposición a resolver todas las cuestiones que están subyacentes, siendo progresivamente sustituido por la palabra mediación⁴³³.

Algunos autores defienden que los dos mecanismos no se pueden distinguir. En este sentido Silvia Velarde Aramayo y Rafael Sastre Ibarreche afirman que “hoy en día, parecen casi abandonados, por inútiles, los intentos de establecer una diferenciación relevante y de utilidad entre ambas: ni la práctica avalaría dichas diferencias puramente especulativas, ni tampoco parece que, normativamente, pueda mantenerse tal separación”⁴³⁴. Henry Brown y Arthur Marriott prefieren usar indistintamente los términos conciliación y mediación como sinónimos⁴³⁵, Dário Moura Vicente entiende que no existen diferencias sustanciales entre las dos figuras⁴³⁶ y Cardona Ferreira afirma que mediación y conciliación “devem ser caminhos muito ligados pela sua essência e pelos objetivos”^{437/438}.

La misma tendencia es apreciable en algunas normas legales. De este modo, en Costa Rica, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social n.º7727,

⁴³³ Indica Linda Singer que la conciliación “sounded too much like minimizing conflict (as opposed to resolving the issues underlying it) to be an acceptable term” (cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 24). Juan Carlos Vezzulla adopta una perspectiva similar al defender que en la conciliación se dispensa un tratamiento superficial del conflicto, mientras que la mediación profundiza la evaluación del conflicto. Añade el autor que la diferenciación entre mediación y conciliación mantiene disparidades en la existencia de relaciones entre las partes en conflicto y en la forma de conocer dicho conflicto. Así, para este autor si existe una relación personal entre los sujetos (como ocurre en conflictos de familia, laborales o entre vecinos) y las partes desean mantener esa relación deberá recurrirse a la mediación. Si el conflicto reflejar relaciones circunstanciales (como accidentes de tránsito o contratos de compra y venta) la conciliación es el método a aplicar (cfr. VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação. Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais*, 2ª edición, Agora Comunicação, Lisboa, 2005, p. 85).

⁴³⁴ Cfr. VELARDE ARAMAYO, Maria Silvia y SASTRE IBARRECHE, Rafael, “Mecanismos de herecomposición de conflictos: del arbitraje a los «ADR»”, cit., p. 59. Marta Blanco Carrasco nos da cuenta que Juan Montero Aroca apunta que el juez en la conciliación no dirime discordias que las partes presentan, simplemente, facilita la ocasión y anima a los interesados para el arreglo, no decidiendo y actuando como mediador. Así, para la autora, es evidente que en el texto se confunde el papel del mediador con el del conciliador. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 239.

⁴³⁵ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p.127.

⁴³⁶ Cfr. VICENTE, Dário Moura, “Mediação comercial internacional”, *Direito Internacional Privado - Ensaio II*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 390.

⁴³⁷ Cfr. FERREIRA, J. O. Cardona, “Nova Justiça – Velho Idealismo, Mediação e Conciliação”, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*, Coord. António José Moreira, Almedina, Coimbra, 2007, p. 1036.

⁴³⁸ Defendiendo aún que “não há razão científica para distinguir dois métodos diferentes de resolução alternativa de litígios”, véase GOUVEIA, Mariana França, “Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Almedina, Lisboa, 2008, p. 739.

de 26 de noviembre de 1997, regula, en su Capítulo II, las dos figuras sin definir ninguna. Y en Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación, de 4 de septiembre de 1997, afirma en su art. 55 que “para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos”⁴³⁹. En el ámbito internacional, la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre Conciliación Comercial de 2002, también establece la equivalencia de los términos mediación y conciliación⁴⁴⁰.

Consideramos, pese a todo lo anteriormente expuesto, que se debe hacer un esfuerzo de distinción entre las dos figuras, más aún cuando existe reglamentación legal aplicable a ambas y por ello se vuelve imprescindible saber qué mecanismos están incluidos o excluidos de los intentos legislativos. Asimismo, y como pone de manifiesto Vinyamata Camp, el “esfuerzo por definir de manera rigurosa el significado y la práctica de la mediación es el mejor sistema de preservar sus aportaciones originales así como de asegurar su aceptación y uso social, evitando la proliferación de significados contradictorios, la frivolidad de asociarla a cualquier forma de intervención social, mercantil o política, que no contribuye más que a desorientar y confundir”^{441/442}.

Pues bien, uno de los criterios de diferenciación más difundido en la doctrina para separar mediación y conciliación se remite al papel del tercero que ayuda a las partes en la resolución del conflicto. Así, es habitual sostener que en la mediación el tercero

⁴³⁹ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 238. Respecto de América Latina, Diana Droulers refiere que en Venezuela y en México el término “conciliación” es utilizado cuando el proceso es desarrollado ante un funcionario del Estado, siendo la mediación llevada a cabo por iniciativa privada. En Colombia, la Constitución de 1991 (art. 116), así como la Ley 446, de 7 de julio de 1998, adoptaron el término “conciliación” sin hacer distinción en relación al tercero. Concluye la autora que no es posible hacer una distinción clara y útil entre los dos términos en América Latina. Cfr. DROULERS, Diana C., “A mediação na América Latina”, *Mediação*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Quimera, 2002, p. 92.

⁴⁴⁰ Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002: **Art. 1, apartado 3** - *A los efectos de la presente Ley, se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.*

⁴⁴¹ Cfr. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, cit., p. 16.

⁴⁴² También defendiendo la autonomía conceptual de la mediación, siendo un medio distinto de la conciliación, véase GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, cit., pp. 77 y ss.. En términos legislativos, la Recomendación Rec (2001) 9 del Consejo de Ministros de los Estados miembros relativa a los medios alternativos a la litigación entre autoridades administrativas y los ciudadanos, adoptada el 5 de septiembre de 2001, no obstante referirse en el apéndice (punto III, apartado 2) a la mediación y conciliación indistintamente, considera en el memorándum explicativo del mismo documento, en su punto 43, que es útil distinguir los dos conceptos.

solamente apoya a las partes a intentar obtener la solución de la disputa y, en la conciliación, el conciliador puede proponer soluciones o presentar a las partes propuestas de acuerdo⁴⁴³. En este sentido, el Informe del CEPEJ (*European Commission for the Efficiency of Justice*), relativo a la eficiencia y calidad de los Sistemas Judiciales Europeos concerniente al año 2008 (y publicado en 2010), distingue mediación y conciliación precisamente porque el mediador sólo facilita la comunicación entre las partes y el conciliador puede sugerir propuestas de acuerdo⁴⁴⁴.

Sin embargo, este criterio es refutado doctrinal y legislativamente por autores y normas legales que atribuyen al tercero papeles diametralmente opuestos. Así, para Alcalá-Zamora si la conciliación se reduce simplemente a una forma de autocomposición, en la mediación el tercero propone una o más soluciones⁴⁴⁵ y Montero Aroca, en la senda de Goldschmidt, refiere que en la mediación “el tercero no sólo intenta acercar a las partes, sino que asume la dirección de las negociaciones, haciendo proposiciones que las partes pueden o no aceptar, mientras que el conciliador se limita a aproximar a las partes, pero sin proponer solución concreta al litigio”⁴⁴⁶. Del mismo modo, Helena Santor Salcedo entiende por conciliador quien se “limita a propiciar el contacto y el entendimiento, correspondiendo a las partes la búsqueda de soluciones” y mediador quien “formula una propuesta razonada y fundada”⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Ver, *inter alia*, BANDEIRA, Susana Figueiredo, “A Mediação como Meio Privilegiado de Resolução de Litígios”, *Julgados de Paz e Mediação: um novo conceito de Justiça*, AAFDL, Lisboa, 2002, p. 109. También Nicola Soldati afirma que “Secondo la dottrina, la conciliazione si caratterizzerebbe per un ruolo più attivo del conciliatore incaricato della composizione della vertenza, il cui potere si spingerebbe, in talune ipotesi, sino all’autonoma presentazione di proposte transattive”. Cfr. SOLDATI, Nicola, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Editora Ipsoa, 2005, p. 230.

⁴⁴⁴ Determina el Informe que “Mediation: this is a voluntary, non-binding private dispute resolution process in which a neutral and independent person assists the parties in facilitating the discussion between the parties in order to help them resolve their difficulties and reach an agreement. It exists in civil, administrative and criminal matters. Conciliation: the conciliator’s main goal is to conciliate, most of the time by seeking concessions. She/he can suggest to the parties proposals for the settlement of a dispute. Compared to a mediator, a conciliator has more power and is more proactive”. Cfr. CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2010(data 2008)*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010, p. 107, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 27 de octubre de 2010,

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282010%29Evaluation&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864>.

⁴⁴⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 77.

⁴⁴⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 150.

⁴⁴⁷ Cfr. SANTOR SALCEDO, Helena, *La mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico*, 1ª edición, La Ley, Madrid, 2006, p. 116. Asimismo Perdiguero Bautista afirma que la conciliación se caracteriza “por ser un sistema de autocomposición en el que interviene un tercero ajeno al

En términos normativos, la Recomendación Rec(2001)9 del Consejo de Ministros de los Estados miembros relativa a los medios alternativos a la litigación entre autoridades administrativas y los ciudadanos, en los puntos 89 a 100, hace su diferenciación refiriendo que el conciliador no propone soluciones de acuerdo y, al revés, el mediador recomienda la solución⁴⁴⁸.

Aún en el ámbito del papel del tercero, pero prevaleciendo el grado de intensidad de su participación, Silvia Barona Vilar considera que el conciliador pretende que las partes alcancen un acuerdo entre ellas pero no adopta medidas persuasivas que posibiliten una solución de consenso entre ellas y el mediador, por su parte, persuade la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución que implique una desaparición, o cuanto menos suavización, de la crispación existente⁴⁴⁹.

En términos reglamentarios y en el ámbito laboral, el ASEC IV establece en su art. 15, apartado 3, que el “mediador o mediadores formularán propuestas para la solución del conflicto, que podrán incluir el sometimiento de las discrepancias a arbitraje”. El Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles adopta el mismo enfoque refiriendo que el mediador es un “propiciador o catalizador del acuerdo entre las partes, desplegando pues una actividad en pos del acuerdo, proponiendo a las partes posibles soluciones”⁴⁵⁰.

En Portugal, e igualmente en el ámbito laboral, la legislación prescribe el mismo papel para el mediador. El *Decreto-Ley* n.º519-CI/79, de 28 de diciembre, acentuaba la distinción entre mediación y conciliación basada en el papel del tercero, debiendo el mediador ofrecer su propuesta de resolución para el conflicto y, al contrario, el

conflicto que se limita a acercar a las partes para que éstas puedan solucionar por sí mismas el conflicto”, sin, por tanto, proponer soluciones. Cfr. PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo, “Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral”, *Arbitraje, mediación y conciliación*, Dir. Ernesto Pedraz Penalva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º27, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 251.

⁴⁴⁸ Ver apartado 90 del Memorandum explicativo de la Recomendación Rec(2001)9 del Consejo de Ministros de los Estados miembros relativa a los medios alternativos a la litigación entre autoridades administrativas y los ciudadanos: “Conciliation is intended to draw the parties together, induce them to reconcile their positions and guide them in discovering a meeting-point between these positions. Mediation, on the other hand, assigns the person conducting it a role as intermediary between the parties in order to work out a proposed solution based on the positions of the parties”.

⁴⁴⁹ BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 81.

⁴⁵⁰ Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., pp. 21 y 22. El art. 1 del Proyecto de Ley de Mediación civil y mercantil en España no permite distinguir con claridad mediación y conciliación, siendo que el preámbulo del mismo apunta también en el sentido de que el papel del mediador deberá ser más activo y el conciliador tendría una menor capacidad de propuesta.

conciliador no propondría soluciones. El actual Código del Trabajo portugués, aprobado por la Ley 7/2009, de 12 de febrero, prescribe en el art. 527 que el mediador tiene 30 días para presentar su propuesta de resolución del conflicto a las partes. Sin embargo, esta posición legal es opuesta a la práctica existente en el ámbito del Sistema Público de Mediación Laboral (creado a través de un Protocolo celebrado el 5 de mayo de 2006 entre el Ministerio de Justicia y entidades patronales y sindicales) siendo difundido en esta sede que el mediador laboral no deberá proponer soluciones.

Esta contradicción entre nociones y concepciones doctrinales y asimismo legales sería suficiente para abandonar el criterio del papel del tercero como elemento de distinción. Además, este criterio enlaza con la distinción, que analizaremos posteriormente con más detalle, entre mediación facilitadora (en que el mediador se abstiene de ofrecer recomendaciones) y, por otro lado, mediación evaluadora (teniendo el mediador un papel más activo recomendando o influyendo en la decisión final)⁴⁵¹. En efecto, según esta clasificación, la conciliación no sería más que una forma de mediación evaluadora o facilitadora según el punto de vista de cada autor⁴⁵².

Ante la flexibilidad metodológica inherente a la mediación y la posibilidad del mediador poder adoptar diferentes técnicas para la resolución de cada caso, el criterio distintivo en

⁴⁵¹ La distinción entre mediación facilitadora y evaluadora es trazada por la normativa legal italiana en el Decreto Legislativo n.º28, 4 de marzo de 2010, art. 1, apartado 1, párrafo a), que define mediación como la actividad de búsqueda de un acuerdo amistoso para el conflicto, y por lo tanto con naturaleza facilitativa, que puede evolucionar para una mediación adjudicativa con la formulación de una propuesta de resolución por el mediador. Además, el art. 11, apartado 1, con epígrafe “*Conciliazione*”, prescribe que cuando no se alcance el acuerdo, el mediador podrá formular una propuesta de resolución de la controversia. Añade que en cualquier momento del procedimiento las partes podrán solicitar por unanimidad que el mediador presente una propuesta de conciliación, debiendo este profesional, en este caso, informar las partes de las consecuencias en términos de costas procesales reglamentadas en el art. 13 de la misma normativa legal. Decreto legislativo n.º28, de 4 de marzo: **Art. 1, apartado 1, párrafo a) *mediazione* - *l'attività*, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o piu' soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.**

Art. 11, apartado 1 - *Se e' raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale e' allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non e' raggiunto, il mediatore puo' formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.*

Cfr. ORTIZ, Juan Carlos, “La mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., p. 2 y IANNINI, Augusta, *La Legislazione Italiana in Materia di Mediazione*, cit., p. 9.

⁴⁵² Conforme afirman Henry Brown y Arthur Marriott “Where a mediator introduces any element of evaluation, that is described as evaluative mediation”. Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p.127.

relación a la conciliación no puede basarse en el papel del tercero, lo cual es imposible de establecer de forma previa y predefinida a cada situación. Hay, por lo tanto, que buscar otro fundamento diferenciador más coherente y sin contradicciones perturbadoras.

La distinción presentada por Carnelutti entre estos dos equivalentes jurisdiccionales, como los consideró, se centraba en la finalidad de ambos los medios. De esta manera, a juicio de Carnelutti, “la mediación persigue una *composición contractual cualquiera*, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la *composición justa*. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda”⁴⁵³. Pero consideramos anteriormente que Justicia es la solución de una controversia que se alcanza cuando los ciudadanos, conocedores de los hechos y reflexionando con buena fe, piensen y sientan que la solución es correcta⁴⁵⁴. De este modo, pensamos que la mediación constituye un medio con tantas virtualidades para alcanzar la justicia del caso como la conciliación, ya que las partes buscan la solución correcta y justa de su disputa. Es por ello que tampoco puede ser el criterio de distinción entre ambos.

Otra corriente doctrinal diferencia mediación y conciliación atendiendo al órgano responsable de desarrollar cada método. Ya Carnelutti consideraba que la conciliación estaría encomendada a un órgano del Estado, sea un juez, sea incluso un encargado judicial⁴⁵⁵. Prosigue en esta línea Montero Aroca entendiendo la conciliación como una “comparecencia, obligatoria o facultativa de las partes ante una autoridad estatal para que en su presencia traten de solucionar amistosamente el conflicto de intereses que las separa”⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 203.

⁴⁵⁴ Concepción defendida en FERREIRA, J. O. Cardona, “Sistemas de Justiça e Mediação”, cit., p. 190 y que analizamos en el punto relativo a la naturaleza autocompositiva de la mediación (apartado 4.3., del Capítulo II). En el mismo sentido, Fernando Martín Diz afirma que el objetivo de la mediación es precisamente “que el ciudadano como partícipe y gestor de la solución autocompositiva de su litigio la sienta, además de suya y propia, lícita, ecuaníme, adecuada, y por tanto justa” (cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 130).

⁴⁵⁵ Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 204. Analizando la perspectiva de Carnelutti en lo que concierne a la conciliación, criticando además la interpretación que Carresi hace de la misma, véase PESSOA VAZ, Alexandre Mário, *Poderes e deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Vol. I, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, pp. 283 y ss..

⁴⁵⁶ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 150. La misma perspectiva es adoptada por Marta Blanco Carrasco para quien si la conciliación judicial se caracteriza por ser desarrollada durante el proceso jurisdiccional, ya la conciliación extrajudicial “es realizada ante un órgano

Íntimamente vinculada con este enfoque está la corriente de autores que entiende que la diferencia entre mediación y conciliación es de carácter procesal. Integrando esta perspectiva, Juan Rosa Moreno indica que “la conciliación afecta al proceso exclusivamente y la mediación a un conflicto no necesariamente procesal”⁴⁵⁷. Posición similar tiene Carballo Martínez cuando afirma que “Mientras que la mediación es un negocio jurídico de derecho material, la conciliación se desenvuelve dentro de un derecho autónomo como es el derecho procesal”⁴⁵⁸. Esta perspectiva tiene raíces en la concepción de Guasp que atribuye naturaleza procesal a la conciliación la cual reclama una intervención judicial auténtica⁴⁵⁹.

Razones históricas fundamentan las antecitadas posturas que reflexionan sobre la estructura procesal de la conciliación judicial moderna. En efecto, este mecanismo viene siendo introducido en las leyes procesales desde las importantes reformas de los códigos procesales en el siglo XX⁴⁶⁰. Así ocurrió en Alemania en relación a la conciliación judicial preliminar obligatoria ante el *Amtsgericht*, de los §§ 495° y ss. de la ZPO, después de la Reforma de 3 de febrero de 1924, y en Francia, después de la Reforma de 1935, con la consagración de la conciliación judicial oficiosa en el decurso del proceso⁴⁶¹. En Portugal la figura de la conciliación fue consagrada expresamente en la Constitución de 1822 y en la Carta Constitucional de 1826, surgiendo como acto previo a la instauración del proceso en tribunal siendo realizada por el juez de paz y pudiendo ser llevada a cabo después de proferida la sentencia⁴⁶².

no judicial o judicial sin competencia para conocer el fondo del litigio, colegiado o no, establecido por la ley o la costumbre, y generalmente con carácter anterior al inicio del proceso judicial”. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 344.

⁴⁵⁷ Cfr. ROSA MORENO Juan, *El arbitraje administrativo*, Universidad de Alicante, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 38.

⁴⁵⁸ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 88.

⁴⁵⁹ Se refiriendo a la concepción de Guasp sobre la naturaleza de la conciliación, véase MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de Derecho Procesal*, cit., p. 199.

⁴⁶⁰ Cfr. PESSOA VAZ, Alexandre Mário, *Poderes e deveres do Juiz...*, cit., p. 217.

⁴⁶¹ De referir es también el Proyecto Solmi (proyecto de 1937, preliminar del código de proceso civil italiano elaborado por Arrigo Solmi, el Ministro de la Justicia del Gobierno de Mussolini) que previa en su art. 182 que la conciliación judicial oficiosa prescrita en el art. 161, debería ser renovada por el juez de la causa después del cerramiento de la audiencia de producción de prueba. Cfr. PESSOA VAZ, Alexandre Mário, *Poderes e deveres do Juiz...*, cit., p. 219.

⁴⁶² Cfr. PEREIRA, Albertina, “O juiz, a mediação e a (nova) conciliação”, *Boletim, Informação & Debate*, Série IV, nº6, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, septiembre 2005, p. 197, np. 25.

En España la conciliación tiene su origen en el proceso mercantil, concretamente en las ordenanzas que desarrollaban el proceso ante los consulados y fue generalizada por la Constitución de 1812 como actividad previa de carácter obligatorio para todo tipo de procesos civiles y mercantiles⁴⁶³. Actualmente, el ordenamiento español consagra la conciliación en el orden jurisdiccional civil⁴⁶⁴ en los artículos vigentes del Real Decreto de Promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, concretamente arts. 460 a 480 y en los arts. 414 y 415 de la LEC 2000. Estas previsiones legales sufrieron modificaciones con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre⁴⁶⁵, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, en el sentido de atribuir a los Secretarios Judiciales funciones conciliatorias⁴⁶⁶. No obstante las alteraciones referidas, la conciliación continúa conectada con el proceso, pero ahora atribuida a los Secretarios Judiciales quienes tienen competencia para desarrollar este mecanismo.

Estos ejemplos parecen fundamentar la posición de que la distinción entre mediación y conciliación se vincula con la naturaleza extra-procesal de la primera y la naturaleza procesal de la segunda, debiendo la conciliación ser atribuida a órganos procesales sea jueces, sea Secretarios Judiciales.

¿Qué posición adoptar ante los criterios presentados?

La distinción entre mediación y conciliación no puede basarse en cuestiones metodológicas o científicas ya que debido a la flexibilidad de ambos mecanismos no parece correcto prescribirse *ab initio* el papel y metodología a utilizar por el mediador y conciliador. Deberá ser el profesional ante cada situación cuando determine los instrumentos a aplicar y si deberá, o no, sugerir soluciones, o solamente acercar posturas entre las partes.

Por otro lado, tampoco podemos afirmar que mediación y conciliación se distinguen por la aplicación de diferentes técnicas de tratamiento del conflicto y que el mediador

⁴⁶³ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de Derecho Procesal*, cit., pp. 152 y 157.

⁴⁶⁴ Ver, entre otros, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 64-67.

⁴⁶⁵ Publicada en el BOE n.º266, de 4 de noviembre de 2009.

⁴⁶⁶ Sobre esta nueva función del Secretario Judicial, véase SOLETO MUÑOZ, Helena, “Nota sobre la conciliación de los secretarios judiciales”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soletto Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 337-341.

profundiza en el análisis del conflicto, mientras que el conciliador analiza la disputa de forma superficial. En verdad, si no es posible definir *ab initio* qué metodología aplicará el mediador o el conciliador, no podremos afirmar qué análisis deberá ser realizado por cada profesional. Incluso nada impide que un juez conciliador, un secretario judicial o un abogado obtengan formación en técnicas de mediación y las apliquen en su actividad.

Atendiendo a la reglamentación creciente de la mediación y a la previsión de la conciliación en diversas normas legales, nos parece útil a efectos de delimitación de su ámbito de aplicación definir cuando estaremos ante uno y otro mecanismo. En consecuencia, consideramos que es tomando como referencia el marco normativo actual como debemos intentar percibir y delinear la distinción que pretendemos ofrecer.

Empecemos por la Directiva 2008/52/CE que en su art. 3, párrafo a), entiende por mediación el “procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”. De este modo parece adoptar un concepto amplio de mediación que abarcaría diversas figuras, incluso con diversas denominaciones. Sin embargo, el artículo 3, apartado a), deberá ser leído e interpretado conjuntamente con el Considerando 11 que excluye del ámbito de aplicación de la Directiva y, por lo tanto, del propio concepto de mediación, las negociaciones precontractuales, los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, la determinación por experto y los procesos administrados por personas que formulan recomendaciones formales, jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto. Por otro lado, el propio art. 3, párrafo a), no incluye en el concepto de mediación “las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio”. De lo expuesto resulta que la Directiva distingue mediación de conciliación judicial, excluyendo del concepto las diligencias para intentar que las partes obtengan un acuerdo en el ámbito de un proceso judicial. Premisa reforzada por la propia

Directiva cuando permite que la mediación sea conducida por un juez, cuando no se trate el juez que ha conocido el proceso en que se discute la situación conflictual⁴⁶⁷.

El marco normativo español, pero también el portugués, como referimos anteriormente, vienen consagrando mayoritariamente la posición de los autores clásicos relativa a la naturaleza procesal de la conciliación frente a la caracterización extraprocesal de la mediación. En este sentido es posible observar una tendencia legislativa de prescripción de la conciliación en el ámbito de un proceso judicial llevada a cabo por el juez y dentro del propio proceso judicial del cual es responsable⁴⁶⁸, mientras que la mediación es reglamentada como medio extraprocesal y conducida por profesionales sin conexión con el proceso judicial en curso. Igualmente en relación a la denominada mediación intrajudicial, denominación que criticamos anteriormente⁴⁶⁹, la misma viene siendo caracterizada como un medio utilizado cuando existe un proceso judicial, pero llevada a cabo fuera del escenario procesal y nunca por el juez ante el cual se está ventilando el litigio.

Analizando el sistema arbitral podremos verificar la misma tendencia si atendemos al ámbito del consumo. En efecto, en el sistema arbitral de consumo, reglamentado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero⁴⁷⁰, el propio órgano arbitral podrá instar a las partes a la conciliación (art. 42), mientras que el art. 38 del mismo dispositivo legal se refiere al mediador como alguien externo al procedimiento arbitral.

Consideramos así que esta tendencia deberá generalizarse consagrándose en la ley y en la doctrina la utilización del término conciliación como la tentativa de resolución por acuerdo del conflicto que enfrenta a dos o más partes, desarrollada en el ámbito de un proceso jurisdiccional, administrativo o arbitral, sea por el *decidendi* responsable del mismo, o sea por tercero con conexión o vinculación directa con el proceso, como son los secretarios judiciales (a la luz de los últimos cambios legislativos), pero también

⁴⁶⁷ Ver Considerando 12 y art. 3 de la Directiva 2008/52/CE. En el mismo sentido la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, añade un nuevo apartado 4 al art. 17 prescribiendo que, “salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador para resolver el mismo conflicto entre éstas”.

⁴⁶⁸ En este sentido Zulema Wilde y Luis Gaibrois entienden que la conciliación solo puede ser judicial. Cfr. WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, cit., p. 37.

⁴⁶⁹ Ver el apartado 5.2. del Capítulo II.

⁴⁷⁰ Publicado en el BOE n.º48, de 25 de febrero.

respecto de los abogados o procuradores de las partes. Es por ello que los abogados o procuradores podrán intentar obtener un acuerdo con la parte contraria del conflicto con el objetivo de evitar un proceso judicial. Si no tuvieren éxito en sus intentos, tendrán que seguir la vía judicial, participando en el proceso judicial, lo que nunca ocurrirá con el mediador, cuya participación termina con el procedimiento y sesiones de mediación. De esta forma abarcamos en nuestro enfoque tanto la conciliación judicial como la conciliación convencional, puesto que incluimos las tentativas de obtención del acuerdo en procedimientos judiciales administrativos o arbitrales a través de los órganos designados para ello, así como también las situaciones en que las partes aceptan intentar el acuerdo a través de sus abogados. El término mediación, al contrario, deberá ser atribuido al método de resolución de conflictos a través del acuerdo de las partes auxiliadas por un tercero sin conexión con la disputa y externo al proceso judicial, arbitral o administrativo.

La distinción trazada es también coherente con algunos aspectos reglamentados por la legislación en vigor, concretamente en términos del principio de confidencialidad inherente a la mediación y al principio de voluntariedad.

En lo que concierne al principio de confidencialidad encuentra previsión legal específica en el art. 7 de la Directiva 2008/52/CE; en el art. 10 del Proyecto de Ley de Mediación civil y mercantil en España; en el art. 52 de la Ley de los *Julgados de Paz* portuguesa; en el art. 249-C del Código de Proceso Civil portugués (introducido por la Ley 29/2009); en el art. 4, apartado 5, de la Ley 21/2007 de regulación de la mediación penal en Portugal, por citar las normas más relevantes de nuestro entorno de estudio más próximo.

La previsión de confidencialidad es también una evidencia en los ordenamientos jurídicos europeos. Véase a título de ejemplo el Código de Proceso Civil francés que en el art. 131-14, incluido mediante el Decreto n.º96-652 de 22 de julio de 1996⁴⁷¹, prescribe que “Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance”. También el *Code Judiciaire* belga, modificado por Ley de 21 de febrero de 2005 relativa a la temática de la mediación, prevé el principio de confidencialidad en el art. 1728. § 1er. y art. 1731. § 2.

⁴⁷¹ Jornal Oficial de 23 julio de 1996.

5°. Y en términos internacionales la confidencialidad tampoco ha quedado excluida de los movimientos normativos como se puede verificar, por ejemplo, en el *Uniforme Mediation Act* de EE.UU. en su art. 8.

Parece así incuestionable, como contrastaremos más adelante, que la confidencialidad es inherente a la mediación. De este modo, podremos afirmar que la aplicación de la mediación acarrea que el mediador y las partes tengan la obligación de mantener reserva absoluta sobre las informaciones divulgadas en las sesiones o, al menos, las declaraciones manifestadas ante el mediador por las partes no podrán ser valoradas como prueba en un proceso judicial.

Pues bien, atendiendo a la posición por nosotros expuesta en el sentido de que deberá consagrarse la tendencia de que la conciliación es el mecanismo llevado a cabo por el juez, árbitro, secretario judicial, abogado, procurador u otra persona con intervención en el proceso jurisdiccional, arbitral o administrativo, queda aclarada la razón por la cual la ley no prescribe respecto de la conciliación el principio de confidencialidad. Sería difícil concretar este principio cuando ante la situación de una continuidad en el enjuiciamiento del asunto debiera producirse una decisión o cualquier otra intervención activa por parte de quien había anteriormente intentado la conciliación entre las partes. Exigir la confidencialidad en el ámbito de un proceso judicial que por regla es público, interpondría obstáculos perturbadores cuando el proceso hubiera de seguir su marcha por falta de avenencia entre las partes.

En relación al principio de voluntariedad, plasmado en el contrato de mediación, también es posible verificar la pertinencia de la posición que defendemos puesto que en relación a este método las partes tienen que aceptar su aplicación a través del contrato referido. En cambio, la conciliación sólo es requerida en la comparecencia de las partes ante el tercero que puede ser el juez, árbitro, secretario judicial, abogado o procurador u otro tercero⁴⁷².

Queda así comprobado cómo de ahora en adelante la ley y la doctrina deberán gradualmente referirse a la conciliación cuando prescriba la tentativa de resolución del litigio impulsada por el juez, árbitro, procurador, abogado u otro tercero con conexión

⁴⁷² En este sentido defiende Marta Blanco Carrasco que “mientras que la conciliación no requiere la formalización de un contrato, sino que requiere exclusivamente una *comparecencia* ante un tercero, la mediación exige la existencia de un *contrato* al que hemos denominado contrato de mediación”. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 240.

con un proceso judicial, arbitral o administrativo y el término mediación deberá ser reglamentado como el método de solución de conflictos en que las partes procuran construir un acuerdo que ponga fin a la disputa, a través de la intervención de un tercero sin conexión con el conflicto, ni con ningún proceso judicial, presente o futuro. En consecuencia, en la mediación las partes y el mediador están obligadas al principio de confidencialidad y tienen que pactar la aplicación de este mecanismo. Por el contrario, en la conciliación las partes solamente tienen que comparecer ante un tercero que no está obligado a la confidencialidad⁴⁷³.

De esta forma terminarían los debates doctrinales en relación a esta temática y pensamos que la claridad y lo más razonable en términos de concepto jurídico quedarían restablecidos en esta cuestión.

6.2.3. Otros modos de terminación o evitación del proceso

Además de la negociación y de la conciliación hay otras formas de evitar o terminar anticipadamente un proceso que no deberán confundirse con la mediación, concretamente nos referimos a la transacción, el allanamiento, la renuncia o el desistimiento.

En lo que concierne a la transacción, el art. 1809 del Código Civil español la define como un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Con base en esta definición, los autores, como Alcalá-Zamora, consideran que, al contrario de la mediación, en la transacción hay un sacrificio recíproco de las partes que abandonan parte de su derecho, presuponiendo concesiones mutuas⁴⁷⁴. Pues bien, en la mediación, el objetivo primero es obtener un acuerdo en que las partes sientan sus necesidades satisfechas y que responda a sus ambiciones sin que tengan que sacrificar obligatoriamente sus derechos o intereses. Por otro lado, Michèle Hofnung en relación al régimen francés de la transacción (art. 2044 del Código Civil) considera que esta figura

⁴⁷³ La posición que defendemos encuentra además reflejo en el actual sistema arbitral de consumo español. En efecto, en los términos del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero la mediación es prescrita como una fase eventual del procedimiento arbitral que las partes tienen que aceptar y que es realizada por un tercero sin conexión con el proceso (art. 38). La conciliación es una fase del procedimiento arbitral promovida por el órgano arbitral que puede instar a las partes a se concilien (art. 42, apartado 1).

⁴⁷⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 91. Véase también CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 199 a 201 y CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 82.

es distinta de la mediación porque está siempre relacionada con una pretensión pecuniaria y porque la transacción resuelve de forma definitiva el litigio de forma y manera que no podrá volver el asunto posteriormente al tribunal⁴⁷⁵.

El allanamiento es definido por Pérez-Cruz Martín como el acto procesal del demandado, que consiste en la declaración de voluntad admitiendo las pretensiones formuladas por el demandante con la intención de poner fin al proceso, cuyo fundamento se encuentra en la vigencia del principio dispositivo en el proceso civil⁴⁷⁶. También Alcalá-Zamora afirmaba su naturaleza unilateral definiéndolo como el reconocimiento y sumisión de la parte atacada a la pretensión litigiosa contra ella dirigida⁴⁷⁷. En consecuencia, esta figura es distinta de la mediación precisamente por la naturaleza bilateral de este mecanismo, no verificándose en el allanamiento un acuerdo de voluntades, sino solamente un reconocimiento del derecho de la parte contraria.

Mostrando de igual modo una naturaleza unilateral, tenemos la renuncia a la que Carnelutti definía como “*el abandono de la pretensión*”. Es una figura distinta de la mediación por cuanto la renuncia se produce dentro del marco del proceso, significando que una de las partes declara unilateralmente que quiere poner fin a la relación procesal sin una sentencia de fondo⁴⁷⁸. La mediación aún cuando implica la suspensión de la acción ocurre externamente al proceso. Además la renuncia implica la imposibilidad futura de ejercitar acciones judiciales respecto al conflicto en que se produce, situación ésta que no es predicable de la mediación que, siempre y cuando concurra la voluntad común de las partes, es repetible.

Por último, el desistimiento es el acto por el cual el actor abandona la pretensión deducida en el proceso dando fin al mismo, pero no se abdicar del fundamento de la pretensión y, por lo tanto, puede volver a plantearse la misma cuestión en otro

⁴⁷⁵ Cfr. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, cit., p. 79.

⁴⁷⁶ Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Andavira Editoria, Santiago de Compostela, 2011, pág. 418.

⁴⁷⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 85.

⁴⁷⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 98 y CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p.84.

procedimiento judicial posterior. El desistimiento puede ser unilateral o bilateral⁴⁷⁹, mientras que la mediación es siempre y en todo caso bilateral⁴⁸⁰.

Además de todas las diferencias indicadas, nos parece que hay un factor distintivo claro entre todas estas figuras y la mediación y que resulta del hecho de que todos los actos referidos son formas de terminación (o de evitar, también para el caso de la transacción) del proceso y, al revés, la mediación puede ocurrir antes, después e independiente de la existencia de un proceso judicial.

7. PRINCIPIOS CARACTERIZADORES DE LA MEDIACIÓN

La afirmación de que la mediación es un medio integrado en el sistema de resolución de conflictos de un concreto ordenamiento jurídico, y por tanto una forma de justicia, exige que se presenten y analicen sus principios fundamentales, que constituirán por ello sus ejes y sostenes.

De este modo, no pretendemos analizar en este epígrafe todos los elementos caracterizadores de la mediación como la flexibilidad del procedimiento o la neutralidad e imparcialidad exigibles al mediador, cuestiones que abordaremos en el Capítulo III. Nuestra intención en este punto es estudiar los principios que tienen mayor peso jurídico, ofreciendo garantías de seguridad y justicia a las partes en la resolución de su conflicto por esta vía, como son la voluntariedad, la confidencialidad y la igualdad de las partes. En causa están lo que consideramos como las tres condiciones *sine qua non* para que la mediación se realice y sus resultados sean plenamente válidos.

7.1. Principio de voluntariedad: análisis crítico de los sistemas de mediación obligatorios

La mediación comporta un medio de resolución de conflictos basado en el diálogo entre las partes con el objetivo de obtener el acuerdo que ponga fin a la disputa. De este modo se puede afirmar que la voluntariedad constituye una condición *sine qua non* de la mediación en la medida que la ausencia de este principio haría inviable *ab initio*

⁴⁷⁹ Ver Sentencia del TC 187/1990 que declara que “no hay imperativo constitucional por el que en todo momento el desistimiento deba ser bilateral”.

⁴⁸⁰ Para más diferencias entre las dos figuras, véase CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., pp. 84-85.

cualquier discusión en torno al conflicto existente. En efecto, nadie puede ser obligado a argumentar o esgrimir puntos de vista en contra de su voluntad o, en otras palabras, la obligatoriedad del recurso a la mediación podría dar lugar al silencio de las partes que haría inviable cualquier discusión, y con ello cualquier opción a la resolución del conflicto de forma dialogada y a través del mutuo acuerdo.

En este mismo sentido se pronuncia el Libro Verde sobre los modos alternativos de resolución de los litigios en materia civil y mercantil. Propugna su apartado 64 que “podría ser inútil obligar a alguien a participar en un ADR contra su voluntad, en la medida en que el éxito del proceso depende de esa misma voluntad”⁴⁸¹.

El principio de voluntariedad afecta a todo el procedimiento de mediación, en la medida que no sólo está presente en la decisión de someter el conflicto a resolución a través de este método, sino también, desde el momento en que cualquiera de las partes puede renunciar al mismo en cualquiera de sus fases y etapas, sin que la otra se pueda oponer, y sin tener que aportar razón justificativa alguna.

La Directiva 2008/52/CE consagra el principio de voluntariedad en el art. 3, párrafo a), refiriendo que en la mediación la partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas el acuerdo para su disputa. Del igual modo, la voluntariedad está consagrada como principio de la mediación en diversos ordenamientos jurídicos como Portugal (art. 249-A del Código de Proceso Civil), Bélgica (art. 1729 y art. 1730. §1er. del Código Judicial); o Francia (art. 131-1 del Código de Proceso Civil).

Sin embargo, viene verificándose una tendencia para que los ordenamientos jurídicos restrinjan la exigencia de voluntariedad solamente a la obtención del acuerdo consagrando sistemas obligatorios de mediación en que las partes son forzadas a someterse a este medio con carácter previo a su acceso a los tribunales o al arbitraje.

Una de las previsiones pioneras en esta materia se constató en Argentina, cuando en 1995 fue aprobada la mediación obligatoria por la Ley n.º24.573, en el ámbito de los procesos civiles y mercantiles, mantenida por la Ley n.º26.589 de Mediación y Conciliación, promulgada el 3 de mayo de 2010, que establece con carácter obligatorio la mediación

⁴⁸¹ Cfr. Libro Verde sobre los modos alternativos de resolución de los litigios en materia civil y mercantil, presentado por la Comisión Europea en abril de 2002, referencia COM(2002) 196 final y disponible en <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33189.htm>.

previa a todo proceso judicial (salvo las excepciones expresamente contempladas en su artículo 5). Prevé el art. 28 que la parte que no comparezca a la mediación sin justificación abone una multa cuyo montante será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia⁴⁸².

La propia Directiva 2008/52/CE en el art. 3, párrafo a), indica que la remisión a mediación puede ser ordenada por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Y, en este sentido, el Proyecto de Ley de Mediación español en su art. 7 prescribe que la “mediación es voluntaria, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea la legislación procesal”. Concretando aún más el tenor de este artículo, el propio Proyecto prevé introducir un nuevo apartado 3 en el art. 437 LEC y un nuevo apartado 2 en el art. 439 LEC⁴⁸³, conforme a los cuales en las demandas cuya cuantía no exceda de seis mil euros y no se refieran a ninguna de las materias del apartado 1 del art. 437 o a una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda, no se

⁴⁸² Ley n.º26.589 promulgada a través del Decreto Nacional n.º619/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 6 de mayo de 2010: **Artículo 1 - Objeto.** *Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.*

Artículo 2 - Requisito de admisión de la demanda. *Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.*

Artículo 5 - Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. *El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:*

- a) *Acciones penales;*
- b) *Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;*
- c) *Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;*
- d) *Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;*
- e) *Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;*
- f) *Medidas cautelares;*
- g) *Diligencias preliminares y prueba anticipada;*
- h) *Juicios sucesorios;*
- i) *Concursos preventivos y quiebras;*
- j) *Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;*
- k) *Conflictos de competencia de la justicia del trabajo;*
- l) *Procesos voluntarios.*

Artículo 28 - Conclusión de la mediación por incomparecencia de las partes. *Si el proceso de mediación concluye por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El reclamante queda habilitado para iniciar el proceso judicial, a cuyo fin acompañará su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La parte incompareciente deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria.*

⁴⁸³ Ver disposición final cuarta, apartados 10 y 11 del Proyecto de Ley de Mediación.

admitiendo en juicio si no se acompañe acta u otro documento acreditativo del intento de mediación. Como refiere el CGPJ, “Así las cosas, el principio de voluntariedad se manifiesta no tanto en el comienzo del procedimiento de mediación, al que efectivamente las partes pueden verse abocadas por una norma legal, como en el mantenimiento de la mediación una vez iniciado el proceso, y sobre todo en la consecución de un acuerdo, que sólo puede darse si ambas partes consienten voluntariamente aceptarlo”⁴⁸⁴.

En Italia, el Decreto Legislativo n.º28 de 4 de marzo de 2010, estableció tres tipos de mediación: voluntaria [art. 1, apartado 1, párrafo a)]; judicial o encarga por un órgano judicial⁴⁸⁵ (art. 5, apartado 2); y obligatoria en los casos prescritos en el art. 5, apartado 1, concretamente condominio, derechos reales, divisiones de la cosa común, herencias, arrendamientos, indemnizaciones por los daños causados por vehículos y embarcaciones, responsabilidad médica, difamación por la prensa u otros medios de publicidad, los contratos de seguros, bancarios y financieros⁴⁸⁶. En estas materias el intento de la mediación es condición de admisibilidad de la demanda para el inicio del proceso y la parte demandada debe alegar esta causa de improcedibilidad de la acción bajo pena de caducidad, o el tribunal podrá detectarla automáticamente a más tardar en la primera audiencia⁴⁸⁷. Dicha obligatoriedad es reforzada por incentivos fiscales prescritos en el art. 17. En efecto, además de la exención del impuesto de timbre para todos los documentos relativos al proceso de mediación, el acuerdo de mediación estará exento de impuesto de

⁴⁸⁴ Ver CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., p. 33.

⁴⁸⁵ Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo – **Art. 5, apartado 2**. *Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, puo' invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non e' prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non e' gia' stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.*

⁴⁸⁶ Decreto Legislativo n.º28, de 4 de marzo – **Art. 5, apartado 1**. *Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilita' medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicita', contratti assicurativi, bancari e finanziari, e' tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate.*

⁴⁸⁷ Cfr. ORTIZ, Juan Carlos, “La mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., p. 3.

registro hasta la cantidad de 50.000 euros y, se superando esta cuantía, el impuesto se aplicará solamente sobre el exceso. Por otro lado, si las partes obtuvieren un acuerdo se aplicará una deducción fiscal de hasta un máximo de 500 euros para el pago total de derechos de emisión por el órgano de mediación, siendo reducida a mitad si la mediación fracasar⁴⁸⁸.

En Alemania el §15a del EGZPO (acrecido a la Ley de Introducción de la ZPO por la Ley de Promoción de la Resolución Extrajudicial de Conflictos - *Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung*) permite que los Estados federales alemanes establezcan procedimientos pre-judiciales obligatorios de mediación, lo que se verificó en los Estados de Bayern, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, Brandenburg, Hessen, Saarland, Sachsen-Anhalt y Schleswig-Holstein⁴⁸⁹.

En los EE.UU., el Uniform Mediation Act también prescribe que las partes pueden ser compelidas a acudir a la mediación por ley o por decisión del tribunal, cuando en la Section 3, (a), prescribe que: *Except as otherwise provided in subsection (b) or (c), this [Act] applies to a mediation in which: (1) the mediation parties are required to mediate by statute or court or administrative agency rule or referred to mediation by a court, administrative agency, or arbitrator.*

Ante la prescripción de sistemas obligatorios de mediación se plantean dos cuestiones cruciales. Primero si estos sistemas pueden ser admitidos constitucionalmente atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva. Y, segundo, si la respuesta a la primera cuestión fuere positiva, habrá aún que evaluar la oportunidad de dichos sistemas, cuestionando si la obligatoriedad será necesaria o, al contrario, contraproducente.

Cuando analizamos en un pasaje anterior las cláusulas de mediación⁴⁹⁰ nos referíamos a la obligatoriedad contractual de recurrir a la mediación previamente al arbitraje o a los tribunales. En esta vertiente el principio de la autonomía privada era aplicado puesto que las partes acordaban voluntariamente introducir la cláusula de mediación, habiendo de consentir a la misma. Consideramos asimismo que en el ámbito de los contratos de

⁴⁸⁸ Cfr. ORTIZ, Juan Carlos, “La mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, cit., p. 4.

⁴⁸⁹ Cfr. SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça...*, cit., p. 50.

⁴⁹⁰ Ver el apartado 4.1.2 del Capítulo II.

adhesión o en las condiciones generales, dichas cláusulas tendrían que respetar la legislación aplicable a esta materia, precisamente porque el principio de voluntariedad sufre limitaciones en estas especiales formas de contratación.

Lo que discutimos ahora es la imposición legal o judicial de realización de la mediación una vez que es retirada la voluntariedad para aceptar resolver el conflicto por este mecanismo.

Analizando en primer término la cuestión de la admisibilidad constitucional de sistemas obligatorios de mediación, el problema excede los planteamientos que trazamos en el Capítulo I respecto de la constitucionalidad de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. En efecto, lo que pretendemos en este epígrafe no es saber si la Constitución excluye o no la aplicación de métodos extrajudiciales, sino si acepta que la ley establezca la mediación como requisito preprocesal para acudir al tribunal judicial, es decir, solamente una vez que las partes intentaron resolver su conflicto por mediación, podrán acceder a la vía judicial. Observemos los ordenamientos jurídicos comparados.

El ordenamiento inglés, inspirado por el Informe del Lord Woolf de 1996, introdujo los *pre-action protocols* estableciendo que en determinadas materias específicas las partes deberán intentar resolver el conflicto en primer término a través de mecanismos extrajudiciales, antes de acudir a los tribunales judiciales. Si las partes no cumplieren un determinado *protocol* el tribunal podrá suspender el proceso para que se cumplan las etapas exigidas o condenar a la parte incumplidora al pago de las costas del proceso o a una parte de las mismas [regla 4.6 (1) y (2) de las *Practice direction on pre-action protocols*]⁴⁹¹. Las *Civil Procedure Rules* (CPR) del sistema inglés establecen también que en materia de fijación de costas procesales, el tribunal deberá tener en cuenta la actuación previa de las partes, incluso atendiendo a las tentativas para resolver el conflicto mediante acuerdo [regla 44.3.(5) CPR].

⁴⁹¹ El Informe del Lord Woolf de 1986 que impulsó la implementación de los *Pre-action protocols* ya proponía la condenación en pago de costos por la parte que rechazase el *protocol* sin razón justificable (Ver *Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Capítulo 10, punto 5, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 3 de enero de 2011, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm>). Para consultar las *Practice direction on pre-action protocols*, véase el siguiente endereço electrónico, accedido el 3 de enero de 2011, http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/procedure-rules/civil/contents/practice_directions/pd_pre-action_conduct.htm#IDAZRS5B.

Con base en estas normas, en el Caso *Dunnett vs. Railtrack*⁴⁹² el reo, no obstante haber obtenido sentencia a favor, fue penalizado al pago de costas porque había rechazado la mediación recomendada por el juez. Al contrario, en el Caso *Hurst vs. Leeming*⁴⁹³, el autor solicitaba que no fuese condenado en costas ya que había propuesto la mediación al reo que se opuso a la aplicación de este mecanismo. En este Caso el *High Court* consideró que el rechazo a la mediación era justificado porque objetivamente no existían condiciones de éxito en la misma. No obstante la decisión, el juez consideró que su fallo no era aplicable a otros casos y que las partes que rechazasen la mediación sin razones suficientes deberían ser penalizadas en costas⁴⁹⁴.

En 2004, el *Court of Appeal* dictó la sentencia considerada modelo en esta materia, en el Caso *Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust*⁴⁹⁵, cuya decisión es común al Caso *Steel vs. Joy/Halliday*. En este asunto el Tribunal reconoció los beneficios de la aplicación de la mediación, pero afirmó que forzar las partes a recurrir a este mecanismo constituiría un obstáculo inaceptable al derecho de acceso a la justicia consagrado en el art. 6 del Convenio de Derechos Humanos, invocando el caso *Deweer vs. Belgium* discutido por el TEDH. En la sentencia del proceso *Halsey* se enumeran los factores considerados por el Tribunal como justificables para condicionar la aplicación de la mediación, concretamente: (1) la naturaleza del conflicto (puesto que la mediación no es apropiada a todos los casos); (2) los méritos del caso (pudiendo rechazar la mediación quien considere que su derecho es indiscutible y el caso inatacable); (3) el intento mediante otros mecanismos alternativos a los tribunales sin éxito; (4) los costos desproporcionados de la mediación atendiendo al valor del pleito; (5) los daños causados por los retrasos en la aplicación de la mediación, principalmente cuando es necesaria una decisión urgente; (6) la recomendación de la mediación por un tribunal. El tribunal

⁴⁹² [2002] EWCA Civ 303.

⁴⁹³ [2001] EWHC 1051 (CH).

⁴⁹⁴ Para más información respecto a los argumentos de las partes y a los dos procesos referidos, véase REID, Val, "Can a client refuse mediation without a costs penalty?", *Alternative Dispute Resolution Update*, n.º6, Advice Services Alliance, julio 2002, pp. 1-2, disponible en siguiente endereço electrónico <http://www.asauk.org.uk/fileLibrary/pdf/adrup6.pdf>, accedido el 2 de enero de 2011.

⁴⁹⁵ [2004] EWCA 3006 Civ 576.

estableció así una guía para inferir la razonabilidad del rechazo de la mediación caso a caso, rechazando como regla general esquemas de mediación obligatorios⁴⁹⁶.

En EE.UU., y atendiendo a la Regla 16 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), los tribunales pueden ordenar la aplicación obligatoria de la mediación u otro mecanismo de ADR⁴⁹⁷. Sin embargo, en el Caso *Department of Transportation vs. City of Atlanta et al.*, el tribunal restringió la aplicación de dicha Regla 16 cuando reconoció que no podría compeler la aplicación de la mediación si ambas partes afirman que el conflicto no logrará su resolución por esta vía⁴⁹⁸. Constitucionalmente, en los Casos *Rhea vs. Massey-Fergusson* y *New Eng. Merchants Nat'l Bank vs. Hughes*, ambas sentencias afirmaron que la mediación obligatoria (*mandatory mediation*) no violaba la *Seventh Amendment* relativa al derecho a un tribunal⁴⁹⁹.

En Alemania y después de la introducción del §15a del EGZPO, en 2004, el Supremo Tribunal Alemán analizó la naturaleza de los procedimientos obligatorios de mediación⁵⁰⁰. El Tribunal consideró que existiendo un sistema de mediación obligatorio que vincule a las partes, queda establecido un presupuesto procesal de aplicación previa sin el cual la demanda es inadmisibile, no siendo posible la subsanación de la irregularidad inherente⁵⁰¹. Las partes, si no respetan el trámite de mediación obligatoria, tendrían que intentar nuevamente una mediación y demostrar el fracaso de ésta para poder acceder a los órganos jurisdiccionales.

⁴⁹⁶ Analizando esta sentencia y el sistema inglés, véase SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça...*, cit., pp. 65 y ss..

⁴⁹⁷ También el *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998 autorizaba a los tribunales federales a compeler a las partes a la realización de mecanismos de ADR, incluida la mediación.

⁴⁹⁸ Refería la sentencia que si “either party determines that none of the issues can be resolved by mediation, litigation will proceed according to the schedule set by trial court”. Cfr. NELLE, Andreas, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 7, n.º2, 1992, p. 289, np. 17.

⁴⁹⁹ NIEMIC, Robert J., et al., *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, Federal Judicial Center, 2001, p. 4, np. 16, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 2 de enero de 2011, [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ADRGuide.pdf/\\$file/ADRGuide.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ADRGuide.pdf/$file/ADRGuide.pdf). Para más desarrollos relativos a la mediación compulsoria en los EE.UU., véase, también, KATZ, Lucy V., “Compulsory Alternative Dispute Resolution: two-headed monster or two sides of the coin?”, *Journal of Dispute Resolution*, nº1, 1993, pp. 1-55.

⁵⁰⁰ Referencia: BGHZ, 161, 145-151. Cfr. NOLAN-HALEY, Jacqueline, “Mediation exceptionality”, *Fordham Law Review*, Vol. 78, n.º3, 2009, pp. 1259-1261.

⁵⁰¹ Para más datos sobre la sentencia del BGH, véase SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça...*, cit., pp. 54-57.

El BGH no se pronunció aún sobre la constitucionalidad de la mediación obligatoria. Sin embargo, y como pone de manifiesto Paula Costa e Silva, atendiendo al deber de los tribunales alemanes de suscitar la conformidad constitucional de normas jurídicas ante el Tribunal Constitucional (*BundesVerfassungsgericht*), el silencio del BGH en cuanto a la cuestión solo puede significar que las normas que consagren la mediación obligatoria son conformes a la Constitución Alemana⁵⁰².

En Austria, la Ley de Mediación de 2003 (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, BGBl I 2003/29) consagra la voluntariedad de este mecanismo en el art.1, reforzado por el art. 16, apartado 2, (que prescribe que el mediador solo puede actuar con el consentimiento de las partes) y corroborado por el art. 17 (que indica que la mediación terminará cuando una de las partes demuestre su voluntad de terminar el procedimiento). El principio de voluntariedad también fue declarado por el Supremo Tribunal Austríaco, en Sentencia de 15 de julio de 1997, que consideró que la mediación no puede iniciarse contra la voluntad de ninguna de las partes. Sin embargo, este tribunal afirmó que la propuesta judicial relativa a la aplicación de la mediación con la inherente suspensión del proceso no es contraria al principio de voluntariedad, puesto que las partes podrían o no aceptar la sugerencia del juez⁵⁰³.

En España el Proyecto de Ley de Mediación incluye la previsión de sistemas obligatorios de mediación (art.7), como verificamos anteriormente. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español no es contraria a la admisibilidad de estos sistemas. En efecto, atendiendo por ejemplo a la Sentencia del TC número 4/1988, de 21 de enero⁵⁰⁴, el tribunal afirmó que “puede someterse el derecho a la tutela judicial a condiciones previas a su ejercicio que impliquen la búsqueda de una solución extrajudicial de la controversia, incluso con procedimientos dirigidos por órganos administrativos, intención ésta de satisfacción de los derechos materiales o intereses de las partes que en nada se contradice con el carácter de remedio último del proceso, siempre que éste quede accesible tras el fracaso de esas vías extraprocesales previas y que éstas se orienten efectivamente a tal intención”. Queda así resuelta de forma explícita el aval constitucional a la previsión

⁵⁰² Cfr. SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça...*, cit., p. 49.

⁵⁰³ Cfr. KNÖTZL, Bettina, ZACH Evelyn, “Taking the Best from Mediation Regulations”, cit., p. 672.

⁵⁰⁴ Publicada en BOE número 31 de 5/2/1988, páginas 10 a 16. Referencia: BOE-T-1988-3143.

legal de la obligatoriedad de la mediación y por tanto despejada cualquier duda en cuanto tal previsión no será inconstitucional en España.

Pues bien, atendiendo al panorama trazado en los diversos ordenamientos jurídicos extranjeros percibimos que no se encuentran razones para considerar inconstitucionales los sistemas de mediación obligatorios, por cuanto se interpreta que no suponen una restricción *tout court* de acudir a los tribunales judiciales. Como pone de manifiesto Paula Costa e Silva, “as Constituições (que) prevêem um direito de acesso aos tribunais não estão, necessariamente, a consagrar um direito de acesso imediato aos tribunais. Ora, se a limitação imposta puder ser considerada justificável atendendo às finalidades que lhe presidem e não implicar uma desvantagem desproporcional para as partes, estará salvaguardada a sua conformidade com aqueles textos”⁵⁰⁵.

El propio TEDH acepta que las legislaciones nacionales de los Estados limiten el acceso a los tribunales siempre y cuando no priven totalmente al particular de acceder al sistema judicial y que dichas restricciones respondan a objetivos legítimos y proporcionales⁵⁰⁶. El Tribunal de Justicia de la UE en la sentencia *Alassini, et al. vs. Telecom Italia*, de 18 de marzo de 2010, consideró que los principios de equivalencia y efectividad, así como el derecho a la tutela judicial efectiva no impedían a los Estados establecer procedimientos previos de obtención de acuerdo para el conflicto fuera del ámbito de los tribunales, siempre que el resultado no fuese obligatorio y no ocasionase retrasos procesales o costos excesivos⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Cfr. SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça...*, cit., p. 71.

⁵⁰⁶ En lo que concierne a la jurisprudencia del TEDH véase lo que hemos observado en el apartado 4.2. del Capítulo I.

⁵⁰⁷ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea analizaba el art. 34 de Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) y la posibilidad de que la legislación nacional establezca procedimientos de resolución por acuerdo de conflictos como condición previa para acudir al tribunal judicial, habiendo declarado que "Nor do the principles of equivalence and effectiveness or the principle of effective judicial protection preclude national legislation which imposes, in respect of such disputes, prior implementation of an out-of-court settlement procedure, provided that that procedure does not result in a decision which is binding on the parties, that it does not cause a substantial delay for the purposes of bringing legal proceedings, that it suspends the period for the time-barring of claims and that it does not give rise to costs – or gives rise to very low costs – for the parties, and only if electronic means is not the only means by which the settlement procedure may be accessed and interim measures are possible in exceptional cases where the urgency of the situation so requires". Procesos C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08 cuya sentencia está disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 9 de enero de 2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008J0317:EN:HTML>.

Por otro lado, los sistemas obligatorios de mediación limitan la voluntad de recurrir a la mediación, pero no significan una obligación de resolver el conflicto por este mecanismo. En verdad, la posibilidad de desistir del procedimiento nunca podrá verse afectada. De este modo, hemos de concluir que los sistemas obligatorios de mediación no son inconstitucionales mientras no impliquen la limitación total de acudir a los órganos judiciales y su establecimiento esté justificado y sea proporcional al fin pretendido.

Aceptando la constitucionalidad de la mediación obligatoria, pasamos ahora a debatir la segunda cuestión planteada, intentando percibir la oportunidad o necesidad de consagrar estos sistemas compulsorios.

A favor de la mediación obligatoria se invocan como argumentos: (1) su eficiencia (por descargar de asuntos a los tribunales); (2) su promoción ante los abogados (que muchas veces critican este mecanismo sin utilizarlo); y (3) su aplicación para los ciudadanos que lo perciben como un síntoma de fragilidad de su pretensión (pensando que indican a la parte contraria que su causa o derecho no es sólido)⁵⁰⁸. Es común la idea defendida por los partidarios de la mediación obligatoria de que estos sistemas son un expediente temporal, solamente implementado para difundirlo entre los ciudadanos hasta que interioricen esta nueva forma de resolución de conflictos y a partir de ese momento cesar en la obligatoriedad de su aplicación⁵⁰⁹.

En contra de los sistemas de mediación obligatoria se apuntan diversos factores, como (1) la interferencia en el derecho a la tutela judicial efectiva; (2) la contradicción respecto a su naturaleza consensual; (3) sus dificultades metodológicas ante relaciones de poder en desequilibrio; y (4) la ocultación de conflictos de la esfera pública (lo que podrá limitar la participación de los ciudadanos en la administración de la justicia)⁵¹⁰.

Andreas Nelle, postulando que la tendencia para implementar sistemas de mediación obligatoria no es defendible, sólo debiendo existir en casos excepcionales, indica tres criterios de aplicación de la obligación de mediar. Para este autor solo se debe establecer

⁵⁰⁸ Cfr. REUBEN, Richard C., "Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13, n.º2, 2007, p. 13.

⁵⁰⁹ Cfr. SANDER, Frank E. A., "Another View of Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13, n.º2, 2007, p. 16 y SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça...*, cit., p. 46.

⁵¹⁰ Cfr. REUBEN, Richard C., "Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation", cit., pp. 13-14. También criticando la mediación obligatoria, véase STERNLIGHT, J., "Creeping mandatory arbitration: Is it just?", *Stanford Law Review*, Vol. 57, n.º5, 2005, pp. 1631-1676.

la *mandatory mediation* (1) para conflictos apropiados (principalmente cuando están basados en los intereses de las partes y no tanto en el derecho aplicable al caso); (2) cuando las relaciones de poder estuvieran en equilibrio; y (3) para superar barreras en la aplicación de la mediación⁵¹¹. Frank Sander, considera, por otro lado, que los sistemas de mediación obligatoria únicamente exigen la participación de las partes en la misma, no pudiendo compeler en ningún caso a los mediados a obtener el acuerdo⁵¹².

Pues bien, nuestra postura se decanta contra cualquier obligatoriedad de aplicación de la mediación. Consideramos que la naturaleza consensual inherente a la mediación debe ser observada escrupulosamente. Si las partes no se sintieran totalmente libres, tal circunstancia podrá inutilizar el acuerdo y hacer fracasar la mediación. Claro que no existen, ni existirán, datos completamente fiables relativos a los efectos de la obligatoriedad en las partes, pero la simple posibilidad de que puede dar lugar a efectos negativos ya deberá ser suficiente para que no desvirtuemos el mejor activo de la mediación que es precisamente su carácter voluntario.

Es por ello que no nos parecen adecuados los sistemas de obligatoriedad-sanción como el existente en Argentina (con aplicación de una multa), o en Inglaterra (con la posibilidad de condena de la parte al pago de costas por rechazar la mediación)⁵¹³.

Si podríamos aceptar una mediación sugerida o inducida⁵¹⁴ como se verifica en la ley portuguesa de los *Julgados de Paz* (Ley 78/2001, de 13 de julio). En efecto, en estas estructuras, una vez recibido el asunto ante el *Julgado de Paz*, es realizada una pre-mediación, en tanto en cuanto una o ambas partes no rechacen esa posibilidad (art. 49). La mediación es así una fase del proceso, pero facultativa, que las partes pueden aceptar o rechazar, sin existir obligatoriedad o sanción por la no participación⁵¹⁵. En verdad, atendiendo al art. 54, apartado 1, de la citada ley, si las partes no comparecieran a la

⁵¹¹ El autor analiza también las diversas formas de implementar la mediación obligatoria. Para un análisis más detallado del pensamiento del autor, véase NELLE, Andreas, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework”, cit., pp. 287-313.

⁵¹² Cfr. SANDER, Frank E. A., “The future of ADR”, *Journal of Dispute Resolution*, nº1, 2000, pp. 7-8.

⁵¹³ La misma realidad se verifica en Portugal en el Código de Proceso Civil que en su art. 447-D, apartado 4, establece que el autor que pudiendo recurrir a mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, acuda directamente a los tribunales soportará las costas de parte (no del proceso), independientemente del resultado de acción, excepto si la parte contraria tenga inviabilizado la aplicación de esos mecanismos.

⁵¹⁴ Como la designa Paula Costa e Silva. Cfr. SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça...*, cit., p. 46.

⁵¹⁵ Planteando algunas dudas a la previsión de la Ley de los Julgados de Paz, véase PEREIRA, José Alves, “Mediação Voluntária, Sugerida ou Obrigatória?”, *Newsletter DGAE*, nº0, Lisboa, 2001, p. 2.

sesión de pre-mediación sin presentar justificación, el asunto automáticamente prosigue para ser enjuiciado. El propio sistema público de mediación penal portugués⁵¹⁶ consagra una mediación “inducida” por el Ministerio Público, a la cual la víctima y agresor tienen que dar su asentimiento. Y el art. 279-A, apartado 1 del Código de Proceso Civil prevé la posibilidad de que el juez remita a las partes a mediación pero solo en caso de que ambas así lo acepten.

Concluimos así que la naturaleza voluntaria de la mediación es esencial para su éxito, no debiendo ceder a la tentación de una implementación más rápida por la vía de su obligatoriedad. No se deberá consagrar ningún sistema en que las partes sufran consecuencias por la no participación a la hora de decantarse por la mediación. Únicamente puede ser admisible que el juez o la ley consagren la posibilidad de sugerir o inducir su utilización, quedando en manos de las partes la última decisión sobre la aplicación en concreto de la mediación.

7.2. Principio de confidencialidad

El principio de confidencialidad se propugna como condición de efectividad y eficacia de la mediación, pues las partes solamente sentirán libertad para divulgar informaciones al mediador si estuvieren protegidas por el secreto de las declaraciones producidas en las sesiones realizadas⁵¹⁷. La inexistencia de confidencialidad inherente a la mediación mantendrá a los mediados sujetos a sus posiciones y contribuirá a que la estrategia de ocultar información a la otra parte y al mediador se mantenga lo cual, consecuentemente, dificultará la obtención del acuerdo. Por otro lado, la confidencialidad es también esencial a la integridad del papel del mediador y de su neutralidad, pues depara un clima de confianza entre las partes y el profesional⁵¹⁸.

La importancia del principio de confidencialidad se revela y concreta por su previsión en las diversas normas legales que reglamentan la mediación en el mundo.

⁵¹⁶ Reglamentado por la Ley 21/2007, de 12 de junio y que analizaremos con más detalle en el apartado 2 del Capítulo IV.

⁵¹⁷ Cfr. LEE, Jaime Alison y GIESLER, Carl, “Confidentiality in Mediation”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 3, 1998, p. 291.

⁵¹⁸ Cfr. LEE, Jaime Alison y GIESLER, Carl, “Confidentiality in Mediation”, cit., pp. 291-292.

Así, la Directiva 2008/52/CE, en su art. 7, consagra el principio de confidencialidad prescribiendo que ni el mediador, ni las personas estén obligados a declarar en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso. Es curioso anotar que la Directiva no prescribe que las partes y el mediador estén obligadas a guardar secreto respecto a las informaciones divulgadas en la mediación, sino que solamente consagra que las mismas no pueden ser obligadas a revelar el contenido de las sesiones. Parece que la Directiva no consagra un deber de confidencialidad, sino más bien un privilegio o derecho de no revelar la información aportada o conocida. La redacción del art. 7 debería ser más cuidadosa porque nos parece que la intención del legislador comunitario no fue consagrar un derecho al secreto, sino un verdadero y genuino deber de confidencialidad, incluso porque se prevé en el mismo artículo que las partes puedan estipular en contrario, es decir, permite a las partes el acuerdo y autorización de divulgación de hechos e informaciones procedentes de la sesión de mediación. De tal forma que se constata que la previsión de la Directiva no es absoluta, consagrándose tres excepciones. En primer lugar, y como ya referimos, las partes podrán celebrar acuerdos en contrario, autorizando la divulgación de la información transmitida en la mediación. En segundo lugar, fija el orden público como criterio de derogación de la obligación de secreto, indicando como situaciones particulares y concretas de este criterio la protección del interés superior del menor y la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona. Por último, la Directiva permite el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación cuando sea necesario para su aplicación o ejecución.

En España el deber de confidencialidad ya viene siendo prescrito en la legislación autonómica relativa a la mediación familiar. Tomando como ejemplo la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito de Derecho Privado, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, su art. 7 dispone que todas “las personas que intervienen en el procedimiento de mediación tienen la obligación de no revelar las informaciones que conozcan a consecuencia de esta mediación”. Así, no es posible que las partes soliciten que el mediador intervenga en un proceso judicial como perito o testigo. Las excepciones al deber de confidencialidad están previstas en el apartado 4 del art. 7 y versan sobre: (1) la utilización de información no personalizada para fines de investigación; (2) la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona;

(3) la intervención mediadora pública y abierta a la participación ciudadana. La Ley catalana opta por indicar restrictivamente las excepciones al deber de confidencialidad, sin consagrar un criterio general de derogación de la obligación de secreto, como el orden público, opción que consideramos demasiado limitada.

En lo que concierne al Proyecto de Ley de Mediación, su art. 10 consagra la obligación de confidencialidad del mediador y de las partes que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. Dicha obligación comporta excepciones constantes en el apartado 2, del art. 10, estableciéndose que se dispensa la obligación de secreto cuando se verifique: (1) autorización por acuerdo de las partes en el acta inicial; (2) autorización judicial estableciendo (al contrario de la ley catalana) el criterio del orden público como razón justificativa del levantamiento del secreto, concretamente para protección del interés del menor o prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona; y (3) la autorización judicial para conocimiento del contenido del acuerdo para su aplicación o ejecución⁵¹⁹.

En Portugal, la Ley 29/2009 introdujo el art. 249-C al Código de Proceso Civil, prescribiendo que, con excepción del acuerdo final de mediación, el contenido de las sesiones son confidenciales, no pudiendo ser valorado como prueba en tribunal. En relación a las excepciones a la confidencialidad y al contrario de la Directiva, la Ley portuguesa dispone, en nuestra opinión, una cláusula genérica demasiado vaga porque solamente alude a “*salvo circunstâncias excepcionais*”, no considerando el criterio del orden público como lo hace el marco europeo. Enumera como ejemplo la protección de la integridad física o psíquica de cualquier persona, pero el carácter indeterminado de la expresión “*circunstâncias excepcionais*”, sin la adición de ningún criterio clarificador como lo es el de orden público, en el futuro podrá fomentar solicitudes de revelación divulgación de informaciones relativas a la mediación injustificables y requeridas por diferentes tribunales de distintas maneras⁵²⁰.

⁵¹⁹ A respecto del Anteproyecto de Ley de Mediación, el CGPJ proponía la inversión del orden de los dos primeros apartados del artículo referente a la confidencialidad para garantizar la coherencia normativa, toda vez que el apartado 1 parecía transmitir la idea de que la confidencialidad era un derecho de las partes y del mediador y no un deber o obligación, para, en el apartado 2, referirse a que al final del procedimiento de mediación y la documentación es confidencial. Dicha sugerencia fue acogida en el Proyecto de Ley de Mediación. Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., p. 39.

⁵²⁰ El principio de confidencialidad está previsto en la Ley de los *Julgados de Paz* (art. 52 de la Ley 78/2001, de 13 de julio) y en el Sistema Público de Mediación Penal en relación al mediador (art. 10

En Austria el art. 18 de la Ley de Mediación (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, BGBl I 2003/29) establece la confidencialidad del mediador y de las personas que trabajen bajo su dirección, las cuales deben mantener secreto respecto a las informaciones aportadas y a cualquier documento al que tengan acceso. Para hacer efectivo este deber, la Ley de Mediación modificó los Códigos de Proceso Criminal y Civil austriacos. Así, de acuerdo con el art. 320, apartado 4, del Código de Proceso Criminal el mediador está impedido para ser testigo en procedimientos penales y, atendiendo al art. 152 del Código de Proceso Civil, el mediador podrá escoger si quiere declarar como testigo o no, siendo la dispensa del deber analizado *ex officio*. El mediador registrado que viole el deber de confidencialidad podrá incurrir en responsabilidad criminal si con ello vulnera legítimos intereses privados de una persona, pudiendo ser aplicada una pena de prisión de hasta 6 meses o una pena de multa de 360 días (art. 31, apartado 1, de la ley de mediación austríaca). Sin embargo, si legítimos intereses privados o públicos justificasen la divulgación de informaciones confidenciales, el mediador podrá declarar como testigo (art. 31, apartado 2, de la ley de mediación austríaca)⁵²¹.

Bélgica también consagró el principio de confidencialidad en el art. 1728 § 1er. del Código Judicial, que dispone que los documentos y comunicaciones divulgados en mediación son secretos y no pueden ser utilizados como prueba en un proceso judicial, administrativo o arbitral. Sin embargo, la obligación de secreto puede ser levantada por acuerdo de las partes si fuere necesario para la homologación del acuerdo final. En caso de vulnerar esta obligación de confidencialidad, el juez o árbitro pueden pronunciarse en cuanto a una posible indemnización por los daños causados y el mediador podrá ser responsabilizado criminalmente en los términos del art. 458 del Código Criminal belga. Por otro lado, las partes no pueden proponer al mediador para declarar como testigo en procesos judiciales o administrativos respecto de los hechos revelados o conocidos en la mediación⁵²².

apartados 3, 4 y 5 de la Ley 21/2007, de 12 de junio). Para más datos respecto al principio de confidencialidad en el ordenamiento jurídico portugués, véase CAMPOS, Joana, “O princípio da confidencialidade na mediação”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º318, 2009, pp. 311-333.

⁵²¹ Cfr. KNÖTZL, Bettina, ZACH Evelyn, “Taking the Best from Mediation Regulations”, cit., p. 673.

⁵²² Sobre el sistema belga, véase DEMEYERE, Luc, “The Belgium Law on Mediation: An Early Overview”, cit., pp. 89-92.

En Francia la confidencialidad está prescrita en el art. 131-14 del (nuevo) Código de Proceso Civil, no pudiendo ser invocadas las constataciones o declaraciones recogidas por el mediador sin el acuerdo de las partes, en otro proceso posterior. Así, son exclusivamente las partes quienes pueden decidir sobre la divulgación o no de las informaciones manejadas en la mediación. El deber de confidencialidad vincula al mediador, pero también a las partes, que incurren en responsabilidad personal si no observan la obligación de secreto⁵²³.

La Ley de Mediación Civil en Hungría (Ley 2002. évi LV), prevé la confidencialidad en el art. 26, debiendo el mediador guardar secreto sobre los hechos e informaciones divulgados, excepto si la ley dispone otra cosa. Así, y al contrario de la ley francesa, no son las partes las que tienen el poder de decidir la divulgación de la información sino que tal circunstancia ha de ser prevista por ley. Por otro lado, y atendiendo al art. 30, el mediador deberá informar a las partes acerca de la opción de acordar su obligación de confidencialidad. De ello se puede deducir que para los mediados este principio ha de ser establecido contractualmente⁵²⁴.

En EE.UU. normativamente se preveía la protección y promoción de la confidencialidad en el ámbito de los ADR en el *Alternative Dispute Resolution Act* (ADRA) de 1998⁵²⁵. En 2002 el UMA (*Uniform Mediation Act*) consagró las *Sections 4-8* a la protección de la confidencialidad lo que confirma la importancia de este principio. La legislación

⁵²³ Cfr. PLUYETTE, Gérard, “Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires”, cit., pp. 516-518.

⁵²⁴ En lo que concierne al principio de confidencialidad en la Ley Húngara, Judit Revesz refiere que “the power and control the Ministry of Justice is given over the mediation process violates the principles of privacy and confidentiality. The mediator has to report to the Ministry of Justice certain data each year, including the reason for any unsuccessful mediation. The Ministry of Justice has to check the mediator’s work regularly and make a decision whether the practice is legal or not. By these regulations, both the mediator and the Ministry endanger the confidentiality of the process. Even though the law requires confidentiality as a principle, the parties are almost encouraged to agree not to keep the mediation confidential. The rule of confidentiality itself operates the opposite way to the American practice since the mediator is allowed to share private information with the other party unless it was explicitly told not to. Even during a trial that follows a mediation process, the parties may disclose any information from the mediation in accordance with their disclosure agreement. My concern is that by not emphasizing the importance of confidentiality, mediation in Hungary will increase mistrust between the parties, thus undermining the process”. Cfr. REVESZ, Judit, “Mediation without Trust: Critique of the Hungarian Mediation Law”, cit..

⁵²⁵ ADRA - **Section 4. Jurisdiction** - *Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: (d) Confidentiality Provisions- Until such time as rules are adopted under chapter 131 of this title providing for the confidentiality of alternative dispute resolution processes under this chapter, each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), provide for the confidentiality of the alternative dispute resolution processes and to prohibit disclosure of confidential dispute resolution communications”.*

norteamericana reglamenta el principio de confidencialidad simultáneamente como un privilegio y como una obligación⁵²⁶. En cuanto privilegio (y tal como está previsto en las *Sections 4-6*) se permite a las partes rechazar la divulgación de informaciones transmitidas en la mediación o impedir a terceros revelar dichas comunicaciones⁵²⁷. Como obligación, la ley prohíbe la divulgación de la información vertida y utilizada en las sesiones de mediación. De este modo, y en relación al UMA, su *Section 7* impide que los informes o cualquier comunicación del mediador sean divulgados, bajo la consecuencia legal de que el tribunal judicial o arbitral no valorará sus contenidos. Por otro lado, la *Section 8* prescribe la confidencialidad de las comunicaciones de la mediación en la medida acordada por las partes o prevista en otra ley⁵²⁸. En términos jurisprudenciales, los tribunales norteamericanos demuestran una fuerte tendencia a proteger el principio de confidencialidad, guiados por la idea de que el secreto profesional garantiza la efectividad de la mediación. Los Casos *Bernard vs. Galen Group* de 1995 y *Paranzino vs. Barnett Bank* de 1997 son ejemplificativos de esta realidad pues en ambos procesos los tribunales sancionaron con aplicación de multas la divulgación de informaciones relativas al procedimiento de mediación⁵²⁹.

⁵²⁶ Sobre el principio de confidencialidad en el UMA, véase, entre otros, PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., pp. 95-97; HUGHES, Scott H., “The Uniform Mediation Act: To the Spoiled Go to the Privileges”, *Marquette Law Review*, Vol. 85, n.º1, 2001, pp. 9-78; DEASON, Ellen E., “The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?”, *Marquette Law Review*, Vol. 85, n.º1, 2001, pp. 79-111 y CONWAY, Shawn, “Uniform Mediation Act (USA): legal privilege for all mediation communications”, *Tijdschrift voor MEDIATION*, n.º1, 2003, pp. 6-8. Sobre el principio de la confidencialidad en EE.UU., véase, por todos, GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., pp. 441-473.

⁵²⁷ UMA - **Section 4. Privilege against Disclosure; Admissibility; Discovery.**

(a) *Except as otherwise provided in Section 6, a mediation communication is privileged as provided in subsection (b) and is not subject to discovery or admissible in evidence in a proceeding unless waived or precluded as provided by Section 5.*

(b) *In a proceeding, the following privileges apply:*

(1) *A mediation party may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication.*

(2) *A mediator may refuse to disclose a mediation communication, and may prevent any other person from disclosing a mediation communication of the mediator.*

(3) *A nonparty participant may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication of the nonparty participant.*

(c) *Evidence or information that is otherwise admissible or subject to discovery does not become inadmissible or protected from discovery solely by reason of its disclosure or use in a mediation.*

⁵²⁸ UMA - **Section 8. Confidentiality.** *Unless subject to the [insert statutory references to open meetings act and open records act], mediation communications are confidential to the extent agreed by the parties or provided by other law or rule of this State.*

⁵²⁹ Más informaciones sobre estos asuntos nos aportan LEE, Jaime Alison y GIESLER, Carl, “Confidentiality in Mediation”, cit., pp. 285-297.

Ante el panorama trazado nos parece evidente que la confidencialidad en la mediación constituye una preocupación común en los diferentes ordenamientos jurídicos considerando su importancia capital en la efectividad de este mecanismo y en la construcción de un imprescindible ambiente de confianza entre partes y mediador. Estos intentos deberían ser reforzados por la previsión legal expresa de aplicación de multas a las partes u otros intervinientes en la mediación que incumplan este deber (como ocurre en Austria) para que no existan dudas o diferencias respecto a las consecuencias de la divulgación de información. En lo que concierne al mediador, y existiendo un registro de mediadores o una entidad de fiscalización de la actividad de este profesional, debería regularse como sanción disciplinaria la violación del deber de confidencialidad e incluso llevando, en los casos más graves o debido a su incumplimiento reiterado, a su expulsión de la práctica como mediador⁵³⁰.

7.3. Principio de igualdad de las partes y equidad

Al contrario de la confidencialidad que es una constante en la normativa relativa a la mediación, las leyes de mediación frecuentemente olvidan la previsión expresa y concreta de la igualdad y equidad de las partes.

Las Recomendaciones de la Comisión relativas a los principios aplicables a los órganos responsables de la resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, en concreto la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998⁵³¹ y la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001⁵³², consagraron la equidad como circunstancia crucial a respetar en la mediación. En efecto, la Recomendación 2001/310/CE reserva una disposición especial relativa a la equidad (Punto D), prescribiendo un conjunto de indicaciones que deberán ser observadas y que, genéricamente, son relativas a la información que conviene ofrecer a ambas partes sobre el procedimiento y sus derechos en los mecanismos de ADR. Lo que la Recomendación pretende garantizar es la igualdad de tratamiento y de oportunidad de defensa de las partes en el ámbito de un medio extrajudicial de conflictos. Del mismo modo, el Código de Conducta Europeo para

⁵³⁰ En el apartado 1.5.4. del Capítulo III analizaremos la problemática de la confidencialidad en el ámbito del *caucus*.

⁵³¹ COM(1998) 198 final, publicada en el DOUE L115/31, de 17 de abril de 1998.

⁵³² COM(2001) 161 final, publicada en el DOUE L109/56, de 19 de abril de 2001.

Mediadores⁵³³, prescribe en el apartado 3.2, que el mediador se asegurará de que todas las partes puedan participar de forma efectiva en el procedimiento.

No obstante las previsiones comunitarias referidas, la Directiva 2008/52/CE no se pronunció en relación a este principio, con la única referencia del Considerando 18 a las Recomendaciones mencionadas, sin plasmar expresamente disposición alguna en lo que concierne a esta temática.

La normativa española es, sin embargo, más receptiva a la previsión del principio de la igualdad. En este sentido y de forma clara, la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León (Ley 1/2006, de 6 de abril)⁵³⁴ prescribe como principio informador de la mediación la igualdad de las partes en los procedimientos (art. 4, apartado 2). Otras leyes autonómicas de mediación familiar proclaman el deber del mediador de preservar la igualdad de las partes en la negociación⁵³⁵. La Ley de Mediación en el ámbito de Derecho Privado de Cataluña (Ley 15/2009, de 22 de julio), en el art. 6 relativo a la imparcialidad, también dispone que el mediador deberá garantizar la igualdad de las partes, pudiendo incluso interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada.

El Proyecto de Ley de Mediación eliminó la referencia expresa al principio de igualdad de las partes constante en el anterior art. 12, apartado 1, del Anteproyecto, lo que consideramos una pésima elección legislativa. De todos modos, el Proyecto mantiene, en el art. 8, relativo a la imparcialidad, que en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, pero la relevancia del principio de igualdad de partes en la mediación requería, en todo caso, de su plasmación singular y expresa como principio capital de este mecanismo de resolución de conflictos.

Pues bien, lo que pretendemos estudiar en este epígrafe son las condiciones de igualdad previas y durante las sesiones de mediación, que consideramos indispensables para que se logre el acuerdo final y éste sea construido por las partes de forma justa, equitativa y

⁵³³ Cuya versión española se encuentra disponible en el siguiente endereço electrónico http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf, accedido el 20 de diciembre de 2010.

⁵³⁴ BOE n.º105, de 3 de mayo de 2006.

⁵³⁵ Véase las Leyes de Mediación Familiar de las Comunidades Autónomas de Canarias [Ley15/2003, de 8 de abril, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio (art. 4, apartado 5)]; de Galicia [Ley 4/2001, de 31 de mayo (art. 8, apartado 2); y de Castilla-La Mancha [Ley 4/2005, de 24 de mayo, (art. 10, párrafo e)].

sin ningún tipo de coacciones⁵³⁶. No analizaremos por tanto la igualdad al nivel del acuerdo final de mediación, cuyos únicos evaluadores deben ser las propias partes, productoras de su contenido. Lo importante es garantizar un ambiente propicio, en el cual las partes se sientan libres, para que el pacto de mediación sea la plasmación de la voluntad real de las partes y por eso consideramos la igualdad un principio fundamental que se debe mantener y garantizar de principio a fin en el procedimiento de mediación.

En la doctrina norteamericana esta temática es analizada bajo la designación “*power imbalance* o *fairness*” y al respecto se apuntan como factores de desequilibrio o desigualdad de las partes (1) el diferente acceso a ayuda, orientación y asistencia legal; (2) mayor disponibilidad para esperar la decisión del conflicto; (3) vulnerabilidad a la exposición pública; (4) mayores capacidades de negociación de una parte en relación a la otra; entre otros⁵³⁷.

Analizando los factores indicados percibimos que los mismos no son específicos de la mediación, pudiendo verificarse en cualquier proceso judicial o arbitral. De este modo, y en relación al primer factor indicado, grandes empresas o partes con mayor poder económico tienden a contratar los servicios de abogados más reconocidos y, al revés, partes con dificultades económicas tienen muchas veces que recurrir a defensores públicos. Esta es una realidad que ningún juez o tribunal es capaz de controlar. En el ámbito de la mediación, este factor puede tener todavía más impacto ya que el carácter personalísimo de la mediación impone que las partes estén obligatoriamente presentes en las sesiones, no pudiendo estar representadas, ni requiriéndose su asesoramiento por abogado. Así pueden verificarse situaciones en que solamente una parte tiene abogado y la otra está sola ante el mediador. Para evitar este escenario, el *Oklahoma Court*⁵³⁸ estableció como regla que si una parte estuviese asesorada por abogado y la otra no, la

⁵³⁶ Como pone de manifiesto Moore, si la influencia de cada parte no fuere igual o una parte tuviere la habilidad de imponer al otro una solución insatisfactoria, “an agreement that will not hold over time, or a resolution that will result in renewed conflict later”. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 71-72.

⁵³⁷ Cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 160.

⁵³⁸ Oklahoma Supreme Court Rules and Procedures for Dispute Resolution Act, **Rule 10 - Rules of Conduct for Outside Parties Attending Mediation Hearing. (...)**

2. *The party without an assisting person present must consent to allowing the other person's assisting party in the mediation session, or be given an opportunity to secure his/her own assisting party to be present during the mediation session.*

3. *If a party who is without an assisting party refuses to participate in mediation due to the presence of another's assisting party, no mediation session will be conducted.*

parte sin asesoramiento podrá rechazar participar en la mediación. Pensamos que la misma regla podría estar prevista en las leyes de mediación europeas y que el mediador deberá preguntar siempre a la parte que comparece sin asesoramiento si no pretende solicitar la participación de un abogado para orientarla. Con ello, se garantizará que las partes tengan las mismas oportunidades a este nivel.

En lo que concierne a la mayor disponibilidad para esperar la decisión del conflicto y a la vulnerabilidad a la exposición pública, estos factores curiosamente aparecen con mayor incidencia en las grandes empresas con poder económico que prefieren resolver el conflicto por mediación de modo confidencial y de forma más rápida a la vista de que los inconvenientes de un proceso judicial son enormes. En términos legales es imposible solucionar esta presión. Así, tendrá que ser el mediador quien contraste si la presión para obtener un acuerdo tuvo influencia en el pacto final, contribuyendo con sus técnicas metodológicas a que ambas partes se sientan libres o que esa presión no influya en el resultado.

Asimismo, y en relación a la mayor capacidad de negociación de una parte, tendrá que ser el mediador quien emplee los instrumentos necesarios para neutralizar el poder de retórica, confiriendo a ambas partes el mismo tiempo de exposición de sus puntos de vista y contribuyendo a que los mediados expongan sus posiciones en igualdad de forma y condiciones.

El punto neurálgico y crítico del principio de igualdad en la mediación es, sin embargo, el *power imbalance* de las relaciones entre mediados o relaciones en desequilibrio. Es decir, las situaciones en que una parte ejerce una influencia o presión sobre la otra, y con ello afecta a su libertad de negociar y, consecuentemente, a su poder de transigir, omitiendo sus verdaderas opiniones o negándose a reivindicar sus legítimos derechos y intereses. En términos genéricos son consideradas en desequilibrio las relaciones entre padres e hijos, entre marido y mujer, entre empleador y trabajador o entre víctima y agresor. De hecho, en estas relaciones hay una conexión emocional y psicológica que podrá afectar el equilibrio de fuerzas entre las partes. Es con base en esta desigualdad

entre los mediados por lo que algunas legislaciones⁵³⁹ y algunos autores⁵⁴⁰ entienden que la mediación no podrá aplicarse a los casos de violencia de género.

Ante esta problemática importa saber qué soluciones se pueden adoptar. ¿Deberá el legislador prohibir la mediación en los casos de relaciones de desequilibrio, como se verifica en los casos de violencia de género? ¿O deberá ser el mediador el evaluador de las condiciones de realización de la mediación en cada caso concreto?

Ahora bien, la clave en la resolución de esta temática es la protección de la igualdad de las partes en la mediación. Consideramos que es un principio cardinal que no podrá ser postergado u olvidado. Sin embargo, no estamos seguros que sea posible determinar en abstracto las relaciones en desequilibrio puesto que el *imbalance* entre los mediados podrá ser provocado por diversos factores y no sólo por la existencia de una conexión emocional entre las partes⁵⁴¹. No es posible afirmar que únicamente en la violencia de género hay desequilibrios de poder insuperables puesto que, en abstracto, en todos los crímenes hay una cierta propensión para que la víctima sea considerada la parte más frágil o débil y, aún así, la mediación penal es una realidad tangible y en expansión, como veremos con más detalle en el Capítulo IV.

Por todo lo anteriormente expuesto, no consideramos que la solución pase por la prohibición *ab initio* y en abstracto de la mediación en determinados casos. Lo que el legislador deberá exigir y consagrar legalmente es que las partes no sean coaccionadas de ninguna forma a participar en la mediación y si durante la mediación se sintieren en una situación de inferioridad deberán desistir de este método de resolución de conflictos. Así, el primer baluarte de la igualdad es la voluntariedad de participar en la mediación. Por eso nos ya posicionamos con anterioridad contra sistemas obligatorios de mediación. Asimismo, el principio de voluntariedad permitirá que las partes desistan del

⁵³⁹ Ley 1/2004 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, art. 44, apartado 5.

⁵⁴⁰ Ver, entre otros, MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 69 y POZO PÉREZ, Marta del, “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283-324.

⁵⁴¹ Lisa Parkinson afirma que la “igualdad de poder puede ser un ideal inalcanzable. Con frecuencia existen desequilibrios incluso en las relaciones que funcionan bien. Es raro que ambos cónyuges tengan el mismo poder en todas las áreas de la relación”. No obstante esta realidad, la autora considera que las desigualdades “no tienen por qué causar envidia y competencia si se valoran los diferentes esfuerzos”. Cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 209.

procedimiento siempre que consideraren que no existen condiciones de equilibrio con el otro mediado.

Desde otra vertiente, el mediador desempeñará un papel esencial en el control del principio de igualdad. Desde luego, este profesional deberá utilizar sus estrategias y técnicas para controlar la posible superioridad de una parte frente a la otra. En este sentido es esencial la formación y el entrenamiento del mediador, para que le se capacite con el empleo de las técnicas necesarias para que pueda solventar situaciones de superioridad de una parte frente a la otra, situación que puede acaecer con frecuencia porque la negociación está presente en cualquier mediación⁵⁴².

No obstante la aplicación de su labor y técnicas, si el mediador considerar que el *power imbalance* es tan acentuado que no puede ser doblegado y la mediación no puede proseguir de modo justo y efectivo, entonces deberá terminar con la sesión invocando precisamente la falta de condiciones para su desarrollo⁵⁴³. En este sentido, el legislador deberá contemplar expresamente el deber ético del mediador de terminar la sesión de mediación si considera que las partes están en desequilibrio de poder insuperable, como se verifica en la Ley de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña (Ley 15/2009, de 22 de julio), en el art. 6 relativo a la imparcialidad. O, por otro lado, las leyes de mediación deberán regular el derecho del mediador a terminar la sesión siempre que considere que las condiciones de igualdad no están siendo cumplidas. Incumbirá, por lo tanto, al mediador el papel fundamental en la prevención y respeto de la igualdad de las partes y al legislador establecerlo como deber profesional.

Damos por finalizada esta temática concluyendo que el principio de igualdad entre las partes deberá ser planteado como principio cardinal de la mediación, debiéndose prescribir en las normas legales una previsión expresa y autónoma del mismo. Asimismo el legislador deberá concretar el principio estableciendo que (1) ambas partes tienen derecho a todas las informaciones relativas a la mediación, concretamente al derecho de aceptar o no la solución negociada y al poder de desistir y acudir al sistema judicial; (2) ambas partes tienen el derecho de expresar libremente sus puntos de vista u opiniones, respetando el principio de colaboración; (3) ambas partes tienen el derecho de ser

⁵⁴² Sobre el manejo de los desequilibrios de poder en mediación, sobre todo en materia familiar, véase PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., pp. 209-235.

⁵⁴³ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 465.

asesoradas por abogado pudiendo rechazar la participación en la mediación si no tuvieran asesoramiento; (4) el mediador deberá dar por concluida la mediación siempre que considere que el desequilibrio de poder entre las partes es insuperable. De esta forma se garantizará la igualdad al nivel de información y de participación en la mediación, contribuyendo decisivamente a dotar de libertad y eficacia a este mecanismo de principio a fin.

Terminamos también el Capítulo II en que hemos concedido un enfoque mayoritariamente jurídico a la mediación, analizando lo que consideramos es su núcleo, el tronco del cual se erguirán sus ramas, concretamente los aspectos más prácticos que desarrollaremos inmediatamente en el Capítulo III.

CAPÍTULO III

EL MEDIADOR:

SU ACTIVIDAD EN LA MEDIACIÓN Y ESTATUTO

JURÍDICO-PROFESIONAL

“La tarea del mediador no es sencilla. Solo existen cartas de navegación de los mares que recorre, y lo variable de las costas hace difícil reconocerlas. (...) Es un artista solitario que sólo cuenta con unas pocas estrellas como guía y depende de su capacidad personal para prever acontecimientos”

Arthur Meyer

CAPÍTULO III - EL MEDIADOR: SU ACTIVIDAD EN LA MEDIACIÓN Y ESTATUTO JURÍDICO-PROFESIONAL

Tras proceder en el Capítulo I a la inclusión de la mediación en el marco del sistema de resolución de conflictos y, en el Capítulo II, a la construcción de la teoría general de la mediación, llega la hora de estudiar uno de sus pilares fundamentales: el mediador. Sin olvidar la importancia de las partes en cualquier conflicto, el mediador es una figura única y característica de la mediación, distinta del juez o el árbitro. Por eso dedicaremos el Capítulo III al estudio de este “nuevo profesional que lucha por hacerse hueco en el abanico de profesiones jurídicas”⁵⁴⁴.

Este Capítulo se dividirá en dos partes. Empezaremos por un enfoque eminentemente práctico, relacionado con la actividad del mediador en el procedimiento de mediación, analizando el conflicto como objeto de su trabajo y los modelos propuestos para trabajar y cambiar la perspectiva que las partes tienen de su propia disputa. Estudiaremos también las fases de la mediación que constituirán una mera propuesta de camino a recorrer por el mediador, puesto que este profesional podrá cambiar, invertir, o escoger diferentes vías dependiendo de sus opciones y metodologías. En efecto, no existe un camino procedimental rígido e inflexible que todos los mediadores tengan que seguir. Al contrario, la flexibilidad es la nota caracterizadora de este mecanismo, tomando al mediador el timón que orientará a las partes rumbo a la solución del conflicto. De este modo, consideramos pertinente analizar las fases de la mediación como una prerrogativa del mediador inherente a su actividad, incluyendo su estudio dentro de este apartado. Abordaremos asimismo las técnicas metodológicas utilizadas por el mediador, traduciéndose en las herramientas de su profesión.

Diseñaremos después un segundo enfoque fundamentalmente jurídico, analizando las cuestiones inherentes a su estatuto jurídico-profesional. Los requisitos y condiciones de ejercicio de la actividad de mediador, su organización profesional, los códigos de conducta y su responsabilidad profesional, son algunos de los problemas que plantearemos y analizaremos.

⁵⁴⁴ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 171.

1. LA ACTIVIDAD DEL MEDIADOR

1.1. El conflicto

El conflicto es el factor desencadenante de la aplicación de la mediación pues su aparición hace nacer la disputa y la necesidad de procurar su solución. Por este motivo, el conflicto es inherente a una connotación negativa, estando asociado a un sentimiento de crisis o incumplimiento.

Sin embargo, el conflicto puede constituir un factor positivo con determinadas ventajas. Taylor y Folberg indican que el conflicto puede fortalecer la cohesión de un grupo; reducir tensiones poniendo de relieve problemas existentes; clarificar objetivos; y ayuda a establecer normas de grupo⁵⁴⁵. Además, la historia y la realidad demuestran que a través del conflicto el hombre revela su creatividad y evoluciona en los más variados aspectos de la vida. En efecto, los orígenes y causas del conflicto podrán ser diversos, desde factores biológicos, psicológicos o antropológicos hasta factores políticos y sociales⁵⁴⁶.

Kenneth Boulding definió el conflicto como una “situation of competition in which the parties are *aware* of the incompatibility of potential future positions and in which each party *wishes* to occupy a position which is incompatible with the wishes of the other”⁵⁴⁷. En consecuencia este autor apuntó que el conflicto vive procesos dinámicos o de reacción en los cuales los movimientos de la parte *A* afectan a los movimientos subsecuentes de la parte *B*, que a su vez afectan a las acciones de la parte *A* y así sucesivamente. Y estos procesos dinámicos del conflicto atañen a todas las esferas de la interacción humana, sea en el ámbito familiar, sea en el ámbito laboral e incluso en los conflictos entre naciones. Atendiendo a la naturaleza dinámica del conflicto, Boulding acreditaba que los conflictos tendrían su propio “ciclo de vida”, naciendo, existiendo durante algún tiempo y, finalmente, desapareciendo.

⁵⁴⁵ Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 19.

⁵⁴⁶ Para un análisis más detallado de los factores del conflicto, véase VINYAMATA CAMP, Eduard, *Conflictología: teoría y práctica en resolución de conflictos*, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2001, pp. 67-90; y MILIA, Fernando A., *El conflicto extrajudicial*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, pp. 57-110.

⁵⁴⁷ Cfr. BOULDING, K. E., *Conflict and Defense: A General Theory*, Harper & Row, Nueva York, 1962, p. 5.

Rummel (en 1976) también estableció el ciclo de vida del conflicto dividiéndolo en cinco fases: (1) el conflicto latente; (2) la iniciación del conflicto; (3) la búsqueda de equilibrio de poder; (4) el equilibrio de poder y (5) la ruptura del equilibrio. Ejemplificó el ciclo diseñado con un conflicto entre la industria maderera y los ecologistas protectores de la naturaleza. Atendiendo a esta realidad, la primera fase del conflicto opone los intereses de los madereros, que quieren cortar el mayor número de árboles, a los intereses de los ecologistas, que intentan proteger la naturaleza. Los diferentes intereses podrán mantenerse latentes durante mucho tiempo hasta que el conflicto brote en la segunda fase indicada por Rummel y que podrá ser desencadenada porque, por ejemplo, la industria maderera adquirió amplios derechos de corte en un territorio conservado en estado virgen. Ese factor desencadenante transforma el conflicto de latente en manifiesto. En la tercera fase, los intereses deberán equilibrarse a través de medios de coerción, como son los tribunales, o a través de medios no coercitivos, como la mediación. Las partes deberán realizar ajustes para encontrar el equilibrio y resolver el conflicto en la fase cuatro. Después de esta fase, y como con el tiempo las condicionantes podrán sufrir cambios, o porque los madereros necesitan de la madera o porque los ecologistas ya no aceptan más las concesiones hechas, el equilibrio podría romperse en una fase cinco. Para Rummel estas fases se desarrollan en una espiral continua, como una hélice que se pone en movimiento a través del cambio⁵⁴⁸.

Otro experto que desarrolló importantes estudios en el ámbito de la naturaleza del conflicto fue Morton Deutsch que, en su obra *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, distinguió cinco tipos de conflictos: (1) *vertical conflict* (conflicto vertical o verdadero, que existe objetivamente y es visible); (2) *contingent conflict* (conflicto contingente o eventual, que depende de circunstancias ambientales que pueden ser alteradas y adaptadas); (3) *displaced conflict* (conflicto desplazado o desenfocado, en que las partes están discutiendo erróneamente sobre un problema y en que Deutsch inserta los conflictos manifiestos); (4) *misattributed conflict* (conflicto mal atribuido, relativo al conflicto atribuido a las personas equivocadas) (5) *latent conflict* (conflicto latente, designando el conflicto que debería estar sucediendo, pero no es así) y (6) *false conflict* (falso conflicto, cuando no existe una base objetiva para el conflicto,

⁵⁴⁸ Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 22.

concretamente cuando se verifica un mal entendido)⁵⁴⁹. Para la resolución de los conflictos, Deutsch considera que existen procesos competitivos y procesos cooperativos, que pueden conducir a tres tipos de resultados: (1) *lose/lose* (pérdidas mutuas); (2) *lose/win* (pérdida para una parte y ganancia para otra); (3) *win/win* (ganancias mutuas).

De lo expuesto resulta claro que el conflicto es un elemento dinámico que puede sufrir cambios y ser transformado incluso por el método de resolución elegido. Su análisis en este trabajo pretende evidenciar que la mediación y la labor del mediador pueden cambiar el conflicto buscando su resolución a través de diferentes técnicas y procesos.

1.2. Modelos de mediación

La aplicación de determinadas técnicas y los cambios pretendidos originaron tres modelos básicos de mediación: el Modelo Lineal de Fisher y Ury (1989); el Modelo Transformativo de Bush y Folger (1994); y el Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb (1994). Estos modelos constituyen propuestas de técnicas y orientaciones al mediador para asumir y tratar el conflicto y su resolución, en los términos que veremos seguidamente.

1.2.1. Modelo Lineal de Fisher y Ury (1989)

El modelo tradicional y más popular de mediación fue presentado por Fisher y Ury, basándose en la promoción de la comunicación entre las partes, entendida en sentido lineal, es decir, los mediados deberían comunicarse entre sí continuamente (*communication back and forth*), transmitiendo información de forma clara para que sean entendidos por la otra parte y prestando atención a lo que el otro transmite⁵⁵⁰.

Fisher y Ury apuntaban tres problemas fundamentales y habituales en la comunicación. Primero, las partes podrán no hablar entre sí de modo que se entiendan. Después, aunque hablando directamente y de forma clara entre sí, podrán no oírse mutuamente o no prestar atención a lo que el otro está diciendo. Por último, las partes podrán ser mal entendidas o entender de forma equivocada lo que el otro dice, incluso porque las palabras podrán tener diferentes significados o entendimientos para cada uno.

⁵⁴⁹ Para más detalle sobre el pensamiento del autor, véase DEUTSCH, Morton, *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, Yale University Press, New Haven, 1977.

⁵⁵⁰ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, pp. 33 y ss..

Para solucionar estos problemas, Fisher y Ury proponen como reglas o pautas la escucha activa para que las partes puedan entender lo que cada uno está diciendo; hablar de forma clara para que cada parte pueda ser entendida; cada interviniente deberá hablar de sí mismo sin criticar o condenar al otro; y cada parte deberá intervenir con un propósito e intención. Dichas reglas deberán ser evocadas y aplicadas por el mediador en cuanto facilitador de la comunicación, que deberá promover el diálogo entre las partes con el objetivo de minimizar sus diferencias y lograr el acuerdo⁵⁵¹.

Este modelo viene siendo criticado por centrarse esencialmente en el contenido verbal de la comunicación, sin considerar las relaciones entre las personas o el contexto en que estas se desenvuelven⁵⁵².

1.2.2. Modelo transformativo de Bush y Folger (1994)⁵⁵³

Bush y Folger consideran que la mediación contiene un potencial único para transformar el conflicto a través del cambio de la actitud mental de las partes. Este potencial transformativo dependerá de la capacidad del mediador para generar dos importantes efectos dinámicos: la revalorización (*empowerment*) y el reconocimiento (*recognition*). La revalorización se vincula al restablecimiento por los individuos de su valor, fuerza y capacidad de tomar decisiones, así como, para resolver los problemas planteados por la vida cotidiana. El reconocimiento implica que los individuos en conflicto entiendan los

⁵⁵¹ Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 58.

⁵⁵² Cfr. GOMES, Lucinda T., “Mediação familiar e Conflito Parental: Modelos de Mediação”, *Newsletter do GRAL*, n.º11, noviembre de 2009, p. 2, disponible en el siguiente endereço electrónico http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo_Lucinda.pdf, accedido el 9 de diciembre de 2010. Para más datos relativos a los modelos de mediación en el ámbito familiar, véase PARKINSON, Lisa, *Mediação Familiar*, Ministério da Justiça - GRAL, Agora Comunicação, Lisboa, 2008.

⁵⁵³ Para una mejor comprensión del modelo, véase BUSH, Robert A. Baruch y FOLGER, Joseph P., *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, cit.; y BUSH, Robert A. Baruch y POPE, Sally Ganong, “Transformative Mediation: Changing the Quality of Family Conflict Interaction”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, pp. 53-71. Para más información sobre la mediación transformativa, véase MENKEL-MEADOW, Carrie, “The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices”, *Negotiation Journal*, Vol. 11, n.º3, 1995, p. 217-242; y SEUL, Jeffrey R., “How Transformative is Transformative Mediation?: A Constructive-Developmental Assessment”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 15, n.º1, 1999, pp. 135-174.

sentimientos y puntos de vista del otro. Cuando estos efectos se verifiquen, las partes podrán transformar su interacción conflictual de destructiva en constructiva⁵⁵⁴.

La mediación transformadora tiene diez características esenciales enumeradas por Bush y Folger: (1) la revalorización y el reconocimiento son los objetivos principales del proceso y del mediador; (2) las partes asumen la responsabilidad en el resultado; (3) el mediador no deberá criticar las opiniones y decisiones de las partes; (4) el mediador deberá tener una visión optimista de las aptitudes y motivos de las partes; (5) el mediador transformador debe incentivar las partes a descubrir y expresar sus emociones; (6) el mediador deberá aceptar y explorar la incertidumbre de las partes y no suponer que entiende la situación y las necesidades de los individuos en conflicto; (7) el mediador deberá permanecer centrado en el aquí y ahora de la interacción del conflicto, centrando su atención en lo que cada parte está diciendo en cada instante; (8) la puesta en valor de las declaraciones de las partes sobre el pasado porque pueden tener valor para el presente; (9) el mediador deberá concebir una intervención como un punto en una secuencia mayor de interacción del conflicto; (10) deberán celebrarse los éxitos alcanzados por pequeños que sean⁵⁵⁵.

Lisa Parkinson critica la denominación transformadora utilizada por Bush y Folger porque “transmite la noción de que los mediadores son milagrosos capaces de modificar a las personas o sus conflictos en el curso de un proceso relativamente breve”. Para la autora, Bush y Folger deberían haber aclarado mejor si el objetivo de su enfoque era cambiar a las personas o a las percepciones de su conflicto, puesto que es posible cambiar el conflicto, pero modificar a las personas como función del mediador es potencialmente peligroso, incluso porque podrá cuestionar su neutralidad⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Cfr. BUSH, Robert A. Baruch y FOLGER, Joseph P., *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, cit., pp. 22-23.

⁵⁵⁵ Cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., pp. 47-49. Para más información sobre las características del modelo transformador de Bush y Folger, véase DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., pp. 57-58.

⁵⁵⁶ Cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 50.

1.2.3. Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb (1994)

El modelo circular narrativo fue presentado primeramente por Sara Cobb en 1994 y más tarde desarrollado por Suares (en 2002) y Winslade (en 2006)⁵⁵⁷. Como afirma Lucinda Gomes, este modelo “baseia-se na causalidade circular e tem as suas raízes na teoria sistémica e na teoria da comunicação desenvolvida por Bateson e Watzlawick”⁵⁵⁸.

El modelo propone como metodología aplicable a la mediación que las partes narren su historia individual relativa al conflicto “con el doble propósito de implicarlos por igual, y de ayudarlos a llegar a una comprensión compartida”⁵⁵⁹. El papel del mediador es ayudar las partes a cambiar sus historias individuales, las cuales siendo distintas y opuestas generaron el conflicto, a través de su reformulación, mediante la comunicación de causalidad circular. La tarea del mediador es, así, intentar que las partes construyan una nueva historia común, decidida de mutuo acuerdo y que prevea las soluciones para el conflicto.

Como pone de manifiesto Lucinda Gomes na “perspectiva narrativa, numa visão distinta do modelo Linear, as pessoas chegam à mediação com histórias dotadas de ordem e coerência que impedem a flexibilização e a geração de alternativas, por isso, o mediador deve promover a desestabilização das histórias, para fomentar os momentos de mudança, susceptíveis de alterar os significados das histórias e resolver o diferendo”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Para más detalle sobre el pensamiento de los autores, véase COBB, Sara, “A narrative perspective on mediation: towards the materialization of the “storytelling” metaphor”, *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives*, Edit. Joseph Folger y Tricia Jones, Sage Publications, California, 1994, pp. 48-66; SUARES, Marínés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª edición, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996; y WINSLADE, John, “Mediation with a focus on discursive positioning”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 23, n.º4, 2006, pp. 501-513.

⁵⁵⁸ Cfr. GOMES, Lucinda T., “Mediação familiar e Conflito Parental: Modelos de Mediação”, cit., p. 3,

⁵⁵⁹ Cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 58.

⁵⁶⁰ Cfr. GOMES, Lucinda T., “Mediação familiar e Conflito Parental: Modelos de Mediação”, cit., pp. 3-4.

Cuadro n.ºIII.2 – Modelos de mediación

	SISTEMA LINEAL Fisher y Ury (1989)	SISTEMA TRANSFORMATIVO Bush y Folger (1994)	SISTEMA CIRCULAR -NARRATIVO Sara Cobb (1994)
Bases y Fundamentos	La base de la resolución del conflicto es la comunicación que debe ser lineal (<i>communication back and forth</i>)	La base de la resolución del conflicto es su transformación a través de dos efectos esenciales: la revalorización y el reconocimiento	La base de la resolución del conflicto es la transformación de las historias individuales de las partes, creándose una nueva historia común
Objetivos	Mejorar la comunicación de las partes para minimizar las diferencias entre ellas y lograr el acuerdo	Transformar la interacción conflictual de las partes de destructiva en constructiva	Construcción de una comprensión compartida de la realidad conflictual
Técnicas y Métodos	Escucha activa; Comunicación clara y perceptible	Tener una visión optimista de las aptitudes y motivos de las partes; Permitir y dar respuesta a la expresión de emociones; Valorizar el pasado	Promover la reflexión de las partes sobre la realidad; Promover la desestabilización de las historias para alterar sus significados

Del análisis expuesto anteriormente, y complementado por el cuadro comparativo de los modelos típicos de mediación, podremos concluir que no hay incompatibilidades de aplicación de las tres propuestas. En efecto, los modelos presentados proponen diferentes formas de afrontar el conflicto que pueden ser aplicadas en la misma situación dependiendo de las partes, de las propias capacidades técnicas del mediador y del objeto en disputa⁵⁶¹. No consideramos útil que el mediador adopte una sola perspectiva, pero sí que compatibilice todas las propuestas señalando una actitud eclética a favor de la mejor resolución del conflicto, recogiendo todas las técnicas ofrecidas⁵⁶².

1.3. Tipos de mediación: el mediador facilitador *versus* el mediador evaluador

La distinción entre mediación facilitativa y mediación evaluadora atiende esencialmente al grado de intervención o participación del mediador, razón por la cual optamos por desarrollar esta clasificación en el Capítulo relativo a este profesional.

Mayer apunta que la distinción entre estas dos clases de mediación empezó a ser delineada por Deborah Kolb cuando la autora distinguió dos tipos de mediadores: los orquestadores (*orchestrators*) y los forjadores de acuerdos (*deal-makers*). Estas dos

⁵⁶¹ En este sentido Deborah Kolb afirma que los procesos de mediación se ven influidos por factores esenciales: por un lado, el carácter único y singular de cada conflicto y, por otro lado, la destreza de los mediadores. Cfr. KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, cit., p. 15.

⁵⁶² En este sentido, véase VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, cit., p. 24.

categorías originaran más tarde la mediación facilitativa (para los mediadores orquestadores) y la mediación evaluativa (para los forjadores de acuerdos)⁵⁶³.

La mediación facilitativa (también denominada como mediación basada en los intereses – *Interest-Based Mediation*⁵⁶⁴) acentúa la responsabilidad de las partes en la toma de decisiones que afecten sus vidas, buscando la promoción del *empowerment* de los mediados. En este sentido, el mediador es un facilitador de la comunicación entre las partes que no hace recomendaciones, no aconseja, ni emite pareceres respecto a la resolución de la cuestión. Su tarea residirá en promover el diálogo entre los mediados, explorando los intereses de las partes y ayudando en la separación de los puntos de acuerdo y desacuerdo. El mediador fomentará la creación de opciones por las propias partes, pero no indicará el camino para su la solución⁵⁶⁵.

Mayer identifica cuatro características fundamentales de la mediación facilitativa. En primer lugar, la mediación es un proceso orientativo, pero no basado únicamente en la obtención del acuerdo puesto que el mediador deberá guiar a los mediados en la adopción de sus propias decisiones. En consecuencia, y como segunda característica, la mediación facilitativa se centra en los mediados, siendo el objetivo del mediador ayudar a las partes en la resolución del conflicto. En tercer lugar, la mediación facilitativa se basa esencialmente en la promoción de la comunicación entre las partes, como mejor metodología para la resolución de la disputa. Por último, este tipo de mediación se centra en los intereses como factor de conflicto y agente de la construcción del acuerdo satisfactorio para ambas partes⁵⁶⁶.

Brown y Marriott consideran este enfoque extremadamente útil en determinadas situaciones puesto que ayuda a las partes a comunicarse entre sí, adoptando una perspectiva

⁵⁶³ Cfr. MAYER, Bernard, “Facilitative Mediation”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, p. 30. Para un análisis más detallado del pensamiento de la autora, véase KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, cit., pp. 63-72.

⁵⁶⁴ Cfr. GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank E. A., “Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge”, *Litigation*, Vol. 33, n.º4, Summer 2007, p. 42.

⁵⁶⁵ Cfr. FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, “The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, pp. 14-15.

⁵⁶⁶ Cfr. MAYER, Bernard, “Facilitative Mediation”, cit., pp. 29-52.

colaborativa y no competitiva y explorando una resolución basada en los intereses y en las necesidades de las partes⁵⁶⁷.

La mediación facilitativa es criticada por su incapacidad para ofrecer asesoramiento técnico de peritos y, en consecuencia, podrá significar costes acrecidos para las partes que tendrán que consultar a otros expertos. Por otro lado, los acuerdos pueden no ajustarse a los parámetros de justicia establecidos legalmente⁵⁶⁸.

La mediación evaluativa implica un papel más activo del mediador que pone a disposición de las partes sus conocimientos técnicos y su experiencia. En efecto, el mediador evaluador analiza los argumentos de las partes en conflicto y presenta a los mediados (por regla general en encuentros separados) su evaluación del caso, indicando los aspectos favorables y desfavorables de sus pretensiones⁵⁶⁹. Su opinión respecto del conflicto, no siendo vinculante, podrá ser acatada por los mediados.

Riskin defiende que el mediador evaluador tiene cuatro funciones esenciales: *assesing, developing, proposing and predicting*. En efecto, en este tipo de mediación, el mediador evalúa los puntos fuertes y débiles del caso, desarrollando y proponiendo después opciones para resolver el conflicto y previendo el resultado judicial si el conflicto fuese resuelto en tribunal⁵⁷⁰. Con base en la previsión del resultado judicial (o arbitral si fuere este el medio escogido por las partes), el mediador evaluador podrá sugerir o aconsejar a uno o a los dos mediados a cambiar sus pretensiones en el sentido de la decisión prevista⁵⁷¹.

Una de las técnicas utilizadas por el mediador evaluador es el análisis del riesgo del litigio (*litigation risk analysis*), a través de la cual calcula la probabilidad en porcentaje de un veredicto a favor de cada parte. Esta técnica recurre a la teoría de la decisión empleada por economistas en el ámbito del modelo de decisiones empresariales,

⁵⁶⁷ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 353.

⁵⁶⁸ Cfr. FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, "The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview", cit., pp. 15-16.

⁵⁶⁹ Cfr. GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank E. A., "Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge", cit., p. 40.

⁵⁷⁰ Se refiriendo a la concepción de Riskin, véase LOWRY, L. Randolph, "Evaluative Mediation", *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, p. 73.

⁵⁷¹ Cfr. GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank E. A., "Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge", cit., p. 41.

adaptándola en sede de fallos judiciales o arbitrales. En términos prácticos, el análisis del riesgo del litigio estima las probabilidades de diferentes decisiones judiciales, calculando también posibles indemnizaciones por perjuicios sufridos. Atendiendo a estos dos cálculos, el mediador evaluador analiza el caso y propone acuerdos a las partes⁵⁷².

Lowry apunta que la mediación evaluativa: (1) puede ser más eficiente y efectiva en la creación de un acuerdo por las partes; (2) proporciona la oportunidad para que las partes obtengan consejo de expertos; (3) permite la revalorización de la parte más débil; y (4) puede permitir un acuerdo más ventajoso que una sentencia judicial⁵⁷³. En verdad, las partes podrán desear incluso que la solución del conflicto sea sustentada en el derecho aplicable al caso, prefiriendo que un tercero neutral emita de buena fe su opinión⁵⁷⁴. Por otro lado, las partes podrán no tener ninguna información o idea de los parámetros legales o técnicos aplicables al caso necesitando de la ayuda y consejo del tercero. La intervención evaluadora podrá aún ser eficaz cuando las partes quedan presas de sus puntos de vista y no consiguen vislumbrar la posible solución del caso⁵⁷⁵.

Goldberg y Sander apuntan dos problemas de la mediación evaluadora. Por un lado, la parte que es considerada por el mediador como la que tiene menores posibilidades de vencer en la acción judicial o arbitral, propende a querer recurrir al tribunal, considerando que el mediador podrá estar equivocado y que la decisión judicial será favorable. Así, esta metodología podrá fracasar si el mediador no logra persuadir a la parte de las probabilidades de una decisión judicial o arbitral desfavorable, pudiendo incluso incentivarla a recurrir al tribunal para probar que sus argumentos son válidos. En segundo lugar, la mediación evaluadora, como está demasiado centrada en los puntos flacos y fuertes de las partes y en la determinación del vencedor y vencido del caso con base en los derechos de cada mediado, podrá olvidar la construcción de un acuerdo

⁵⁷² Una vez que el planteamiento general de la mediación evaluativa es similar con el modo de trabajar de los abogados, que tienen que analizar los posibles resultados de una acción judicial para decidir si deben recurrir al tribunal, en los EE.UU. los abogados prefieren mediadores evaluadores. Por otro lado, como los jueces tienen experiencia en proferir sentencias judiciales, son habitualmente elegidos como mediadores evaluadores. Cfr. GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank E. A., "Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge", cit., p. 41.

⁵⁷³ Cfr. LOWRY, L. Randolph, "Evaluative Mediation", cit., pp. 72-91.

⁵⁷⁴ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 353.

⁵⁷⁵ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 358-359.

completamente diferente que satisfaga mutuamente las partes de un modo más provechoso⁵⁷⁶.

Además se citan como desventajas de la mediación evaluadora la posibilidad de poner en entredicho la imparcialidad del mediador, puesto que una vez que este profesional presente su previsión de resolución del conflicto, las partes no le reconocerán en adelante como un elemento neutral. Por otro lado, la mediación evaluadora no fomenta suficientemente la revalorización y *empowerment* de las partes⁵⁷⁷.

Atendiendo a las ventajas e inconvenientes de los dos modelos es habitual sugerir que el mediador debe dominar ambas técnicas para poder aplicarlas cuando sea necesario. En efecto, los dos tipos de mediación difieren en relación al papel del mediador y, en consecuencia, al nivel y extensión de la participación de los mediados. Si en la mediación evaluadora el mediador tiene un papel más presente, participativo y activo en la resolución del conflicto, al contrario, en la mediación facilitativa son las partes quienes tienen una participación más activa asumiendo en exclusiva el peso de la resolución del conflicto. Así, el mediador facilitador podrá encontrarse ante una situación en que las partes bloqueen la obtención del acuerdo por una cuestión legal aplicable al caso. En este ejemplo, el mediador podrá recurrir a su formación o experiencia jurídica para informar a las partes respecto al derecho aplicable al caso, pudiendo los mediados a partir de esta información encontrar la solución del caso⁵⁷⁸.

Esta concepción plantea un problema muy discutido en la doctrina y que nos conduce a la cuestión de saber si el mediador tiene que ser un especialista en la materia sobre que versa el conflicto. Atendiendo a la distinción trazada entre mediación evaluadora y mediación facilitativa ciertamente tendremos que afirmar que el mediador evaluador habrá de poseer conocimientos en el tema del conflicto para poder realizar sugerencias o emitir parecer sobre la posible solución del mismo. Más controvertida es la cuestión de

⁵⁷⁶ Cfr. GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank E. A., "Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge", cit., pp. 41-42.

⁵⁷⁷ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 360.

⁵⁷⁸ Cfr. GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank E. A., "Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge", cit., p. 43. Para un análisis de la relación entre las perspectivas facilitativa y evaluativa, véase el sistema *Facilitative-Evaluative Continuum* propuesto por Riskin en el artículo RISKIN, Leonardo L., "Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 1, 1996, pp. 7-51. Apuntando limitaciones al sistema de Riskin, véase KOVACH, Kimberlee K., LOVE, Lela P., "Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid", *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 3, 1998, pp. 71-110.

saber si el mediador facilitador tendrá que poseer conocimientos sobre el problema conflictivo. En este sentido nos alineamos con Folberg y Taylor cuando afirman que las técnicas y metodologías del mediador serán más efectivas si el mediador dispone de conocimientos substantivos respecto al objeto del conflicto o al medio y ámbito del problema de los mediados⁵⁷⁹. De este modo, consideramos que el mediador no tendrá que ser un experto en una determinada materia, pero deberá percibir, aún genéricamente, la cuestión debatida y sus matices para poder entender el lenguaje de las partes, los conceptos de que hablan y sus intereses de forma más efectiva⁵⁸⁰. Pensemos en un conflicto mercantil que envuelva cuestiones fiscales que el mediador no entiende o no domina. Será difícil ayudar a las partes en la construcción de la solución al conflicto si el mediador no alcanza a comprender verdaderamente las implicaciones de las pretensiones de los mediados. Por otro lado, las partes podrán sentirse inseguras en relación a un mediador que no entiende de lo que hablan. El propio mediador podrá sentirse incómodo con la realización de algunas preguntas por miedo a que sean impertinentes o sin sentido. Por eso, consideramos que el mediador no debiendo de ser un experto absoluto, deberá realizar cursos de especialización en las concretas ramas de actuación de su actividad mediadora y deberá sentirse cómodo y preparado en las temáticas objeto del conflicto para que su actividad sea eficaz durante las fases de mediación que estudiaremos seguidamente.

1.4. Fases de la mediación

La temática relativa a las fases de la mediación no es común o consensual entre los autores, siendo apreciables diversas y diferentes propuestas⁵⁸¹. Folberg y Taylor proponen un procedimiento fraccionado en 7 fases, que a su vez están divididas en diversas etapas⁵⁸². Moore apunta 2 fases esenciales distribuidas en 12 etapas: la premediación (dividida en 5 etapas) y la mediación (fraccionada en 7 etapas)⁵⁸³. Brown y

⁵⁷⁹ Sobre esta temática, véase FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., pp. 240-242.

⁵⁸⁰ También refiriéndose a la cuestión, véase BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 418-420.

⁵⁸¹ Analizando diversas limitaciones a los modelos de mediación por fases, véase PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., pp. 160-161.

⁵⁸² Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., pp. 38-72.

⁵⁸³ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 67.

Marriott, por otro lado, identifican 3 fases, divididas en diferentes etapas⁵⁸⁴. Esta diferenciación en las propuestas indicadas nace de la flexibilidad inherente a este mecanismo. No hay un recorrido pre-establecido al cual el mediador debe atenerse. Cada conflicto, y los propios mediados, convoca diferentes metodologías de trabajo y harán que cada mediación sea única e irrepetible⁵⁸⁵. De este modo, en este apartado indicaremos lo que consideramos el trayecto lógico de una mediación, sin tener la pretensión de ofrecer la fórmula metodológica mágica que cualquier mediador deberá aplicar obligatoriamente.

Así, nos parece lógico y razonable que la mediación se divida en tres momentos esenciales: (1) una fase previa, introductoria del mecanismo, catalogada como “premediación”, (2) una fase relativa a la resolución del conflicto que denominaremos “mediación en sentido estricto”, y (3) una fase inherente a la conclusión del acuerdo y acompañamiento de su ejecución que designaremos como “postmediación”⁵⁸⁶. En cada uno de los momentos existirán etapas cuya secuencia podrá ser alterada por el mediador cuando y en los términos que considerare oportunos. No hay así un recorrido único, pudiendo variar la marcha o saltarse etapas dependiendo de las exigencias de cada caso.

1.4.1. Premediación

La premediación implica la celebración de una reunión inicial con los mediados teniendo como objetivo preparar y dar inicio a la mediación en sentido estricto⁵⁸⁷. Como fase introductoria, el mediador tendrá tres obligaciones esenciales: (1) informar; (2) organizar; y (3) validar la mediación⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 154-155.

⁵⁸⁵ En este sentido Moore afirma que “The stages of mediation are often difficult to identify; they frequently vary across cultures in sequence, emphasis and approach”. Este autor indica como factores que pueden influir en las estrategias y actividades del mediador, entre otros, (1) el nivel del conflicto y la fase en que la mediación interviene (si es en el inicio de la disputa o después de algún tiempo); (2) el desequilibrio en las relaciones entre los mediados; o (3) la complejidad de los asuntos en conflicto. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 67 y 70-81.

⁵⁸⁶ En el mismo sentido, véase BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 154-155 y MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 105.

⁵⁸⁷ Indicando ejemplos de cómo establecer este diálogo inicial y abordar a los mediados, véase FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., pp. 38-47 y 102-103. Refiriéndose a las tareas del mediador en esta fase inicial, ver PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., pp. 159-160 y 163-164.

⁵⁸⁸ Moore considera que las tareas del mediador en esta etapa inicial son “(1) building personal, institutional, and procedural credibility; (2) establishing rapport with the disputants; (3) educating

i. Facilitar informaciones a los mediados

Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación, explicando en qué consiste, sus principios y objetivos, es esencial para cumplir el principio de igualdad de las partes, exigiéndose que los mediados posean el mismo nivel de información. El propósito del mediador residirá aquí en que, entre los mediados, el nivel de conocimientos con respecto a este método sea uniforme. En el supuesto de que uno de los participantes ya haya recurrido a la mediación, es importante que la contraparte no se sienta privada de información, de forma que no se fomente ninguna desconfianza o sentimiento de desigualdad o desventaja.

Al nivel del contenido de la información a prestar, el mediador deberá dejar claros los principios básicos de la mediación, concretamente el principio de voluntariedad y de confidencialidad, esclareciendo asimismo todo lo relativo a las consecuencias de estos baluartes, como la posibilidad de que cada parte pueda desistir del procedimiento en cualquier momento o su inhibición para ser testigo en un futuro y eventual proceso judicial⁵⁸⁹.

Deberá igualmente realzar la necesidad de investigación con respecto al conflicto e, inherentemente, la obligatoriedad de efectuar preguntas e indagar sobre el mismo. En este contexto, será relevante que el mediador advierta a las partes desde el principio sobre algunas técnicas que podrán usarse, como el *caucus*, que analizaremos adelante, de forma que más tarde, su hipotética utilización, no provoque ninguna sorpresa que mine la confianza de los mediados. En efecto, en el caso de que el procedimiento sea nuevo a ambos, es importante suministrarles la información necesaria para conquistar su confianza en la mediación. Si lo desconocido provoca miedo, entonces el mediador tendrá que dejar tan claro como sea posible el procedimiento de mediación, sus técnicas y metodologías para reducir el temor de los mediados, facilitando su participación a lo largo de las sesiones⁵⁹⁰.

participants about the negotiation process, the role of the mediator, and the function of mediation; and (4) gaining a commitment to begin mediating". Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 90-97.

⁵⁸⁹ Respecto a los principios de la mediación, véase nuestras aportaciones en el apartado 7, del Capítulo II.

⁵⁹⁰ Moore apunta como razones para esclarecer el procedimiento inherente a la mediación (1) la minimización de sorpresas; (2) la clarificación de las etapas para que los mediados sepan lo que les espera

También es importante que el mediador defina claramente su papel, concretamente en lo tocante a la ausencia de facultades para imponer una solución al problema o, incluso, para sugerir opciones de acuerdo (si adopta el modelo de mediación facilitativa, como verificamos anteriormente). Igualmente, se estará trasladando directamente a las partes la responsabilidad de resolución del conflicto, comprometiéndolas con este objetivo⁵⁹¹.

Además, el mediador deberá realzar la posibilidad de que los mediados cuenten con el apoyo de un abogado o asesor jurídico⁵⁹². Si esta situación se constata, se hace necesario que el mediador aclare al representante legal cuál podrá o deberá ser su papel a lo largo de un procedimiento de mediación para que su participación no constituya un obstáculo, sino un factor coadyuvante de la resolución del problema entre las partes.

El mediador deberá además informar a las partes respecto a las consecuencias jurídicas de la resolución del conflicto por mediación, concretamente respecto de los efectos del acuerdo final y su ejecución.

Legalmente algunas referencias normativas se refieren a las informaciones a prestar en el ámbito de las sesiones previas de mediación. En España, a título de ejemplo, la Ley de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña (Ley 15/2009, de 22 de julio) establece en art. 15 que la persona mediadora deberá, en una primera reunión, informar a las partes del procedimiento de mediación, sus principios y alcance, de la posibilidad de desistimiento (apartado 1) o de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico (apartado 3)⁵⁹³. Otro ejemplo a nivel europeo es ofrecido por la Ley de Mediación de Hungría que dedica todo el art. 30, apartado 1, a las informaciones a prestar por el mediador en la primera sesión de mediación, concretamente los principios aplicables a este mecanismo, el procedimiento o los costes del mismo.

y su papel en las diversas fases; (3) la percepción de los sentimientos de aceptación o desconfianza de los mediados respecto al método. Sobre las formas de transmitir información a los mediados, véase BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 157-159.

⁵⁹¹ Indicando como ejemplo la forma y actitud del mediador para explicar su papel a los mediados, véase MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 213-215.

⁵⁹² En Portugal la Ley 21/2007, de 12 de junio, de Mediación Penal, establece expresamente en el art. 8 que las partes podrán hacerse acompañar por abogado. En el mismo sentido prescribe el art. 53, apartado 5, de la Ley de los *Julgados de Paz* (Ley 78/2001, de 13 de julio).

⁵⁹³ El Proyecto de Ley de Mediación, en el art. 18, apartado 1, indica que el mediador informará a las partes de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias del acuerdo que se pudiera alcanzar.

Además de las informaciones aludidas, el mediador deberá orientar a las partes sobre todas las cuestiones planteadas o dudas ubicadas, debiendo garantizar que las partes están suficientemente ilustradas sobre los contornos del mecanismo de mediación, a fin de evitar sorpresas que destruyan la confianza de los mediados en el mediador y en el propio método.

ii. Organizar la mediación

El segundo objetivo de la premediación es organizar las sesiones y el curso de aplicación del procedimiento mediador. Después de ilustrar a las partes sobre las metodologías y técnicas aplicables, el mediador deberá planificar el desarrollo de las sesiones. El diseño inicial y previo de las reglas de la mediación podrá ser fundamental para la productividad de las futuras sesiones y actuaciones.

Algunas de las reglas que deberán ser establecidas afectan: (1) al orden en los mediados intervendrán; (2) a las interrupciones del discurso de la otra parte; (3) a los intervalos y pausas; (4) al tiempo (duración) de la mediación (debiendo cada parte indicar de que tiempo dispone); (5) a la intervención de otras personas como peritos, testigos, familiares o amigos; (6) a la forma en que los desacuerdos deberán ser superados; (7) a las reglas relativas al caucus o encuentros privados con las partes⁵⁹⁴.

Algunos mediadores prefieren establecer y presentar las citadas reglas a las partes como *guidelines* que las mismas tienen que observar obligatoriamente. Otros profesionales consideran oportuno definir dichas normas con los mediados una vez que van iniciando el diálogo y ya se fragua un cierto espíritu de negociación, percibiendo que es posible construir acuerdos entre ambos y de que son capaces de negociar⁵⁹⁵. Una vez más

⁵⁹⁴ Indicando dichas reglas, véase MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 161. También se refiriendo a las reglas básicas de la mediación, ver PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., pp. 157-158.

⁵⁹⁵ En este sentido Moore considera que “The mediator should be careful not to create a dynamic in which he or she is the authority and the parties are the obedient subjects. To work effectively, guidelines must be agreed on by consensus”. Así, palabras como “términos de negociación” o “reglas de comportamiento” deben ser evitados. Prosigue el autor refiriendo que “In tense situations, disputants may need the mediator to be more directive, whereas in less polarized disputes, the parties themselves may be in total control”. Propone Moore la siguiente forma de introducción de reglas a los mediados: “At this point, I would like to suggest several procedural guidelines that other negotiators have found helpful in their discussions. I would like to suggest that each of you have some uninterrupted time to talk. If one of you has a question about what is said, I request that you hold it until the question period. If you agree to this procedure, I request your permission to hold you to it. Is this acceptable? Do you have other guidelines that might help

dependerá de las opciones del mediador que deberá evaluar para ello la predisposición de los mediados y el tipo de conflicto.

iii. Validar la mediación

Después de prestar todas las informaciones necesarias o solicitadas por los mediados y establecer las reglas de funcionamiento de las futuras sesiones, el mediador deberá observar una última etapa de validación de la mediación, certificando dos premisas importantes.

Por un lado, el mediador habrá de percibir si la mediación es posible y el conflicto es mediable. Este profesional deberá solicitar a las partes que presenten su versión de la disputa, principalmente si no tiene conocimiento de los hechos, intentando observar si existe un verdadero conflicto o si el problema necesitará, por contra, de tratamiento terapéutico que no podrá ser alcanzado en la mediación. Deberá asimismo percibir si los mediados son de hecho los principales intervinientes del conflicto, especialmente si una parte es una entidad colectiva. En esta situación el mediador deberá asegurarse que el representante es la persona que tiene facultades para negociar el acuerdo y conoce los asuntos en disputa. Igualmente deberá verificar si el principio de voluntariedad fue efectivamente observado y si no existe ninguna presión para someter la resolución del conflicto a la mediación⁵⁹⁶.

En segundo lugar, habiéndose reunido todas las condiciones para que las sesiones de mediación empiecen, el mediador deberá solicitar a las partes que firmen el documento de consentimiento, lo cual en términos de legislación española asume la denominación de *acta inicial de la mediación*^{597/598}. Este acta podrá coincidir con el contrato de mediación a través del cual las partes consienten la resolución de su disputa por este método, estableciendo simultáneamente las reglas a observar y los principios a respetar. Si

you discuss more productively?”. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 162 y 219-220).

⁵⁹⁶ Respecto al principio de voluntariedad, véase lo que desarrollamos en el Capítulo II, apartado 7.1. de este estudio.

⁵⁹⁷ En Portugal, por ejemplo, la terminología varía entre “*termo de consentimento*” o “*acordo de confidencialidade*”.

⁵⁹⁸ Sobre las funciones del acuerdo, véase, entre otros, BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 161-162.

existiese una cláusula previa de mediación incluida en un contrato obligacional, será necesario dicha acta para definir las reglas y los principios a cumplir⁵⁹⁹.

En términos de legislación en vigor, la Ley de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de la Cataluña (Ley 15/2009, de 22 de julio) establece que en el acta inicial deberá constar la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad, y además, el objeto y el alcance de la mediación y una previsión del número de sesiones (art. 16)⁶⁰⁰.

También la legislación belga (art. 1731 del Código Judicial) se refiere a este acta inicial designándola “*protocole de médiation*” que deberá ser firmado por las partes y por el mediador, conteniendo el nombre y el domicilio de las partes y del mediador, el respeto por el principio de voluntariedad y confidencialidad, una exposición sucinta del conflicto, el modo de fijación de los honorarios del mediador y modalidades de pago.

Firmado este documento inicial está validada la intervención del mediador y podrá darse inicio a la mediación en sentido estricto.

1.4.2. Mediación en sentido estricto

Una vez iniciada la sesión de mediación el objetivo principal del mediador es ayudar a las partes a trabajar el conflicto que las separa para construir su solución⁶⁰¹. Persiguiendo

⁵⁹⁹ Respecto al contrato de mediación y a las cláusulas contractuales de mediación, véase el Capítulo II, apartado 4.1. de este estudio.

⁶⁰⁰ El Proyecto de Ley de Mediación establece en el art. 20, apartado 2, que deben constar en el acta de la sesión constitutiva los aspectos referidos en el apartado 1 del mismo artículo, concretamente: (a) la identificación de las partes; (b) la designación del mediador; (c) el objeto del conflicto; (d) el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento; (e) el costo total de la mediación o las bases de su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y otras posibles tarifas; (f) la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; (g) el lugar de celebración y la lengua del procedimiento. No obstante la consideración del principio de confidencialidad en el párrafo f), del art. 20, apartado 1, entendemos que la futura ley deberá referirse expresamente a este principio, así como al principio de igualdad de las partes.

⁶⁰¹ Esta sesión puede realizarse inmediatamente después de la premediación o estar precedida de un lapso temporal después de la firma del documento de consentimiento. Algunos autores consideran fundamental separar la premediación de la mediación propiamente dicha, debiendo incluso ser realizada por otro profesional. Para Juan Carlos Vezzulla, por ejemplo, el “período de tempo entre a pré-mediação e a primeira sessão de mediação deverá servir para que os mediados repensem as posições adoptadas perante o conflito e perante o outro e possam, ainda que parcialmente, alterá-las para promover uma boa vontade em relação ao trabalho da mediação” (cfr. VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação. Teoria e Prática...*, cit., p. 96).

Pues bien, no se entiende cómo esta reconsideración puede consistir en un mero resumen del conflicto por las partes y sin que haya una investigación y trabajo con mayor profundidad del conflicto por el mediador. No se puede pensar que el simple llamamiento del premediador al espíritu de colaboración entre mediados

esta meta, el mediador deberá investigar los hechos inherentes al conflicto para percibir las razones de la disputa, realizando resúmenes de las versiones narradas por las partes, diseñando la agenda de las cuestiones a resolver, con el objetivo de crear opciones de solución del conflicto. Referimos una vez más que las metodologías apuntadas serán adoptadas por el mediador sin que haya un orden fijo, predeterminado e inflexible.

1.4.2.1. Investigación

El mediador guiado por la intención de ayudar a las partes en la construcción de la solución al conflicto, tiene que descubrir todos los hechos y factores de la disputa que separa a los mediados. La concreción de este objetivo implica que este profesional lleve a cabo una tarea de investigación sobre al conflicto intentando percibir no solamente la realidad de las historias relatadas por las partes, sino también sus sentimientos y pretensiones ocultas⁶⁰². Recurriendo a la figura del *iceberg*, podremos decir que las

surtirá efectos inmediatos entre éstos. Pensamos, incluso, que incitar demasiado a esta colaboración inicialmente en mediados con índole naturalmente conflictiva podrá ser entendida por ellos como una desvalorización de su problema y de los motivos de cada parte, creando cierta aversión a la mediación. Repensar el conflicto desde el punto de vista del otro es algo que deberá producirse naturalmente en el transcurso de la mediación, sin que sea, a través de su propaganda, la forma en la que el premediador podrá obtener este resultado.

La citada división implicará, por otro lado, una duplicación de esfuerzos por parte de los mediadores en la conquista de la confianza de los mediados, lo que, a su vez, conducirá a una reproducción de la presentación y del discurso ya emitido a las partes en la premediación, pudiendo provocar en las partes aburrimiento y desinterés.

Después, sería necesario que los mediados regresasen nuevamente al lugar de reunión, con la consecuente pérdida de tiempo y dificultades profesionales que podría acarrear, pudiendo favorecer cierta antipatía en las partes con respecto a los procedimientos de la mediación. El propio autor que hace apología de la separación entre premediación y mediación, reconoce que el premediador sufre muchas presiones por parte de los mediados, principalmente por el tiempo que afirman que pierden y porque se le solicita que él continúe las sesiones, permaneciendo como mediador.

Por último, cualquier percepción tanto del conflicto, como de los mediados, obtenida por el premediador sería totalmente inocua y no se aprovecharía, por lo que, también por este motivo, no somos partidarios de la división entre premediación y mediación propiamente dicha. Claro que, tal posición no es absoluta e inmutable. Sólo basta con pensar en la situación en que uno de los mediados, o ambos, en la sesión de premediación, soliciten algún tiempo para reflexionar sobre las informaciones prestadas y sobre la intención de recurrir a este método. En este ejemplo, el mediador deberá favorecer activamente la existencia de un lapso temporal, en caso contrario, un intento de persuasión de las partes será prejudicial y antagónico con el espíritu de voluntariedad subyacente en la mediación.

En la eventualidad de que estemos ante un nuevo mediador, diferente del que presidió la premediación, tendrá que realizarse la apertura de la mediación con la explicación a las partes de las informaciones anteriormente indicadas en el apartado referente a la premediación, concretamente en lo que respecta a las reglas del procedimiento, a la necesidad de investigación, a la inherente realización de preguntas y a la confidencialidad exigida. El mediador también tendrá que reconquistar la confianza de los mediados y apelar al espíritu cooperativo propio de la mediación.

⁶⁰² Como ponen de manifiesto Folberg y Taylor, esta fase de la mediación “is used to find out all the relevant facts and isolate the true issues for the participants”. Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 47.

historias narradas tienen una verdad visible, como la punta del bloque de hielo, pero, bajo la línea del mar, las partes esconden hechos y afectos ocultos en que el mediador se tendrá que sumergir para hacer aflorar los acontecimientos o emociones escondidos, muchas veces fundamentales para la solución del conflicto. En este sentido hay dos distinciones importantes con las que el mediador tendrá que trabajar en esta fase de la mediación. Por un lado, es esencial percibir y distinguir los conflictos manifiestos de los conflictos ocultos y, por otro lado, interesa divisar las posiciones y pretensiones de las partes y de sus intereses.

i. Conflicto manifiesto versus conflicto oculto

El conflicto manifiesto descubre la realidad factual narrada por las partes, abarcando los intereses que las partes sitúan en disputa con la otra parte. Sin embargo, bajo dicho conflicto, las partes esconden otros problemas que no o bien desconocen su existencia o bien no quieren revelar y que configuran conflictos ocultos. La división entre conflictos manifiestos y ocultos es muy frecuente en cuestiones familiares. Muchas veces los esposos intentan resolver un conflicto relativo al poder paternal, pero el verdadero problema es un divorcio mal resuelto⁶⁰³. Otras veces, los hijos reclaman de sus padres una prestación de alimentos cuando su verdadero problema es la envidia o los celos de sus hermanos. En relaciones con vecinos, un conflicto presente podrá tener origen en disputas pasadas no aclaradas. En el ámbito laboral, un conflicto relativo a las vacaciones puede ser desencadenado a causa de que el empleador no promovió trabajador a un escalón laboral superior.

Así, el conflicto manifiesto es el conflicto expreso y divulgado por las partes y el conflicto oculto es el conflicto implícito, escondido o negado por las mismas⁶⁰⁴. El verdadero conflicto comprendiendo tanto el expreso como el oculto es la llave que abrirá la puerta de la resolución de la disputa y por eso hecho es importante trazar esta distinción para que el mediador abarque todo el “iceberg” de una disputa.

⁶⁰³ Cierta vez, en la experiencia de abogacía que hemos experimentado, un cliente en el ámbito de un proceso de reparto de bienes tras el divorcio, insistía en retener de los muebles de la habitación que compartió con su ex-esposa exclusiva y únicamente su mesita de noche. Claro que tal exigencia insólita llevaba escondidos conflictos ocultos no resueltos por el proceso de divorcio, que estaban vinculados con la no aceptación de una nueva relación de su ex-mujer.

⁶⁰⁴ Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 23.

ii. Posición versus intereses

Otra distinción importante a realizar en la investigación es la diferenciación entre las posiciones y los intereses de los mediados⁶⁰⁵. Posición implica lo que las partes dicen que pretenden, correspondiendo a sus pretensiones en el conflicto. Interés es la razón subyacente a la pretensión de la parte⁶⁰⁶.

La separación entre los dos conceptos es visible atendiendo al ejemplo académico al que recurren varios estudiosos de la mediación⁶⁰⁷ y que versa sobre la lucha entre dos personas por una naranja. Ante este conflicto, y considerando que ambas quieren la naranja, la solución lógica, incluso a la luz de la justicia salomónica, sería dividir la naranja por la mitad y satisfacer a ambas partes. En este caso obteníamos un acuerdo de pérdida/pérdida o pérdida mutua, en la medida en que las dos personas sólo obtendrían la mitad de lo que deseaban. Sin embargo, en el proceso de investigación, se descubre que uno de los sujetos deseaba la naranja para retirar su zumo y el otro sólo quería la cáscara de aquel fruto para hacer un bizcocho. Así, aquella solución inicial sólo resolvía la mitad de la satisfacción de las necesidades de ambos sujetos. Pero si tenemos en cuenta sus intereses, será posible su satisfacción total pelando la naranja, dándole toda la cáscara a uno y exprimiendo el zumo para el otro sujeto. A través de los intereses, serán posibles acuerdos ganancia/ganancia en los que las pretensiones de que ambos consigan su propósito⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Como refieren Fisher, Ury y Patton “The basic problem in a negotiation lies not in conflicting positions, but in the conflict between each side’s needs, desires, concerns, and fears”. Por eso los autores consideraban que los intereses definían el problema. Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, p. 42.

⁶⁰⁶ Como señala Galeote Muñoz “es muy habitual que las partes sólo hablen sobre posiciones, sobre lo quieren, y no sean conscientes de la importancia de descubrir sus miedos, sus necesidades, etc.; en definitiva, los intereses que existen detrás, y que será lo que desbloquee la situación. Aquí es donde aparece la labor clave del mediador: es la ayuda que permite a los que negocian “descender” de las posiciones a los intereses”. Cfr. GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar, “La mediación”, cit., p. 81.

⁶⁰⁷ Vide, a título de ejemplo, WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, cit., p. 58.

⁶⁰⁸ Otro ejemplo es dado por Juan Carlos Vezzulla referente a un conflicto sobre el valor de un terreno con una casa antigua en que cada parte atribuía un precio al citado terreno, que presentaba una discrepancia de valores significativa. Las posiciones de las partes en relación al precio del terreno eran diferentes y generaron el conflicto. Después de interrogados sobre los factores que determinaban el precio para cada mediado, se entendió que la diferencia de precios residía en la valoración por el vendedor de un mural con elevado valor artístico y que era insignificante para el comprador. Los intereses residían entonces en la diferente valoración de la pintura. Y la percepción de lo que subyacía a la diferencia de posiciones, después permitió que el negocio se realizase por el precio acordado por ambos, dado que el comprador se comprometió a retirar el muro con la pintura sin dañificarla, para que la misma pudiese ser comprada al vendedor por un museo. Cfr. VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação. Teoria e Prática...*, cit., p. 46.

En ocasiones estos intereses son ocultos o porque las partes no los quieren revelar por opciones estratégicas de negociación o porque simplemente no conocen sus verdaderas razones⁶⁰⁹. Moore indica que existen procesos indirectos y procesos directos de descubrir los intereses de las partes inherentes a sus posiciones⁶¹⁰. En lo que concierne a los métodos indirectos apunta el “teste” (*testing*) y el “modelo hipotético” (*hypothetical modeling*). En el *testing* el mediador deberá oír atentamente a la parte repitiendo lo que pensó que el mediado había dicho y, a través de preguntas y respuestas dadas, va percibiendo los intereses en causa. Respecto al modelo hipotético, el mediador deberá presentar diversas opciones de acuerdo que no se destinan a ser acordadas por las partes, pero indican cuales son las propuestas más o menos satisfactorias para cada mediado y cuales las que encajan con sus intereses. Entre los métodos directos abarca el cuestionario (*questioning*) en que el mediador preguntará directamente a las partes cuáles son sus intereses⁶¹¹.

La investigación de los verdaderos intereses de los mediados y de los conflictos existentes es así una fase esencial en el método de la mediación para que el mediador pueda determinar y resumir las cuestiones que tienen que ser afrontadas y solucionadas en la disputa⁶¹².

1.4.2.2. Agenda

La agenda consiste en crear un cuadro descriptivo de los problemas a resolver, estableciendo la correspondencia entre las posiciones de los mediados y sus intereses⁶¹³. El objetivo del mediador es enfocar y orientar las partes para las cuestiones que importará resolver distinguiendo los verdaderos intereses de las partes que deberán ser satisfechos con la solución a construir.

⁶⁰⁹ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 252.

⁶¹⁰ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 257-258.

⁶¹¹ Fisher, Ury y Patton indican el cuestionario como método para descubrir los intereses, debiendo el mediador preguntar directamente a los mediados “Why?” y “Why not?” el mediado profirió determinada afirmación. Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...*cit., pp. 45 y ss..

⁶¹² Para Folberg y Taylor esta etapa termina cuando el mediador sabe cuáles son los conflictos y desavenencias entre las partes, cuáles son los conflictos ocultos y lo que cada parte mediado desea, así como aquellos aspectos en que no va transigir en forma alguna. Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 49.

⁶¹³ Como apuntan Folberg y Taylor en este punto, el mediador, junto con los participantes, debe determinar una serie de metas específicas, objetivos y estrategias que comprendan los valores e intenciones de los participantes. Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 49.

Moore indica 8 formas de crear la agenda: (1) creación ad hoc (*ad hoc development* - cada parte propone las cuestiones que deberán ser debatidas debiendo la otra aceptar la propuesta); (2) agenda simples (*simple agenda* - cada cuestión es debatida de forma exclusiva, una de cada vez, en el orden establecido por las partes); (3) cuestiones alternas (*alternation of issues* - elección por cada parte de la cuestión que quiere debatir); (4) clasificación por importancia (*ranking by importance* - en que cada parte deberá escoger uno o dos asuntos considerados por ella como los más importantes para debatir); (5) agenda de principios (*principled agenda* - consiste en establecer principios generales acordados por las partes a partir de los cuales se deberá construir la solución⁶¹⁴); (6) graduación creciente ("*easier items first*" - indicándose en primer lugar los asuntos en que las partes probablemente van a llegar a un acuerdo para promover el espíritu de negociación y postergando los asuntos en relación a las cuestiones más problemáticas); (7) agenda contingente (*building-block or contingent agenda* - proceso en que las partes identifican las materias en que deberá existir acuerdo de partida para crear las bases para futuras decisiones); (8) paquetes de asuntos (*trade-offs or packaging* - en que las partes formulan combinaciones de cuestiones para debatir y negociar en términos de satisfacción de intereses)⁶¹⁵.

Una vez más, el método adoptado dependerá de las opciones del mediador en cuanto al caso concreto y a los mediados. Es, todavía, importante que el mediador en la construcción de la agenda no fuerce el diseño del cuadro descriptivo de los problemas a resolver o de su secuencia, para que no ponga en riesgo la confianza de las partes en este profesional y, sobre todo, no cree resistencia de los mediados a la resolución del conflicto⁶¹⁶.

1.4.2.3. Creación de opciones

Analizada la disputa, descubiertos los conflictos ocultos o latentes y los verdaderos intereses de las partes y diseñada la agenda de los problemas a solucionar, las partes deberán crear opciones de acuerdo. La intención es construir diversas posibilidades en

⁶¹⁴ Moore da como ejemplo un conflicto entre una compañía de telecomunicaciones, una comisión de servicios públicos y un consumidor en que todos los mediados asienten en el principio del servicio universal de telecomunicaciones. A partir de este principio los mediados van a debatir como deberá ser financiado este servicio universal. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 246.

⁶¹⁵ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 244-248.

⁶¹⁶ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 248.

resolución a la disputa para intentar escoger la que mejor satisfaga los intereses de todas las partes. La creación de opciones constituye una característica del método de mediación que permite a los mediados tomar auténtica conciencia de que son los responsables de la solución de su problema y que el acuerdo final podrá ser tan diferente como su creatividad lo permita⁶¹⁷.

La creación de opciones para obtener ganancias mutuas entre los mediados es uno de los principios básicos de la teoría de Fisher y Ury⁶¹⁸. Para estos autores hay cuatro obstáculos esenciales a la concepción diversificada de hipótesis de acuerdo por las partes⁶¹⁹. Por un lado, los prejuicios prematuros a las sugerencias de cada parte, en la medida que a veces los mediados tienen la tendencia de criticar y evidenciar los inconvenientes de cada propuesta, sin atender a los factores positivos que presentan⁶²⁰. En segundo lugar, las partes procuran tener una única solución por el temor de que diversas opciones van dificultar la obtención de acuerdo^{621/622}. En tercer lugar, los mediados tienen la idea fija de que cualquier solución apuntada significará que una parte solamente obtendrá lo que desea si la otra cede en su pretensión, considerando difíciles o imposibles acuerdos de ganancia/ganancia. Por último, cada mediado está más interesado en proteger sus intereses que en pensar en soluciones satisfactorias para todas las partes.

⁶¹⁷ Como señala Galeote Muñoz, la creación de opciones es “la etapa más productiva de todo el proceso de mediación y a la que se pasará cuando los intereses de las partes hayan quedado patentes”. Cfr. GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, “La mediación”, cit., p. 83.

⁶¹⁸ De la que hemos dado cuenta en el apartado 6.2.1 del Capítulo II de nuestro estudio, en relación a la negociación.

⁶¹⁹ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, pp. 59-62.

⁶²⁰ Refieren Fisher y Ury que “Nothing is so harmful to inventing as a critical sense waiting to pounce on the drawbacks of any new idea. Judgment hinders imagination” (cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, p. 60). Para Brown y Marriott el *brainstorming* “involves the mediator encouraging the parties to put forward as many ideas and options as possible as they come to mind without inhibiting their flow by considering them individually at that stage, or rejecting any, even if at first sight, they may seem unworkable” (cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 177).

⁶²¹ Como ponen de manifiesto los autores, las partes tienden a pensar, “We’re having a hard enough time agreeing as it is. The last think we need is a bunch of different ideas”. Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...cit.*, p. 61.

⁶²² También se podrá verificar un bloqueo de los mediados a nuevas ideas, circunscribiéndolas a una única vía de solución. En este caso, el mediador podrá usar de desbloqueadores de creatividad. El uso de esta técnica deberá, sin embargo, ser cauteloso de manera que no sea vista como una sugerencia viable dada por el mediador. En ese sentido, se plantearán propuestas absurdas o que de alguna forma causen temor a los mediados. Piénsese en el problema de la atribución del domicilio familiar a una pareja en proceso de divorcio, en el que ambos cónyuges pretenden quedarse con éste. En esta situación, un desbloqueador de creatividad podrá consistir en la propuesta de dividir físicamente la casa por la mitad para que cada uno la traslade a un lugar diferente. El absurdo de la solución, incluso por su carácter imposible, permitirá a los mediados tomar conciencia de que tendrán que encontrar otras soluciones.

Teniendo en cuenta estos cuatro obstáculos, Fisher y Ury proponen cuatro prescripciones basadas en (1) separar el acto de creación de opciones del acto de juzgar las mismas; (2) ampliar el abanico de soluciones y no procurar una única opción; (3) procurar ganancias mutuas e (4) inventar formas para que las soluciones sean más fáciles para todos⁶²³.

Los autores aluden respecto de esta fase, a la existencia de un “*brainstorming*” por los mediados, puesto que deberán pensar y sugerir diversas posibilidades de acuerdo⁶²⁴. En efecto, es esencial que no exista una única posibilidad de solución para que el acuerdo final pueda tomarse como el mejor resultado para el conflicto. Como apunta Nicola Soldati, *brainstorming* es “una tecnica di analisi in gruppo in cui ricerca della soluzione di un dato problema avviene attraverso la libera esposizione di idee e di proposte da parte di tutti i partecipanti di una riunione”⁶²⁵.

Establecidas las diversas vías de solución, el mediador debe solicitar el análisis y la reflexión de los mediados sobre las mismas, teniendo en cuenta diversos criterios. Sin duda, los mediados deben ponderar en términos futuros las consecuencias de cada medida, concretamente, los efectos económicos y personales que las mismas implican. Piénsese, en el ejemplo del mediado que prometa dejar de fumar, cuando posee este vicio hace años. En esta situación, el mediador deberá cuestionar si esta parte ya ha reflexionado sobre la forma de llevar a cabo su intención, concretamente, si está pensando buscar ayuda médica o si ya ha programado la forma de perder el vicio. Estas cuestiones le permiten, una vez más, evaluar las repercusiones de su actitud y tomar conciencia de las dificultades que podrá suscitar este acuerdo. Por otro lado, conducirá a la parte contraria a evaluar la fidelidad de compromiso de su rival en el conflicto. Esta reflexión llama, consecuentemente, a la responsabilidad de la asunción de cada solución, de forma que las propuestas no sean despreocupadas o irreflexivas⁶²⁶.

Pensar el futuro con responsabilidad, para que el pasado no se repita, analizando las consecuencias prácticas de las soluciones y sus repercusiones, tanto en la vida de los

⁶²³ Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes...*cit., p. 62.

⁶²⁴ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 283-284.

⁶²⁵ Cfr. SOLDATI, Nicola, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Wolters Kluwer Ipoa, Milán, 2005, p. 233.

⁶²⁶ Como apuntan Folberg y Taylor, el mediador “is an agent of reality, someone who makes the participants doubt the assumptions and firmness of their original positions”. Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 55.

mediados como en la vida de terceros, son las líneas orientadoras que el mediador deberá invocar en esta fase de la mediación, antes de la solución final y del acuerdo definitivo. Y esta reflexión será más importante, cuando constituya un impulso primordial para garantizar la eficacia y cumplimiento de la opción elegida.

1.4.2.4. Obtención del acuerdo

Definimos la mediación como un método de solución de conflictos a través de la búsqueda por las partes de una solución para su disputa con la ayuda del mediador. Sin embargo, la obtención del acuerdo no es el único desenlace posible de la mediación. Recorrido el maratón de la mediación, superados los obstáculos de las posiciones para que los intereses ocultos se desvelen, transpuestos los conflictos objetivos y alcanzados los conflictos latentes, discutidas las diversas propuestas de solución, podrán verificarse, según Moore, cuatro resultados diferentes⁶²⁷. Desde luego las partes podrán llegar a un *impasse* no logrando obtener ningún acuerdo, o porque las partes mantienen poca colaboración o porque la comunicación entre ambas no produjo la cooperación necesaria para llegar a la solución final. En otro sentido, los mediados podrán alcanzar una solución de *compromiso* en que cada parte desiste de algunos de sus objetivos para obtener otros, situación que ocurre principalmente cuando los intereses en discusión son mutuamente interdependientes. Un tercer resultado posible es la obtención de un acuerdo *win-lose*, es decir, solamente una parte satisface sus intereses, existiendo un vencedor y un vencido, lo que podrá verificarse si una parte fuere más persuasiva ante la pasividad de la otra. Por último, las partes podrán alcanzar un acuerdo *win-win*, si los dos mediados sienten que sus intereses fueran satisfechos.

El objetivo primordial del mediador será intentar que las partes alcancen este último resultado, constituyendo éste la maximización de las ventajas de la mediación, aunque no siempre esta realidad sea posible porque cada conflicto y cada mediado tienen especificidades propias. En verdad, otros escenarios son posibles⁶²⁸. Por un lado, las partes podrán desistir durante el procedimiento, o por no se adaptaron a las técnicas inherentes a la mediación o por desear otro mecanismo de solución de disputas. Por otro lado, podrá ser el propio mediador quien pone fin a la mediación si de manera justificada

⁶²⁷ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 105-107.

⁶²⁸ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 123-125.

considerar que las posiciones de las partes son irreconciliables⁶²⁹, o que las partes están violando algún principio básico que implique la imposibilidad de continuar aplicando este mecanismo. Piénsese en una situación de relaciones en desequilibrio que el mediador no logró dominar a través del empleo de las correspondientes técnicas de que disponía⁶³⁰.

La mediación podrá igualmente terminar cuando transcurra el plazo máximo para la duración del procedimiento, previsto legalmente⁶³¹ o por las partes. Fernando Martín Diz defiende la existencia de plazos máximos de duración de una mediación concretados por dos parámetros (1) la actitud de las partes, y su predisposición para alcanzar un acuerdo a través de este método y (2) la naturaleza, número y complejidad de los puntos en conflicto⁶³². Concordamos con el autor, considerando incluso que la existencia de plazos para este método podrá ser favorable a la propia producción de confianza en la mediación puesto que las partes percibirán que en causa está un medio de resolución de conflictos rápido y con carácter expeditivo y, por otro lado, no podrán utilizarlo como expediente dilatorio para prolongar el recurso al sistema judicial⁶³³. Atendiendo a que la duración dependerá siempre del tipo conflicto, su complejidad y partes implicadas, es lógico que, en términos legales, el legislador consagre la posibilidad de prórroga al plazo inicial si el mediador y las partes lo estimasen pertinente para la obtención del acuerdo⁶³⁴.

La conclusión de la mediación podrá ocurrir incluso con la existencia de pacto parcial. En efecto, no es exigible que las partes obtengan un acuerdo total sobre todos los

⁶²⁹ En este sentido, véase el art. 23, apartado 1, del Proyecto de Ley de Mediación en España.

⁶³⁰ Sobre las relaciones en desequilibrio y la violación del principio de la igualdad, véase nuestro estudio, el apartado 7.3 del Capítulo II.

⁶³¹ El Proyecto de Ley de Mediación, en su art. 21, prescribe que la duración máxima del procedimiento será de dos meses a contar de la fecha de la firma del acta de la sesión constitutiva, prorrogables con carácter excepcional y de común acuerdo de las partes por un mes más.

⁶³² Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 127.

⁶³³ En este sentido Gérard Pluyette afirma que la mediación “ne doit pas permettre à une partie d’user de manœuvres dilatoires pour retarder abusivement la décision de justice pour laquelle le juge a été saisi. Or dans la médiation judiciaire, la célérité est souvent une condition d’efficacité et le terme fixé par le juge une garantie pour chacune des parties”. Cfr. PLUYETTE, Gérard, “Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires”, cit., p. 510.

⁶³⁴ El Proyecto de Mediación español exige, en el art. 21, que la prórroga del plazo obtenga el acuerdo de las partes. Por el contrario la Ley 21/2007, de 12 de junio, que creó el sistema de mediación penal en Portugal y el Código de Proceso Civil francés (art. 131-3) consagran la posibilidad de prórroga del plazo inicial a solicitud del mediador. Nuestra postura se decanta a favor de la solución portuguesa y francesa, puesto que deberá ser el mediador el evaluador de la probabilidad de obtención de acuerdo y, por otro lado, cada parte podrá desistir en cualquier momento, mostrando de esta forma su desacuerdo con la prórroga.

problemas en disputa, pudiendo dejar pendientes algunas cuestiones, o por imposibilidad de consenso o por cuestiones legales, teniendo que recurrir a otro mecanismo de resolución de conflictos como el sistema judicial o el arbitraje⁶³⁵.

Obtenido el acuerdo, el mediador deberá cerciorarse de que corresponde a la libre voluntad de las partes, sin influencia de ningún tipo de presión. Por otro lado, el mediador deberá asegurarse de que las partes tienen conciencia del alcance práctico de la solución pactada, concretamente de la asunción de responsabilidad que ésta exigirá. Así, por ejemplo, si un padre acepta el pago de una determinada prestación de alimentos a su hijo, deberá tener presente su capacidad económica sin sobrepasar la medida de sus posibilidades. Consideramos incluso que es función del mediador aconsejar a las partes a que recurran a un abogado o procurador para obtener asesoría legal y percibir el alcance del acuerdo. Esta asesoría pretende garantizar la total aclaración de los mediados con respecto a las premisas convencionales que han acordado y, en esta medida, se contribuye a la eficacia futura del acuerdo. Por otro lado, demuestra la total ausencia de compromiso o interés del mediador frente a la obtención final de acuerdo. Lo que este profesional pretende tan sólo es que las partes puedan construir por ellas mismas la solución de su conflicto y que esta solución sea consciente y responsable.

En términos metodológicos y jurídicos, el acuerdo final de mediación deberá ser redactado por escrito, originándose el negocio jurídico mediado o acuerdo de mediación. Dicha exigencia se justifica por la necesidad de dotar de verdadera eficacia jurídica al acuerdo logrado por los mediados⁶³⁶. Asimismo, su contenido por escrito solemniza el pacto obtenido e implica una mayor reflexión de las partes en el momento de firmar el convenio.

Cumple aclarar en este apartado la diferencia entre el acuerdo de mediación y el acta final referida en las diversas leyes autonómicas de mediación familiar⁶³⁷. Marta Blanco Carrasco defiende la distinción de las dos figuras en virtud de los sujetos que participan

⁶³⁵ En este sentido véase el art. 24, apartado 1, del Proyecto de Ley de Mediación.

⁶³⁶ Como hemos analizado en el apartado 3.4.1 del Capítulo II a respecto de la ejecutividad del acuerdo de mediación.

⁶³⁷ En Portugal ninguno de los documentos legales que reglamentan la mediación consagran la existencia de un acta final, siendo solamente reducido a escrito el acuerdo de mediación si es obtenido por las partes. Véase, a título de ejemplo, el art. 6 del Reglamento de los Servicios de Mediación de los *Julgados de Paz* (Portaria n.º1112/2005, *Diário da República* n.º208, *Série I-B*, de 28 de septiembre de 2005) que prescribe precisamente que de las sesiones de mediación no es redactado acta o cualquier otro registro.

en el acuerdo final. Prosigue la autora refiriendo que el acta final será firmada tanto por las partes como por el mediador y, al revés, el negocio jurídico mediado “es un documento que pertenece con carácter exclusivo a las partes y en las que el mediador no participa, puesto que no tiene ningún poder de disposición sobre el fondo del asunto en cuestión”⁶³⁸.

Pues bien, consideramos que los dos documentos deberán ser distintos y que el acta final no deberá contener el acuerdo de las partes. Pensamos que en aplicación del principio de confidencialidad de la mediación, éste deberá abarcar no solo los documentos y declaraciones emitidas durante las sesiones, sino también el acuerdo final, si esa fuere la voluntad de los mediados. Por eso anteriormente consideramos que la homologación del acuerdo a efectos de ejecución tiene la ventaja de permitir que las partes mantengan el acuerdo como confidencial. En este sentido, el contenido del acuerdo no deberá constar en el acta final y no compartimos el planteamiento de la Ley 15/2009, de 22 de junio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña, en cuyo art. 18 indica que de la sesión final de la mediación debe levantarse acta, en la que deben constar exclusivamente y de forma clara y concisa los acuerdos alcanzados, firmando el acta las partes y el mediador.

Evidentemente la existencia de un acta final es importante puesto que declara formalmente la conclusión de la mediación, lo que tendrá efectos, por ejemplo, en términos de los plazos de suspensión y prescripción del derecho^{639/640}. Sin embargo, bastará que en el acta final conste la información sobre la forma en que ha concluido la

⁶³⁸ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 207 y 209.

⁶³⁹ La Directiva 2008/52/CE prescribe en su art. 8 que los Estados miembros deberán garantizar la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción cuando las partes recurran a la mediación para que posteriormente no estén impedidas de iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por hubieren vencido dichos plazos. Esta norma es importante en el refuerzo para elevar la mediación a la categoría de los medios de resolución de conflictos. En efecto, a través de la previsión de la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción durante el tiempo que medie la aplicación de este mecanismo, se fortalecerá la seguridad jurídica para que las partes acudan a él. El Proyecto de Ley de Mediación en el art. 4 indica que la presentación de la solicitud de la mediación por una de las partes o su depósito ante la institución de mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones, que se prolongará hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación de la mediación. Donde se percibe que el acta final tendrá un papel esencial en el *terminus* de la suspensión de dichos plazos de caducidad y prescripción.

⁶⁴⁰ García Villaluenga refiere también que en “los supuestos en que no se llegue a un acuerdo en el proceso de mediación, el acta final sería, necesariamente, la prueba de extinción de las obligaciones contraídas entre las partes y el mediador”. Cfr. GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, *Mediación en conflictos familiares...*, cit., pp. 497-498.

mediación, con o sin acuerdo, no siendo relevante que se introduzcan las convenciones de las partes. El acuerdo de mediación deberá constar en un documento autónomo que solamente será divulgado si esa fuere la voluntad de las partes o, en caso de necesidad, para obtener título ejecutivo a través de su homologación o ejecución forzosa directa, atendiendo a las opciones de cada ordenamiento jurídico. Importante e imprescindible como ya referimos es su reducción a escrito para que en el futuro no haya dudas sobre las convenciones acordadas.

1.4.3. Postmediación

La obtención del acuerdo puede no constituir la última etapa de la mediación. Consideramos que es importante añadir al procedimiento de mediación una última fase de evaluación o control de la aplicación y cumplimiento del acuerdo obtenido por las partes⁶⁴¹. La verificación de esta última etapa dependerá obviamente del tipo de conflicto, pero también y principalmente del concreto acuerdo previsto por las partes. Pensemos en un pacto cuya única previsión es el pago de una determinada indemnización. En este caso el papel del mediador en la fase de postmediación será prácticamente irrelevante, puesto que si la parte deudora no cumple parece que el camino a seguir es la ejecución forzosa del convenio, excepto si se verificaran otras circunstancias que justifiquen el incumplimiento. Por el contrario, si en causa estuviese un conflicto ambiental implicando diversas partes cuyo acuerdo suponga para una empresa industrial, por ejemplo, la aplicación de métodos innovadores de descontaminación de aguas o del aire, será importante evaluar los resultados obtenidos y el grado de satisfacción de los restantes mediados, pudiendo ser necesario de pensar en soluciones alternativas y retomar la mesa de negociaciones.

Brown y Marriott indican cuatro posibles funciones a desempeñar por el mediador en la fase de postmediación⁶⁴². En primer lugar, el mediador podrá ejercer la función de depositario de documentos o de cantidades económicas o bienes durante la implementación del acuerdo. El mediador podrá, en segundo lugar, mantenerse “en funciones” para debatir y resolver cuestiones que surjan durante la aplicación del pacto o en el ámbito de relaciones continuas entre las partes (sean laborales o familiares) para

⁶⁴¹ En este sentido, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 111.

⁶⁴² Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 187-188.

evaluar futuros problemas emergentes entre las mismas. Un tercer papel atribuido por Brown y Marriott al mediador en la postmediación implicaría el ejercicio de funciones de decisor en relación a cuestiones residuales no resueltas por acuerdo. Tal como refieren los autores, el mediador deberá tener mucho cuidado en la asunción de dicha función puesto que podrá poner en causa su imparcialidad⁶⁴³. Por último, el mediador podrá asumir la función de supervisor o controlador del cumplimiento del acuerdo. Una vez más, consideramos que deberá existir bastante precaución en el ejercicio de esta función para que el mediador no ponga en riesgo la confianza de las partes en su trabajo.

Independientemente de la función asumida, la existencia o posibilidad de verificación de una fase de postmediación deberá ser expresamente indicada por el mediador en la premediación o ser debatida y discutida por los mediados en la fase final de obtención del acuerdo, debiendo en este caso, establecerse claramente el papel del mediador para que se mantenga la confianza en el profesional.

1.4.4. Fase eventual y amovible: la aplicación de medidas de aseguramiento

En el procedimiento “tipo” de mediación que hemos expuesto anteriormente (y que reiteramos no deja de ser una mera propuesta modificable en función de las circunstancias de cada conflicto), podrá aún incluirse una fase adicional que consideramos eventual y amovible por no ser de concurrencia obligatoria y poder ocurrir en algunas de las diversas etapas descritas. Nos referimos a la aplicación de medidas de aseguramiento que conciernen a “aquellas posibles actuaciones cuya finalidad, exclusiva, sea la de tratar de garantizar la eficacia del acuerdo final obtenido en mediación”⁶⁴⁴. En causa estará la adopción de las catalogadas “medidas cautelares”, cuya denominación entendemos como inapropiada, como defiende Fernando Martín Diz, para no crear innecesarias confusiones con el proceso judicial que siempre pretendemos distinguir de la mediación a lo largo del contenido de este trabajo.

Ciertamente la mediación intenta la resolución de conflictos jurídicos cuya solución final, tal como se verifica en el arbitraje o en el proceso judicial, podrá convocar la aplicación de medidas provisionales con el objetivo o de establecer una determinada situación hasta el acuerdo o de garantizar el propio efecto útil de ese acuerdo. Pensemos por ejemplo en

⁶⁴³ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 188.

⁶⁴⁴ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 121.

un conflicto familiar relativo a la patria potestad de los hijos cuyos padres divorciados no se entienden respecto a la prestación de alimentos o al derecho de visitas. Durante el período en que dura la mediación podrá fijarse una cantidad provisional para mantener el sustento de los niños y un plan de visitas que se aplicará hasta el acuerdo final y definitivo. Otros ejemplos pueden ser citados, como el caso de un conflicto relativo a la venta de un coche cuyo comprador pretende devolver por no corresponder a las características prometidas por el vendedor. En esta situación, el vendedor querrá preservar el buen estado del vehículo y garantizar su no utilización para que no sufra una pérdida de valor. Así, consideramos que determinadas medidas de aseguramiento pueden ser adoptadas en el ámbito de la mediación como el depósito de bienes o cosas, la fianza, el embargo, la ocupación, la caución o una pensión provisional⁶⁴⁵.

Analicemos ahora quién podrá decidir estas medidas y de qué forma podrán ser aplicadas. Pues bien, consideramos que la respuesta a esta cuestión no es única, sino que pueden detallarse diversas situaciones, dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

La primera posibilidad se centra en la situación del mediador durante la mediación al percibir que pueden ser necesarias medidas provisionales hasta la finalización del procedimiento o las propias partes tomen la iniciativa solicitando la aplicación de estas medidas. Este escenario será más frecuente cuando las sesiones de mediación se prolonguen en el tiempo. En este contexto las partes y el mediador deberán debatir y convenir qué medidas podrán ser pactadas, plasmando por escrito las medidas acordadas y la forma de su ejecución. No podemos olvidar el carácter autocompositivo de la mediación y, por eso, el mediador no tendrá la facultad de decidir heterónomamente las medidas de aseguramiento, sino la capacidad y las técnicas para ayudar las partes a pactar a este respecto. Este pacto, no obstante ser temporal y de duración limitada, tendrá el mismo valor del acuerdo de mediación final gozando de eficacia inmediata. Y no es desdeñable que el propio mediador pueda ser parte de la ejecución de las medidas de aseguramiento, por ejemplo, interviniendo como depositario de una cosa o bien⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ Proponiendo estas medidas, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 123.

⁶⁴⁶ Sobre el papel del mediador como depositario de documentos o valores ya hicimos referencia en la etapa de la postmediación.

¿*Quid iuris* si una parte incumple la(s) medida(s) de aseguramiento fijadas en la mediación? En este caso el otro mediado podrá desistir siempre de la mediación invocando mala fe de la parte incumplidora, recurriendo posteriormente al arbitraje o al proceso judicial. Si pretende continuar en mediación, manteniendo la intención de aplicar las medidas de aseguramiento acordadas, consideramos que la mejor manera de obligar a la parte incumplidora al acatamiento de lo establecido contractualmente es aplicar el procedimiento judicial para la adopción de medidas cautelares⁶⁴⁷, para acordar judicialmente las medidas pactadas por los mediados. En efecto, si el acuerdo de medidas de aseguramiento tuviese el mismo tratamiento ejecutivo que el acuerdo final de mediación, implicaría o su ejecución automática en el ámbito de un normal proceso de ejecución judicial, cuya duración no es tan expedita como sería deseable para este tipo de providencias o, peor aún, exigiría su homologación por un juez para una posterior ejecución procesal, lo que demoraría más tiempo retirando el efecto útil y la rapidez exigida en este ámbito. Comprendemos que no es la solución perfecta desde el punto de vista de la separación de la mediación respecto del sistema judicial, sin embargo es la que mejor protegerá y responderá a las aspiraciones de las partes que pretendan resolver su conflicto por mediación.

Este escenario podrá, sin embargo, ser diferente en la comúnmente conocida como mediación intrajudicial, cuando ya existe un proceso judicial en marcha y que es suspendido para aplicación de la mediación al conflicto. En este caso vislumbramos dos posibilidades. O el propio juez del proceso que reencaminó a las partes para mediación, decreta previamente las medidas de aseguramiento que estarán vigentes hasta que los medidos obtengan un acuerdo definitivo, estando en causa verdaderas medidas cautelares decretadas por un juez en el ámbito de un proceso judicial que es suspendido para una tentativa de resolución por mediación. O las partes son reencaminadas para mediación discutiendo y acordando con el mediador en esta sede la aplicación de medidas de aseguramiento pudiendo solicitar al juez del proceso suspenso su declaración judicial. Nos parece que la declaración judicial de las medidas provisionales por el propio juez del proceso suspenso durante la mediación será la solución más sencilla y rápida.

⁶⁴⁷ Reglamentado en el ámbito civil por los arts. 721 y ss. de la LEC.

Por último, planteamos una tercera situación derivada de la propia integración de la mediación en el actual sistema de los medios de resolución de conflictos y su marchamo de complementariedad que, todavía, necesitaría de apoyo legal. Pensemos en un conflicto en que una parte pretende intentar su resolución por mediación o relativo a un contrato con una cláusula de mediación. En este caso, el autor de la pretensión no sabrá si la parte contraria aceptará la mediación, ni cuándo empezará en concreto el procedimiento. Pues bien, existiendo *periculum in mora* pensamos que el autor podría solicitar una medida cautelar ante el órgano jurisdiccional, teniendo 20 días para certificar ante el mismo tribunal el requerimiento de mediación. De este modo, lo que proponemos es una ampliación del art. 730, apartado 3, de la LEC, debiendo el legislador alterar la norma para abarcar igualmente la mediación, prescribiendo que para que la medida cautelar se mantenga será suficiente que la parte beneficiada lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha la mediación. Si la parte contraria no acepta la aplicación de la mediación, el autor, para mantener la medida cautelar, tendrá 20 días para presentar la demanda judicial contados de la declaración de no aceptación de este mecanismo por la otra parte. Si la parte contraria acepta la mediación, pero desiste después o no obtuvieren acuerdo, el autor tendrá 20 días para presentar la demanda a partir de la declaración del desistimiento o del acta final del mediador expresando la imposibilidad de obtener acuerdo. Con todo ello, la parte interesada en la mediación podrá centrar sus esfuerzos en el intento de resolver amigablemente el conflicto y, frustrados sus intentos, partirá con la seguridad de haber garantizado los efectos útiles de una decisión judicial futura. Sin embargo, será necesaria la intervención del legislador para la concretar de lo que proponemos.

Las medidas de aseguramiento son una cuestión poco debatida en la doctrina pero sin duda merecen una atención legislativa para reforzar la calidad de la mediación en relación a otros mecanismos de resolución de conflictos. Atendiendo a las especificidades de este mecanismo, concretamente su carácter voluntario y autocompositivo, diversas posibilidades y soluciones han de ser evaluadas y diseñadas para garantizar la efectividad de las referidas medidas.

1.5. Técnicas y estrategias del mediador

El mediador desarrollando su función de ayudar a las partes en la construcción del acuerdo sobre el conflicto recurre a numerosas herramientas que constituirán sus técnicas y estrategias. El dominio de dichas técnicas es esencial para el éxito de su labor, pero su aplicación dependerá del caso concreto y de sus concretas opciones. Analizaremos seguidamente algunas de las herramientas más recurrentes, con el único propósito de clarificar la actividad del mediador, para comprender mejor en qué consiste la práctica del procedimiento de mediación y el papel de este profesional, sin la pretensión de agotar el tema.

1.5.1. La escucha activa

La escucha activa es el “esfuerzo físico y mental de querer escuchar con atención la totalidad del mensaje que se emite, tratando de interpretar el significado correcto del mismo, a través del comunicado verbal y no verbal (donde se incluye el paraverbal) que realiza el emisor, e indicándole a través de la retroalimentación lo que creemos que estamos entendiendo”⁶⁴⁸.

Esta noción de Van-Der Hofstandt revela que la escucha activa constituye un desafío a la propia naturaleza humana del mediador. En realidad, el ser humano en la escucha social de su vida cotidiana asocia lo que oye a la realidad que ya posee y domina, a los conceptos enraizados en su personalidad. Así, naturalmente, catalogará un problema que le sea relatado o una historia que oye teniendo en cuenta su experiencia de vida, estableciendo, no pocas veces, un paralelismo con un caso semejante que ya ha vivido o que alguien le ha contado. En esa medida, provocará distorsiones de los hechos que están siendo relatados de forma que los encaja en los prejuicios que posee.

De este modo, para Diego Vallejo y Guillén Gestoso la eficacia de la escucha activa en mediación dependerá de cuatro factores, concretamente, (1) la consciencia del otro y la concentración en el mensaje de la otra parte, evitando la distracción mental y ambiental;

⁶⁴⁸ Cfr. VAN-DER HOFSTANDT, Roman Carlos J., *El Libro de las Habilidades de Comunicación*, 2ª edición, Ediciones Díaz de Santos, 2005, p. 77. Para Moore escucha activa es “a communication technique in which a listener decodes a verbal message, identifies the emotion being expressed, selects a word or phrase with the same meaning and emotional intensity as that conveyed by the speaker, and restates the feeling content of the message to the sender for confirmation or clarification” (cfr. Moore, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 176).

(2) la observación y autocuestionamiento constante para entender el verdadero significado de las palabras que son expresadas por los mediados; (3) el resumen de lo que es dicho con la precisión de una parte del mensaje («*si entiendo bien quieres decirme...*») para demostrar al emisor que el mediador está sintonizando con el proceso de comunicación⁶⁴⁹; y (4) la detección de las palabras clave en los mensajes transmitidos⁶⁵⁰.

Así, el mediador ha de que ser capaz de superar el proceso natural de la escucha humana que produce distorsiones en el mensaje sin que muchas veces tomemos conciencia de este hecho. Si el mediador escucha de un mediado que la parte contraria cuando bebe se vuelve agresiva, no debe entender este hecho como un dato adquirido, siendo importante que se plantee, sin duda, las razones por las que bebe el mediado y, después, en qué se traduce esta agresividad, si física o verbal. Sólo así podrá entender la realidad de estos mediados sin interferencias de su propia realidad⁶⁵¹.

Por otro lado, el mediador no podrá preclasificar al mediado para que no escuche el restante discurso sin que las palabras estén impregnadas de la catalogación que trasmiten. A modo de ejemplo, si en una mediación familiar el marido dice que le gustaría que la mujer sólo se dedicase a las tareas domésticas, la catalogación inmediata de este individuo en la categoría de hombres machistas, le impediría al mediador escuchar las razones subyacentes a su posición y todas las informaciones restantes se verían distorsionadas por esta clasificación. Igualmente, aumentaría el riesgo de cuestionar la imparcialidad por la que debe guiarse⁶⁵². Así, la escucha activa también impide juicios previos y presurosos sobre la personalidad de los mediados.

⁶⁴⁹ Por eso algunos autores refieren esta técnica por el nombre de “paráfrasis” o “parafrasear”, una vez que el mediador “recoge la información, la pone en sus propias palabras y después la devuelve al emisor, recogiendo tanto los hechos importantes de la narración como la emoción expresada en la misma”. Cfr. BUTTS GRIGGS, Thelma y otros, “Intervenciones de mediación”, Coord. Francisco José Medina Díaz y Lourdes Munduate Jaca, *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2006, p. 274.

⁶⁵⁰ Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., pp. 103-104.

⁶⁵¹ Como señala Hidalgo Mena “La escucha activa no es sólo una técnica; primordialmente es una actitud para entender los planteamientos de la problemática que esboza el otro”. Cfr. HIDALGO MENA, Francisco L., “Técnicas de mediación familiar”, *Mediación y Orientación Familiar*, Vol. 2, Coord. J. Henry Bouche y Francisco L. Hidalgo, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, p. 273.

⁶⁵² Respecto a los peligros de la escucha Diego Vallejo y Guillén Gestoso apuntan sus diez pecados capitales: (1) falta de interés sobre el tema; (2) fijación en el exterior y descuido del contenido; (3) interrupción al que habla; (4) concentración en los detalles y no en el principal; (5) adaptación a una idea preconcebida; (6) mostrar una actitud corporal pasiva; (7) creación o tolerancia de distracciones; (8)

Pues bien, como nos revela Moore, la escucha activa cumple diversas funciones: (1) asegura que la parte está siendo efectivamente escuchada y tenido en cuenta; (2) permite que el hablante y el oyente verifiquen el exacto significado del mensaje transmitido⁶⁵³; (3) demuestra la aceptabilidad de la expresión de las emociones; (4) permite que el hablante explore sus propios sentimientos acerca del tema y clarifique lo que siente y las razones de sus emociones⁶⁵⁴; (5) podrá permitir la evaluación de la conexión entre las emociones y la sustancia del conflicto; y (6) podrá aún cumplir una función fisiológica de estimular la liberación de tensión a través de la expresión de las emociones sentidas⁶⁵⁵.

Dichas funciones revelan la importancia de la técnica analizada siendo esencial al mediador su dominio y aplicación para una mejor comprensión del conflicto y, principalmente, prestar la mejor ayuda posible a las partes en la comprensión de los meandros emocionales y sustanciales de la disputa que separa a los mediados.

1.5.2. El arte de preguntar: clases de preguntas

Una segunda técnica indispensable a la tarea del mediador se asienta en la elaboración de una serie de preguntas para obtener la información factual y emocional relativa a las partes y al conflicto. En efecto, las “preguntas son ventanas de la mente”⁶⁵⁶ y a través de la información recogida el mediador podrá trazar el escenario conflictual y ayudar y orientar a las partes en la construcción del acuerdo.

Pero el arte de preguntar envuelve dificultades técnicas que el mediador tiene que dominar y manejar adecuadamente, llevando consigo generalmente tres decisiones: “qué cuestiones preguntar, cómo hacerlo y cuándo preguntar”⁶⁵⁷. Una pregunta formulada de

prescindir de escuchar lo que resulta difícil; (9) permitir que las emociones bloqueen el mensaje; (10) ensoñaciones. Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 108.

⁶⁵³ Como señala Galeote Muñoz, “el mediador deberá asegurarse de que las partes se escuchan entre ellas y no sólo oyen una determinada información”. Cfr. GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, “La mediación”, cit., p. 75.

⁶⁵⁴ Vezzulla, afirma que en “mediação, a escuta atenta dos mediados é a chave que abrirá as portas para conhecer e reconhecer os interesses reais”. Cfr. VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação...*, cit., p. 32.

⁶⁵⁵ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 176.

⁶⁵⁶ Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 128.

⁶⁵⁷ Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación...*, cit., p. 128. Alfred Benjamin, en su obra *The Helping Interview*, dedica todo un capítulo a la pregunta, dando algunos consejos que debemos tener en cuenta antes de preguntar, concretamente, se debe sopesar la conveniencia de la interrogación y examinar los tipos de pregunta disponibles, para seleccionar la adecuada (cfr. BENJAMIN,

modo equivocado o cuestionada en un momento inoportuno podrá crear en el mediado una barrera en relación a sus verdaderos intereses difícil de superar^{658/659}.

Hidalgo Mena expone que el preguntar en mediación tiene tres funciones, permitiendo: (1) obtener información para contextualizar las ideas de los mediados; (2) definir la relación entre las partes; y (3) equilibrar el poder entre las partes⁶⁶⁰. En orden a lograr estos objetivos los mediadores pueden recurrir a diferentes clases de preguntas. Desarrollar todos los tipos de preguntas que el mediador podrá utilizar en sus metodologías es una tarea casi imposible por la variedad existente y por la diversidad de orientaciones que cada mediador podrá introducir en cada diálogo atendiendo al tipo de mediados y del conflicto. De este modo, vamos a restringir nuestro análisis solamente a dos tipos intentando ejemplificar la importancia del dominio de esta técnica y de sus efectos en la actividad del mediador.

i. Preguntas abiertas y preguntas cerradas

Una primera clase abarca las preguntas cerradas y las preguntas abiertas⁶⁶¹. Las preguntas cerradas pretenden obtener datos objetivos, buscando saber quién, cuándo, dónde, cuánto y, por eso, son preguntas más restrictivas traduciéndose la respuesta muchas veces en monosílabos “sí” o “no”⁶⁶². Al revés, las preguntas abiertas son amplias constituyendo una invitación a la explicación de las concepciones, opiniones, pensamientos y sentimientos de los mediados⁶⁶³. Ejemplificando la distinción, Alfred Benjamin presenta

Alfred, *A entrevista de ajuda*, traducción Urias Corrêa Arantes, revisión del traducción Estela dos Santos Abreu, 8ª edición, São Paulo, 1994, p. 89).

⁶⁵⁸ La importancia de la formulación de las preguntas se ilustra claramente en el siguiente ejemplo narrado por Diego Vallejo y Guillén Gestoso relativo a un miembro del clero que preguntó a su superior: «¿Puedo fumar mientras rezo?». La respuesta fue inmediatamente negativa, pero cuando en otra ocasión el mismo miembro del clero se acercó su superior y le preguntó «¿Puedo rezar mientras fumo?» el permiso fue concedida, lo que confirma que la forma de realizar la pregunta podrá tener resultados diferentes. Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación...*, cit., p. 128.

⁶⁵⁹ También analizando la importancia de la pregunta en las negociaciones, véase AA.VV., “Are you asking the right questions?”, *Negotiation*, PON – Harvard Law School, Vol. 13, n.º2, febrero 2010, pp. 1-3.

⁶⁶⁰ Sobre las funciones del preguntar, véase HIDALGO MENA, Francisco L., “Técnicas de mediación familiar”, cit., p. 274.

⁶⁶¹ Refiriéndose a la distinción entre preguntas abiertas y cerradas, véase, *inter alia*, GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, “La mediación”, cit., pp. 75 y 76.

⁶⁶² Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación...*, cit., p. 128. Para Lisa Parkinson las preguntas cerradas limitan la información que puede darse en respuesta (cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 127).

⁶⁶³ Como refiere Lisa Parkinson, las preguntas abiertas invitan a una respuesta general o libre en sus posibilidades (cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 127).

algunas preguntas paradigmáticas del tipo de respuesta que se va a obtener del interlocutor, concretamente “¿Cómo se sintió usted después del juego?” y, en contraposición “Usted se sintió muy bien después del juego, ¿no?”. Más que una pregunta cerrada, esta última cuestión es ejemplo de una pregunta que lleva implícita la opinión de quien la plantea y que señala el camino de la respuesta, siendo, en esa medida, tendenciosa y destructiva de la imparcialidad exigida al mediador. De la misma forma, será muy distinto preguntar “¿qué edad tiene?” o “¿con qué edad se siente?”⁶⁶⁴.

Ejemplificando ahora con una mediación cuyo conflicto sea de naturaleza laboral, será diferente que el mediador pregunte al trabajador si “¿le gusta su trabajo?” o pedirle, en forma de pregunta, que diga “¿qué siente con relación a su trabajo?”. En el primer caso, el mediador se predispone a recibir un simple “sí”, “no”. Con respecto a la segunda pregunta, el mediado tendrá que desarrollar una opinión más detallada sobre los sentimientos que le despierta su trabajo y, en esa medida, aportará más informaciones sobre la persona que es y sobre la relación que tiene con su trabajo. Tales informaciones podrán ser vitales para discernir el origen del conflicto o, por lo menos, de las razones por las que el trabajador mantiene su posición. Piénsese en la situación de un trabajador empleado hace muchos años en una empresa determinada, cuya vida pasa inevitablemente por ese lugar y que no ve reconocidos sus años de dedicación. Esta falta de reconocimiento podrá estar en el origen de la intransigencia de su posición y obstaculiza la obtención de acuerdo. Así, con una pregunta de sí o no el mediador no conseguirá entender esta realidad.

Las preguntas abiertas son, de esta forma, el vehículo para que el mediador pueda conocer a los mediados y sus realidades, permitiendo también la investigación del conflicto y de las verdaderas razones que subyacen, es decir, los intereses, las motivaciones y las necesidades de las partes⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ Cfr. BENJAMIN, Alfred, *A entrevista...*, cit., pp. 90-91.

⁶⁶⁵ Moore considera que a través de las preguntas abiertas “intermediaries can help parties identify, name, and clarify feelings and how they related to their situation. Once feelings are identified, the mediator will be in a better position to help a party work through them and possible change the situation, or their appraisal of the situation that caused them”. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 179.

ii. Preguntas lineales y preguntas circulares

Las preguntas lineales se centran en la perspectiva individual de cada mediado orientando el mediador sobre el problema de la parte interrogada⁶⁶⁶. La pregunta circular, al contrario, consiste en solicitar a cada mediado que indique lo que imagina que la otra parte siente o piensa de determinada cuestión. Ilustrando con un ejemplo, en una mediación familiar entre María y Manuel, una pregunta circular es aquella en la que el mediador plantea “D. Manuel, si yo le pregunto a María sobre lo que ella piensa del hecho de que usted fume, ¿qué me respondería ella?”. O, en una mediación laboral, será una pregunta circular cuando el mediador plantee al empleador qué opinión considera que el trabajador tiene de él, como jefe suyo. Este tipo de pregunta, permite que los mediados adquieran la percepción de lo que cada uno siente por el otro e incita a la emisión de opiniones reprimidas y nunca manifestadas⁶⁶⁷.

Como pone de manifiesto Lisa Parkinson, “invitar a alguien a explicar cómo cree que *otra* persona (que puede o no estar presente) piensa o siente sobre un tema, en lugar de preguntarle cómo se siente *él mismo* acerca de esa cuestión, facilita cambios de perspectiva que pueden conducir a una forma diferente de entender la cuestión o a una nueva visión del problema”⁶⁶⁸. Por este motivo las preguntas circulares desarrollan un papel importante en la tarea del mediador.

1.5.3. Resúmenes

El resumen consiste en la presentación por parte del mediador de una sinopsis referente a lo que han manifestado los mediados hasta al momento, preguntándoles si su comprensión del problema es correcta o si ellos tienen algo más que añadir o corregir. La sinopsis del mediador congregará en una sola las dos versiones del mismo conflicto, construyendo la visión integrada que ambos mediados deben compartir, de forma que

⁶⁶⁶ Cfr. HIDALGO MENA, Francisco L., “Técnicas de mediación familiar”, cit., p. 276.

⁶⁶⁷ Para Hidalgo Mena las preguntas circulares tienen la función de orientar el mediador sobre la interacción. Cfr. HIDALGO MENA, Francisco L., “Técnicas de mediación familiar”, cit., p. 276.

⁶⁶⁸ Cfr. PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica...*, cit., p. 129.

lleguen a la percepción de que, a pesar de las diferencias, el problema es el mismo y poseen puntos de contacto⁶⁶⁹.

Hidalgo Mena apunta como funciones de los resúmenes, entre otras, (1) la transmisión a las partes de que las mismas han sido escuchadas y atendidas; (2) la comprobación de que el mediador “ha llegado a entender bien los argumentos y el relato vertidos por los mediados”; (3) la reformulación de las ideas que interactúan en el conflicto; (4) la recontextualización de la situación⁶⁷⁰.

Asimismo, los resúmenes deberán realzar los puntos positivos en el conflicto, para que los mediados refuercen la confianza de que es posible una solución conjunta, debiendo el mediador transformar los aspectos negativos en cuestiones positivas, a través, por ejemplo, de la conversión de críticas en preocupaciones. Pensemos en una mediación familiar referente a la patria potestad, en la que una madre critica al padre insistentemente porque nunca le lleva al hijo a la hora fijada para las visitas. En esta situación, el mediador podrá transformar esta crítica en una preocupación de la madre, alegando que “por lo que se entiende, su preocupación está en el cumplimiento de horarios”. Esta conversión se denomina reencuadramiento, precisamente por orientarse a reconstruir un diálogo cargado de aspectos negativos y críticas, en preocupaciones y pensamientos positivos, los cuales, consecuentemente, provocarán en el otro una mayor aceptación y respeto con respecto sobre esa circunstancia. De este modo, los resúmenes y técnicas inherentes permitirán el establecimiento de un diálogo cooperativo y productivo de acuerdos entre las partes.

1.5.4. El caucus

El caucus, que proviene, según algunos autores, del dialecto indio norteamericano [kaukes]⁶⁷¹, consiste en la realización de entrevistas privadas y por separado con cada uno de los mediados. Asentando la mediación en la realización de un diálogo entre las partes, con la ayuda del mediador en orden a la construcción del acuerdo, podría parecer contradictoria la aplicación de esta técnica en este método. Sin embargo, el caucus podrá

⁶⁶⁹ Juan Carlos Vezzulla considera que éste es el primer efecto del resumen. Cfr. VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação...*, cit., p. 63.

⁶⁷⁰ Cfr. HIDALGO MENA, Francisco L., “Técnicas de mediación familiar”, cit., p. 281.

⁶⁷¹ Cfr. SOUSA, José Vasconcelos, *Mediação*, cit., p. 132.

tener diversas funciones y objetivos, siendo utilizado por ejemplo para: (1) generar confianza en las personas implicadas, procurando relajar la tensión emocional que podrá existir entre las partes; (2) esclarecer alguna cuestión que un mediado no quiere revelar frente a la otra parte; (3) ayudar una parte a determinar si su posición es realista y posible, sin variar o debilitar su punto de vista ante el otro mediado; (4) obtener más o nuevas informaciones que puedan generar más alternativas de acuerdo; (5) separar una parte de las amenazas y presión ejercida por la otra; (6) interrumpir las reuniones conjuntas para variar el rumbo que ha tomado la discusión⁶⁷².

No obstante los objetivos y ventajas de dicha técnica, en determinadas situaciones es necesario atender algunos aspectos y tomar algunas precauciones. De hecho, el caucus y la consecuente posibilidad de recurrir a esta técnica deben ser explicados a las partes en la premediación, de manera que se eviten sorpresas en el transcurso del procedimiento que generen desconfianza en la propia mediación y deterioren la ya débil relación entre los mediados⁶⁷³. En este sentido, Gary Friedman, rechaza totalmente el uso del caucus, por considerar que el profesional mediador se transformaría en profesional de cada uno de los mediados y perdería la base de la mediación, que es la relación equidistante entre los mediados que es la que propicia acuerdos⁶⁷⁴.

Una de las cuestiones más delicadas en el caucus es la confidencialidad. En efecto, si la regla establecida es la divulgación de lo que cada mediado transmite en las entrevistas privadas, entonces el propósito del caucus termina fracasando, en la medida en que el mediado, si tiene algo que esconder, seguirá escondiéndolo porque no quiere que la parte contraria tome conocimiento de esa información. Al contrario, si la regla es la del secreto

⁶⁷² Hidalgo Mena apunta como justificaciones para la aplicación del caucus (1) indagar en la sospecha de abusos o malos tratos; (2) la situación de una persona que no está siendo cuidadosa con sus propios intereses; (3) las situaciones de hostilidad muy grande entre los mediados; (4) los bloqueos en las negociaciones; (5) cuando las partes parecen incapaces de hacer propuestas y contrapropuestas (cfr. HIDALGO MENA, Francisco L., "Técnicas de mediación familiar", cit., p. 290). Refiriéndose aún a los objetivos y ventajas del caucus, véase, entre otros, GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 113 y GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, "La mediación", cit., pp. 82-83. Comparando los efectos en el caucus y en las reuniones conjuntas, véase BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 174-175.

⁶⁷³ Moore indica que "mediators should explain the general reasons for the caucus before using the technique and should allow disputants to make an independent decision about whether to meet in private at the specific time that a caucus might be needed. If the parties do not consider a caucus necessary, the mediator should accede to their decision". Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 372.

⁶⁷⁴ Cfr. FRIEDMAN, Gary J., *A Guide to Divorce Mediation*, 1ª edición, Workman, Nueva York, 1993, pp. 36-37 y 281-282.

absoluto, el mediador correrá más riesgos en cuanto a la desconfianza de los mediados en él mismo y en el procedimiento, porque fomenta ciertas composiciones imaginarias sobre lo que se manifestó en la entrevista⁶⁷⁵. Aclaremos que no abordamos en este apartado el principio de confidencialidad de la mediación que impide la divulgación de información suministrada durante sus sesiones, sino la divulgación entre los mediados de los temas y asuntos debatidos con el mediador en el caucus. Se trata de la confidencialidad interna en la mediación entre mediados y no la confidencialidad externa a la mediación. Por lo tanto, no deberá ser mediante previsión legal como se determine la regla aplicable en esta situación, sino que corresponderá en cada caso decidirla al mediador con los mediados.

Nuestra postura se decanta a favor de que el mediador solo debe divulgar lo que cada mediado permita expresamente⁶⁷⁶. En lo que respecta a las informaciones sobre las cuales las partes soliciten reserva, compete al mediador, si lo considera un dato importante, trabajar con el mediado para que él mismo divulgue la información o conduzca la investigación teniendo en cuenta ese dato, siempre bajo la batuta de la imparcialidad. Moore propone algunas estrategias para alcanzar el consentimiento de cada parte a la divulgación de la información obtenida en el caucus⁶⁷⁷. Por un lado, el mediador podrá explicar cómo las informaciones compartidas con él serán utilizadas y positivas en el resultado si son transmitidas a la otra parte, pudiendo así obtener su anuencia. Podrá, por otro lado, explicar que pretendía debatir con la otra parte alguna de la información prestada, cuestionando si habrá algún dato que pretende mantener confidencial, confiriendo legitimación al mediador para revelar las cuestiones no reservadas.

⁶⁷⁵ Refieren Brown y Marriot que “some parties may fantasise about what is being said to the mediator by the other party during the separated meeting, which can lead to anxiety, annoyance and possibly some loss of trust”. Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 175.

⁶⁷⁶ En esta materia Pujadas Tortosa considera que “es imprescindible preguntar qué información desea la parte que sea confidencial y ese extremo deberá ser respetado por el mediador, excepto cuando la información haga pensar que se va a infligir un serio daño físico o psíquico a la otra parte, supuesto en el cual el mediador tiene la obligación de informar las autoridades competentes”. Esta autora da cuenta que no es tan consensual en los EE.UU. que el mediador tenga el deber de informar las autoridades cuando la previsión del daño respecta a un tercero ajeno al proceso. A favor del deber de denuncia del mediador invocan algunos autores el *Caso Tarasoff vs. Regents of University of California* (1976) en que el Tribunal consideró que un psicoterapeuta era responsable por no denunciar las declaraciones de un hombre amenazando con matar su mujer en virtud de la “especial relación del psiquiatra con su cliente”. Contra lo deber en análisis invocan los que opinan en este sentido que en la mediación no se verifica una especial relación del mediador con la parte y, además, el mediador no tendrá de ser un experto en psicología para saber si la amenaza es real o no. Cfr. PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos...”, cit., pp. 98-99 y np. 72.

⁶⁷⁷ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 374.

Sin olvidar las ventajas, o la necesidad de aplicación del caucus, su empleo por el mediador deberá ser cuidadoso y siempre con el previo e imprescindible consentimiento de los mediados. Cada mediador deberá evaluar su aplicación atendiendo desde luego a sus propias características y capacidad para controlar los riesgos y objetivos, sin poner en entredicho su imparcialidad y neutralidad.

1.6. Las características de la figura del mediador

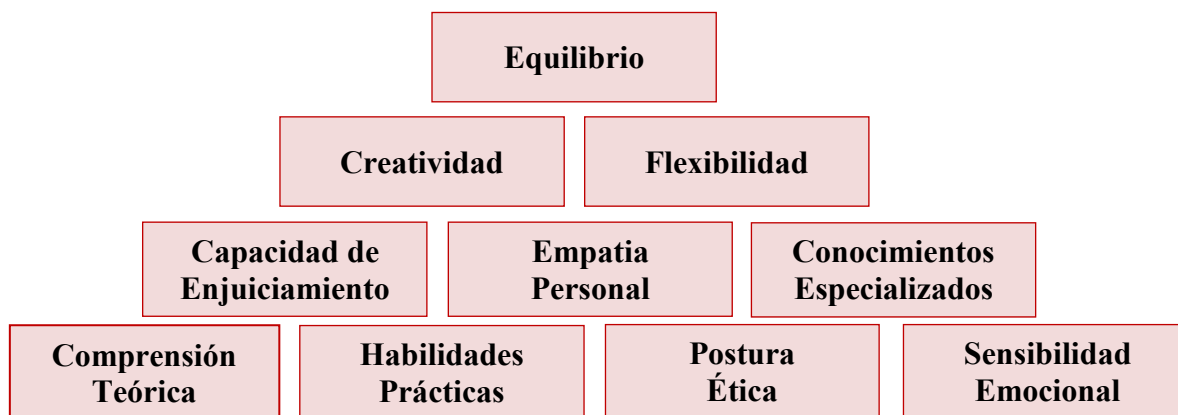
El mediador constituye el eje fundamental de la mediación y el factor diferencial de este procedimiento. No obstante, su papel deber ser realizado sin que los focos y luces del escenario se dirijan sobre él. Las incontables tareas que el mediador ha de ejercer durante la mediación exigen reunir numerosas características que no se concentran exclusivamente en sus habilidades técnicas, abarcando incluso las necesarias capacidades emocionales para trabajar los sentimientos y afectos inherentes al conflicto y a las partes, así como elevados principios éticos propios de la responsabilidad que asume en su actividad.

En orden a determinar los aspectos esenciales a un mediador, Brown y Marriott diseñaron la *mediation construct*, una edificación en forma de pirámide que identifica gráficamente las principales características que idealmente este profesional deberá poseer⁶⁷⁸. En la base de la construcción y como sus cimientos los autores indican cuatro elementos: (1) la comprensión teórica (*theoretical understanding*) que abarca los conocimientos relativos a los modelos de mediación, al papel del mediador y su función, a los elementos básicos del conflicto y a los principios de la mediación; (2) las habilidades prácticas (*practical skills*) con el dominio de las técnicas necesarias a la gestión del método de mediación; (3) la postura ética (*ethical awareness*) debiendo el mediador poseer marcados principios deontológicos; y (4) la sensibilidad emocional (*emotional sensitivity*) para comprender e interpretar los sentimientos de las partes. En el segundo escalón el mediador deberá presentar (1) capacidad de enjuiciamiento (*sound judgment*) demostrando aptitud para gestionar el procedimiento de mediación; (2) empatía personal (*personal empathy*) para entender las posiciones, intereses y aspiraciones de las partes; y (3) conocimientos especializados (*substantive knowledge*) en la materia inherente al conflicto. El tercer escalón de la mediación exige dos capacidades:

⁶⁷⁸ Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 329.

(1) la creatividad (*creativity*) para desbloquear a los mediados y fomentar la creación de alternativas a la resolución de la disputa, y (2) flexibilidad (*flexibility*) para adaptar el procedimiento y método al conflicto. Por último, la cumbre de la pirámide revela que el mediador deberá poseer equilibrio (*balance*) para actuar con imparcialidad y prestar igual tratamiento y atención a las partes.

Figura n.º III.2 – Pirámide de las características del mediador (*mediation construct*)



Adaptado de BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 329.

A través de la construcción gráfica de Brown y Marriott es posible percibir las diferentes características que un mediador deberá ostentar, las cuales no corresponden exclusivamente a particularidades objetivas que podrán ser desarrolladas con entrenamiento, sino que sobre todo evidencian especificidades subjetivas consustanciales al propio carácter de este profesional⁶⁷⁹ y que, por eso, podrán variar en cada uno de ellos. Sin embargo, consideramos que hay dos características imprescindibles en su actividad y que componen el propio concepto de mediador, concretamente la neutralidad y la imparcialidad⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Dando nota de las características subjetivas del mediador Zulema Wilde considera que los mediadores deberán ser, como mínimo, sensatos, serenos, preceptivos, pacientes, predispuestos a escuchar, creativos y desprovistos de sentimientos de omnipotencia (cfr. WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, cit., p. 66). También se refiriendo a las habilidades y capacidades del mediador, véase DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación...*, cit., pp. 73-77.

⁶⁸⁰ Dichas características resultan además de algunos documentos normativos europeos como la Directiva 2008/52/CE (art. 3, párrafo b); el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (apartado 2.1., punto 33); o la Recomendación n.º R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación familiar (apartado III, párrafo *i* y *ii*).

i. Neutralidad

La neutralidad es inferida de la inexistencia de cualquier relación del mediador con el resultado final de la mediación. De este modo, el mediador no deberá “imponer un determinado acuerdo ni orientar a las partes a acuerdos que se correspondan con su propia escala de valores”⁶⁸¹. La neutralidad radica en el respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes, puesto que el mediador deberá aceptar los puntos de vista de los mediados sin transmitir sus concepciones y, además, ha de reconocer el acuerdo de mediación como la solución de las partes sin intentar influir en su contenido.

Vezzulla prefiere hablar de “exención” en la medida en que la neutralidad es imposible, ya que la presencia del mediador por si sola modifica substancialmente la realidad de los mediados⁶⁸². En efecto, calificar al mediador como neutral sería antagónico con el reconocimiento del papel primordial que desempeña durante toda la mediación. En el mismo sentido Marta Blanco Carrasco entiende que la neutralidad no puede ser absoluta atendiendo a la intervención activa del mediador⁶⁸³. Pero lo que el mediador no deberá jamás coartar es la libertad de las partes en establecer la solución que les parezca la mejor aplicable al caso.

ii. Imparcialidad

La imparcialidad, por su lado, se vincula con las relaciones del mediador con los mediados, debiendo este profesional servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación, sin favorecer la posición de alguna ni servir a sus intereses o al propio mediador⁶⁸⁴. Dicha característica del mediador repercutirá en toda la actitud de este profesional durante la mediación. En términos prácticos, el mediador deberá dar los mismos tiempos de intervención a los dos partes no permitiendo que solo una parte manifieste sus puntos de vista, tendrá que ser cauteloso en cuanto a su postura física para

⁶⁸¹ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 174.

⁶⁸² Cfr. VEZZULLA, Juan Carlos, *Adolescência, Família...*, cit., p. 76.

⁶⁸³ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., pp. 174-175.

⁶⁸⁴ Distinguiendo la imparcialidad de la neutralidad, Marta Blanco Carrasco denota que “La imparcialidad permite afirmar que el mediador debe estar en una relación «equidistante» con ambas partes, no siendo posible que una mayor o menor relación o proximidad, motivada por la razones que sean, favorezcan la posición de una de las partes en el conflicto. La neutralidad, por su parte, se refiere a la relación del mediador con el resultado del proceso, no siendo posible que oriente la solución adoptada por las partes a aquello que considera más adecuado”. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 323.

que no parezca que presta más atención a una parte que al otro mediado, e interrogará a las partes sin hacer juicios de valor u opinar⁶⁸⁵.

Jurídicamente el deber de imparcialidad es protegido legalmente en algunos textos normativos. Así, la Ley 15/2009 de Mediación de Cataluña prescribe que constituye una infracción grave el incumplimiento del deber de imparcialidad [art. 30, párrafo a) y art. 31, apartado 3, párrafo a)]. La referida norma legal denota la importancia de esta característica para garantizar la calidad del propio procedimiento de mediación y la independencia exigida al mediador. Consideramos que el mediador deberá constituirse en profesional independiente autónomo de trabajo para que no parezca que debe atenerse a las orientaciones de sus superiores jerárquicos o revelar resultados respecto a su actividad, consustanciados, por ejemplo, en un determinado número de acuerdos. Por todo ello, en términos comunitarios, la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001 consagra en el punto A, párrafo a), que los mediadores serán nombrados por un período de tiempo determinado y no podrán ser destituidos sin causa justificada, queriendo por lo tanto evitar cualquier tipo de presión en relación a la renovación del vínculo laboral. Y la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, en el punto I, establece que cuando la persona mediadora sea nombrada o remunerada por una asociación profesional o por una empresa, no deberá haber trabajado para dicha asociación profesional, ni para ninguno de sus miembros, ni para la empresa en cuestión, durante los tres años anteriores a su entrada en funciones.

Por otro lado, el mediador deberá sentirse y mantenerse independiente de las partes y del conflicto. En este sentido, la persona mediadora no podrá verse afectada por la temática en disputa⁶⁸⁶. Pensemos en la situación de divorcio en que el mediador percibe que uno de los cónyuges es alcohólico tal como su padre o madre. La similitud con su situación familiar podrá cuestionar seriamente la independencia necesaria para conducir la mediación.

⁶⁸⁵ En este sentido el art. 8 del Proyecto de Mediación indica que en el “procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones (...) sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquier de ellas”.

⁶⁸⁶ La Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001 consagra en el punto A, párrafo b), que el mediador no debe tener ningún conflicto de interés aparente o real con ninguna de las partes.

El Código de Conducta Europeo para mediadores⁶⁸⁷ establece en el apartado 2.1. como circunstancias que pueden afectar la independencia del mediador (1) todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes; (2) cualquier interés financiero u otro de otro tipo, directo o indirecto, en el resultado final de la mediación; y (3) la situación del mediador al haber actuado anteriormente en favor de una o varias de las partes.

A este respecto la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco, fija en el art. 14, apartado 2, un conjunto de causas de abstención del mediador que no deberá intervenir en los procedimientos de mediación: (a) tener interés personal en el asunto objeto de mediación, o en cualquier otro que pueda influir directa o indirectamente en el mismo; (b) tener cuestión litigiosa pendiente con alguna de las partes intervinientes en la mediación, tener vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado con alguna de las partes intervinientes en la mediación, o con sus asesores o asesoras, representantes legales o mandatarios o mandatarias, así como compartir el despacho profesional o estar asociado con estos o estas para el asesoramiento, la representación o el mandato; (c) tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas citadas en el apartado anterior; (e) haber intervenido como perito o testigo en el proceso judicial previo a la mediación; (f) tener relación de servicio con las partes intervinientes en la mediación o haberles prestado servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar, excepto servicios de mediación familiar en el ámbito de la presente norma, en los dos años anteriores al inicio del procedimiento de mediación. De producirse su intervención en un procedimiento de mediación verificándose cualquiera de las situaciones antes referidas corresponderá deducir la posible responsabilidad disciplinaria en forma de sanción grave [art. 28, párrafo i)]

La protección legal conferida a las características que analizamos resulta de su repercusión en la propia calidad de la mediación, demandando asimismo la definición de un estatuto jurídico-profesional del mediador como desarrollaremos en el próximo apartado del presente Capítulo.

⁶⁸⁷ Que analizaremos con más detalle en el apartado 2.3 del presente Capítulo.

2. ESTATUTO JURÍDICO-PROFESIONAL DEL MEDIADOR

El análisis trazado anteriormente denota y resalta la importancia del papel del mediador en el apoyo y conducción de la resolución del conflicto por las partes. El mediador será el motor de la mediación y el elemento sin el cual no tendremos la aplicación de la misma, que afirmamos integrar en el sistema de las formas resolución de conflictos en los actuales ordenamientos jurídicos. Sin embargo, no podemos afirmar categóricamente todavía la existencia de una profesión de mediador, “sino que ejercen como tales profesionales de otros ámbitos, con estudios de licenciatura o diplomatura, que además han tenido una formación complementaria en mediación”⁶⁸⁸. Y además este panorama no es exclusivo de España. Tampoco en Portugal encontramos a día de hoy profesionales que se dediquen exclusivamente a la profesión de mediador.

Esta realidad es consecuencia de la juventud aplicativa de la mediación, así como también de la ausencia de un “Estatuto General de los Mediadores”, a imagen del previsto, por ejemplo, para los abogados en el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio. En verdad, la propia calidad y credibilidad de la mediación exige la promulgación del Estatuto de Mediador. Los mediados confiarán en un profesional que tenga formación adecuada al ejercicio de su actividad y, principalmente, al que pueden responsabilizar por negligentes conductas profesionales. La Directiva 2008/52/CE, preocupada precisamente por la calidad de la mediación, enfatiza en su art. 4 la necesidad de que los Estados miembros promoviesen la existencia de códigos de conducta y la adhesión de los mediadores a dichos códigos, así como otros mecanismos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

La inexistencia de dicho Estatuto “que regule de forma corporativa el ejercicio de la mediación como profesión jurídica libre”⁶⁸⁹, resulta asimismo de la inexistencia de un colegio profesional que agrupe a los mediadores de un país en una sola corporación responsable de la ordenación del ejercicio de la profesión, la representación exclusiva de la misma, el control deontológico y la aplicación de un régimen disciplinario en garantía de las partes y de los ciudadanos y que garantice la independencia y la vigencia de los

⁶⁸⁸ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos...*, cit., p. 179.

⁶⁸⁹ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 179.

valores básicos de la profesión, así como, la exigencia de formación profesional permanente de los mediadores.

En las próximas páginas abordaremos algunas de estas cuestiones que consideramos vitales en cuanto a la afirmación de la profesión de mediador y a la sólida implementación de la mediación.

2.1. La organización profesional de los mediadores

El análisis del panorama europeo en materia de organización de los mediadores y control de su actividad revela la existencia de tres opciones distintas: (1) un modelo de organización y control directo de la actividad de los mediadores por el Ministerio de Justicia; (2) un modelo de organización y control institucional por un Consejo General responsable de gestionar a los mediadores; y (3) un modelo mixto de separación de funciones entre el Ministerio de Justicia y las entidades de mediación.

La primera opción, basada en la regulación exclusiva a cargo del Ministro de Justicia del país, es patente en la Ley 2002. evi LV de Mediación de Hungría, que atribuye al Ministro la función de organizar y mantener el registro de mediadores (art. 4), así como el poder de controlar la actividad de estos profesionales a través de procesos de inspección e investigación conducidos por sus funcionarios (arts. 17 y ss.). Como apunta Judit Revesz, “The Ministry of Justice has to check the mediator’s work regularly and make a decision whether the practice is legal or not”, control que la autora considera excesivo pudiendo incluso llegar a vulnerar los principios de confidencialidad previstos en la misma ley⁶⁹⁰. Tampoco podemos estar completamente de acuerdo con el modelo húngaro cuyas facultades a favor del Ministro de Justicia parecen transformar a los mediadores en funcionarios del Estado a quien deben obediencia, lo que afectaría gravemente su independencia.

Un segundo modelo se asienta en la creación de una entidad institucional apoyada por el Ministro de Justicia, para organizar y controlar a los mediadores, como se verifica en Austria y en Bélgica. La Ley de Mediación austriaca (*Zivilrechts-Mediations-Gesetz*, BGBl I 2003/29) crea en su art. 4 un Consejo Consultivo para la Mediación (*Beirat*) para asistir el Ministro Federal de Justicia en materia de mediación, estando constituido por 12

⁶⁹⁰ Cfr. REVESZ, Judit, “Mediation without Trust: Critique of the Hungarian Mediation Law”, cit..

miembros representantes de organizaciones profesionales de psicólogos, psicoterapeutas, jueces, miembros de los Ministerios de Educación, Ciencia y Cultura, Salud, Seguridad Social y Protección del Consumidor, Economía y Trabajo, así como, miembros de la Cámara de Comercio, de la Cámara de Notarios austriacos y dos investigadores en la área científica de la mediación. El referido Consejo de Mediación tiene como funciones auxiliar al Ministro Federal de Justicia elaborando informes y ofreciendo opiniones respecto a materias de mediación, asistiendo en la elaboración de la reglamentación legal en este ámbito, concretamente en las cuestiones penales por violación de la ley de mediación, e incluso, en la organización de un registro de mediadores y de entidades que promuevan cursos de mediación⁶⁹¹.

También Bélgica adopta un modelo similar con la creación de la Comisión Federal de Mediación (*Commission Fédérale de Médiation*) que, conforme el art. 1727 del Código Judicial, está compuesta por una comisión general y tres comisiones especiales en materia familiar, civil y comercial y social. Integran la comisión general seis especialistas en mediación, concretamente dos notarios, dos abogados y dos representantes de mediadores que no ejerzan la actividad de abogado ni sean notarios. Estos miembros son designados por el Ministro de Justicia, atendiendo a la propuesta de colegios de abogados, de la federación de notarios y entidades representativas de los mediadores, ejerciendo funciones por un mandato de cuatro años renovable (art. 1727 §2). En lo que concierne a la misión de la comisión general, esta entidad es responsable, en los términos del art. 1727 §6, de (1) la admisión de las entidades de formación de mediadores y de los cursos de mediación que promuevan; (2) la determinación de los criterios de admisión de los mediadores para cada tipo de mediación; (3) la admisión de mediadores; (4) retirar, provisional o definitivamente, la admisión de un mediador que no satisfaga las condiciones legales para el ejercicio de la actividad de mediación; (5) definir los procedimientos para retirar el título de mediador; (6) establecer y difundir la lista de mediadores en los tribunales; y (7) establecer un código de conducta y determinar las sanciones por su incumplimiento. No obstante la última función, dicha comisión general no es un órgano corporativo y no tiene facultades sancionatorias⁶⁹².

⁶⁹¹ Cfr. KNÖTZL, Bettina, ZACH Evelyn, “Taking the Best from Mediation Regulations”, cit., p. 680.

⁶⁹² Desarrollando la Comisión General de Mediación en la ley belga, véase DEMEYERE, Luc, “The Belgium Law on Mediation: An Early Overview”, cit., pp. 89-92.

En ambos los sistemas, austriaco y belga, existe una estrecha relación con el Ministerio de Justicia, sin embargo es patente alguna autonomía en las entidades creadas, sobre todo en el modelo belga que consagra la existencia de un mandato para el ejercicio de las funciones de la Comisión Federal de Mediación. Por otro lado, en los dos países, las entidades institucionales creadas están compuestas o por representantes de los mediadores o por profesionales con competencia en estas materias, lo que permitirá que los mediadores intervengan de una u otra forma en la regulación de su actividad y que las decisiones adoptadas atiendan a la verdadera realidad del sector, sin influencia política. De todos modos, las referidas entidades, al no constituir entidades profesionales, no tienen como función promover la actividad de la mediación y defender los derechos de los mediadores.

Por último, cumple analizar el modelo mixto de separación de funciones que resulta del Proyecto de Ley de Mediación en España. En efecto, este documento prelegislativo atribuye a las instituciones de mediación la función de facilitar el acceso, la organización y nombramiento de mediadores, debiendo asumir además la responsabilidad de la actuación de sus profesionales (art. 5). Por otro lado, el Ministerio de Justicia será responsable de la creación del Registro de mediadores y de instituciones de mediación que incluirá la información relativa a los que integren el citado registro, siendo necesaria la inscripción en el Registro para el ejercicio en todo el territorio nacional (art. 6). Las instituciones de mediación aseguran la gestión y formación de los mediadores y el Ministerio de Justicia organiza únicamente el registro y la lista de mediadores que podrán ejercer la mediación⁶⁹³.

Esta división de funciones no es, todavía, clara y el redactor del Proyecto olvidó diversas cuestiones importantes. Desde luego en relación al vínculo jurídico que unirá los mediados y las instituciones de mediación pues, como apunta el CGPJ, parece “posible en principio que el mediador trabaje para más de una [institución], y por supuesto que el mediador opere de forma completamente independiente, sin vincularse a una institución

⁶⁹³ La propia Ley de Mediación en el ámbito de Derecho Privado de Cataluña (Ley 15/2009, de 22 de julio) alude en términos organizativos a cuatro tipos de entidades, dividiendo entre ellas las funciones en el sector de la mediación de esta Comunidad Autónoma, concretamente: (1) el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (art. 20); (2) los colegios profesionales (art. 22); (3) las administraciones locales y otras entidades públicas (art. 23); y (4) el comité asesor (art. 24).

de mediación en concreto”⁶⁹⁴. Ahora, siendo posible la existencia de mediadores independientes, ¿quién comprobará su formación? Es cierto que el art. 13 del Proyecto atribuye a las Administraciones públicas esta competencia, pero ¿de qué forma desempeñaran esta función y cuál será la relación de estas con las entidades de mediación? Además tal situación no permitirá la existencia de una situación uniforme en todo el país, pudiendo ser definidos diferentes criterios de formación y acreditación de los mediadores.

En lo que concierne a la organización del Registro no se percibe si para formar parte del mismo será suficiente, como exige el art. 6, apartado 2, el cumplimiento de los requisitos del art. 12 porque, siendo así, podemos preguntarnos ¿si un mediador viola un código de conducta, podrá mantenerse en dicho Registro? ¿Qué sanciones resultarán para un mediador independiente por violación de los códigos deontológicos? ¿La única forma de responsabilizar al mediador es la prevista en el art. 15 a través de acción directa del perjudicado para resarcimiento de los daños sufridos por el incumplimiento del encargo del profesional? ¿No se deberían prever otras sanciones como la suspensión del ejercicio de la actividad por cierto tiempo? Por otro lado, el art. 13 abre la puerta a la existencia de diversos códigos de conducta con diferentes enfoques según cada entidad de mediación, lo que no nos parece adecuado a la uniformidad de principios y sanciones que debe regir la actividad de los mediadores en un único ordenamiento jurídico. Las interrogantes propuestas demuestran que el modelo del Proyecto no aporta la debida seguridad jurídica pudiendo originar situaciones dudosas y de indeseable ambigüedad.

De las tres opciones analizadas, la que consideramos preferible es el modelo de Austria y Bélgica con la creación de una entidad autónoma de control de la actividad de los mediadores con aplicación nacional y uniforme de los mismos principios y criterios. Sin embargo, consideramos que esta es una fase necesaria y transitoria hasta que los mediadores se organicen en su propia institución o colegio. De hecho, lo que defendemos como más apropiado es la creación de un colegio profesional de mediadores de ámbito nacional que gestione el Registro de mediadores habilitados para la aplicación de la mediación⁶⁹⁵ y con facultades disciplinarias propias. De esta forma existiría un único

⁶⁹⁴ Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., pp. 50-51.

⁶⁹⁵ La existencia de un registro de mediadores organizado por su colegio profesional no deberá, en nuestro entendimiento, impedir que el Ministerio de Justicia organice listas o concursos para que los mediadores

código deontológico, común a todos los profesionales y con aplicación similar. La Ley de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña refiere, en su art. 22, la existencia de colegios profesionales, pero acepta la existencia de diversas entidades en este sector, lo que no nos parece apropiado para lograr a la uniformidad de criterios y principios, defendiéndose por eso la existencia de un colegio profesional único de ámbito nacional. Hasta la existencia de condiciones para la creación de este colegio nacional, podría existir un consejo consultivo de acompañamiento de aplicación de la mediación, independiente, compuesto por diversos profesionales y patrocinado por el Ministerio de Justicia, responsable del Registro de mediadores, de la acreditación de cursos de mediación o de la aplicación del régimen disciplinario.

También, en términos europeos defendemos, la existencia de una comisión de mediadores europeos responsable de la creación de una red europea que integre a los Estados miembros y publicite un registro de mediadores europeos disponibles para la resolución de conflictos transfronterizos. De esta forma, siempre que fuese necesario resolver un conflicto entre ciudadanos de diferentes Estados miembros, la referida red sería responsable de designar un mediador para la cuestión. Proponemos, así, la creación de una Red Europea de Mediadores (REM), responsable de la acreditación de estos profesionales y de la aplicación del Código de Conducta Europeo de mediadores.

La organización profesional de los mediadores será la clave que permita la asunción de su actividad como una profesión y, consecuentemente, el desarrollo de la propia calidad de la mediación. Una institución sólida que agrupe a estos profesionales en la defensa de sus derechos, y también asuma el control de su actividad y de la formación continua de los mediadores nos parece esencial para el futuro del ejercicio de la mediación como profesión jurídica.

2.2. Requisitos y condiciones de ejercicio profesional de mediador

Independientemente de la opción en términos de organización profesional del mediador, consideramos fundamental el establecimiento de los requisitos y condiciones al ejercicio individual de su profesión. Como pone de manifiesto Martín Diz, “la credibilidad de la

integren los sistemas de mediación pública, una vez que, en este caso, serán establecidas determinadas condiciones específicas atendiendo a las necesidades requeridas por el sistema, pudiendo, por eso, existir un concurso propio.

mediación, al igual que ocurre en otras profesiones (jurídicas o no) viene determinado en gran medida por la adecuada formación y acceso a la profesión de quienes la desempeñan”⁶⁹⁶. Los riesgos en permitir que mediadores sin práctica, entrenamiento o formación ejerzan la mediación son innumerables pudiendo conducir desde la insatisfacción del público a la generalización de la idea de que la mediación corresponde a una justicia de segunda clase.

En este sentido, la *Society for Professionals in Dispute Resolution* (SPIDR), organización profesional en EE.UU., presentó en 1989 un informe exponiendo diversas consideraciones y recomendaciones relativas a las cualificaciones de los terceros neutrales en la resolución extrajudicial de conflictos por considerar esta cuestión importante para la protección del consumidor y para la integridad de estos procesos⁶⁹⁷. La definición de criterios de cualificación de los mediadores es, todavía, controvertida, como reconoció el propio informe de la SPIDR, puesto que podrá crear barreras inapropiadas al acceso a la profesión de mediador, dificultando, consecuentemente, la renovación e innovación de la calidad de los métodos de mediación⁶⁹⁸. De este modo, la determinación de los requisitos y condiciones al ejercicio de la actividad de mediador discurre en la línea tenue entre no excluir personas con natural talento y proteger a los ciudadanos de malas prácticas profesionales⁶⁹⁹.

Una de las primeras opciones establecida en el informe en análisis se sustentaba en la existencia de un mercado libre (*free market*) de servicios de mediación, considerando que esta situación sería suficiente para asegurar la calidad de los mediadores, toda vez que las partes solamente seleccionaban aquellos profesionales que ofreciesen un servicio

⁶⁹⁶ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 180. En el mismo sentido Goldberg, Sander y otros afirman que “Legislators and courts have tried to ensure quality in the mediation process through entry requirements for mediators” (cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 163). Analizando la temática de la profesionalización de los mediadores, véase WELSH, Nancy A., “Institutionalization and Professionalization”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 494-498.

⁶⁹⁷ Presentando algunos extractos de este informe, véase GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., pp. 164-169. En 1995 el SPIDR aprobó un segundo informe relativo a las cualificaciones de los mediadores reforzando la importancia de las listas y de los sistemas de certificación de mediadores. También citando los informes del SPIDR, véase NOLAN-HALEY, Jacqueline, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 2ª edición, West, 2001, p. 87.

⁶⁹⁸ Cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 164.

⁶⁹⁹ Así refiere Linda Singer, *chair* de la primera comisión de cualificaciones del SPIDR. Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 171.

competente⁷⁰⁰. No estamos tan seguros de que el mercado libre sea susceptible de garantizar la calidad de los mediadores porque pudiera originar únicamente solamente diferencias en los honorarios cobrados y que las partes con menos recursos económicos acudan a profesionales menos preparados, pero también menos costosos. Por otro lado, y como da cuenta el propio informe, el mercado libre exigirá la disponibilidad total y accesible de la información relativa a los profesionales para que las partes puedan adoptar una elección informada (*informed choice*), lo que no siempre se verifica⁷⁰¹. De esta forma, será importante predefinir normativamente algunos requisitos para el ejercicio de la actividad de mediación susceptibles de establecer en abstracto parámetros mínimos de aptitud de los mediadores.

Aclaramos que no nos referimos a las capacidades naturales y habilidades prácticas inherentes al mediador y necesarias a las exigencias metodológicas de la mediación, las cuales podrán ser desarrolladas o evaluadas en los cursos específicos en esta temática⁷⁰². Lo que pretendemos analizar en este epígrafe son las condiciones mínimas de acceso a la actividad de mediador que deberán ser establecidas legalmente, refiriéndonos concretamente a la certificación de los mediadores, que significará, así, el procedimiento a través del cual una entidad institucional, gubernamental o administrativa constata formal y oficialmente que un mediador o servicio de mediación cumplen requisitos específicos⁷⁰³.

En el panorama europeo, el Código Judicial belga establece en su art. 1726. §1er. que el mediador deberá (1) revelar competencia inherente a la naturaleza de la disputa a través de su actividad presente o pasada; (2) demostrar entrenamiento adecuado o

⁷⁰⁰ En este sentido Linda Singer, afirmó que “we decided that despite its limitations, the free market should continue to be relied on where the parties have free choice of whether to use a settlement alternative in the first place and, if so, which people to use as their dispute resolvers”. Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 171.

⁷⁰¹ “A concerned raised about the “free market” approach is that many parties, particularly those who do not use dispute resolution services on a regular basis, do not have access to complete information about practicing neutrals. Thus, these parties cannot make the *informed* choice on which the advantages of the free market depend”. Cfr. GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 165.

⁷⁰² Analizando los criterios para que una persona pueda recibir entrenamiento y formación en mediación, véase MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 450-462.

⁷⁰³ Respecto a la temática de la certificación, véase COLE, Sarah Rudolph, “Mediator Certification: Has the Time Come?”, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 11, 2005, p.7 y BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 518. Analizando las diversas formas de regulación de las condiciones del mediador en la práctica norte-americana, véase FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., pp. 260-263.

experiencia en mediación; (3) presentar garantías de respeto a los principios de imparcialidad e independencia; (4) no tener una condena penal incompatible con el ejercicio de la función de mediador; (5) no haber sido sujeto a sanción disciplinaria o administrativa incompatible con el ejercicio de la función de mediador o su acreditación haber sido retirada anteriormente. Además, los mediadores deben someterse a entrenamiento continuo establecido y aprobado por la Comisión General de Mediación belga (art. 1726 §2).

Estipulación similar prescribe la ley francesa que en el art. 131-5 del Código de Proceso Civil exige que el mediador: (1) no haya sido condenado, o declarado en incapacidad o deficiencia; (2) no haya sido autor de prácticas contrarias a la honra, probidad y buenas costumbres originarias de sanciones disciplinarias o administrativas de destitución, anulación o revocación; (3) posea la cualificación requerida por la naturaleza del litigio; (4) pruebe la formación o experiencia en mediación; (5) presente las garantías de independencia necesarias para el ejercicio de la mediación⁷⁰⁴.

La Ley de Mediación austríaca, por su parte, prescribe en su art. 9 que el mediador deberá tener más de 28 años de edad, estar cualificado profesionalmente, ser persona confiable y haber suscrito un seguro de responsabilidad profesional. En el art. 10 considera que una persona está profesionalmente cualificada para la práctica de la mediación si tuviere entrenamiento apropiado, posee conocimientos y técnicas de mediación y está familiarizado con los principios legales y psicológicos fundamentales que son aplicables en este método⁷⁰⁵.

En Portugal la Ley de Mediación Penal (Ley 21/2007, de 12 de junio)⁷⁰⁶ establece en el art. 12 los siguientes requisitos del mediador penal: (1) tener más de 25 años de edad; (2) estar en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos (no sufriendo de ninguna

⁷⁰⁴ Sobre esta temática en la ley francesa, véase PLUYETTE, Gérard, “Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires”, cit., pp. 513-514.

⁷⁰⁵ En lo que concierne a los requisitos previstos en la ley austríaca, Bettina Knötzl y Evelyn Zach explican que la edad de 28 años pretende asegurar la madurez y experiencia de vida necesaria al mediador. En cuanto a la prueba de su confiabilidad la misma es realizada a través de la presentación del registro de antecedentes penales con al menos de tres meses. Cfr. KNÖTZL, Bettina, ZACH Evelyn, “Taking the Best from Mediation Regulations”, cit., p. 675.

⁷⁰⁶ Y de modo semejante la Ley 78/2001, de 13 de julio de los *Julgados de Paz* y la *Portaria* n.º282/2010, de 25 de mayo, que aprueba los reglamentos del procedimiento de selección de mediadores en los sistemas públicos de mediación y en los *Julgados de Paz*. También el *Despacho* n.º18 778, de 22 de agosto, respecto al sistema de mediación familiar, en el art. 8, apartado 1, establece las mismas condiciones.

incapacidad o inhabilidad); (3) tener grado universitario o experiencias profesionales adecuadas; (4) tener un curso de mediación penal reconocido por el Ministerio de Justicia; (5) ser idóneo al ejercicio de la actividad de mediador penal (concretamente no haber sido condenado por sentencia firme por la práctica de un crimen doloso); (6) tener dominio del portugués.

En España, y tomando de ejemplo la Ley de Mediación en el ámbito de Derecho Privado de Cataluña, la persona mediadora deberá tener un título universitario oficial y una formación y una capacitación específicas en mediación, debidamente actualizadas de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente. Esta persona debe estar colegiada en el colegio profesional correspondiente, o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración (art. 3, apartado 1). De forma similar, el Proyecto de Ley de Mediación refiere en su art. 12 que podrán ejercer la función de mediación las personas naturales que cumplan los siguientes requisitos: a) hallarse en el pleno disfrute de sus derechos civiles y carecer de antecedentes penales por delito doloso; b) estar en posesión de título oficial universitario o de educación profesional superior; c) tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente; y d) figurar en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación.

Del escenario legal trazado en términos de nuestro entorno europeo es evidente que las leyes consagran diferentes criterios para el ejercicio de la actividad de mediador privilegiando diferentes factores de capacidad. De todos modos, es posible recoger algunas condiciones que por su esencialidad son comunes a los ordenamientos jurídicos, concretamente:

i. Formación adecuada en mediación. El mediador deberá tener formación genérica en mediación y, además, especializaciones en las diversas ramas de este método para poder ejercer mediación familiar, penal, laboral u otra⁷⁰⁷. Asimismo, es esencial que la formación del mediador sea continua para integrar nuevas técnicas y “reciclar”

⁷⁰⁷ Es la situación que se verifica en Portugal en relación a los sistemas de mediación públicos conforme se prevé en la *Portaria* n.º282/2010, de 25 de mayo, que aprueba los reglamentos del procedimiento de selección de mediadores en los sistemas públicos de mediación y en los *Julgados de Paz* y que exige formación específica en el ámbito del sistema a que los mediadores concurren.

conocimientos⁷⁰⁸. No nos parece imprescindible que el mediador tenga un grado universitario cuando por ejemplo ejerza una profesión idónea, administrativa, pública o privada, durante algunos años. Consideramos que el mediador necesariamente deberá dominar el lenguaje del país en que ejerce su profesión y tener experiencia profesional idónea para poder cursar una formación de mediación⁷⁰⁹. Pero un grado universitario no garantizará mayores o mejores condiciones para el ejercicio de la mediación⁷¹⁰. En lo que concierne a los cursos de mediación consideramos imprescindible su certificación o por el Ministerio de Justicia⁷¹¹ o por otra entidad independiente que asegure la verificación de criterios mínimos de calidad pedagógica, como número de horas de formación, programa curricular o formación de profesores⁷¹².

ii. Edad y experiencia en mediación. El requisito de la edad parece adecuado a la necesaria madurez y experiencia de vida que un mediador deberá presentar para ayudar en la resolución de los problemas de las partes. Por otro lado, consideramos que los mediadores además de un curso de mediación deberán realizar una estancia práctica para poder aplicar y ejercitar los conocimientos teóricos adquiridos de modo que con ello

⁷⁰⁸ En este sentido apunta la Directiva 2008/52/CE en su art. 4, apartado 2, cuando prescribe que los Estados miembros “fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”.

⁷⁰⁹ Elogiamos por eso la opción del legislador portugués que en materia de mediación penal exige o un grado universitario o experiencia profesional adecuada [art. 12, apartado 1, párrafo c), de la Ley 21/2007, de 12 de junio].

⁷¹⁰ Ya consideramos en este estudio (Capítulo III, apartado 1.3. referente a los tipos de mediación) que el mediador no tendrá necesariamente que ser un experto en la materia del conflicto. Sin embargo, y como explicitamos, este profesional deberá entender de la cuestión en debate para poder entender los intereses de las partes y ayudarlas en la construcción del conflicto. En este sentido Folberg y Taylor afirman que “It is generally impracticable and probably unnecessary that mediators be cross-trained as clinical psychologists and attorneys or scientists or educators or any of the other combinations one could postulate. But the mediator must have a working knowledge of the substantive area and the interpersonal dynamics regarding the dispute in order to help the participants identify the issues, develop options, and recognize the need for consultation with experts or referral to others” (cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 241). De la misma forma, consideramos que no es esencial que el mediador tenga un grado en derecho, pero deberá dominar algunos conceptos jurídicos generales para afrontar el conflicto, los cuales podrán ser enseñados en los cursos de mediación. En sentido contrario, la reciente Ley de Mediación de Grecia (Ley 3898/2010) prescribe en el art. 7 que el mediador tiene que ser un abogado, lo que nos parece una exigencia excesiva y en cierto modo injustificada (cfr. BOURAS, Niki, “Mediation in civil and commercial matters: an overview of the new Greek Law 3898/2010”, cit., p. 4).

⁷¹¹ En Portugal el GRAL reglamentó el reconocimiento de cursos de formación para mediadores a través de la *Portaria* n.º237/2010, de 29 de abril. De esta forma, solamente los mediadores que hayan realizado un curso reconocido por el Ministerio de Justicia, a través del GRAL, podrán concurrir para intervenir en los sistemas públicos de mediación.

⁷¹² Analizando la problemática de los cursos de mediación, así como el contenido programático de estas formaciones, véase FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., pp. 233-243.

logren una mayor experiencia. Por eso aplaudimos la previsión legal del Código Judicial belga que exige entrenamiento adecuado o experiencia en mediación (art. 1726. § 1er).

iii. Idoneidad. Dicha condición comprende diversos aspectos. Desde luego, exige que el mediador no sufra de ninguna incapacidad o inhabilidad civilmente definida, debiendo ser física y mentalmente idóneo para el ejercicio de la mediación. Más controvertida es la idoneidad en términos de conducta moral del mediador. Portugal considera que no existirá idoneidad si la persona hubiere sido condenada por sentencia firme por la práctica de un crimen doloso. Consideramos más adecuada la previsión legal belga que indica solamente la exigencia de no tener una condena penal incompatible con el ejercicio de la función de mediador. Además añade la exigencia de la inexistencia de una sanción disciplinaria o administrativa incompatible con el ejercicio de la función de mediador, lo que nos parece una norma más completa a este respecto.

Los requisitos que enunciaremos constituirán las condiciones mínimas para ejercicio de la actividad de mediación, pudiendo ser complementadas por otros parámetros que legalmente se consideren pertinentes. Lo importante es que se establezca un sistema de certificación que asegure garantías mínimas de cualificación e idoneidad profesional a los mediadores y, consecuentemente, concurra para el prestigio de la propia mediación.

2.3. Los códigos deontológicos

La calidad de la práctica de la mediación exigirá asimismo que los mediadores subordinen su actividad a códigos deontológicos que establezcan los principios y reglas de obligatoria observancia en su actuación profesional. Como pone de manifiesto Beloso Martín, el “propio carácter distintivo de la profesión de mediador reafirma aún más la conveniencia de un código ético específico de los mediadores o unas normas deontológicas con criterios concretos que deben ser respetados por los profesionales en el desempeño de la mediación”⁷¹³.

⁷¹³ Cfr. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Una propuesta de código ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º15, 2007, p. 6, disponible en el siguiente endereço electrónico accedido el 9 de febrero de 2011, <http://www.uv.es/CEFD/15/belloso.pdf>. En el mismo sentido Michèle Guillaume-Hofnung considera que un código deontológico de los mediadores es esencial a la identidad propia de la mediación y su unidad (cfr. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, “La déontologie et l’identité professionnelle du médiateur”, *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens*

Siguiendo a Martín Diz, debe distinguirse el estatuto jurídico de una profesión, que regula el régimen jurídico legal aplicable a su ejercicio, del código deontológico que “únicamente establece los compromisos éticos y morales para el correcto y adecuado desempeño de la profesión en la praxis”⁷¹⁴. Del mismo modo, debemos distinguir códigos deontológicos conteniendo los principios éticos y valores morales de un mediador, de los códigos profesionales plasmando las reglas metodológicas y técnicas (*legis artis*) a seguir en la mediación⁷¹⁵.

Refiere Patricia Malbosc que deontología es “the knowledge of what is just or suitable, the knowledge of what is necessary to do. As art, deontology is what is suitable to make. As science, it is to know what is advisable to make in each opportunity. While referring to this etymology deontology is defined as «the science of the duties»⁷¹⁶. En consecuencia, los códigos deontológicos de los mediadores expresan los deberes éticos y morales a respetar por estos profesionales en orden a realizar la mediación de forma justa y adecuada. Constituirán por eso objetivos de un código de deontología definir los deberes y obligaciones comunes al ejercicio de una determinada profesión, ordenar de forma rigurosa los valores esenciales que identifican la profesión a que se aplican e institucionalizar un documento que será adoptado por todos los profesionales como su “carta magna”. Moore da cuenta que los códigos éticos han sido incentivados por el deseo de transmitir al público y a los profesionales de mediación la ética de esta práctica, para asegurar que la labor con los mediados es conducida de acuerdo a elevados valores éticos y para proteger la reputación de los mediadores⁷¹⁷.

in the European Union, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, p. 150).

⁷¹⁴ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 187.

⁷¹⁵ Distinguiendo *Standards* y *Ethics*, véase FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 250. Los autores consideran que “An ethical code is generally imposed on members of a professional group by its governing organization or as a condition of licensure or certification. Professional standards may exist outside an ethical code or in its absence and may be subscribed to by practitioners or looked to by the public and the courts as a set of expectations and minimally acceptable common practices for the service offered”.

⁷¹⁶ Cfr. MALBOSC, Patricia, “Arbitration and Mediation in Europe, towards a common business deontology?”, *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the European Union*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, p. 135. La autora analiza en este artículo las ventajas e inconvenientes de un código común a la mediación y arbitraje.

⁷¹⁷ En EE.UU. el primer Código de Ética fue desarrollado por el *Federal Mediation and Conciliation Service*. Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., pp. 447-448. Refiriéndose a diversas normas éticas adoptadas por organizaciones profesionales de mediación en Reino Unido, véase BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 453-459.

Los objetivos referidos revelan la natural importancia de los códigos deontológicos, la cual es reconocida y reforzada a nivel europeo por el Libro Verde sobre los modos alternativos de resolución de conflictos en materia civil y mercantil, al declarar que los “códigos de deontología ocupan un lugar privilegiado en el funcionamiento de las ADR. Su desarrollo demuestra los esfuerzos de los expertos para garantizar la calidad de las ADR” (apartado 77). El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde recomendaba la existencia de un código europeo de deontología para guiar a los terceros en su misión⁷¹⁸, plasmado en 2004, promovido por la Comisión de la Unión Europea en una conferencia organizada en Bruselas, estableciendo una serie de principios cuyo cumplimiento fue dejado al arbitrio individualmente de cada mediador, bajo su propia responsabilidad⁷¹⁹.

El referido Código de Conducta Europeo para mediadores asienta sus estipulaciones en cuatro puntos esenciales. En primer lugar refiere la competencia, designación y honorarios de los mediadores, así como la publicidad de sus servicios. En relación a estos aspectos, el Código Europeo enfatiza la importancia de la formación de los mediadores y de su competencia para mediar conflictos, recomienda la información y esclarecimiento a las partes respecto de sus honorarios, y permite la publicidad de los servicios de mediación en obediencia a los principios de honestidad y dignidad. En segundo lugar, el Código Europeo desarrolla los principios de independencia e imparcialidad destacando algunas premisas que el mediador deberá seguir en su actuación. En el punto tres se indican las garantías que el mediador deberá asegurar en relación al procedimiento y acuerdo de mediación, concretamente la explicación a las partes en cuanto a las metodologías de la mediación, la redacción por escrito del acuerdo de mediación, la imparcialidad del procedimiento, o el consentimiento libre y expreso al pacto final entre los mediados. Por último, el Código Europeo alude a la confidencialidad como principio que impide la divulgación de la información revelada en la mediación sin autorización de las partes.

No obstante el mérito del Código de Conducta Europeo para mediadores, su carácter genérico y sin la previsión de un régimen sancionador de sus violaciones exigirá que

⁷¹⁸ Ver apartado 3.6.2. del Libro Verde (referencia 2003/C 85/02).

⁷¹⁹ Disponible en castellano en el siguiente endereço electrónico, accedido el 11 de febrero de 2011, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

cada Estado miembro emita su propio Código Deontológico, más detallado y completo, como además es requerido según la Directiva 2008/52/CE en el art. 4, en relación a la calidad de la mediación.

En lo que concierne a las disposiciones de un concreto código deontológico, consideramos esencial la previsión de tres sectores distintos⁷²⁰. La primera parte deberá dedicarse a los principios fundamentales de actuación del mediador, que ya analizamos en este trabajo, como la voluntariedad, la confidencialidad, la igualdad de las partes, la neutralidad, la imparcialidad, y otros que se consideren pertinentes en el ordenamiento jurídico en cuestión. Una segunda parte deberá dedicarse a la concreción de los principios fundamentales enunciados anteriormente en la práctica de la mediación, estipulándose qué tipo de informaciones el mediador deberá facilitar a las partes, los impedimentos al ejercicio de la profesión de mediador, la relación entre mediadores y entidades de mediación, los requisitos de las sociedades de mediadores, la publicidad de los servicios de mediación, entre otras cuestiones relevantes. Por último, un código deontológico debe contener la previsión de un régimen sancionador, prescribiendo los tipos de infracciones posibles y las sanciones correspondientes, así como el procedimiento para su imposición.

El control de la aplicación de los códigos deontológicos deberá estar a cargo o de una entidad independiente, como un consejo de acompañamiento de los mediadores o un colegio oficial de mediadores. Podrá ser la misma entidad que sea responsable del registro de mediadores o de su certificación profesional. Será importante que estas entidades configuren comités de deontología para analizar cuestiones o dilemas éticos que no sean resueltos por los códigos deontológicos y que van emergiendo de la práctica diaria y cada vez más frecuente de la mediación. En efecto, con los desarrollos constantes al nivel de implementación de la mediación, aparecerán, como en cualquier profesión, nuevos problemas y cuestiones que deberán tener una respuesta adecuada por expertos que integren la entidad que controla la aplicación del código deontológico. La creación de estos comités deontológicos fue promovida en EE.UU. por el SPIDR (*Society for*

⁷²⁰ También analizando el contenido del código deontológico de los mediadores, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 189-190.

Professionals in Dispute Resolution) y, más tarde, por el ACR (*Association for Conflict Resolution*)⁷²¹.

De esta forma, la existencia de códigos deontológicos ayudará a la responsabilización profesional de los mediadores en su actuación, a la definición de su estatuto profesional y a la consideración de la mediación como medio complementario de resolución de conflictos con igual valor y entidad que el arbitraje.

2.4. Responsabilidad profesional

La ascensión de la mediación al abanico de las profesiones jurídicas implicará la reglamentación legal de la responsabilidad de los mediadores en su ámbito profesional, que a su vez, contribuirá a la integridad del método y a la definición del estatuto jurídico de los mediadores. Hasta el momento, y en virtud de la juventud aplicativa de este método, no son muy habituales la formulación de quejas o reclamaciones relativas a los mediadores⁷²². Este hecho no debe hacer innecesaria la consagración de la responsabilidad profesional en el ámbito de la mediación, aún más cuando dicho régimen transmitirá confianza a los ciudadanos y contribuirá para que esta vía de resolución de conflictos tenga la misma entidad que otras formas complementarias de resolución de controversias.

Por otro lado, el campo de posibilidades y factores de responsabilidad es amplio. La violación de los principios de confidencialidad, voluntariedad o igualdad de las partes, así como, el incumplimiento contractual, negligencia o malas prácticas son ejemplos de circunstancias susceptibles de generar responsabilidad en los mediadores que, según Folberg y Taylor, podría agruparse en dos tipos: responsabilidad contractual y responsabilidad por malas prácticas profesionales (que corresponderá a la responsabilidad civil extracontractual en nuestros sistemas jurídicos)⁷²³.

En lo que concierne a la responsabilidad contractual, resultante del incumplimiento del contrato de mediación, el mediador deberá adoptar una serie de precauciones para no expresar ningún tipo de promesa respecto a los resultados de la mediación. Como ya

⁷²¹ Cfr. MOORE, Christopher W., *The mediation process...*, cit., p. 450.

⁷²² Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 280 y BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 531.

⁷²³ Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 281.

referimos, la obligación contractual resultante del contrato de mediación configura solamente una obligación de medios y nunca de resultado. Sin embargo, si el mediador expresa cualquier compromiso favorable a la obtención de un acuerdo u otro resultado específico (como plazos para la resolución del conflicto), la inobservancia de estas estipulaciones significará la quiebra del contrato, generadora de responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad por malas prácticas profesionales es esencial la concurrencia de 5 elementos: (1) existencia de un deber del mediador; (2) violación de ese deber; (3) existencia de daños; (4) nexo de causalidad entre los daños sufridos y la violación del deber; y (5) culpa (sea por dolo, sea por negligencia⁷²⁴).

Los deberes del mediador podrán resultar de la ley, como se verifica con el principio de confidencialidad o el principio de voluntariedad, o de los códigos deontológicos adoptados. En estos casos la prueba de su conculcación es más fácil de concretar pues la norma legal o deontológica indica los parámetros que tendrán que ser respetados por el profesional. Al contrario, la violación de las *legis artis* de un mediador, en lo que concierne a las reglas prácticas y metodológicas de la mediación, constituirá materia con dificultad probatoria en virtud de la flexibilidad típica de este medio de resolución de conflictos y de la inexistencia de *professional standards* que sean universales. En efecto, como analizamos anteriormente, las etapas de la mediación constituyen una mera propuesta orientativa para el mediador, que podrá cambiar las metodologías aplicables en función de las partes o del conflicto, volviéndose, en consecuencia, difícil probar que el profesional violó una norma de conducta profesional o la *lex artis* de este procedimiento.

Sin embargo, dicha prueba podrá ser facilitada si el mediador estuviere integrado en alguna institución o servicio de mediación que disponga de un reglamento de principios de actuación del mediador, pues en este caso será ese reglamento el criterio evaluador de la violación^{725/726}. Por otro lado, y aunque el mediador no esté vinculado a ningún

⁷²⁴ El Proyecto de Ley de Mediación en España prescribe la responsabilidad de los mediadores en el art. 15. Fue eliminada la exigencia de mala fe, imprudencia grave o dolo que constaba en el art. 17 del Anteproyecto, consagrándose la posición del CGPJ en el sentido de que si para la responsabilidad contractual y extracontractual solamente se exige culpa, tampoco en el ámbito de la mediación la mera negligencia deberá originar responsabilidad. Cfr. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., pp. 47-48.

⁷²⁵ En este sentido, Folberg y Taylor afirman que “If the mediator is a member of a professional organization that has promulgated standards of practice, or if the mediator has subscribed to established standards (...), then proof of the applicable standard and the consequent duty owed is made easier”. Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 283. Como ejemplo de

reglamento de prácticas profesionales, siempre estará obligado a informar a las partes respecto a las metodologías aplicables durante la mediación, siendo ésta una de las funciones más importantes de la premediación, como ya analizamos en su momento. De este modo, siempre que una práctica no se corresponda con las informaciones prestadas a los mediados inicialmente, el mediador habrá conculcado el deber de información. Por este motivo será importante que el mediador ilustre clara y precisamente a las partes sobre el procedimiento y técnicas a aplicar.

Elementos esenciales de la responsabilidad profesional de los mediadores son la existencia de daños y la prueba del nexo de causalidad entre el daño y la violación cometida por el mediador. No es suficiente la existencia de daños especulativos en relación a posibles resultados, siendo absolutamente necesario que la parte perjudicada pruebe y cuantifique que la mala práctica del mediador originó determinados perjuicios concretos y específicos. En el caso *Lange vs. Marshall* (EE.UU., 1981)⁷²⁷, relativo a una mediación familiar en un divorcio, las partes obtuvieron acuerdo, pero la Sra. Lange después del pacto tuvo dudas y procuró un abogado que logró obtener una decisión más favorable. La Sra. Lange demandó judicialmente al mediador por no haber negociado un acuerdo más ventajoso y por no haber informado a la mediada de que judicialmente podría haber obtenido un mejor resultado, solicitando una indemnización respecto a las costas y gastos judiciales y a los problemas de salud originados por ello⁷²⁸. Después de que, en primera instancia, el *Court of Appeals* del Estado de Missouri hubiera condenado al mediador a una indemnización, en vía de recurso el tribunal consideró que, no obstante el mediador había violado un deber de diligencia con las partes, no existían evidencias de que los daños sufridos resultaban necesariamente de la mala práctica del profesional, puesto que nadie podría garantizar que el ex marido aceptaría en mediación el acuerdo

Código de Conducta que establece los *standards* para el mediador, aplicable a todos los tipos de mediación, los autores refieren el *Code of Professional Conduct for Mediators*, desarrollado por Christopher Moore y adoptado por el *Center Dispute Resolution* en 1982 (Cfr. FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., p. 259).

⁷²⁶ El Proyecto de Ley de Mediación español consagra incluso la responsabilidad de las instituciones de mediación, en los términos del art. 15. El CGPJ considera que en el caso de una institución que designa el mediador demandado por malas prácticas, deberá existir responsabilidad solidaria entre el mediador y la institución. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación...*, cit., pp. 49-50.

⁷²⁷ Caso relatado en FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., pp. 287-288.

⁷²⁸ Refiriendo y discutiendo la responsabilidad del mediador sobre el resultado y acuerdo de la mediación, véase SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 176.

más favorable obtenido en vía judicial y, por lo tanto, los gastos adicionales se mantendrían del mismo modo.

A través de este asunto es fácil concluir que la prueba del nexo de causalidad entre los daños sufridos y las conductas reprobables del mediador no siempre será sencilla. Por este motivo, consideramos esencial la previsión de responsabilidad disciplinaria⁷²⁹ la cual, dependiendo de las opciones organizativas que se adopten, podrá ser aplicada o por el Ministerio de Justicia, tal como ocurre en Hungría⁷³⁰, o por una entidad independiente de control de la actividad de mediación⁷³¹, o incluso por una organización profesional o colegio oficial de mediadores⁷³². Este tipo de responsabilidad no sería dependiente de la prueba de los daños a los mediados, siendo suficiente probar que el mediador violó los deberes deontológicos exigibles o las *legis artis* definidas⁷³³. Atendiendo al tipo de evaluación que se realiza en el ámbito de la responsabilidad disciplinar, consideramos que su aplicación se efectuará con mayor rigor mediante la participación de expertos en mediación o mediadores que de forma especializada sabrán analizar y valorar la conducta del profesional, como se verificaría en un colegio oficial de mediadores⁷³⁴. En términos de sanciones, el mediador podrá recibir desde una mera advertencia hasta una multa o la

⁷²⁹ Sobre la temática de responsabilidad disciplinaria, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 191-194.

⁷³⁰ En Hungría es el Ministerio de Justicia el que tiene las facultades de realizar una inspección a un mediador en orden a percibir si el profesional violó algún deber profesional o norma legal en su actividad de mediador (Ley 2002. évi LV, art. 17). Finalizada la investigación, si hubiere prueba de que el mediador es responsable en la acusación de violación de deberes profesionales, el Ministro de Justicia demandará que el mediador cumpla los deberes violados. En caso de violación grave o reiterada el mediador podrá ser retirado del Registro de mediadores (art. 20).

⁷³¹ Como prescribe la ley portuguesa de los *Julgados de Paz* (Ley 78/2001, de 13 de julio, art. 33, apartado 6). Dicha estipulación es extensible a los mediadores penales en los términos del art. 10, apartado 6, de la Ley 21/2007, de 12 de junio relativa a la mediación penal.

⁷³² La Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha en el art. 30, apartado 1, divide la competencia de los órganos sancionadores por tipos de infracciones, correspondiendo al Delegado Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales la imposición de las infracciones leves; al Director General competente en materia de familia la imposición de infracciones graves; y al Consejero competente en materia de servicios sociales la imposición de infracciones muy graves. Consideramos más oportuno un único órgano sancionador.

⁷³³ Las Leyes de Mediación Familiar en España distinguen tres tipos de infracciones en relación a su gravedad considerando infracciones leves, graves y muy graves, indicando para cada tipología las sanciones correspondientes.

⁷³⁴ En el ámbito de la Ley de Mediación del Derecho Privado de Cataluña la función disciplinaria es ejercitada por los colegios profesionales en los términos del art. 22, párrafo d), de la Ley 15/2009, de 22 de julio.

suspensión para el ejercicio de la profesión en los casos más graves, como se verifica en diversas leyes de mediación familiar en España⁷³⁵.

El mediador podrá también incurrir en responsabilidad criminal, como prescribe la Ley de Mediación austriaca (BGBl I 2003/29) en el art. 31, apartado 1, plasmando que existiendo violación del deber de confidencialidad puede ser aplicada al mediador una pena de prisión hasta 6 meses o una pena de multa de 360 días. Martín Diz refiere también que el mediador podrá ser responsabilizado penalmente “si en el ejercicio de sus funciones cometiera alguna conducta susceptible de ser tipificada como delito o falta (por ejemplo: amenazas a alguna de las partes)”⁷³⁶.

Concluyendo, el mediador, en la práctica de la mediación, podrá ser responsabilizado (1) contractualmente, por violación del contrato de mediación; (2) civilmente, por malas prácticas, debiendo las partes ejercitar acciones directamente contra el profesional si sufrieran daños resultantes de la conducta del mediador; (3) disciplinalmente, en relación a violaciones de los códigos deontológicos aplicables; y (4) penalmente, siempre que cometa un delito o falta punible.

Consideramos inapropiado establecer la total impunidad del mediador en razón de sus prácticas profesionales, como ocurre en diversos Estados norteamericanos, según da cuenta Linda Singer, quien afirma que es muy cuestionable que mediadores que cobran honorarios por sus servicios deban estar más protegidos por los errores en que incurran que los abogados o médicos⁷³⁷. Compartimos esta idea con la autora siendo incomprensible que, tal como ocurre en otras profesiones, los mediadores no puedan ser

⁷³⁵ A título de ejemplo la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, prescribe en el art. 26 que a las infracciones leves corresponderá una amonestación por escrito o suspensión temporal de hasta un mes para poder actuar como mediador; a las infracciones graves podrá ser aplicada suspensión temporal para poder actuar como mediador por un período de un mes y un día, hasta un año; y a las infracciones muy graves corresponderá la suspensión temporal para poder actuar como mediador por un período de un año y un día a dos años o la baja definitiva en el Registro de Mediadores Familiares. Para la graduación de las sanciones deberá tenerse en cuenta las circunstancias previstas en el art. 27, concretamente (a) el grado de intencionalidad de la acción; (b) la gravedad del riesgo o perjuicio causado; (c) el incumplimiento de advertencias y requerimientos previos; (d) el número de personas afectadas por la infracción; (e) la medida en que el incumplimiento haya afectado a los intereses y bienestar de los menores o personas dependientes implicados en el conflicto.

⁷³⁶ Cfr. MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., p. 186.

⁷³⁷ Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 179. También refiriendo la inmunidad de los mediadores en algunos Estados norteamericanos, véase GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution...*, cit., p. 180. Sobre la responsabilidad del mediador por malas prácticas, véase, aún, HUFFNAGLE, Gracine, "Mediator Malpractice Liability", *Conflict Resolution Quarterly*, n.º23, 1989, pp. 33-36.

responsabilizados por sus malas prácticas. La responsabilización de estos profesionales contribuirá decisivamente a la calidad de la mediación y a elevar la confianza de los ciudadanos en este medio de resolución de conflictos.

La protección interna del mediador puede concertarse a través de medios como la contratación de un seguro de responsabilidad civil⁷³⁸. Este seguro es en algunos casos obligatorio, como prescribe la Ley de Mediación austriaca que en el art. 19 consagra la necesidad de que el mediador posea seguro de responsabilidad profesional para cobertura de los daños causados durante el ejercicio de su actividad, debiendo mantenerse en tanto en cuanto el mediador conste en el Registro⁷³⁹. También el Proyecto de Ley Mediación español en el art. 12, párrafo c) exige para el ejercicio de la actividad de mediador la suscripción de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. De esta forma el mediador se protege ante los riesgos propios de la actividad que ejerce, manteniéndose su responsabilización profesional, fundamental en aras a concitar la confianza de los mediados.

⁷³⁸ El propio Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (con la referencia 2003/C 85/02) recomendaba la contratación de un seguro de responsabilidad civil, ya sea a título personal por el mediador o mediante el organismo que lo ha designado (apartado 3.7, p. 13). También defendiendo la protección de los mediadores a través de un seguro profesional, véase FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide...*, cit., pp. 288-289.

⁷³⁹ Brown y Marriott dan cuenta que en Reino Unido algunas organizaciones de mediación estipulan la contratación de un seguro como requisito obligatorio para sus miembros, concretamente la *Law Society*, en su código de mediación familiar, y el *U.K. College of Family Mediators*. Cfr. BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., p. 532.

CAPÍTULO IV

LA MEDIACIÓN EN ÁMBITOS ESPECÍFICOS

“Há boas provas de que a mediação – a que já me referi como o gigante adormecido de ADR, devido ao seu imenso potencial ainda não realizado para implementar melhores formas de resolução de conflitos – começa a dar sinais de querer acordar do seu longo sono”

Frank Sander

CAPÍTULO IV – LA MEDIACIÓN EN ÁMBITOS ESPECÍFICOS

Trazada la teoría general de la mediación y analizados los aspectos esenciales de la figura del mediador está plantado el tronco del cual brotarán los ramos de aplicación específica de este mecanismo. En verdad, las técnicas de mediación, con su inherente flexibilidad, permiten el empleo de este medio en los más diversos dominios donde aparezcan conflictos. Las disputas escolares, deportivas, mercantiles, laborales, civiles, de consumo, familiares, penales, administrativas y ambientales son algunos ejemplos de diferentes ámbitos para la aplicación de la mediación que a continuación pasamos a exponer. E incluso algunas de nuevo cuño, a las cuales no haremos referencia expresa, como pueden ser en los ámbitos sanitario, de posesión y ocupación de vivienda, penitenciario o en la educación superior.

En materia escolar empieza a surgir en este siglo un nuevo paradigma en materia de resolución de conflictos que se asienta en el propio aprendizaje de las técnicas de mediación y de formas amigables de solución de sus problemas por los niños en las escuelas. La mediación escolar deberá ser una apuesta de los Gobiernos en el siglo XXI como forma de combate y reducción de fenómenos conflictuales y de violencia como el *bullying* (booling)⁷⁴⁰.

Otro nuevo ámbito de aplicación de la mediación se verifica también en los conflictos deportivos. En este sentido, y a título de ejemplo, la Ley 2/2003, de 28 de marzo, del Deporte de Castilla y León prescribe en su art. 118 la aplicación del arbitraje y la conciliación a los conflictos de naturaleza jurídica-deportiva. La misma ley apuntaba la creación de una Comisión de Mediación y Arbitraje Deportivo de Castilla y León que fue establecida por el Decreto 13/2008, 14 de febrero^{741/742}.

⁷⁴⁰ Para más información sobre la mediación escolar, véase, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, David, ÁLVAREZ PÉREZ, Luis y NÚÑEZ PÉREZ, José Carlos, *Aprende a Resolver Conflictos. Programa para mejorar la convivencia escolar*, 1ª edición, Editora CEPE, Madrid, 2007; BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF Editora, Paris, 2000; y BRANDONI, Florencia, *Mediación escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1999. Para el análisis de la aplicación de una experiencia piloto de mediación escolar en una escuela portuguesa, véase, FERREIRA, Elsa Dulce, “A mediação em acção na escola”, *Mediação*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Quimera, Lisboa, pp. 144-153.

⁷⁴¹ Ver Boletín Oficial de Castilla y León de 20 de febrero de 2008. Ya la Ley 8/2007 de 9 de julio, de Canarias, del Deporte, hacía referencia en el art. 73 a la creación del “Tribunal Arbitral del Deporte

Pero las ventajas de la mediación se extienden a dominios más organizativos e institucionales, como pueden ser los concernientes a la vida de las empresas. De hecho, el ámbito laboral es la materia que ha dado lugar a una más intensa actividad. Ya en los EE.UU. la Ley *Erdman* de 1898, en el ámbito de las disputas ferroviarias, apuntaba la mediación como medio diferenciado de resolver conflictos laborales. En España, desde la década de los noventa en el siglo pasado, la mediación es una realidad, constituyendo el ASEC (Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos), firmado en 25 de enero de 1996, el marco normativo propio en este ámbito⁷⁴³. El mismo ha sido renovado en 2001, por el ASEC II, y en 2004, por el ASEC III, habiendo sido firmado el 10 de febrero de 2009 el ASEC IV, lo que certifica su éxito⁷⁴⁴. Para aplicación de las disposiciones del ASEC fue creado el SIMA (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje) que constituye “el soporte administrativo y de gestión de los procedimientos de solución de conflictos”⁷⁴⁵ comprendidos en aquel acuerdo y cuya actividad se inició en 1998.

En sede empresarial, la mediación mercantil abarca otras cuestiones relativas a la negociación y celebración de contratos comerciales, a las reclamaciones por productos defectuosos o la mala prestación de servicios, o a los propios conflictos internos de la organización institucional de las empresas. En los EE.UU. el CPR (*Center for Public Resources*) de Nueva York, junto a empresas de los más diversos sectores, ha diseñado procedimientos de ADR para la resolución de conflictos empresariales y, en 1996, el CPR ha publicado un guía para la resolución de conflictos empresariales en Europa

Canario, adscrito orgánicamente al departamento competente en materia de deporte, como órgano institucionalizado dedicado a la mediación y arbitraje en materia deportiva”.

⁷⁴² Desarrollando la resolución extrajudicial de conflictos en materia deportiva, véase, entre otros, RODRÍGUEZ TEN, Javier, “Una aproximación a la resolución extrajudicial de los conflictos deportivos: reclamaciones sobre clasificaciones, calificaciones, ascensos y descensos de los jueces y árbitros deportivos, con especial referencia al fútbol y al ámbito andaluz”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, n.º5, 2005, pp. 99-130; NEWMARK, Christopher, “Is Mediation effective for resolving sports disputes?”, *The International Sports Law Journal*, n.ºs 5-6, Ámsterdam, 2001, pp. 37-41; y BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, “La tutela judicial deportiva efectiva: ayuno y abstinencia. La conciliación extrajudicial de los litigios deportivos como remedio no exclusivo”, *La Ley*, n.º1, 1997, pp. 2012-2019.

⁷⁴³ En este sentido, véase PORRET GELABERT, Miquel, “Los medios extrajudiciales autónomos de solución de conflictos laborales”, *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n.º1, 2007, p. 1340.

⁷⁴⁴ El objetivo del ASEC “era desarrollar un sistema de solución extrajudicial de los conflictos colectivos, estableciéndose un procedimiento resolutorio de controversias con el ejercicio de la autonomía colectiva al objeto de autocomponer las desavenencias entre trabajadores y empresarios o sus respectivas asociaciones, excluyéndose expresamente los conflictos individuales”. Cfr. PORRET GELABERT, Miquel, “Los medios extrajudiciales autónomos de solución de conflictos laborales”, cit., p. 1341.

⁷⁴⁵ Cfr. PORRET GELABERT, Miquel, “Los medios extrajudiciales autónomos de solución de conflictos laborales”, cit., p. 1341.

(*Mediation Procedure for Business Disputes en Europe*)⁷⁴⁶. Carulla Benítez señala que las ventajas de la mediación mercantil son numerosas una vez que este medio permite que los directivos empresariales controlen la resolución de los problemas, mejora las relaciones contractuales futuras y promueve la confidencialidad de la solución de los conflictos evitando la mala publicidad de las sociedades y del comercio⁷⁴⁷. Y en España la mediación mercantil no está excluida de las prescripciones legales⁷⁴⁸. De este modo, la Ley 18/2003, de 11 de abril, reguladora de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de Canarias indica en su art. 3, apartado 2, párrafo r) que corresponde a dichas entidades desempeñar funciones de arbitraje, mediación y conciliación mercantil, nacional e internacional, y utilizar cualquier otro sistema alternativo de solución de conflictos, de conformidad con la legislación vigente. Por otro lado, en Castilla-La Mancha, la Ley de Cooperativas de esta Comunidad Autónoma (Ley 11/2010, de 4 de noviembre) se refiere a la mediación cooperativa⁷⁴⁹.

Conectado con el mundo mercantil y empresarial está el ámbito de las relaciones de consumo que enfrentan a agentes económicos y consumidores. Como pone de manifiesto Marta Blanco Carrasco, la “aparición de la mediación en el ámbito del consumo se enmarca dentro de la especial atención que la Unión Europea concede al *derecho al acceso a la justicia de los consumidores*”⁷⁵⁰. Plasmando las preocupaciones comunitarias, la Comisión publicó la Recomendación 98/257/CE⁷⁵¹ relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo, completada por la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE⁷⁵², que vino abarcar también los procedimientos de resolución consensual de conflictos, en

⁷⁴⁶ Como pone de manifiesto Linda Singer, «A 1985 guide for business executives with legal disputes termed mediation the “sleeping giant” of business dispute resolution, potentially the most powerful means of bringing the parties to terms». Cfr. SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution...*, cit., p. 70.

⁷⁴⁷ Cfr. CARULLA BENÍTEZ, Pedro, “La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º1, 2001, p. 145.

⁷⁴⁸ Sobre la mediación empresarial en España, véase, entre otros, el Libro Blanco de Mediación de Cataluña, publicado en 2010, pp. 135, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 21 de marzo de 2011, <http://www.llibreblancmediacio.com/phpfiles/public/lLibreBlancDownloadCounter.php>.

⁷⁴⁹ Véase también el Decreto 72/2006, de 30 de mayo, sobre los procedimientos de arbitraje, conciliación y mediación en el ámbito de la economía social (Diario Oficial de Castilla-La Mancha n.º114, de 2 de junio de 2006).

⁷⁵⁰ Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, n.º42, 2009, p. 135.

⁷⁵¹ DOUE L 115, de 17 de abril de 1998.

⁷⁵² DOUE L 109, de 14 de Abril de 2011

que se inserta la mediación. Por otro lado, la UE promueve la existencia de redes europeas que integran a los organismos que aplican los mecanismos de ADR en los diversos Estados miembros, como ECC-net⁷⁵³ y FIN-net⁷⁵⁴. Las referidas preocupaciones resultan de las propias especificidades de los conflictos de consumo en relación con el escaso valor de las reclamaciones pero que afectan simultáneamente a diversos consumidores y que asumen carácter transfronterizo por el crecimiento del comercio electrónico en el espacio de la UE. En España fue el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, la norma que recoge por primera vez, en el sistema arbitral de consumo, un artículo dedicado expresamente a la mediación⁷⁵⁵. Antes de esta fecha las remisiones a la mediación ya se encontraban a nivel autonómico, concretamente en la mayor parte de los Estatutos del Consumidor o Leyes autonómicas de protección del consumidor^{756/757}.

No obstante el hecho contrastado en los párrafos precedentes de que los ámbitos de aplicación de la mediación pudieren ser diversos, en nuestro estudio vamos restringir el análisis a tres materias específicas: (1) la mediación civil y en concreto la mediación familiar, por ser el campo con más tradición y que granjea mayor reglamentación legal y consolidación práctica; (2) la mediación penal, por ser ésta la que mayores dudas y críticas suscita en la doctrina no obteniendo hasta el momento soporte legal en derecho penal de adultos; y (3) la mediación administrativa, en especial la mediación ambiental,

⁷⁵³ Esta red resulta de la fusión de los *Euroguichets* y de la anterior red EJE-net, por Decisión nº20/2004/CE.

⁷⁵⁴ Creada en 2001 y limitada a los conflictos financieros. Para más información ver su endereço electrónico, accedido el 21 de marzo de 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm. Refiriéndose a la resolución de conflictos en el sector financiero y a FIN-net, véase OLIVEIRA, Raquel, PEIXE, Manuela, CATARINO, Luis, “Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no mercado de valores mobiliários – Apontamentos para uma Justiça de proximidade”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, CMVM, n.º11, 2001, pp. 157-179.

⁷⁵⁵ Prescribe el art. 38 que cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. Cfr. BLANCO CARRASCO, Marta, “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.º42, 2009, p. 143.

⁷⁵⁶ Se destacan la Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Baleares (art. 29); la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid (art. 30); la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Canarias (art. 24); la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla- La Mancha (art.14); la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Navarra (art. 36) y la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (art. 20).

⁷⁵⁷ Para más desarrollos relativamente a la mediación de consumo, véase, también, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *Diario La Ley*, Año XXXI, n.º7420, 9 de junio de 2010, pp. 6-15. Sobre los ADR en el Proyecto de Ley del Código de Consumo de Cataluña, véase MARCOS FRANCISCO, Diana, “Las Alternative Dispute Resolution en el Proyecto de Ley del Código de Consumo de Cataluña”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º22, 2010, pp. 1-28.

por su carácter novedoso y aún desconocido. Trataremos con mayor profundidad los dos últimos ámbitos en razón de su escasa regulación y aplicación en España.

1. LA MEDIACIÓN CIVIL: ENFOQUE ESPECIAL A LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación civil ha adquirido un nuevo ímpetu en Europa con la publicación de la Directiva 2008/52/CE relativa a ciertos aspectos civiles y mercantiles, que establece el pasado 21 de mayo de 2011 como fecha de transposición por los Estados miembros⁷⁵⁸. Del análisis del panorama europeo en materia de mediación civil, se vislumbran dos caminos: por un lado, algunos Estados, como Francia, Bélgica y Portugal, han optado por introducir la mediación civil en sus Códigos procesales como fase previa al juicio, reglamentando la mediación prejudicial; por otro lado, Estados como Hungría, Lituania, Rumania, Eslovenia, y más recientemente Grecia, han publicado leyes de mediación autónomas que reglamentan la mediación en términos generales. Atendiendo al Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles español, este país ha tomado este último camino, lo cual merece ser valorado positivamente. Restará saber cuando se producirá la aprobación final de esta norma. Cumple aún referir que Cataluña ha aprovechado la Directiva para publicar la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado, ejemplo que no debiera ser imitado para evitar que exista en cada Comunidad Autónoma una ley de mediación, situación que ciertamente pondría en grave riesgo la deseada uniformidad en este ámbito.

El Informe del CEPEJ relativo a la eficiencia y calidad de los Sistemas Judiciales Europeos concerniente al año de 2008 (y publicado en 2010) da cuenta de que en 23 países la mediación es propuesta por el juez o vinculada a un proceso en tribunal y en 27 países la mediación es promovida por un mediador privado⁷⁵⁹. Residualmente la mediación era aplicada por autoridades públicas, por el propio juez o por el Fiscal.

⁷⁵⁸ En el Capítulo II de este estudio analizamos los aspectos más relevantes plasmados por la Directiva. Sobre este documento comunitario, ver, entre otros, CASADO ROMÁN, Javier, “La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, Año XXXI, nº7419, 8 de junio de 2010, pp. 9-12.

⁷⁵⁹ Cfr. CEPEJ, *European Judicial Systems...*, cit. p. 111.

Figura n.ºIV.1- Mediación Judicial en cuestiones civiles y mercantiles en la UE en 2008 (Informe CEPEJ)



Como forma de promover la implementación y aplicación de este mecanismo consideramos oportuno que todos los Estados miembros publiquen una ley exclusivamente dedicada a la mediación, con la previsión de los aspectos más relevantes y que se aplique a la mediación privada y a la mediación en el ámbito de un proceso judicial. Esta fue la opción seguida en materia de mediación familiar en España, realidad que peca, todavía, de la inexistencia de una ley de rango estatal, consagrando cada Comunidad Autónoma su propia reglamentación. Sin embargo, la mediación en cuestiones familiares constituye el ámbito con mayores desarrollos legales y con una mayor y más consolidada experiencia en territorio español y por eso dedicaremos este apartado a su análisis, otorgando preferencia a las especificidades de las cuestiones familiares y a las inherentes ventajas de este mecanismo. Abordaremos, también, una nueva problemática en esta sede, relativa a la resolución de conflictos en empresas familiares a través de la vía de la mediación. Presentaremos finalmente una reseña general de las leyes autonómicas en esta materia y del sistema público de mediación familiar en Portugal, puesto que constituyen dos modelos diferentes de aplicación de la mediación⁷⁶⁰.

⁷⁶⁰ Véase nuestro trabajo “Los Sistemas de Mediación Pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y*

1.1. Mediación familiar: especificidades y ventajas

En 1998, la Recomendación R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la mediación familiar, exhortaba a los Estados a aplicar la mediación reconociendo el número creciente de conflictos familiares y considerando la necesidad de asegurar la máxima protección de los intereses de los menores⁷⁶¹. Ciertamente, la institución familiar se está viendo sometida a profundas transformaciones sustantivas verificándose un aumento del número de divorcios así como la reglamentación de nuevas “formas” de familia⁷⁶². Dichas alteraciones fomentan y propician un incremento de conflictos familiares cuya resolución no sólo tiene que ser rápida (para que las consecuencias negativas en el seno de la familia sean las menores posibles), sino que fundamentalmente ha de ser adecuada a sus especificidades⁷⁶³.

Desde luego, los conflictos familiares conllevan una carga emocional y psicológica muy densa, toda vez que envuelven relaciones personales próximas cuyos lazos de sangre o afinidad exigen un tratamiento especial que podrá exceder el ámbito legal. Por otro lado, se presentan cuestiones de naturaleza íntima de cada sujeto, siendo poco deseable la publicidad de la esfera personal de los individuos, debiéndose garantizar sobremanera la confidencialidad del procedimiento de solución del conflicto.

En segundo lugar, los conflictos familiares no son de naturaleza estática, sino dinámica, estando sujetos a cambios. Como pone de manifiesto Raquel Luquin Bergareche, “lo que puede ser objeto de disputa en un momento determinado, puede no serlo después, y viceversa, pues las relaciones jurídicas sobre las que se sustenta el conflicto y la

análisis, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 364-374.

⁷⁶¹ Este documento normativo surgió como consecuencia de las recomendaciones salidas de la tercera conferencia europea sobre derecho de familia, relativa al tema “Family Law in the future” que se celebró en Cádiz en abril de 1995 y ha constituido la base jurídica comunitaria para que los Estados-miembros promoviesen la mediación familiar en sus ordenamientos jurídicos. Así se verificó en España, cuyas leyes de Comunidades Autónomas, relativas a esta materia, señalan a esta Recomendación como fundamento de su regulación.

⁷⁶² Los nuevos modelos de familia son llamados por algunos “familias postmodernas”. Cfr. ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º40, 2002, p. 31.

⁷⁶³ Respecto a las especificidades de los conflictos familiares y la inadecuación de los esquemas procesales véase LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 44-50 y GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, “Mediación Civil. Mediación Intrafamiliar”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º3, 2008, pp. 1-33.

aparición en éste de nuevos elementos personales, relacionales, emocionales, nuevas circunstancias, etc., hacen que constantemente se ponga en entredicho lo resuelto en un determinado lugar y tiempo con base en una «situación de hecho» que poco, o nada, tiene que ver, con la nueva realidad vivida»⁷⁶⁴. Los individuos que componen la relación familiar cambian su percepción del conflicto, incluso las emociones podrán variar. De esta forma, la solución del conflicto deberá poder adaptarse al mismo para responder a los cambios sufridos, lo que constituye una dificultad añadida en el caso del proceso judicial.

Por otro lado, las relaciones familiares propenden a mantenerse en el futuro. Incluso en los divorcios, si existieren hijos, los ex cónyuges tendrán que continuar relacionándose para la asistencia de sus hijos⁷⁶⁵. Así, es importante que el método de solución de conflictos familiares ayude a reducir el nivel de conflictividad mejorando, en lo posible, las relaciones personales entre los sujetos implicados.

Las especificidades relatadas anteriormente confirman los límites del sistema legal, basado en la aplicación de la ley, con evidentes dificultades operativas respecto a los sentimientos de los sujetos y de las relaciones futuras de los individuos. Un sistema asentado sobre la dicotomía vencedor-vencido difícilmente reducirá los niveles de agresividad entre las partes.

Por estas razones, exhortar la aplicación de la mediación en el ámbito familiar ha tenido tanta repercusión y este medio es el que mayor acogimiento ha logrado en el panorama jurídico⁷⁶⁶. Constituyendo la mediación familiar, como define la Recomendación R(98)1, en el preámbulo (punto 10), “el procedimiento en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes” son evidentes sus ventajas. Las técnicas inherentes a este mecanismo pretenden precisamente reducir el carácter

⁷⁶⁴ Cfr. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., p. 45.

⁷⁶⁵ Sobre la mediación en el ámbito de la guarda y custodia de menores, véase MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, “Mediación y Guarda y Custodia de Menores”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 103-138.

⁷⁶⁶ Analizando el impacto de la mediación familiar en el mundo, véase VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley*, n.º3, 2000, pp. 1793-1804.

conflictual del problema entre las partes, para que en el futuro los mediados puedan mantener sus relaciones. Añade, que el establecimiento de buenas relaciones permitirá la discusión de cambios en el acuerdo final de forma amigable. Además un principio central de la mediación es la confidencialidad, pudiendo garantizarse que los problemas de las partes no se divulgarán ni se harán públicos.

Resumiendo, y en palabras de la autora de referencia, trabajar el conflicto a través de mediación “proporciona en el ámbito de las relaciones familiares soluciones, no impuestas, sino pactadas entre los interesados en función de sus intereses y necesidades reales, más operativas y por consiguiente duraderas en el tiempo, más baratas y, lo que nos parece fundamental, emocionalmente menos traumáticas para todos los implicados en el conflicto y especialmente los menores, que el clásico proceso judicial de familia”⁷⁶⁷.

1.1.1. Nuevos ámbitos: la mediación en el marco de las empresas familiares

La flexibilidad de las técnicas e instrumentos de la mediación constituyen su máxima ventaja permitiendo la resolución de problemas distintos presentes en un mismo conflicto. De esto modo, su aplicación se va extendiendo a otros ámbitos en que se interrelacionan diferentes materias. Un ejemplo que va ganando importancia en la actualidad, son los conflictos emergentes de las empresas familiares, cuya previsión expresa está presente en la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana [art. 13, apartado 1, párrafo a)] y en la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación de en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña [art. 2, apartado 1, párrafo r)].

En los conflictos en el ámbito de las empresas familiares, no obstante el carácter comercial del objeto de la materia, están subyacentes relaciones familiares. De hecho y como pone de manifiesto María Pérez Giménez, empresa familiar será aquella que sea propiedad de un grupo familiar y que todos o algunos de los miembros del grupo la dirijan de manera directa y efectiva⁷⁶⁸. Del análisis de este concepto percibimos que los

⁷⁶⁷ Cfr. LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., p. 47.

⁷⁶⁸ Cfr. PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, “La mediación en el marco del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, nº9, 2010, pp. 997-1019. Sobre esta temática, véase, también, VIOLA DEMESTRE, Isabel, “La

elementos familiar y empresarial están en conexión, lo que podrá generar problemas en la resolución de conflictos emergentes en esta sede puesto que la solución convocará criterios de decisión de tipo económico y también personales y emocionales debidos al grado de parentesco entre las partes⁷⁶⁹.

Las concretas particularidades en esta materia reclaman instrumentos que permitan la resolución de posibles problemas de forma rápida, pero también de la forma menos conflictiva posible para que las relaciones entre los miembros de la familia se vean reforzadas, fortalecidas y concurran hacia una gestión próspera y positiva de la empresa. De este modo percibimos las ventajas de la aplicación de la mediación en este tipo de conflictos, concretamente a nivel de la concepción del *protocolo familiar* que estructura y organiza el grupo familiar especificando las condiciones para ser socio, posibles exclusiones y su participación en el capital o patrimonio de la empresa. En efecto, la mediación podrá crear las bases de diálogo y actitud comprometida para que los familiares analicen y determinen el futuro de la empresa y su gestión. La tarea del mediador se centra en gestionar la comunicación entre todos los familiares implicados, permitiendo que todos participen para que tengan la oportunidad de pronunciarse sobre aquellas cuestiones que puedan afectarles. El resultado será un pacto construido entre todos los familiares de común acuerdo que, por este motivo, estarán más predispuestos a cumplir.

1.2. Legislaciones autonómicas de mediación familiar

En España la reglamentación legal de mediación familiar está prevista en términos estatales y autonómicos⁷⁷⁰. A nivel estatal fue introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, concretamente en dos preceptos: en el art. 770, regla 7ª y art. 777, apartado 2, prescribiendo la posibilidad de que las partes de común acuerdo solicitaren la suspensión

mediación en la empresa familiar”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soletó Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 420-436.

⁷⁶⁹ Indica María Pérez Giménez que “La empresa familiar plantea una intersección, no exenta de riesgos, de intereses personales, empresariales y familiares que se han de intentar compatibilizar previendo los posibles conflictos que puedan plantearse y adoptando medidas preventivas que eviten que aquéllos puedan surgir y condicionen la marcha de la empresa”. Cfr. PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, “La mediación en el marco del protocolo familiar”, cit., pp. 997-1019.

⁷⁷⁰ Comparando los dos niveles de reglamentación en términos de mediación familiar, véase CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luís, “Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”, *Actualidad Civil*, n.º15, 2010, pp. 1733-1794.

del proceso para someterse a un procedimiento de mediación⁷⁷¹. Pero, antes de esta fecha, este medio ya daba frutos en algunas Comunidades Autónomas que, a luz de su competencia reguladora en materia familiar, publicaban leyes específicas en esta materia, como es el caso pionero de Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo⁷⁷², hoy derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio⁷⁷³, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado⁷⁷⁴); de Galicia (Ley 4/2001, de 31 de mayo⁷⁷⁵, desarrollada por el Reglamento 159/2003); de Valencia (Ley 7/2001, de 26 de noviembre⁷⁷⁶); de Canarias (Ley 15/2003, de 8 de abril⁷⁷⁷, modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio⁷⁷⁸); de Castilla-La Mancha (Ley 4/2005, de 24 de mayo⁷⁷⁹). Después de la ley estatal siguieron el ejemplo anterior Castilla-León (Ley 1/2006, de 6 de abril⁷⁸⁰, desarrollada por el Decreto 50/2007, de 17 de mayo); las Islas Baleares (Ley 18/2006, de 22 de Noviembre⁷⁸¹, derogada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre⁷⁸²); Madrid (Ley 1/2007, de 21 de febrero⁷⁸³); Asturias (Ley 3/2007, de 23 de marzo⁷⁸⁴); País Vasco (Ley 1/2008, de 8 de febrero⁷⁸⁵), Comunidad de Andalucía (Ley 1/2009, de 27 de febrero⁷⁸⁶) y finalmente Aragón (Ley 9/2011, de 24 de marzo)^{787/788}. La Comunidad Autónoma de Cantabria, a semejanza de Cataluña, ha

⁷⁷¹ Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Mediación familiar”, cit., p. 1148. Sobre los infructuosos intentos de elaboración de una Ley de mediación familiar, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 240-242.

⁷⁷² BOE de 26 de marzo de 2001, con corrección de errores en BOE nº 3.548, de 8 de enero de 2002.

⁷⁷³ BOE de 17 de agosto de 2009

⁷⁷⁴ Sobre la Ley de Cataluña de Mediación en el ámbito del Derecho Privado, véase, entre otros, YSAS SOLANES, María, “La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado”, *Actualidad Civil*, nº 13, 2010, pp. 1486 y ss..

⁷⁷⁵ BOE de 2 de julio de 2001.

⁷⁷⁶ BOE de 19 de diciembre de 2001.

⁷⁷⁷ BOE de 5 de junio de 2003.

⁷⁷⁸ BOE de 26 de julio de 2005.

⁷⁷⁹ BOE de 25 de agosto de 2005.

⁷⁸⁰ BOE de 3 de mayo de 2006.

⁷⁸¹ BOE de 29 de diciembre de 2006.

⁷⁸² BOE de 19 de enero de 2011.

⁷⁸³ BOE de 27 de junio de 2007.

⁷⁸⁴ BOE de 17 de julio de 2007.

⁷⁸⁵ BOE de 18 de febrero de 2008.

⁷⁸⁶ BOE de 2 de abril de 2009.

⁷⁸⁷ BOE de 14 de mayo de 2011.

⁷⁸⁸ Para un análisis específico de cada ley, véase PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 139-166.

optado por una ley general de mediación (Ley 1/2011, de 28 de marzo⁷⁸⁹), por la cual se reglamenta también la mediación familiar.

Ante este movimiento normativo se comprueba que la tendencia inicial ha sido que cada Comunidad Autónoma disponga de su propia ley de mediación familiar, incluso por la aplicación de las competencias de carácter autonómico en este ámbito⁷⁹⁰. Estamos con Sánchez Durán cuando afirma que debería dictarse una ley de rango estatal que estableciese una serie de principios generales y parámetros mínimos respecto de las cuestiones esenciales de la mediación familiar para posibilitar, además, la movilidad geográfica de los mediadores en el territorio español⁷⁹¹. Por otro lado, y como pone de manifiesto Marta Pelayo Lavín, algunos “aspectos relacionados con la mediación son de naturaleza procesal, y al ser ésta una competencia estatal las CCAA no pueden legislar sobre estos puntos; con lo que se produce un vacío legal al respecto”⁷⁹². Además este es el sentido de la Disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Expondremos inmediatamente una breve reseña comparativa de las diversas leyes autonómicas españolas con el objetivo de percibir las líneas fundamentales de estas diversas normativas legales en materia de mediación familiar.

En lo que concierne al ámbito material de las leyes analizadas, Galicia (art. 6), o Madrid (art. 2) se refieren de modo general a conflictos familiares, sin especificar las materias abarcadas, al contrario que las Leyes de Valencia (art. 13), de Canarias (art. 3), de Castilla-La Mancha (arts. 3 y 4), de Castilla-León (art.3), de Asturias (art. 3), y de Cataluña (art. 2) que enumeran los conflictos familiares a que se aplican, como el divorcio o separación, el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o el uso de vivienda familiar⁷⁹³. Consideramos que la mejor opción consiste en no concretar los

⁷⁸⁹ BOE de 26 de abril de 2011.

⁷⁹⁰ En este sentido ver SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, inserto en la obra *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, de Lisa Parkinson, edición española de Ana María Sánchez Durán, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, p.314.

⁷⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar...”, cit., p. 346.

⁷⁹² Cfr. PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, cit., p. 141.

⁷⁹³ Respecto a la aplicación de la mediación en el ámbito de las rupturas de pareja, léase PARRA GARCÍA, Jorge de la, “Mediación y ruptura de pareja: duelo y oportunidad”, *Estudios sobre mediación: la ley de*

conflictos abarcados, englobando de modo general las cuestiones familiares, puesto que estas materias no son estáticas, y se ven sometidas a cambios por las mutaciones sociales inherentes a la sociedad. De este modo, y para que no sea necesario cambiar constantemente la ley, es preferible una norma genérica en lo que atañe al ámbito de aplicación, excluyéndose únicamente las materias que no sean susceptibles de aplicarse en este medio de resolución extrajudicial de conflictos.

En cuanto al mediador, las leyes autonómicas indican de forma detallada los requisitos para el ejercicio de esta actividad⁷⁹⁴. Además del requisito relativo a una formación específica en mediación familiar, todas prescriben la exigencia de que el mediador posea una formación básica universitaria. Sin embargo, las leyes de Madrid (art. 12) y Cataluña (art. 3) no especifican las licenciaturas exigidas, lo que es criticado por Marta Pelayo Lavín “puesto que abre el abanico a profesionales que no han tenido una formación al respecto (...) y puede que siendo tan generosos con el acceso a la figura del mediador no se formen auténticos profesionales”⁷⁹⁵. Las Leyes de Cataluña (art. 3); de Valencia (art. 7); de las Canarias (art. 5); de Castilla-La Mancha [art. 6, párrafo c)]; de Castilla- León [art. 8, párrafo a)]; de las Islas Baleares (art. 22, apartado 1) y de Asturias [art. 18, párrafo a)], circunscriben el acceso a la condición de mediador familiar a los que tengan título universitario en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social y Educación Social⁷⁹⁶.

Una última exigencia recogida por todas las normativas analizadas afecta al Registro de Mediadores, cuya inscripción es condición de ejercicio de la profesión, lo que consideramos pertinente por constituir una forma de asegurar a las partes la calidad de los profesionales que llevan a cabo la mediación, permitiendo también de forma fácil la elección de un concreto mediador para la resolución de un conflicto familiar.

mediación familiar de Castilla y León, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 125-135.

⁷⁹⁴ En lo que concierne a la figura del mediador familiar, véase BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador”, *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 237 y ss..

⁷⁹⁵ Cfr. PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, cit., p. 143. Criticando los criterios elegidos para decidir si una determinada formación o profesional habilita o no a la mediación familiar, véase SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar...”, cit., p. 328.

⁷⁹⁶ La Ley de Galicia no indica expresamente los títulos universitarios, si bien que exige en el art. 5 que sean expertos en “actuaciones psico-socio-familiares”.

En términos procedimentales las diferentes leyes autonómicas apuntan tres posibles formas de inicio en la mediación familiar: (1) con una petición de ambas partes de común acuerdo; (2) a instancia de una de las partes con la posterior manifestación de aceptación de la otra⁷⁹⁷; (3) por indicación del juez con el consentimiento de las partes (en aras a observar el principio de voluntariedad)⁷⁹⁸.

Iniciado el procedimiento de mediación deberá realizarse una primera reunión con ambas partes en la cual el mediador explicará las características, reglas y procedimiento⁷⁹⁹. Dicha reunión terminará con la firma de un acta en que los mediados expresan su voluntad de participar en la mediación y aceptan los deberes inherentes, como el deber de confidencialidad⁸⁰⁰, iniciándose posteriormente las sesiones de mediación con miras a la obtención del acuerdo entre las partes⁸⁰¹.

El procedimiento de mediación terminará con la redacción de un acta final plasmándose o los acuerdos obtenidos o la imposibilidad de obtención de acuerdo, pudiendo en cualquier momento el procedimiento concluirse por desistimiento de las partes o por

⁷⁹⁷ Estas dos primeras formas están prescritas en las Leyes de Cataluña (art. 12, apartado 2); de Galicia (art.12, apartado 1); de Canarias (art. 10); Valencia (art. 13, apartado 1); de Castilla-La Mancha (art. 16, apartado 1); de Asturias (art.10, apartado 1); y de Madrid (art. 16, apartado 1). La Ley de Castilla-León, art. 15, prescribe que “las partes en conflicto interesadas en iniciar un procedimiento de mediación familiar deberán instarlo de común acuerdo ante cualquier de las personas mediadoras inscritas en el Registro de Mediadores Familiares”.

⁷⁹⁸ Esta tercera posibilidad, que se verifica en las Leyes de Cataluña (art. 12), de Galicia (art. 12), de Valencia (art. 13, apartado 3) o de Asturias (art. 10, apartado 1), presupone la suspensión del proceso judicial hasta la resolución del conflicto por mediación o hasta la conclusión de que el acuerdo entre las partes no es posible. Esta suspensión procesal también se verifica siempre que la mediación sea llevada a cabo por iniciativa de las partes durante un proceso judicial (art. 770 LEC).

⁷⁹⁹ Dando cuenta de los objetivos de esta reunión inicial, véase las Leyes de Galicia (art. 13); Valencia (art. 16); de Canarias (art. 12); de Castilla- La Mancha (art. 18); de Castilla-León (art. 16), Asturias (art. 12) y de Madrid (art. 18, apartado 1).

⁸⁰⁰ La Ley Gallega obliga, en el art. 13, apartado 4, a que el mediador elabore no solamente el acta inicial, sino también un informe en todas las sesiones de mediación que ocurran, dando cuenta de las circunstancias en que ha discurrido la misma, calificando la ley como infracción el incumplimiento de este deber. Consideramos que esta regla contraría el principio de confidencialidad que la misma ley prescribe en el art.11. Por otro lado, concordamos con Xulio Ferreiro Baamonde cuando afirma que las excepciones al principio de confidencialidad prescritas en el art. 11, apartado 2, de la Ley Gallega, son tal vez demasiado amplias “por la excesiva injerencia que se le permite al juez del proceso matrimonial en el ámbito de la mediación” (cfr. FERREIRO BAAMONDE, Xulio, “La Ley de Mediación Familiar de Galicia, una década después”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, p. 189).

⁸⁰¹ El número de sesiones depende de la complejidad del asunto, no pudiendo prolongarse por más de tres meses, con excepción de la nueva Ley de Cataluña que prevé un plazo de sesenta días hábiles (art. 17). En casos excepcionales, y justificados por el mediador, aquella duración podrá ser prorrogada. El plazo de prórroga será de tres meses en todas las leyes, con excepción de la Ley Valenciana que prescribe un plazo de dos meses más (art. 18), de la Ley de Cataluña que establece un plazo de prórroga de treinta días (art. 17).

iniciativa del mediador. Las Leyes Autonómicas se pronuncian en el sentido de que el mediador ha de explicitar en el acta final las razones por las que no se llega a la obtención de acuerdo⁸⁰², cuando sea éste el desenlace de la mediación, lo que nos parece que coloca al “mediador en una difícil situación respecto de su deber de confidencialidad, y puede tener un efecto de coacción sobre las partes”⁸⁰³. Por ello es positivo el cambio verificado en la Ley de Cataluña de 2009, en cuyo art. 18, apartado 2, refiere que “Si es imposible llegar a un acuerdo, debe levantarse un acta en que tan solo debe hacerse constar este hecho”.

En lo que concierne al acuerdo final, las Leyes de Mediación Familiar le otorgan unánimemente valor contractual⁸⁰⁴. Para que tenga valor procesal, la Ley de Cataluña, por ejemplo, prescribe en su art. 19, apartado 3, que el acuerdo puede ser incorporado a un proceso judicial, en curso o pendiente de inicio, para que sea ratificado y aprobado⁸⁰⁵.

En términos de costes de la mediación familiar, en Cataluña, Galicia, Canarias, Castilla-León y Asturias es un proceso sufragado por las partes, salvo en los supuestos en que se le reconoce carácter de gratuito para las personas cuya situación económica lo justifique. En Castilla-La Mancha, el servicio especializado de mediación familiar que se presta por la Administración Regional, directamente, es gratuito y las partes que opten por acudir a la mediación familiar prestada por los Colegios Profesionales tendrán que abonar las tarifas que se establezcan por los mismos (art. 9).

De lo anteriormente expuesto se puede constatar que las Leyes de Mediación Familiar de las Comunidades Autónomas comparten similitudes en las cuestiones esenciales, no existiendo razones que justifiquen la existencia de una ley en este ámbito para cada Comunidad. Reiteramos por ello, la pertinencia de una ley estatal de mediación, abarcando las cuestiones familiares e incluso otras relativas a materias disponibles de derecho privado con aplicación en todo el territorio español.

⁸⁰² A título de ejemplo véanse las Leyes de Galicia (art. 15, apartado 3) y de Canarias (art. 12).

⁸⁰³ Cfr. SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar...”, cit., p. 328.

⁸⁰⁴ Sobre los efectos jurídicos del acuerdo de mediación, véase ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Mediación familiar”, cit., pp. 1166-1167.

⁸⁰⁵ Sobre el valor y ejecución de los acuerdos de mediación, consideraciones también aplicables en el ámbito de la mediación familiar, véase este estudio, apartado 3.4. del Capítulo II.

1.3. Derecho comparado

En el inicio de los años 1970 en EE.UU. algunos abogados empezaron a ofrecer servicios de resolución no adversarial de conflictos en el ámbito del divorcio⁸⁰⁶. El concepto de “neutral attorney” que ayudaba las partes en una separación a resolver por ellas mismas las cuestiones patrimoniales y la custodia de los hijos, promovió que otros abogados aplicasen los principios de la mediación en esta cuestión familiar.

En 1939, California había establecido un servicio de conciliación vinculado a los tribunales judiciales, con el objetivo de intentar la reconciliación de los cónyuges y, en 1980, California fue el primer Estado norteamericano en consagrar que todos los padres deberían participar en una sesión de mediación familiar cuando existiesen conflictos relativos a la custodia o derecho de visitas de los hijos⁸⁰⁷.

El primero centro privado de mediación familiar se fundó en 1974 en Atlanta, Georgia, por O.J. Coogler, un abogado especializado en cuestiones familiares, impulsado por su propia situación personal de divorcio. En 1975, Coogler constituyó la *Family Mediation Association* (FMA), una organización interdisciplinar integrada por profesionales interesados en desarrollar la mediación en el ámbito del divorcio. Siguiendo el ejemplo de Coogler, otras entidades fueron constituyéndose, y hoy en día la mediación familiar es obligatoria en algunas cuestiones en casi la totalidad de los Estados norteamericanos⁸⁰⁸.

Canadá también introdujo en la década de 1970 la mediación familiar⁸⁰⁹. Howard Irving, terapeuta familiar y profesor de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Toronto, creó en 1974 un servicio de conciliación familiar para ayudar a parejas y a sus abogados a obtener acuerdos amigables. En la década de 1980 ya existían en Quebec diversos servicios públicos de mediación familiar, y en 1984 el Servicio de Mediación para la Familia se convirtió en un programa público y gratuito, con un equipo interdisciplinar disponible de forma permanente para los eventuales usuarios.

⁸⁰⁶ Sobre la evolución histórica de la mediación familiar, ver FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, “The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview”, cit., pp. 3-28.

⁸⁰⁷ Cfr. FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, “The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview”, cit., p. 5.

⁸⁰⁸ Cfr. WARDLE, Lynn Dennis y NOLAN, Laurence C., *Family Law in the USA*, Kluwer Law International, 2011, p. 40.

⁸⁰⁹ Ver VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley*, n.º3, 2000, pp. 1793-1804.

En Europa⁸¹⁰, concretamente en Inglaterra⁸¹¹, el primer servicio de mediación familiar fue planeado en 1974 e inició su funcionamiento en 1978. En 1981 fue fundada una asociación de mediadores familiares para coordinar la formación y entrenamiento de mediadores, así como para establecer parámetros relativos a este mecanismo. El *Family Law Act* de 1996 ha consagrado la mediación familiar como medio de alcanzar los propios principios inherentes aquella legislación.

En relación al derecho comparado merece un apartado especial el modelo portugués de mediación familiar, por establecer en un sistema público con participación del Gobierno a través del Ministerio de la Justicia, tal y como veremos seguidamente.

1.3.1. El sistema público de mediación familiar en Portugal

En Portugal la mediación familiar está siendo aplicada desde la década de 1990, con la aparición en 1993 del Instituto Portugués de Mediación Familiar (IPMF) y con la creación en 1997 de la Asociación Nacional para la Mediación Familiar (ANMF)⁸¹², con el objetivo de promover y dinamizar este mecanismo⁸¹³.

En 1997, y a través de Decreto del Ministerio de Justicia, fue creado en Portugal, en el ámbito del proyecto de investigación “*Mediação Familiar em Conflito Parental*”, un Gabinete para asegurar la prestación del servicio de mediación familiar en situaciones de divorcio y separación⁸¹⁴. Dicho Gabinete de Mediación Familiar entró en funcionamiento en septiembre de 1999, con sede en Lisboa⁸¹⁵, realizando sus actividades hasta 2007, año en que fue creado el Sistema de Mediación Familiar (SMF), por *Despacho*

⁸¹⁰ Sobre la aparición de la mediación familiar en Europa, ver ROBERTS, Marian, *Mediation in Family Disputes: principles of practice*, 3ª edición, Ashgate Publishing, Hampshire, 2008, pp. 29-51.

⁸¹¹ Para más información sobre la evolución de la mediación familiar en el Reino Unido, véase WESTCOTT, John, *Family Mediation: Past, Present and Future*, 1ª edición, Family Law, Bristol, 2004.

⁸¹² Esta institución ha promovido cursos de formación en mediación familiar bajo la orientación pedagógica de la Asociación Interdisciplinaria Española de Estudios de la Familia.

⁸¹³ Cfr. RODRIGUES, Ana Paula Trindade, “A Mediação Familiar em Portugal”, *Newsletter do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, nº 6, Ministério da Justiça, Lisboa, Junho 2009, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.gral.mj.pt/newsletter/view/id/16>, accedido el 12 de diciembre de 2010.

⁸¹⁴ Ver *Despacho* n.º12368/97, publicado en el *Diário da República* portugués, 2.ª Serie, n.º283, de 9 de diciembre de 1997, que definía las atribuciones, objetivos y estrategias del referido Gabinete, cuya coordinación era competência del Centro de Estudos Judiciários, en la persona del Dr. António Henrique Lourenço Farinha.

⁸¹⁵ El ámbito territorial del Gabinete de Mediación Familiar fue ampliado en 2002 a toda el área metropolitana de Lisboa, pasando a abarcar Amadora, Sintra, Cascais, Oeiras, Loures, Mafra, Seixal, Barreiro y Almada.

n.º18778/2007, de 22 de agosto, del Ministerio de Justicia⁸¹⁶ que sustituye el referido Gabinete a partir de 16 de julio de 2007 y se encuentra en funcionamiento hasta el momento. El gráfico siguiente revela las estadísticas del SMF en los años 2008, 2009 y 2010, disponibles en el *website* del GRAL⁸¹⁷.

Cuadro n.ºIV.1 - Sistema de Mediación Familiar portugués – Estadísticas

		2008	2009	2010
Solicitudes de Mediación		252	450	372
Premediaciones		130	223	271
Procesos de Mediación Finalizados	Con acuerdo	48	76	56
	Sin acuerdo	31	81	59
Duración media de los procesos de mediación				76,5 días

El Sistema de Mediación Familiar portugués, al contrario de la realidad española, apuesta claramente por un modelo público de mediación toda vez que es promovido por el Gobierno, en concreto por el *Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios* del Ministerio de Justicia. Este Gabinete es responsable del registro de las solicitudes de mediación y de la designación del mediador responsable para cada caso⁸¹⁸. El GRAL es también competente para aprobar los cursos de formación en mediación con especialización en mediación familiar y que suponen que únicamente los profesionales que realicen estos cursos puedan integrarse en las listas de mediadores familiares⁸¹⁹.

Además de una formación específica en mediación familiar, solo pueden intervenir como mediadores familiares en el ámbito del SMF los profesionales que cumplan además los siguientes requisitos: tener más de 25 años de edad; estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos; detentar una licenciatura adecuada; ser persona idónea y tener

⁸¹⁶ Publicado en el *Diário da República*, 2ª Série, n.º161, de 22 de agosto de 2007.

⁸¹⁷ En la siguiente dirección electrónica, accedida el 30 de marzo de 2011, <http://www.gral.mj.pt/userfiles/Estat%C3%ADsticas%20Media%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%ABlica%2822%29.pdf>.

⁸¹⁸ Ver art. 3, apartado 2, párrafos a) y b) del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto.

⁸¹⁹ La *Portaria* n.º237/2010, de 29 de abril, aprueba el reglamento de reconocimiento de los cursos de formación de mediadores de conflictos para prestar funciones en el ámbito de la mediación pública.

dominio de la lengua portuguesa⁸²⁰. Únicamente cuando se cumplan en la totalidad estas exigencias un profesional puede concurrir a las listas del GRAL/Ministerio de Justicia para que sea designado mediador familiar en un caso concreto.

En lo que concierne a la competencia material, el SMF portugués interviene en los conflictos familiares de forma general, concretamente en la regulación de la patria potestad, el divorcio y separación de personas y reparto de sus bienes; la conversión de la separación de personas en divorcio; la reconciliación de los cónyuges separados; la atribución y modificación del derecho de alimentos, provisionales o definitivos; la privación del derecho al uso de los apellidos del otro cónyuge, y autorización del uso de los apellidos del ex cónyuge, y la atribución del uso de la vivienda familiar⁸²¹.

En términos procedimentales, la intervención del SMF puede producirse por iniciativa de cualquiera de las partes, ya sea antes de un proceso judicial o en la pendencia de éste por determinación del juez competente una vez obtenido el consentimiento de aquéllas⁸²². La solicitud de mediación es realizada directamente ante el GRAL, bien telefónicamente o a través de su *website*. Si ambas partes aceptan, se realiza una primera reunión (premediación) para que el mediador designado pueda explicar las características, las reglas y el procedimiento inherente al método. Al final de esta reunión, y si las partes concuerdan con la sumisión de su conflicto a mediación familiar, se firma un documento (designado *Termo de Consentimento*) con la declaración de su anuencia y de la aceptación de determinados deberes, como el deber de confidencialidad. Las partes deberán en este momento acreditar el pago de los costes de utilización del Servicio (50€

⁸²⁰ Ver art. 8, apartado 1 del *Despacho* n.º 18 778/2007, de 22 de agosto. El sistema portugués coincide con las leyes españolas en dos exigencias: posesión de una licenciatura adecuada y de una formación específica en mediación familiar. En cuanto al primer requisito queda en Portugal por definir lo que es una titulación universitaria adecuada. Esta selección es hecha, hasta al momento, por las entidades que promuevan formación en mediación, una vez que realizan una entrevista con los interesados en el curso para elegir a los futuros formados en mediación familiar.

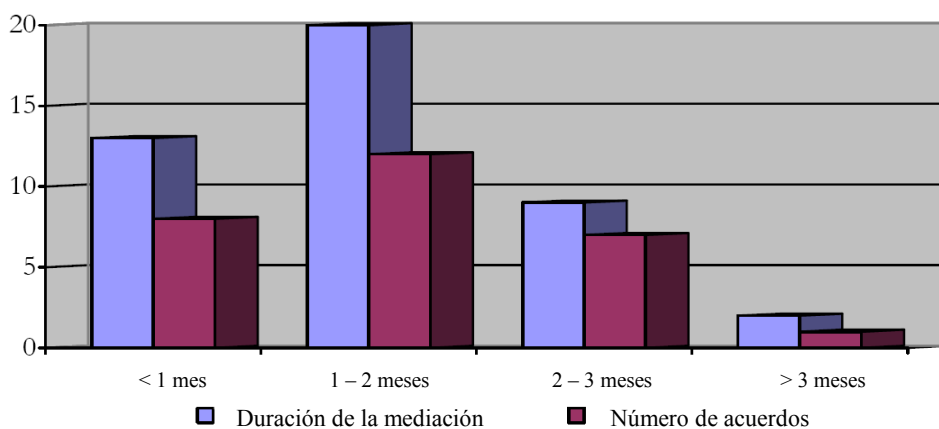
⁸²¹ Cuestiones planteadas en el art. 4 del *Despacho* n.º 18 778/2007, de 22 de agosto.

⁸²² Ver art. 6, apartado 1, del *Despacho* n.º 18 778/2007, de 22 de agosto. El art. 1174 del Código Civil portugués, con la redacción de la Ley n.º 61/2008, de 31 de octubre, consagra el deber de las Conservatorias de Registro Civil y del Tribunal de informar a los cónyuges sobre la existencia y los objetivos de los servicios de mediación familiar. Fue eliminada la tentativa de conciliación en el ámbito del proceso de divorcio, que debería ser promovida por el juez, sustituida ahora por la posibilidad de recurso a la mediación familiar promovida por el SMF. Evaluando la aplicación del sistema de mediación familiar después de esta modificación legal, véase SANTOS, Boaventura de Sousa, *et al.*, *O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2010, pp. 31-44.

para cada mediado)⁸²³. Si está en causa un proceso remitido por el juez a mediación, en el ámbito del ejercicio de la patria potestad o cuando tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, no habrá de pagarse ningún coste⁸²⁴.

Posteriormente se da inicio a las sesiones de mediación cuyo número y duración dependerán de cada caso. Las estadísticas (reproducidas en el Cuadro n.ºIV.1), revelan que en 2010 un procedimiento de mediación familiar tenía una duración media de 76,5 días. Los cuestionarios de satisfacción realizados por el GRAL a los mediados que han participado en el SMF⁸²⁵, demuestran que mitad de los ciudadanos cuestionados indican que su procedimiento tuvo una duración de uno a dos meses y la mayoría consideró esta duración como adecuada.

Gráfico n.ºIV.1 - Evaluación de la duración en meses de un procedimiento de mediación en el SMF

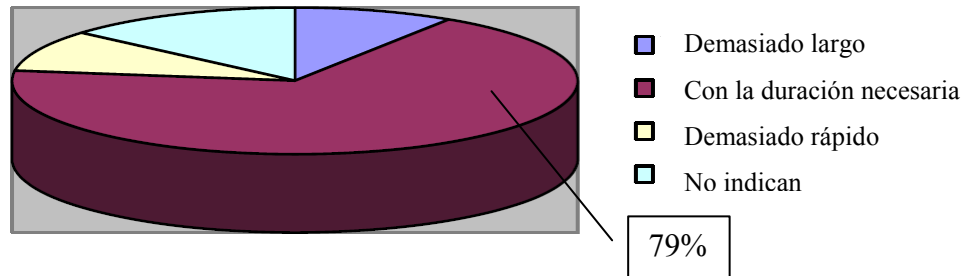


⁸²³ Ver art. 6, apartado 2, del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto

⁸²⁴ Ver art. 6, apartado 2, del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto. En relación al apoyo judicial ver *Portaria* n.º10/2008, de 3 de enero, que reglamenta la Ley n.º34/2004, de 29 de julio, relativa al apoyo judicial, con la redacción de la Ley n.º47/2007, de 28 de agosto.

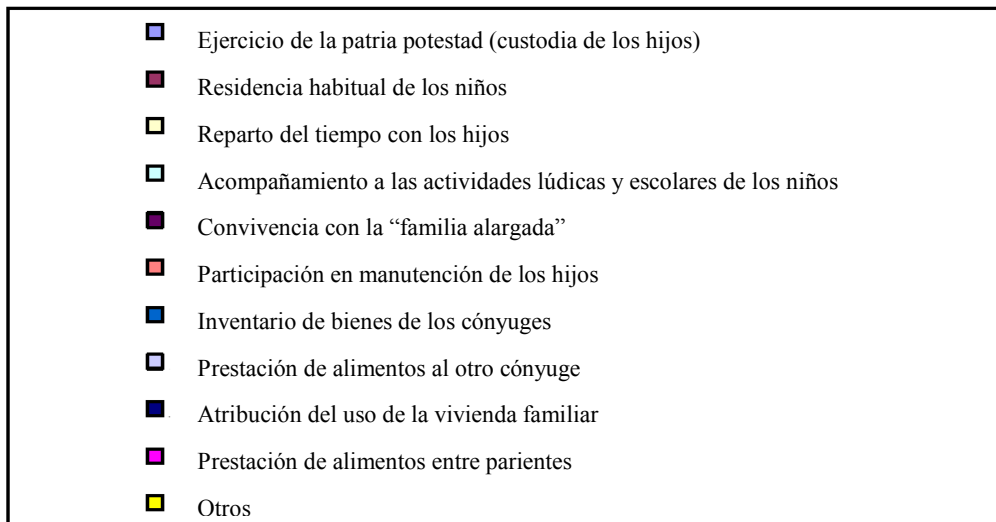
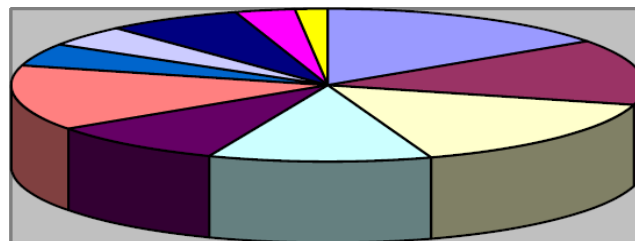
⁸²⁵ Divulgado en la *Newsletter* del GRAL, n.º12, de diciembre de 2010, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.gral.mj.pt/newsletter/view/id/35>. Con estos cuestionarios, el GRAL pretende evaluar las opiniones de los usuarios del SMF.

Gráfico n.ºIV.2 - Evaluación de los mediados de la duración de un procedimiento de mediación familiar en el SMF



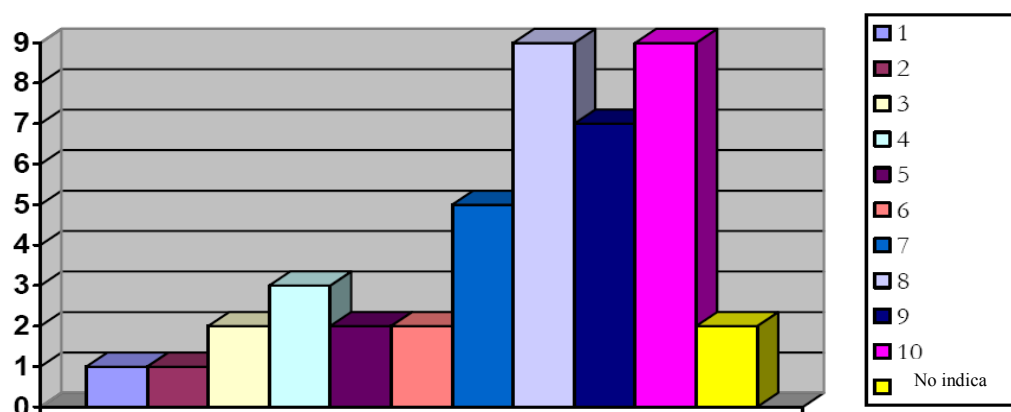
Si las partes llegan a un acuerdo, este será transcrito por el mediador y firmado por las partes. Si el acuerdo no es posible, las partes podrán recurrir a la vía judicial o, si ya existía un previo proceso judicial en suspenso, este reanudará sus trámites. El gráfico siguiente, también obtenido del Informe del GRAL, relativo a los cuestionarios de satisfacción de los mediados en el SMF, demuestra que en la mayoría de los casos los acuerdos de los mediados son referentes al ejercicio de la patria potestad, residencia habitual de los hijos o las relaciones de convivencia de los hijos con sus padres.

Gráfico n.ºIV.3 - Tipos de acuerdos obtenidos por los mediados en el SMF



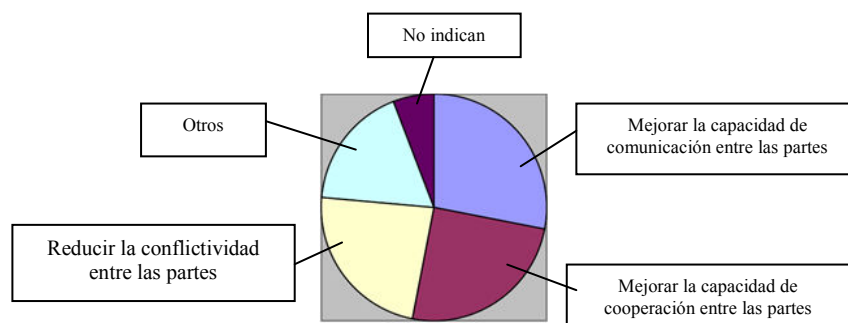
En términos de honorarios del mediador, su remuneración dependerá de la fase en que dio por concluido el procedimiento de mediación⁸²⁶. Si se obtiene acuerdo, el mediador recibirá 120 euros. Si no se llega a ningún pacto, su remuneración será solamente de 100 euros, lo que es criticable porque podrá crear en el mediador una presión injustificable para obtener el acuerdo pudiendo forzar una situación indeseable para las partes y comprometiendo su debida neutralidad. Y, en último caso, si solamente se verifica la premediación, el mediador recibirá 25 euros. La evaluación que realizan los mediados respecto a los mediadores del SMF es positiva, puesto que la mayoría les concede la máxima calificación.

Gráfico n.ºIV.4 - Evaluación del mediador por los mediados en el SMF



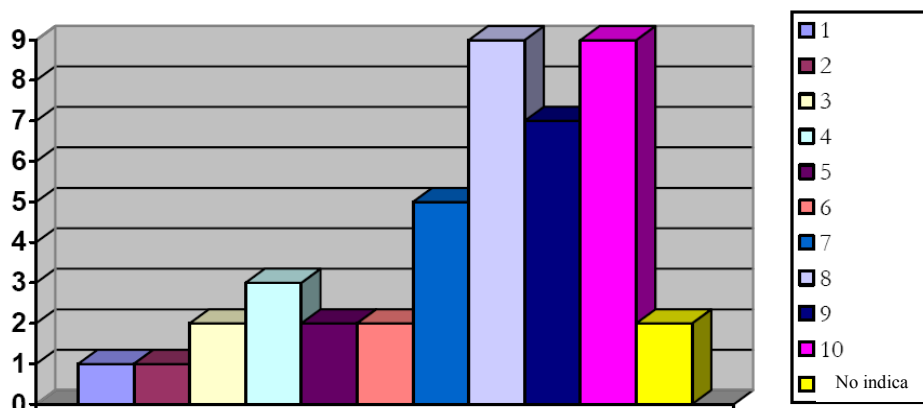
En lo que respecta a la evaluación del sistema y del propio mecanismo de mediación, los resultados son también positivos. Los cuestionados indican algunas ventajas de la mediación (Gráfico n.ºIV.6) y la mayoría otorgó las calificaciones de 8, 9 y 10 al procedimiento de mediación (Gráfico n.ºIV.7).

Gráfico n.ºIV.5 - Evaluación de las ventajas de la mediación familiar en el SMF



⁸²⁶ Ver art. 10 del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto.

Gráfico n.ºIV.6 - Evaluación del procedimiento de mediación familiar en el SMF



El Sistema de Mediación Familiar portugués abarca todo el territorio nacional desde diciembre de 2008, siendo el sistema (de los tres en funcionamiento) con más éxito tal y como demuestran las estadísticas indicadas. Sin embargo, es necesario prolongar su consolidación promoviendo una mayor información y difusión de sus características y de su valor como instrumento de gestión de conflictos.

1.4. Retos de futuro en la mediación familiar

Las ventajas de la mediación familiar son innegables, principalmente en un ámbito material que tiene como base relaciones personales entre individuos y que podrá abarcar incluso a los menores cuya presencia ante un juzgado o tribunal podrá tener efectos traumáticos difícilmente superables. Vistas así las cosas, la aplicación de la mediación familiar es un camino sin retorno.

La primera premisa esencial a futuras mejoras en esta materia es su regulación mediante una ley estatal que prescriba los parámetros centrales e inamovibles de la mediación familiar, como sus principios, requisitos del mediador familiar, valor del contrato de mediación, entre otras cuestiones. En lo que concierne a la situación española, el Gobierno debería aprovechar la transposición de la Directiva europea para aprobar una ley de rango estatal en relación a la mediación en derecho privado, consagrando algunas normas a las cuestiones específicas del ámbito familiar, como se verifica en la Ley 15/2009 de Mediación en el ámbito del Derecho Privado de Cataluña.

En términos prácticos, y atendiendo a que en España los procesos de divorcio y separación son tramitados de forma judicial, debería apostarse por la divulgación de las

ventajas y la aplicación de métodos de mediación familiar intraprocesales para que puedan remitirse a las partes desde los juzgados hacia ese mecanismo cuando lo consideren apropiado.

Deberá también crearse una serie de posibilidades de contacto directo (telefónico o telemático), ofrecido y gestionado por el Ministerio de Justicia, para informar a los ciudadanos sobre la aplicación de la mediación, servicios disponibles, lista de mediadores familiares, valor de los acuerdos, entre otros datos de interés para el ciudadano. En 2006 en Inglaterra fue puesta en funcionamiento una *Helpline* para ofrecer información sobre la mediación familiar y en Portugal existe un servicio telefónico bajo dependencia del GRAL. Esta fórmula nos parece una buena forma de ayudar y orientar a las partes cuando quieran conocer más detalles sobre la mediación.

Consideramos que la divulgación de la mediación es la mejor forma de implementar este mecanismo, evitándose asimismo sistemas obligatorios que fueren a los ciudadanos a participar en sesiones de mediación. El *Family Law Act* de 1996 en Inglaterra prescribió la voluntariedad de la mediación familiar pero consagra al mismo tiempo medidas para promover que las partes intenten resolver su conflicto por esta vía⁸²⁷. Por un lado, las partes deberán asistir a una sesión informativa sobre la mediación familiar antes de iniciar un procedimiento de divorcio y, después de presentar su demanda, el tribunal podrá aún reclamar que asistan a otra reunión ofreciéndoles la posibilidad de optar por este procedimiento. La Recomendación R(98)1 en su Principio IV, párrafo b), también consagra que los Estados puedan obligar a las partes a asistir a una sesión de información con un mediador familiar. Consideramos, sin embargo, que la voluntariedad que debe existir en cualquier procedimiento de mediación no es compatible con este tipo de medidas que disponen una especie de requisito procesal para el acceso a un proceso judicial de divorcio o separación. Del mismo modo, rechazamos cualquier penalización vinculada a los costes de un proceso judicial cuando hubiera sido posible y apropiado someter la resolución del conflicto a la mediación familiar, como se regula en la *Section 29* del *Family Law Act* inglés. El éxito de la mediación dependerá de su total voluntariedad, siendo el éxito de cada caso el que le genera publicidad y promoverá el recurso a este mecanismo.

⁸²⁷ Ver VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, cit., pp. 1793-1804.

2. LA MEDIACIÓN PENAL: EL PRINCIPAL INSTRUMENTO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El sistema penal tradicional asentado sobre el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado viene siendo objeto de numerosas reclamaciones en cuanto a un cambio en sus postulados fundamentales⁸²⁸. De hecho, y como nos da cuenta Roxin, “en los últimos veinte años ha surgido una nueva corriente politicocriminal que en casi todos los países ha encontrado interés y un amplio acuerdo: la inclusión de la reparación en el sistema penal de sanciones. En la mayoría de los casos ello va vinculado al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación, es decir: una reconciliación entre el autor y la víctima”⁸²⁹. Estos cambios nos conducen hacia la denominada Justicia Restaurativa⁸³⁰, cuyo instrumento principal es la mediación penal. Cumple así, que se analice en primer lugar los elementos característicos de este nuevo paradigma, centrandose seguidamente nuestro análisis en la mediación penal.

2.1. La Justicia Restaurativa - enfoques de un nuevo paradigma

El tránsito de un modelo retributivo del derecho penal, basado en la responsabilización del agresor con la consecuente sujeción a una pena, hacia un modelo centrado en el impacto de los actos y su reparación, tiene como punto de partida la idea de “reapropiación del conflicto”, expuesta por Nils Christie en 1977, para referir que se debería devolver el conflicto a sus legítimos propietarios, es decir, a la víctima, al agresor y a la comunidad⁸³¹.

⁸²⁸ Respecto a los cánones de la justicia retributiva y su distinción de la justicia restaurativa, véase DUARTE, Caetano, “Justiça Restaurativa”, *Sub Judice*, nº37, Almedina, Out-Dez 2006, pp. 48-50.

⁸²⁹ Ver ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig, Vol. LII, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 6.

⁸³⁰ Gordillo Santana da cuenta que el “término Justicia Restaurativa fue promovido en el Congreso Internacional de Criminología, celebrado en Budapest en 1993, y siguió cobrando importancia en los Congresos internacionales de Victimología de Adelaida (Australia) en 1994 y Ámsterdam en 1997” (cfr. GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2007, p. 35, np. 38). Estamos a favor de esta denominación, prefiriéndola al término “justicia reparadora” que incide solamente en la reparación de la víctima, no teniendo en cuenta los efectos en el agresor y en la sociedad. Pensamos que la justicia restaurativa expresa mejor las consecuencias de sus principios, o sea, intentar restaurar la situación existente antes de la práctica del delito. Criticando el término “justicia restaurativa”, véase MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 325-326.

⁸³¹ Cfr. CHRISTIE, Nils, “Conflict as Property”, *The British Journal of Criminology*, Vol.17, nº1, 1977, pp. 1-15. Y como refiere Anabela Rodrigues «Um modelo de “resolução alternativa de conflitos” em que se inscreva a mediação não deixa de significar a “privatização” de certos ilícitos até agora penais (Roxin) e a

En verdad, el Estado fue paulatinamente e ininterrumpidamente atrayendo hacia sí la función de decidir los conflictos sociales, dejando a la víctima en un papel secundario y despojándola de la resolución del conflicto que le ha causado, en primer lugar, daños a ella misma.

Así, lo que los expertos y defensores de la justicia restaurativa propugnan es un nuevo patrón de pensamiento en que el crimen es encarado no solo como una vulneración de la ley, sino principalmente como el hecho causante de daños a las víctimas, a la comunidad e incluso a los propios agresores⁸³².

Christa Pelikan indica tres elementos característicos de la justicia restaurativa⁸³³. En primer lugar, el elemento social latente en la idea de que el crimen, más que la violación de una ley, es una perturbación de las relaciones humanas y sociales, debiendo ser tratado como un acto de una persona contra otra. En segundo lugar, el elemento participativo que invoca la intervención activa de las víctimas y de los agresores, asumiendo estos el protagonismo principal en el ámbito de los procedimientos de resolución de conflictos penales, concretamente en la definición del acuerdo final. Y, por último, el elemento reparador, que tiene como objetivo la efectiva reparación de los daños sufridos por las víctimas, pudiendo consistir en una cuantía monetaria, en una reparación moral basada en una petición de disculpas o arrepentimiento, e incluso, en el compromiso de llevar a cabo una determinada tarea o prestación.

Constituyen, así, objetivos de la justicia restaurativa: dar la palabra a las víctimas, permitiéndoles participar en la resolución de su conflicto penal, responsabilizar a los agresores y prevenir la reincidencia facilitando su reintegración en la sociedad; y restaurar la paz social reparando las relaciones sociales afectadas por el acto ilícito.

relativização do papel do Estado no exercício do jus puniendi (Eser)» (cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, “A propósito da introdução do regime da mediação no processo penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 127, nº 105, Minerva, Lisboa, 2006, p. 130).

⁸³² Cfr. LÁZARO, João y MARQUES, Frederico Moyano, “Justiça restaurativa e mediação”, *Sub Judice*, nº 37, Almedina, Out-Dez 2006, p. 66.

⁸³³ Cfr. PELIKAN, Christa, “On Restorative Justice”, *Restorative Justice Online*, 2002, disponible en <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/pelikan>, consultado el 9 de diciembre de 2009.

2.1.1. Modelos de Justicia Restaurativa

Las Naciones Unidas, en sus Principios Básicos atinentes a la Utilización de la Justicia Restaurativa en Materia Penal, definen los procesos restaurativos como “any process in which the victim and the offender, and where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles”⁸³⁴.

La concreción práctica de estos procedimientos fue llevada a cabo a través de distintos modelos, dependiendo del país o cultura en que tuvieron su origen, pero también del contexto institucional o social en que emergen. Vamos a referirnos únicamente a los que más éxito han logrado, concretamente: el *Community and Family Group Conferencing*, el *Circle Sentencing* y, obviamente, la Mediación Penal⁸³⁵.

El *Community and Family Group Conferencing*⁸³⁶, es un modelo que fue adoptado en la legislación de Nueva Zelanda en 1989 en el ámbito de la justicia penal juvenil, siendo actualmente empleado, con modificaciones, en Suráfrica, Irlanda y el Sur de Australia. El modelo consiste en realizar reuniones con la víctima y agresor, así como con familiares y amigos de éstos. Estas reuniones son conducidas por un facilitador que intenta identificar los traumas provocados por el crimen y explorar formas apropiadas de prevenir la reincidencia del agresor. Toda vez que este modelo implica a los familiares de los delincuentes, es más fácil comprometerles en el plano de la rehabilitación del imputado y responsabilizarlos en el control del cumplimiento de las reglas impuestas en el acuerdo.

El modelo *Circle Sentencing*⁸³⁷ tiene sus orígenes en las comunidades aborígenes del Canadá en que todos los miembros de una comunidad, incluso el juez, los abogados,

⁸³⁴ Ver la Declaración nº 2002/12, adoptada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Analizando los Principios Básicos de las Naciones Unidas véase MCCARNEY, Willie, “Restorative Justice: International Approaches”, *ERA-Forum*, Vol. 3, nº 1, SpringerLink, 2002, pp. 2-13.

⁸³⁵ Véase, *inter alia*, <http://www.restorativejustice.org/university-classroom/01introduction>, accedido el 29 de enero de 2010 y también UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, Nueva York, 2006, pp. 13 y ss., disponible en http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf, accedido el 09 de diciembre de 2009.

⁸³⁶ Sobre este modelo, véase, entre otros, UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., pp. 20-22.

⁸³⁷ Sobre este modelo, véase, entre otros, UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., pp. 22-25.

policía, víctima, agresor y sus respectivas familias, se reúnen en círculo de forma que todos puedan alegar y reflexionar sobre la mejor forma de resolver el conflicto en materia penal. Por regla general es necesario que el imputado se declare culpable. Es el modelo en que la comunidad participa de forma más directa en la resolución del conflicto contribuyendo activamente a una mayor pacificación social. Se señalan cuatro fases de este modelo⁸³⁸. En primer lugar, la selección de los casos que deberán someterse a un *Circle Sentencing*. En una segunda fase se señalan las partes que van estar en el “circle”. Reunidas todas las partes, se busca el acuerdo entre todos los presentes. Y, por último, se fija la adhesión del imputado al contenido del acuerdo. Estudios revelan que este modelo tiene éxito al permitir la participación de la comunidad en la resolución del conflicto.

En lo que concierne a la mediación penal es considerada el principal instrumento de la Justicia Restaurativa⁸³⁹. Es por ello que seguidamente le dedicamos nuestra atención en los próximos apartados.

2.2. Mediación en materia penal

Teniendo en cuenta las premisas características de la mediación que hemos expuesto en nuestro trabajo, podemos afirmar que mediación en materia penal es una vía de solución de un conflicto mediante el diálogo entre víctima y agresor implicados en un delito o falta con la asistencia de un tercero imparcial, con el objetivo de determinar la posible reparación de los daños causados.

Pese a la amplia difusión del concepto de “mediación penal”, preferimos, tal como establece Wright⁸⁴⁰, la expresión “mediación en materia penal” o “en causas penales”

⁸³⁸ Cfr. UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., p. 23.

⁸³⁹ Como pone de manifiesto Manzanares Samaniego, “La mediación se nos ofrece como eje y manifestación más importante de la justicia restaurativa, por lo que a veces se utilizan indistintamente ambos conceptos, al igual que se confunden sus fundamentos y efectos. Sin embargo, la idea de justicia restaurativa precede a la de mediación, que sería instrumento de aquélla, el más cualificado pero no el único”. Ver MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español”, *Diario la Ley*, n.º7255, Año XXX, 2009, p. 1.

⁸⁴⁰ Cfr. WRIGHT, Martin, “Restorative Justice and the Victim – The English experiences”, trabajo presentado en un Seminario en *École Nationale de la Magistratura*, Paris, 2004, p. 6, np.5, disponible en www.restorativejustice.org/10fulltext/wrightmartin2004/at_download/file, accedido el 18 de enero de 2010. Este autor expresa la distinción entre la justicia punitiva y la justicia restaurativa refiriendo que el mensaje de la primera es “If you behave like that, we will inflict pain on you” y que la idea de la segunda es “If you repair the harm, we will help you and re-accept you”(cfr. WRIGHT, Martin, “Restorative justice: victims’ needs and rights; experience of building up mediation services in the UK”, trabajo presentado en el Forum ‘Implementing Alternative Measures in Penal Cases: introducing and sharing experiences on

que, además, es el término utilizado por la Decisión-Marco 2001/220/JAI. De hecho, la expresión “mediación penal” es en sí misma contradictoria con el objetivo señalado de establecer la reparación de la víctima y no la aplicación de una pena, pudiendo generar confusiones con el sistema tradicional de aplicación de penas.

Hecha esta primera precisión de carácter terminológico, nos adentramos en el análisis de las diferentes particularidades que la mediación en materia penal asume, concretamente en cuanto a su objeto, partes intervinientes y objetivos.

2.2.1. Particularidades y técnicas aplicables

Pues bien, el objeto de la mediación en materia penal, o sea, los conflictos sobre cuestiones penalmente tipificadas, es la principal fuente de donde brota la diferenciación e individualización de este mecanismo. En verdad, no están en conflicto distintas pretensiones antagónicas de las partes, como definió Carnelutti, sino la comisión de un hecho ilícito, con el resultado de unos daños a otras personas o a la sociedad, consubstanciando, delitos o faltas. Siendo así, en los conflictos penales está inmediatamente definido quién tiene una pretensión digna de tutela, o sea el ofendido, y quien deberá satisfacer esa pretensión, es decir, el agresor. Umbreit indica que en la mediación en materia penal «the involved parties are not “disputants”» y en general “one party has clearly committed a criminal offense and has admitted doing so, whereas the other has clearly been victimized. Therefore, the issue of guilt or innocence is not mediated”⁸⁴¹.

Por otro lado, los propios objetivos de la mediación en materia penal son distintos a los fijados en otras ramas jurídicas, toda vez que además están guiados por los principios del derecho penal. Podemos indicar como principales objetivos de una mediación en materia

restorative justice and victim-offender mediation application for juveniles and beyond’, Albanian, 2009, p. 2, disponible en <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wright-martin.-2009.-restorative-justice-victims2019-needs-and-rights-experience-of-building-up-mediation-services-in-the-uk/view>, accedido el 18 de enero de 2010.

⁸⁴¹ Cfr. UMBREIT, Mark S. y GREENWOOD, Jean, *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justice Through Dialogue*, Center for Restorative Justice & Mediation, Minnesota, 2000, p. 2.

penal: la reparación de la víctima, la asimilación por parte del agresor del error cometido y la restauración de la paz social⁸⁴².

Teniendo en cuenta estas particularidades, el propio mediador deberá emplear una serie de técnicas específicas y de modelos de mediación adecuados a las características singulares de la mediación en materia penal. De hecho, el mediador tendrá que trabajar con víctimas frágiles y con traumas decurrentes de la práctica del crimen, debiendo reequilibrar los distintos juegos de fuerzas que concurren con la posición del agresor. Esta circunstancia aconseja que en ocasiones la premediación comience realizando reuniones por separado entre una y otra parte para percibir si la víctima no está preparada emocionalmente para enfrentarse al agresor.

En términos de modelos de mediación en materia penal el más típico es el modelo *Victim-Offender* basado en contactos directos víctima-agresor. Si, como referimos, el estado de fragilidad de la víctima es excesivo puede emplearse un modelo de mediación indirecta con reuniones privadas con cada una de las partes⁸⁴³.

En este ámbito Umbreit considera que el mediador deberá contactar en primer lugar con el agresor para obtener su consentimiento a la realización de la mediación, puesto que si el mediador se dirige primero a la víctima, y después el agresor no acepta la mediación, aquella podrá sentir una revictimización que no es deseable⁸⁴⁴.

⁸⁴² Sobre las particularidades de la mediación, Cláudia Santos afirma que “Com a mediação penal, creio que o que se pretende é olhar para o crime não numa perspectiva de passado mas pensando essencialmente no futuro. Dito de forma simples: o que está feito, feito está; como podemos melhorar a vida futura dos vários envolvidos, como podemos ajudá-los a converterem-se em pessoas mais responsáveis e felizes?” (Cfr. SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 1, Coimbra Editora, 2006, pp. 93-94).

⁸⁴³ Es curioso advertir que el estudio realizado por Aersten y Peters en el ámbito de un proyecto belga, sitúa entre un 30 a 50 por ciento el porcentaje de víctimas que optarían por conversar directamente con el agresor. En la Alemania un estudio del Instituto Max Planck demostró que 45 por ciento de todas las víctimas expresaron su voluntad de reunirse con el agresor y que entre el 30 a 40 por ciento de las víctimas, que en un primer momento se resisten a la idea, aceptan después una mediación indirecta. Solamente el 27 por ciento de las víctimas entrevistadas rechazan totalmente la mediación. Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Mediação para a reparação: a perspectiva da vítima”, *Sub Judice*, nº37, Out-Dez 2006, p. 13, np. 18.

⁸⁴⁴ Cfr. UMBREIT, Mark S. y GREENWOOD, Jean, *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justice Through Dialogue*, cit., p. 10. En un estudio realizado en el ámbito del proyecto “Mediación para reparar” por Aersten y Tony en la Bélgica, fueron indicados por las víctimas que las principales motivaciones para aceptar la mediación son (1) confrontar el agresor con su responsabilidad; (2) la esperanza de un impacto positivo junto del agresor y (3) el deseo de restitución y reparación. Son aún indicados como justificaciones de recurso a la mediación, por un lado, la necesidad de

Por otro lado, un requisito para la realización de la mediación es que el agresor haya reconocido el delito, lo que no significa para Aersten y Peters una asunción total de la culpa o de la responsabilidad de los acontecimientos⁸⁴⁵. Aquel requisito se justifica en tres motivos. Primero, para que la víctima no se sienta ignorada y las sesiones de mediación no supongan reabrir una vieja herida. Después, porque el diálogo entre agresor y víctima daría lugar a la discusión y se centrará únicamente en la existencia del delito. En último término, indican Aersten y Peters que el fiscal podría aprovechar la mediación para obtener datos e informaciones sobre los hechos y promover seguidamente diligencias de investigación de carácter judicial. En cuanto a esta última consecuencia no estamos de acuerdo con los autores pues entendemos que el mediador penal no podrá ser nunca el fiscal o el juez que posteriormente asuma la investigación judicial de los hechos, sino un tercero ajeno al conflicto. Además, todo lo que fuese discutido en las sesiones de mediación estará afectado por el deber de confidencialidad. Sin embargo, si compartimos las dos primeras razones apuntadas y entendemos que solo deberá celebrarse una mediación cuando el agresor reconozca la comisión del delito. De hecho, no tiene sentido que el agresor se someta a la mediación en materia penal para afirmar que no ha cometido el delito. La mediación tiene como objetivo resolver un conflicto y sin la admisión del delito no hay nada que resolver entre víctima y el presunto agresor.

En relación a la primera sesión de mediación, y aunque el mediador deje claro al agresor y a la víctima que tendrán las mismas oportunidades de exponer sus puntos de vista, la víctima deberá elegir si prefiere hablar en primer lugar o no⁸⁴⁶. Muchas veces existe la necesidad de que la víctima inicie el diálogo, para restablecer la sensación de control y “poder” que con el delito había perdido. Otras veces prefiere que intervenga en primer lugar el agresor para que pueda mostrar su arrepentimiento y expresar sus disculpas por

saber cual la razón de la práctica del crimen y, por otro lado, la necesidad de demostrar al agresor las consecuencias de sus actos. Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Mediação para a reparaçã: a perspectiva da vítima”, cit., p. 13.

⁸⁴⁵ Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Mediação para a reparaçã: a perspectiva da vítima”, cit., p. 12. Para más desarrollos relativamente a los efectos de la responsabilización del agresor en el ámbito de la justicia restaurativa, véase la teoría de John Braithwaite sobre el concepto de *reintegrative shaming* en BRAITHWAITE, Jonh, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989 y BRAITHWAITE, Jonh, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

⁸⁴⁶ Cfr. UMBREIT, Mark S. y GREENWOOD, Jean, *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justice Through Dialogue*, cit., p. 10.

la comisión del delito y, así, percibir que es posible el diálogo y la resolución del conflicto.

En la mediación, el mediador deberá facilitar que la víctima libere sus sentimientos, trabajando para eliminar cualquier deseo de venganza que pueda perturbar la obtención del acuerdo reparador, lo que realza la importancia de las preguntas abiertas para que la víctima consiga mostrar todos sus intereses subjetivos. También es importante la escucha activa e interesada para que la víctima sienta que sus puntos de vista están siendo atendidos, sin que el mediador ponga en causa con ello su debida imparcialidad⁸⁴⁷.

En relación al agresor, su responsabilización por los actos cometidos exige que el mediador intente situarle en el lugar de la víctima. Además será relevante que el agresor pueda reflexionar sobre sus propios sentimientos si otra persona le infligiese el mismo delito o falta que ha cometido, preguntándole como se sentiría si el fuese la víctima del delito que ha cometido.

En términos de repercusión del delito en la sociedad, el mediador, para superar el nivel exclusivamente inter-individual y situar el problema en su contexto social, podrá preguntar a ambas partes: “¿Cómo decidiría si fuese el juez de la causa?”⁸⁴⁸. La propia víctima va sentir una responsabilidad acrecida en su respuesta dejando de lado los sentimientos de rabia o venganza, reflexionando sobre la mejor forma de solucionar la cuestión.

El mediador deberá prestar especial atención en la mediación en causas penales a su lenguaje y actuación. De este modo, y atendiendo a Umbreit, el mediador deberá evitar las palabras “perdón” o “reconciliación” puesto que pueden inducir una presión añadida para que las partes obtengan un acuerdo⁸⁴⁹. Por otro lado, es imprescindible que el mediador nunca adopte ninguna actitud enjuiciadora en relación con el agresor, puesto que tal circunstancia destruirá su imparcialidad.

Respecto al acuerdo final, sus postulados solamente podrán versar sobre una reparación cuantitativa, moral, de actividad (sometimiento a alguna terapia, deshabituación...) o de

⁸⁴⁷ Sobre las técnicas disponibles por el mediador, véase el apartado 1.5. del Capítulo III.

⁸⁴⁸ Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Mediação para a reparação: a perspectiva da vítima”, cit., p. 15.

⁸⁴⁹ Cfr. UMBREIT, Mark S. y GREENWOOD, Jean, *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justice Through Dialogue*, cit., p. 14.

prestación (traducida en algún trabajo a favor de la comunidad). En efecto, jamás podrá contemplar la imposición de una pena, siendo esta una reserva exclusiva de la jurisdicción penal. El control del cumplimiento del acuerdo obtenido en la mediación en materia penal es de fundamental importancia para que las víctimas no se sientan nuevamente ofendidas.

2.2.2. Los efectos de la mediación en materia penal sobre la víctima, el agresor y la sociedad

La defensa de un nuevo paradigma para la justicia penal debe postularse desde una serie de circunstancias e ideas básicas. Es decir, solamente se puede propugnar la justicia restaurativa y la mediación en materia penal si los principios básicos y los fines del derecho penal son estrictamente respetados y si las garantías a favor de las víctimas y de los agresores no son obviadas⁸⁵⁰. Así, es importante en primer término analizar los efectos de este nuevo paradigma en relación con los diferentes sujetos que se ven afectados directa, o indirectamente, al resolver un conflicto de índole penal.

2.2.2.1. Efectos sobre las víctimas del delito

Un elemento central de la justicia restaurativa y de la mediación en causas penales es la protección de los intereses de la víctima⁸⁵¹. De hecho, la mediación penal permite que la víctima exija en sede de acuerdo lo que considere necesario para sentir que está siendo resarcida de los daños sufridos. Este resarcimiento no tendrá que ser exclusivamente de tipo cuantitativo monetario, pudiendo también consistir en una petición de disculpas, en una asunción de la culpa y arrepentimiento o en el compromiso de llevar a cabo algún tipo de actividad o prestación. La víctima será quien vele por sus propios intereses.

Por otro lado, en las sesiones de mediación la víctima expondrá al agresor los daños físicos, psicológicos y financieros sufridos con la comisión del delito, desahogando sentimientos reprimidos y aliviando de esta manera los dolores psicológicos padecidos.

⁸⁵⁰ En este sentido Aersten y Peters afirman que “O sistema de justiça criminal é aqui visto como o contexto institucional legal no qual a solução do problema pelas partes tem de ser atingida em total observância dos princípios legais e das legais garantias”. Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Mediação para a reparação: a perspectiva da vítima”, cit., p. 9.

⁸⁵¹ Como refiere Cláudia Santos, la verdadera “pedra de toque da justiça restaurativa é, assim, a defesa dos interesses da vítima e o ressarcimento, na medida do possível, dos danos por ela sofridos”. Cfr. SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, cit., p. 87.

Este efecto pocas veces es logrado en el proceso penal tradicional, pues la víctima casi siempre se expresa de forma interpuesta y a través de su abogado.

Y en términos de cumplimiento del acuerdo, la mediación penal también tendrá ventajas para las víctimas ya que las medidas propugnadas por este nuevo paradigma no acarrearán la privación de libertad del agresor, este podrá “conservar” su estatus vital, laboral y social manteniendo con ello, entre otras cosas, las condiciones económicas que le permitan asumir el resarcimiento de los daños. En el sistema de justicia penal tradicional cuando el tribunal condena al agresor al pago de una indemnización por los daños consecuencia del delito, la víctima puede no recibir las cuantías a que tendría derecho, puesto si al agresor se le impone una pena de prisión, quedará privado de empleo y no dispondrá de las condiciones más idóneas para aportar el pago de la misma⁸⁵².

2.2.2.2. Efectos sobre el agresor

Sostenemos además que la justicia restaurativa y la mediación en causas penales deparan también efectos positivos en el agresor. Claus Roxin advierte que el autor del delito “tiene la posibilidad, mediante una reparación rápida y voluntaria, de salir librado con una importante atenuación de la pena, o, incluso, y tal vez, con una suspensión condicional a prueba de la misma”⁸⁵³.

Partiendo de las ideas de este afamado penalista, consideramos aún más relevantes las repercusiones de la mediación en materia penal en cuanto al aspecto personal y social del

⁸⁵² Para comprender mejor los efectos de la mediación en materia penal ofrecemos un testimonio real de Denise Norman, prima de Aaron, que fue brutalmente asesinado por 5 jóvenes que atacaban a homosexuales. Señalamos a continuación algunos extractos muy elocuentes de su relato respecto a su experiencia en la aplicación de un programa de justicia restaurativa que fomentaba encuentros entre víctimas y agresores. “Ever since that first meeting in court I knew I wanted to meet him (el agresor) so I could tell him how angry. (...) I, personally, had a million questions – so many that “Alan” commented that some were like the questions the police had asked him during the investigation. Strangely, I found that I was able to understand him as a human being – not just the “thug wheeling a bat who murdered” my cousin. I found him to be honest and I do believe that he did not have intentions to kill Aaron nor did he “premeditate” about his emotional and immediate actions. I am sure too he didn’t understand consequences”. (...) Was “Jay” punished enough for his role in the crime? I don’t think so. However, the strange thing was that “Jay” is still punishing himself. I believe that jail has “scared “Jay” straight. I don’t think he will get into trouble again. But he has only one very strong support role in his life and I worry what will happen to him when that support is gone. (...) The Justice System had basically “finished” with the punishment of these two young men. Yet, I wanted more out of the system. I did not want vengeance, but an opportunity to air out my anger, frustration and sadness with their actions. (...) I found the Restorative Justice Conferences with “Jay” and “Alan” to be helpful as part of my own healing process in Aaron’s crime”. Testimonio disponible en <http://www.realjustice.ca/articles/071109Norman.htm>, accedido el 1 de febrero de 2010.

⁸⁵³ Cfr. ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, cit., p. 8.

agresor, concretamente respecto de la reincidencia. De hecho, la mediación en causas penales implica que el agresor se enfrente a la visión de los acontecimientos narrados de viva voz por la víctima. De esta manera, puede percibir de forma directa y personal las consecuencias de la práctica del acto ilícito en la vida de la víctima, de forma muy especial los daños psicológicos sufridos, lo que puede dar lugar a que aflore un sentimiento más fuerte de arrepentimiento y la voluntad firme de no volver a delinquir. Como apunta Claus Roxin “el autor (...) se verá obligado a enfrentarse interiormente con su comportamiento, lo que puede contribuir a una modificación de su deficiente orientación social”⁸⁵⁴.

Pensemos en un ejemplo relativo a la comisión de un delito de daños en el cual un joven pintó los muros de la casa de un anciano con grafitis. Supongamos que en mediación se acordó que debería reparar los daños pintando el muro en su color original, puesto que no tendría dinero para pagar la reparación, debiendo también pernoctar en la casa de la víctima en tanto en cuanto los trabajos de reparación no estuviesen concluidos. De esta forma, el agresor apreciará verdaderamente las consecuencias de sus actos eliminando con su esfuerzo y quehacer personal los daños provocados, así como percibirá que detrás de los muros estaba una persona a quien los grafitis molestaban.

Este ejemplo es paradigmático, por un lado, de la creatividad y amplias posibilidades de los acuerdos de mediación y, por otro lado, de los efectos positivos en el agresor, preferibles tanto en lo que evitan su ingreso en una institución de rehabilitación, con el inherente contacto con otros jóvenes delincuentes y la posibilidad de aprendizaje de nuevas técnicas delictivas, como en el pago de una reparación que generalmente va a ser soportada por los padres del joven que se convertirán en los verdaderos condenados, ya que tendrían que asumir la reparación de las consecuencias del acto ilícito de su hijo.

2.2.2.3. Efectos en la Administración de la Justicia

También desde el punto de vista de la Administración de la Justicia, la mediación en causas penales presenta ciertas ventajas. Así, por un lado, se evita un proceso judicial tendente a la fijación de la indemnización y, por otro lado, el agresor, que ha dado su

⁸⁵⁴ Cfr. ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, cit., p. 10.

consentimiento al acuerdo, tendrá mayor propensión para cumplirlo y, con todo ello potencialmente se reduce la necesidad de una ejecución, evitándose gastos inútiles.

Sin embargo, no consideramos adecuado que se defienda la mediación como un mecanismo útil para aliviar a los tribunales del exceso de asuntos que los inunda. En verdad, la aplicación de la mediación debe valorarse como opción positiva para cada caso concreto y no desde la voluntad de promover este mecanismo cueste lo que cueste. De este modo, la introducción de la mediación en materia penal para la resolución de conflictos penales podría fomentar en los fiscales la tentación de reencaminar los delitos hacia este mecanismo, sin estudiar si en el caso concreto hay verdaderamente ventajas para la víctima y agresor.

2.2.2.4. Efectos en la sociedad

Consideramos, por otro lado, que la mediación en materia penal también hace partícipe a la sociedad de sus efectos. De hecho, y no obstante su carácter personal, sus resultados se repercuten, de una u otra forma, en la sociedad. Señala Roxin, en relación a la prevención general positiva, que “el efecto socialmente útil del Derecho penal reside, sobre todo, en que transmite a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse”⁸⁵⁵. Así, esta confianza de los ciudadanos en la Administración de la Justicia en el ámbito penal no se basta con la imposición de una pena al agresor si los daños causados en la víctima no son también remediados⁸⁵⁶. Además es común el sentimiento de que las cárceles son “demasiadas blandas y poco rigurosas”⁸⁵⁷. De esta forma, la paz social únicamente queda restablecida cuando la población siente que las víctimas son efectivamente resarcidas y que la justicia ha sido obtenida, lo que también puede ser conseguido a través de la mediación penal.

⁸⁵⁵ Cfr. ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, cit., p. 11.

⁸⁵⁶ Un estudio de José Juan Toharia relativo a las actitudes de los españoles ante la administración de justicia revelaba que el 70% de los entrevistados (valor para 1992) consideraba que no se castiga suficientemente a los que cometen delitos. Cfr. TOHARIA, José Juan, *Actitudes de los españoles ante la administración de justicia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1994, p. 42.

⁸⁵⁷ Tomando de nuevo el estudio de José Juan Toharia, el 57% de los entrevistados manifestaban que los internos reciben un trato poco riguroso. Cfr. TOHARIA, José Juan, *Actitudes de los españoles ante la administración de justicia*, cit., p. 43.

2.2.3. Desventajas en la mediación en materia penal

No obstante los efectos positivos enunciados anteriormente respecto a la mediación en materia penal, no somos tan ingenuos al punto de no reconocer que siempre habrá algunos inconvenientes en la aplicación de este mecanismo, principalmente atendiendo a que en causa está una nueva realidad ante un sistema judicial con siglos de aplicación⁸⁵⁸. Si la mediación en materia penal solamente acarrease ventajas sin duda alguna se convertiría en la vía que todas las víctimas exigirían para la resolución de sus conflictos penales. De hecho, como en todos los caminos de la justicia, hay algunas piedras que deberán ser evitadas.

2.2.3.1. La esfera de los agresores

Puede argumentarse que para el agresor el acuerdo de mediación significará evitar la pena de prisión o de multa. Pero en el sistema tradicional, el imputado también puede obtener una atenuación de la pena, sorteando de esa manera la pena de prisión si realiza la reparación del daño causado. No en vano esta situación está contemplada en el art. 21, apartado 5 del CP español. ¿Y, de esta manera, no está igualmente presente la idea de utilización del sistema de justicia en su provecho?. Obsérvese, por tanto, como los riesgos de evitar la pena de prisión pueden verificarse tanto en la mediación en causas penales, como en el sistema judicial tradicional. Y, además, con el añadido de que en la mediación penal la víctima, mediante el acuerdo, participa y da su anuencia a esta situación. Por lo tanto, si considerase que lo que están pactando no es suficiente para el resarcimiento de sus daños, bastará con que no acepte el acuerdo y la mediación concluirá. La víctima será así el juez que valorará la reparación de sus propios daños y el agresor no estará solo en el desenlace de las consecuencias de la comisión de un delito o falta.

Por otro lado, se apuntado como otro de los riesgos de la mediación la posibilidad de que los agresores sintieran una cierta presión para asumir la autoría de la comisión del delito intentando evitar un hipotético juicio y con ello el riesgo de ser condenado a una pena más grave. De hecho, en diferentes ordenamientos jurídicos europeos, concretamente en

⁸⁵⁸ Sobre esta temática, véase, entre otros, MARSHALL, Tony F., *Restorative Justice an Overview*, Home Office, Information & Publications Group, 1999, p.23, disponible en <http://members.multimania.co.uk/lawnet/RESTRJUS.PDF>, accedido el 27 de enero de 2010, y también UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., pp. 66-69.

Francia, Bélgica y Portugal, la mediación es sugerida por el Ministerio Público cuando tenga indicios de la comisión del delito, lo que podría inculcar en el agresor la idea de que ya está “pre-condenado” y le puede ser de mayor interés alcanzar una forma de no agravar la pena que pudiera imponérsele⁸⁵⁹.

Evidentemente este riesgo puede producirse también al aplicar las previsiones legales de reducción o suspensión de la pena cuando el agresor se compromete a reparar los daños. De todos modos, pensamos que en la mediación ese riesgo puede ser controlado por el mediador quien a través de su diálogo con el agresor deberá neutralizar cualquier presión y percibir su responsabilidad en el presunto delito cometido⁸⁶⁰. La Recomendación R(99)19, en su punto 14, alude expresamente a que la participación en la mediación no deberá ser entendida como admisión de culpa en los procedimientos criminales subsecuentes.

Por otro lado, nadie deberá impedir que el agresor y la víctima tengan asistencia jurídica, pudiendo ser asistidas por abogado. Esa es, por ejemplo, previsión expresa del Código de Procedimiento Penal belga en el art. 553. §4, permitiendo que los abogados pueden aconsejar a sus clientes respecto a las consecuencias de las diferentes opciones, anulando con ello el hipotético riesgo de una aceptación por presiones de la mediación.

La mediación penal es señalada como el medio más apropiado para dar voz a las víctimas. Sin embargo, dar voz a las víctimas no podrá significar que estas no respeten a los agresores. El mediador deberá garantizar siempre que la mediación discurra en un ambiente de respeto y educación mutuos.

⁸⁵⁹ Los principios básicos de Naciones Unidas en el ámbito de Justicia Restaurativa también indican, en su párrafo 7, que los procedimientos restaurativos, como es la mediación en materia penal, únicamente deberán tener lugar cuando existieren suficientes evidencias para acusar el agresor.

⁸⁶⁰ Citando A. J. de Roo, Lhuillier denota que “it may be difficult to assess the genuine commitment of litigants in cases where the judge refers the parties to mediation, endorsing the result if it is successful, or taking their conduct into account in apportioning blame if it fails. To avoid mediation being used by parties for strategic purposes, member states should ensure that judges referring parties to mediation explain to litigants the risks of such an approach”. Cfr. LHUILLIER, Julien, *The quality of Penal Mediation in Europe*, CEPEJ, Estrasburgo, 2007, p. 11, disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ-GT-MED%282007%29&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DGHL-CEPEJ&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6>, accedido el 29 de enero de 2010.

2.2.3.2. Los derechos de las víctimas

En lo que concierne a las víctimas es necesario impedir una segunda victimización en el proceso de solución del conflicto con el agresor y depuración de responsabilidad por el delito cometido. La voluntariedad es sin duda una garantía fundamental para el control de este riesgo. Así la voluntariedad, en el ámbito de la mediación en materia penal deberá ser claramente constatada y contrastada⁸⁶¹. Lo que pretendemos afirmar es que el mediador no deberá ceñir su tarea inicial al esclarecimiento a las partes de lo que es este procedimiento y cuales son las reglas aplicables, siendo también imprescindible que analice si la víctima se encuentre en condiciones emocionales idóneas para enfrentarse al agresor y a las secuelas del delito⁸⁶².

La gestión de expectativas deberá ser otra preocupación del mediador quien en este primer contacto deberá informar y dialogar con la víctima sobre las ventajas e inconvenientes de la mediación advirtiéndole que incluso es posible que no se obtenga ningún acuerdo. La frustración de la mediación puede implicar una mayor pérdida para quien por ello, de antemano, ha de ser consciente de todas las posibilidades de una mediación.

En términos prácticos, consideramos que el ámbito de aplicación de la mediación en materia penal determina que este procedimiento adopte inicialmente, en la fase de la premediación, el modelo de mediación indirecta con entrevistas privadas con la víctima y el agresor para permitir una evaluación de la posibilidad de posteriores encuentros frente a frente entre ambos. Por otro lado, estas reuniones separadas inicialmente prepararán a la víctima y darán tiempo a su adaptación emocional. En este sentido, Naciones Unidas defiende que “Victims must be allowed to tell their story. This may require that victims speak first in any forum in order to avoid an imbalanced focus on the offender’s issues

⁸⁶¹ Naciones Unidas, en su *Handbook on Restorative Justice Programmes*, habla de “*informed choice*” para referir que la participación de las víctimas implica que las mismas tengan un conjunto amplio de informaciones. Cfr. UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., pp. 41.

⁸⁶² En el informe del *Working Group on Mediation*, de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ), Lhuillier afirma que a las partes «must be given timely clear and complete information about their rights, about the nature of the process and the possible consequences of their decision. This must include information about the possibility of mediation without a personal encounter between the presumed offender and the victim, and the potential risks for the victim inherent in mediation, in particular the risk of “secondary victimisation”. It is also important for the victim to have accepted the fact that by opting for mediation, the offender’s penalty could be reduced». Cfr. LHULLIER, Julien, *The quality of Penal Mediation in Europe*, cit., p. 10.

that may result in the victim withdrawing from the discussion or challenging the offender”⁸⁶³.

Y, en cualquier momento, siempre que el mediador perciba que la fragilidad de la víctima pueda poner en entredicho el equilibrio entre las partes, este deberá dar por terminado el procedimiento. El mediador deberá también prestar especial atención al lenguaje no verbal de la víctima, valorando con ello si la mediación está afectando su bienestar o seguridad. Para que la víctima se sienta segura, el lugar donde se realicen las sesiones de mediación es crucial, debiéndose disponer de un espacio amplio que permita una cierta distancia física con el agresor⁸⁶⁴.

2.2.3.3. El posible desequilibrio entre víctimas y agresores

El equilibrio entre víctima y agresor en mediación en materia penal es una de las cuestiones más complejas. De hecho, en relación al conflicto siempre habrá una persona que ha sufrido daños y otra que los ha causado y la reparación casi nunca restablecerá la situación existente antes de la comisión del delito.

Así, mantener el equilibrio entre las partes obligará a mantener un ambiente de respeto entre víctima y agresor, debiendo ambos manifestar sus opiniones sin presiones o agresiones verbales.

Significará además, y como ya referimos, que las emociones no perturben el dialogo y no alteren la normal resolución del conflicto. Es decir, la víctima no podrá estar emocionalmente fragilizada al punto de dejar que el agresor la victimice nuevamente y el agresor debe estar en una situación en que su sentimiento de la culpa le impida defenderse aceptando por ello cualquier acuerdo.

El eje del equilibrio deseable ha de ser el mediador. Este profesional deberá manejar su pericia y técnicas para mantener el ambiente de respeto, evitar la nueva victimización de los ofendidos e impedir que el agresor sienta cualquier presión en términos de aceptación del acuerdo. Estas tareas evidencian la importancia de una formación específica en

⁸⁶³ Cfr. UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., p. 60.

⁸⁶⁴ Umbreit apunta que la existencia de una mesa separando víctima y agresor puede fomentar en la víctima una sensación de seguridad. Cfr. UMBREIT, Mark S. y GREENWOOD, Jean, *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justice Through Dialogue*, cit., p. 10.

mediación en causas penales para los profesionales que desarrollan este procedimiento⁸⁶⁵. Además, contrastar que la imparcialidad y neutralidad son fundamentales en el desempeño del mediador para que el propio equilibrio, ya frágil entre víctima y agresor, no se vea aún acrecentado⁸⁶⁶.

2.2.3.4. La (des)proporción de las sanciones aplicables

El equilibrio entre las partes deberá plasmarse también en los postulados del acuerdo, debiendo éste no sobrepasar ciertos límites como la dignidad del ofendido. Por otro lado, jamás deberá permitirse que víctima y ofendido pacten la pena aplicable. De hecho, los acuerdos de mediación en materia penal no podrán consistir en cualquier pena, sino en una “sanción” reparadora o restauradora, con el fin de intentar, en la medida del posible, restablecer la situación anterior a la comisión del delito y si no es posible “*in natura*”, mediante una prestación equivalente.

En términos de indemnización incumbe al mediador evaluar que la cuantía establecida haya sido establecida voluntaria y conscientemente y que el agresor reúna condiciones mínimas para lo acordado. Esta será una ventaja de la mediación en materia penal toda vez que, por un lado, el agresor, oída la víctima y siendo consciente de las consecuencias de sus actos, tendrá mayor propensión para cumplir lo acordado. Por otro lado, la víctima, atendiendo a las razones del agresor, que ha conocido en la mediación, podrá facilitar las condiciones de cumplimiento, aceptando, por ejemplo, el pago mediante prestaciones, reduciéndose las dificultades del agresor para cumplir y facilitando que éste rehaga su vida más fácilmente.

⁸⁶⁵ Lhuillie indica precisamente que “In criminal matters, member states should ensure that special instruction is provided in their training centers on the basics of criminal law, the relationship between mediation and criminal law, communication techniques and working with victims and offenders, special skills for mediating with minors or in cases involving serious offences, the different methods of restorative justice, etc.. Cfr. LHUILLIER, Julien, *The quality of Penal Mediation in Europe*, cit., p. 10, np. 63. Las orientaciones del CEPEJ en relación a la implementación de la mediación en materia penal en los Estados-Miembros indican varios parámetros que deberán ser respetados en la formación de los mediadores penales, concretamente, técnicas e instrumentos de comunicación con las víctimas y agresores, informaciones básicas sobre el sistema criminal, o principios y objetivos de la mediación, entre otros. Cfr. CEPEJ, *Better Implementation of Mediation in the Member States of the Council of Europe – Concrete rules and provisions*”, CEPEJ Studies, n°5, p. 31, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 29 de enero de 2010, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes5Ameliorer_en.pdf.

⁸⁶⁶A este respecto Lhuillier afirma que “the independence and impartiality of the mediator are key factors in the quality of mediation”. Cfr. LHUILLIER, Julien, *The quality of Penal Mediation in Europe*, cit., p. 5.

2.2.3.5. Empleo fraudulento y dilatorio de la mediación

Otro de los posibles riesgos de la mediación en materia penal es su posible utilización fraudulenta por el agresor para retardar el enjuiciamiento del delito e incluso pretender la prescripción del mismo. Como señala Lhuillie “the mere fact of opting for mediation should never entail a risk for the victim that the time-limit for prosecution will expire”⁸⁶⁷.

Debe considerarse que, no obstante, esta desventaja (en cuanto a la dilación) también es posible en el seno del proceso penal a causa de las innegables garantías que obviamente tendrán que ser ofrecidas a los agresores. Además, si el agresor estuviere en situación de prisión provisional tendrá interés que el proceso transcurra rápidamente.

Pues bien, este peligro es fácilmente combatible mediante el establecimiento, por ley, de plazos para que la mediación tenga un desenlace y, al mismo tiempo, disponiendo la suspensión de los plazos del procedimiento judicial para impedir que ante la situación de frustración de la mediación se imposibilite el proceso judicial. Por otro lado, el mediador deberá evaluar la existencia de este riesgo y de estimar una posible utilización dilatoria de la mediación por parte del agresor, deberá determinar la conclusión del procedimiento mediador.

Consideramos así que, no obstante los riesgos en la aplicación de la mediación en materia penal, la reglamentación legal de este mecanismo y el ejercicio competente de las funciones del mediador, podrán salvaguardarla de su utilización indebida o de sus efectos negativos. Analicemos seguidamente las orientaciones consagradas en las reglamentaciones legales emanadas de la Unión Europea y en las específicamente producidas en algunos Estados-Miembros.

2.2.4. La normativa europea en esta temática

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha sido la entidad que más directrices ha emitido en el ámbito de la justicia restaurativa y de la mediación en causas penales, sobre todo a través de la atención y protección que ha dirigido a las víctimas de delitos. De esto modo, en 1985, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación R(85)11 relativa a la posición de la víctima en el ámbito del derecho penal y derecho

⁸⁶⁷ Cfr. LHUILLIER, Julien, *The quality of Penal Mediation in Europe*, cit., p. 13.

procesal penal, la cual recomendaba a los Gobiernos de los Estados Miembros que examinasen las ventajas que podrían presentar los sistemas de mediación y conciliación para protección de la víctima. Y, en sentido similar, la Recomendación R(87)21, del 17 de septiembre, del mismo Comité, en materia de delincuencia juvenil, impulsaba que los Estados Miembros desarrollasen la mediación en este ámbito.

En julio de 1999, la Comisión Europea emite una Comunicación⁸⁶⁸ al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social relativa a las normas y medidas a favor de las víctimas de delitos en la Unión Europea. En esta Comunicación, la Comisión opina que deberían estudiarse disposiciones prácticas para la mediación y, en septiembre del mismo año, fue aprobada la Recomendación R(99)19 sobre la mediación penal⁸⁶⁹, que constituye un documento fundamental en la definición de los principios centrales de este mecanismo.

Este documento normativo define la mediación penal como “any process whereby the victim and the offender are enable, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)”. Seguidamente se detallan algunos principios básicos de este procedimiento de solución de conflictos que reflejan los principales elementos de la mediación en materia penal a tener en cuenta por los Estados, concretamente el principio de voluntariedad⁸⁷⁰, el principio de confidencialidad⁸⁷¹, el acceso general a los servicios de

⁸⁶⁸ COM(99) 349 final, del 14 de julio de 1999.

⁸⁶⁹ V. COUNCIL OF EUROPE, *Mediation in Penal Matters. Recommendation N° R(99)19 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum*, Publicaciones del Consejo de la Europa, Estrasburgo, 2000. Sobre este documento normativo, véase PELIKAN, Christa, “The Council of Europe Recommendation No. R.(99) 19 concerning Mediation in Penal Matters”, *ERA-Forum*, Vol. 3, n°1, Springerlink, 2002, pp. 22-27.

⁸⁷⁰ Debiendo la mediación tener lugar solamente si las partes libremente consintieren y, además, estas deberán poder desistir en cualquier momento.

⁸⁷¹ No pudiendo ser usada ninguna información debatida por las partes sin su consentimiento. El apéndice de la Recomendación R(99)19 indica que las razones de esta previsión se deben, por un lado, a la creación de un ambiente de confianza para las partes y, por otro lado, a la protección de sus intereses.

mediación⁸⁷², la posibilidad de mediación en cualquier fase del proceso penal; y la autonomía de los servicios de mediación ante los órganos judiciales⁸⁷³.

El documento crucial en la implementación de este mecanismo en los Estados-Miembros es la Decisión-Marco 2001/220/JAI⁸⁷⁴, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de las víctimas en el ámbito del proceso penal, que definía la mediación en causas penales como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”⁸⁷⁵. Su art. 17 obligaba que los Estados Miembros implementasen en sus ordenamientos este mecanismo antes del 22 de marzo de 2006. De esta forma, esta reglamentación comunitaria ya no constituía *soft law*, imponiéndose obligatoriamente a los Estados.

El análisis de la normativa europea no quedaría completo sin la referencia a la intención de crear una red de puntos de contacto nacionales en justicia restaurativa. Esta fue una iniciativa del gobierno belga (el 19 de septiembre de 2002) introduciendo una propuesta de decisión del Consejo en este sentido⁸⁷⁶. La intención era crear en cada Estado-Miembro un punto de contacto con el fin de apoyar y promover los distintos aspectos de la justicia restaurativa, concretamente recoger, analizar y difundir información relativa a las prácticas existentes; favorecer los contactos e intercambios de experiencia entre autoridades, instituciones y organizaciones competentes; organizar seminarios, conferencias y encuentros; cooperar con países candidatos, países terceros y organizaciones internacionales. Además, la red enviaría cada año al Consejo un informe

⁸⁷² Pretende la Recomendación fomentar la implementación de la mediación como una alternativa o complemento al sistema judicial tradicional, no considerando, todavía, este mecanismo como un derecho que las partes podrán reivindicar de los Estados, pero sí como una opción legal que deberá ser tenida en cuenta por las autoridades.

⁸⁷³ Un estudio realizado por Pelikan relativo al *follow-up* de la Recomendación R(99)19 para analizar su impacto refiere que se pueden distinguir cuatro influencias, a saber: (1) la Recomendación ha constituido un instrumento de orientación política y ha influido en la legislación nacional; (2) la Recomendación es utilizada por organizaciones no gubernamentales fuera del sistema penal; (3) la Recomendación refuerza la política nacional en la creación de servicios de mediación; (4) se desconoce la existencia de la Recomendación. Cfr. PELIKAN, Christa, “Follow-up study of Recommendation N° R(99)19 of Council of Europe”, *Newsletter Euforum*, Vol. 4, n.º2, 2003, pp. 6-7.

⁸⁷⁴ DOUE L082, de 22/03/2001.

⁸⁷⁵ Ver art. 1, párrafo e).

⁸⁷⁶ V. Jornal Oficial n° C 242, de 08/10/2002, pp. 0020-0023.

relativo a las actividades desarrolladas, indicando al mismo tiempo los objetivos prioritarios para el año siguiente⁸⁷⁷.

Pues bien, las preocupaciones en Europa respecto a la mediación en materia penal no están olvidadas. Prueba de esta afirmación es la *26th Conference of European Ministers of Justice*, cuya Resolución n.º2 incitaba a los Ministros de Justicia europeos a desarrollar programas de cooperación para promover la Justicia Restaurativa en los Estados Miembros⁸⁷⁸. Analizaremos seguidamente en qué términos los diferentes Estados pertenecientes a la UE han promovido esta materia en sus ordenamientos.

2.2.5. La mediación en causas penales en el mundo

Las primeras experiencias de mediación penal no se vivieron en Europa, sino que tuvieron lugar en América del Norte. De este modo, desde un parámetro universal examinaremos en primer lugar el sistema canadiense y la experiencia de los EE.UU. al tratarse de los países pioneros en esta temática y, centrándonos en Europa, estudiaremos algunos países miembros de la Unión Europea (unidos por las mismas políticas comunitarias), intentando percibir de qué forma este mecanismo han llevado a cabo la introducción en su sistema jurídico-legal de este mecanismo⁸⁷⁹.

i. Canadá

Los expertos en la materia que estudiamos sitúan temporal y espacialmente la primera experiencia de mediación penal en Ontario (Canadá) en 1974, cuando dos jóvenes drogados destruyeron irracionalmente 22 coches⁸⁸⁰ y Mark Yantzi, técnico de reinserción social, propuso al juez del proceso que los agresores se reuniesen con cada una de las víctimas. Su intención pretendía que los imputados percibiesen mejor la dimensión y el

⁸⁷⁷ Para más informaciones, véase el siguiente endereço electrónico, consultado el 4 de diciembre de 2009, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33206_es.htm.

⁸⁷⁸ La Resolución n.º2 en Justicia Restaurativa de la *26th Conference of European Ministers of Justice* está disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju26/MJU-26%282005%29Res2E.pdf>.

⁸⁷⁹ Sobre la mediación en materia penal en algunos países de América Latina, concretamente México, Argentina, Chile y Costa Rica, véase HEREDIA PUENTE, Mercedes, “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, Año XXX, n.º 7257, 2009, p. 5.

⁸⁸⁰ Ver, entre otros, GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., p. 261 y LÁZARO, João y MARQUES, Frederico Moyano, “Justiça restaurativa e mediação”, cit., p. 69.

impacto de sus actos. Una vez celebrados estos encuentros, el juez suspendió el proceso bajo la condición de que los agresores reparasen a las víctimas.

El éxito de esta experiencia ha conllevado a la creación del “Victim Offender Reconciliation Project” (VORP) que aún se mantiene en funcionamiento en Canadá⁸⁸¹ y que constituye el modelo de mediación en causas penales adoptado por la mayoría de países en todo el mundo. Este modelo se basa en encuentros entre víctima y agresor donde aquella tiene la oportunidad de exponer al agresor las consecuencias sufridas por la comisión del delito y el agresor, a su vez, tiene la oportunidad de asumir la responsabilidad de su actuación y arrepentirse. Posteriormente, si el resultado de los encuentros es satisfactorio, víctima y agresor construirán conjuntamente el acuerdo para determinar la reparación de los daños causados⁸⁸².

Hoy, tal y como da cuenta Gordillo Santana⁸⁸³, existen alrededor de 200 iniciativas en marcha en Canadá entre las cuales destaca *The Restorative Resolutions Program* de la región de Winnipeg; *The Community Conferencing Programme*, de Edmonton o *The Circle Sentencing* de Yukon.

Estos programas no sustituyen, en ningún caso, al proceso penal. En términos legislativos el *Criminal Code* de Canadá no prevé la mediación en causa penal. Actualmente, se refiere, en la parte XXIII, a las medidas alternativas que define en el art. 716 como: “other than judicial proceedings under this Act used to deal with a person who is eighteen years of age or over and alleged to have committed an offence”⁸⁸⁴.

La aplicación de estas medidas depende de la verificación de una amplia lista de requisitos. Desde luego es necesario que las medidas alternativas no sean incompatibles con la protección de la sociedad, con lo que refuerza la prevención general positiva del derecho penal. Este requisito es consolidado por el párrafo b) del art. 717. (1) que refiere

⁸⁸¹ Sobre este programa en Canadá, véase UMBREIT, Mark S., “Victim-offender mediation in Canada. The impact of an emerging social work intervention”, *International Social Work*, Vol. 42, nº2, 1999, pp. 215-227.

⁸⁸² Cfr. LÁZARO, João y MARQUES, Frederico Moyano, “Justiça restaurativa e mediação”, cit., p. 69.

⁸⁸³ Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., pp. 262-263, np. 614.

⁸⁸⁴ Ver el Código Criminal de Canadá, disponible en http://laws.justice.gc.ca/eng/C-46/page-16.html#anchorbo-ga:l_XXIII-gb:s_717, accedido en 1 de diciembre de 2009.

que las medidas alternativas deberán ser adecuadas a los intereses de la víctima y de la sociedad, así como también a las necesidades del agresor.

El principio de voluntariedad está presente en esta normativa legal debiendo el agresor consentir en participar de estas medidas. Además podrá estar asistido por abogado. Será siempre imprescindible que el imputado asuma la responsabilidad del delito. Como indica el apartado 2 del art. 717, si el sospecho niega su participación en el delito, no será viable la mediación. Es curioso advertir que, no obstante este requisito de asunción de la culpa, la aplicación de las medidas alternativas depende de que el Procurador del Ministerio Público considere que no hay suficientes pruebas para proseguir con la acusación. Siendo así, estas medidas alternativas constituirían una forma de sustituir una acusación que, de otra manera, no iba a realizarse lo que no nos parece correcto ni aceptable. Es decir, se conseguiría a través de estas medidas superar una deficiente investigación criminal que no ha obtenido suficientes evidencias para sustentar un proceso. No aceptamos en ningún caso esta condición y pensamos que la aplicación de cualquier medida alternativa deberá basarse siempre en la existencia de suficientes indicios de la comisión del delito, así como en la total y exclusiva voluntariedad de las partes.

De lo expuesto podemos concluir que en Canadá, donde surgió la mediación víctima-agresor, hay un amplio número de proyectos de justicia restaurativa y mediación en materia penal, pero en términos legislativos solamente encuentran previsión la aplicación de medidas alternativas que constituyen opciones a la imposición judicial de una pena, pensadas más para el agresor que para la víctima.

ii. EE.UU.

En EE.UU. se verifica la implementación de programas *Victim-Offender Mediation* (VOM) o *Victim-Offender Reconciliation Program* (VORP) desde la década de los años setenta del siglo pasado⁸⁸⁵. Gordillo Santana indica que el Centro de Restitución de Minnesota ha sido pionero en experimentar la comunicación directa entre víctima y victimario y en 1978 en el Estado de Indiana se ha reproducido la experiencia de Ontario

⁸⁸⁵ Cfr. UMBREIT, Mark S. (*et. al*), *National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States*, Center for Restorative Justice & Peacemaking, Minnesota, 2000, p.1.

en Canadá con el PACT (*Prisoner and Community Together*), sustituyendo una pena de prisión por trabajo favor de la comunidad⁸⁸⁶.

En 2000, un estudio relativo a las experiencias VOM en EE.UU., reveló que existían más de 300 programas en los diferentes Estados⁸⁸⁷. A esta difusión contribuye el sistema federal constitucional ya que cada Estado puede definir el tipo de delitos dentro de su territorio y tiene legitimidad para penar a los culpables⁸⁸⁸. Así, los poderes locales tienen competencia para llevar a efecto alternativas al sistema judicial tradicional.

Por otro lado, en el modelo de proceso penal estadounidense la disponibilidad de su objeto por las partes es amplísima. Así, y en aplicación del consabido poder de la fiscalía en este país, entre 80% al 95% de los casos son resueltos a través de *plea bargain*, o sea, de negociación entre agresor y representante del Ministerio Público⁸⁸⁹.

De esta manera, la mediación en causa penal promovida sobre todo mediante programas *Victim-Offender*, tiene en EE.UU. terreno fértil para fructificar y expandirse. Debido a su organización territorial en Estados, no hay una ley nacional relativa a esta cuestión pero eso no impide que se multipliquen proyectos de justicia restaurativa y consecuentemente la aplicación de la mediación en materia penal en aquel país.

Sería excesivo analizar todos los programas y experiencias existentes en EE.UU., por ello nos limitamos a indicar algunos datos plasmados en el estudio *National Survey of*

⁸⁸⁶ Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., p. 264, np. 616

⁸⁸⁷ Cfr. UMBREIT, Mark S., (et. al), *National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States*, cit., p. 3.

⁸⁸⁸ V. Artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de la América.

⁸⁸⁹ Pedro Soares de Albergaria define *plea bargaining* como “a negociação entre o arguido e o representante da acusação, com ou sem participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação”. Cfr. ALBERGARIA, Pedro Soares de, *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 20. Para más desarrollos, véase aún, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolas, “Aproximación al estudio de la Justicia Penal Negociada de los EE.UU.: *the Plea Bargaining Process*”, *REDEN – Revista Española de Estudios Norteamericanos*, Vol. 6, n.º9, 1995, pp. 91-107. Véase también PEDROSO, João, et al., *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça - Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2001, p.168.

Victim-Offender Mediation Programs in the United States dirigido por Mark Umbreit para el Departamento de Justicia estadounidense en 2000, que *supra* referimos⁸⁹⁰.

De su análisis contrastamos que la naturaleza de las entidades que promueven aquellos programas de mediación es muy variada, pudiendo tratarse de organizaciones privadas, incluso religiosas, pero también de departamentos policiales o servicios de libertad condicional. No hay ningún monopolio estatal en cuanto a la aplicación de los servicios de mediación en materia penal.

En términos de delitos referenciados los más frecuentes son vandalismo, hurtos menores y robos. También se dilucidan delitos violentos como violencia doméstica, agresiones sexuales y homicidios. De este modo apreciamos como el sistema norte americano no tiene limitaciones objetivas al campo de aplicación de la mediación *victim-offender*.

Respecto a la participación voluntaria de las partes, el estudio analizado indica que todos los programas examinados prevén la participación voluntaria de la víctima. Sin embargo, la misma situación no se verifica al 100% para el agresor. De hecho, solamente en el 79% de los programas estudiados el agresor es libre de participar o no en la mediación. En el 21% de los programas, las víctimas pueden exigir que el victimario participe en la mediación, independientemente de su voluntad. Rechazamos esta solución, considerando que la máxima garantía de la mediación es su total voluntariedad, sea para la víctima, sea para el victimario.

Estas diferencias de programas revelan que, no obstante la competencia federal de los Estados en materia de derecho penal, sería muy conveniente una ley estatal que reglamentase algunos aspectos relativos a la mediación que consideramos fundamentales teniendo en cuenta todo aquello que ya hemos expuesto anteriormente en el presente estudio.

iii. Bélgica

Bélgica reveló desde tiempo atrás una receptividad importante a los principios básicos de la justicia restaurativa. Como refieren Ivo Aerstsens y Tony Peters respecto a las

⁸⁹⁰ Y que se puede consultar en la siguiente dirección electrónica, accedida el 3 de diciembre de 2009, http://www.ojp.gov/ovc/publications/infores/restorative_justice/restorative_justice_ascii_pdf/ncj176350.pdf.

experiencias practicadas en el citado país, “Sempre houve nos serviços de acusação uma prática “de facto” duma renúncia (“sepot”) simples ou condicional da acusação com base no princípio da oportunidade”⁸⁹¹. Por otro lado, desde 1984, se aplica una ley de negociación que permite al acusador cerrar un caso penal si el sospecho abona una determinada cuantía económica.

Así, en 1991 surgió el primer proyecto de mediación penal, a iniciativa del Procurador General, para ser aplicado en 7 distritos judiciales pertenecientes al ámbito territorial del tribunal de recurso de Ghent, con el objetivo de proporcionar una reacción más sencilla y rápida frente al delito, teniendo en cuenta los intereses de las víctimas y pretendiendo restaurar la confianza de los ciudadanos en el sistema.

Después de un período experimental, el Parlamento Belga votó la Ley de 10 de febrero de 1994, introduciendo la mediación penal en el art. 216ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal belga⁸⁹². Posteriormente en 2005, y atendiendo a la Decisión-Marco 2001/220/JAI, la Ley de 22 de junio de 2005, introdujo en todo el *Code de Procedure Pénale* varias disposiciones relativas a la mediación penal. Así, en su art. 3ter define la mediación como “un processus permettant aux personnes en conflit de participer activement, si elles y consentent librement, et en toute confidentialité, à la résolution des difficultés résultant d'une infraction, avec l'aide d'un tiers neutre s'appuyant sur une méthodologie déterminée. Elle a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation”.

El Título IV del Libro II del mismo Código pasó a intitularse “De la médiation” y consagra en el art. 553, §1er, que cualquier persona con un interés directo en el proceso podrá solicitar una mediación. De este modo, la legitimación para solicitar la aplicación

⁸⁹¹ Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, *Sub Judice*, nº37, Almedina, Out-Dez 2006, p. 25. Seguiremos de cerca estos autores en el análisis del régimen de la mediación penal en la Bélgica.

⁸⁹² Cuya redacción aquí reproducimos parcialmente: *Art. 216 ter - inséré pour la Loi 1994-02-10/43- § 1. Le procureur du Roi peut, sans préjudice des pouvoirs que lui attribue l'article 216bis, convoquer l'auteur d'une infraction et, pour autant que le fait ne paraisse pas être de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, l'inviter à indemniser ou réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités”.*

de la mediación fue ampliada, además de extender su aplicación a todas las fases del proceso penal, así como también en la propia ejecución de la pena.

Según el citado art. 216ter, cuando el Fiscal considere que no deberá ser aplicada al imputado una pena de privación de la libertad superior a dos años, podrá proponerle la reparación de los daños causados a la víctima e invitar esta a una sesión de mediación⁸⁹³. De este modo, adviértase como el ámbito objetivo de aplicación de la mediación en materia penal no está definido respecto del delito sino en relación a la pena.

Queda por indicarse que los mediadores forman parte de un servicio de mediación integrado en el Ministerio de Justicia (art. 554. §1er). Además se implantó una Comisión Deontológica que asume la responsabilidad de elaborar y actualizar un código deontológico en el ejercicio de la mediación así como el control de su incumplimiento (art. 554. §2).

Analizado el sistema belga percibimos como se trata un modelo que integra la mediación en materia penal en el seno del sistema penal, lo cual facilitará la supresión de muchas de las resistencias institucionales a este nuevo mecanismo. Como datos contrastados podemos indicar que en el año 2004 fueron sometidos a mediación penal 5839 casos, de los cuales el 37% eran respecto a delitos contra la propiedad y el 33,5% eran relativos a delitos violentos. La tasa de cumplimiento de los acuerdos⁸⁹⁴, con la consecuente extinción de la correspondiente responsabilidad penal se situó en el 93%.

A pesar del éxito de esta experiencia se formalizan algunas críticas a este sistema⁸⁹⁵. Desde luego, la práctica revela que es un sistema aún muy orientado hacia el agresor. En muchos casos la reparación se resume en una indemnización y la mediación raramente es efectuada cara a cara entre la víctima y el agresor. Por otro lado, habitualmente las sesiones de mediación conducidas por el “magistrado” son en la mayoría de los casos

⁸⁹³ La introducción de esta norma ha suscitado la creación de tres nuevas funciones en los Gabinetes de la Fiscalía. Así, en cada Tribunal de 1ª Instancia ha sido designado un “magistrado de mediación” quien es el responsable de la selección de los casos que deberán ser sometidos a mediación. Además, los “asistentes de mediación” son técnicos remunerados por el Ministerio de Justicia que contactan con las partes y realizan las sesiones de mediación. Finalmente, en los “tribunales de recurso” existen los “consejeros de mediación” que coordinan el trabajo de los asistentes de mediación. Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, cit., p. 26.

⁸⁹⁴ Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, cit., pp. 27-29.

⁸⁹⁵ Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, cit., p. 29.

reprimendas moralizantes, transformándose entonces en una especie de “mini-juzgamientos”.

Paralelamente a este modelo intrajudicial de mediación, también coexisten en Bélgica proyectos denominados como: “Mediación para la reparación”. El primer proyecto-piloto de este tipo tuvo su origen en Lovaina en 1993, siendo concebido por investigadores de la Universidad de Lovaina (K.U.L.) en asociación con el Ministerio Fiscal y una entidad privada de apoyo social en materia de justicia. Señalan Aersten y Peters que “Uma das finalidades do programa era averiguar o efeito da mediação no processo de formação da decisão judicial e descobrir até onde pode o sistema de justiça penal aceitar a reparação como um dos seus objetivos centrais”⁸⁹⁶.

Este programa que comenzó como una iniciativa privada, en 1996 se convirtió en un servicio de la ciudad de Lovaina con apoyo financiero del Ministro Federal de Justicia y hoy en día se ha erigido como un proyecto de ámbito nacional.

Pese a constituir un modelo diferente al previsto en la ley procesal tiene una fuerte vinculación con el Ministerio Público. De este modo, el fiscal responsable del asunto, junto con el mediador, selecciona los casos que deberán ser remitidos a mediación. Esta elección se fundamenta en la aplicación de algunos criterios como la presencia de la víctima o el reconocimiento de los hechos por parte del agresor. Seguidamente el fiscal remite una carta proponiendo la mediación a las partes y el mediador contacta con ellas para fijar reuniones por separado. En esta primera fase se desarrolla una mediación indirecta que es considerada como muy favorable para la creación de un ambiente de confianza. El mediador escucha a la víctima y al agresor recogiendo sus versiones de los hechos y sus sentimientos, preparando las bases de un acuerdo entre ambas. Este proceso de mediación indirecta puede conducir a un acuerdo o ser el paso para celebrar encuentros directos entre víctima y agresor⁸⁹⁷. Los acuerdos obtenidos, en su caso, han de ser redactados por escrito y remitidos al Fiscal. Entre 1993 y 1997 se consiguió el acuerdo en el 50% de los casos que no se ceñían exclusivamente a indemnizaciones a las víctimas, abarcando también la petición de disculpas o el desistimiento del ejercicio de acciones judiciales entre otras posibilidades.

⁸⁹⁶ Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, cit., pp. 30-31.

⁸⁹⁷ Entre 1993 y 1997 solamente el 28% de los casos evolucionaron hacia una mediación directa víctima-agresor. Cfr. AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, cit., p. 31.

Este proyecto ha alcanzado importantes cotas de éxito en Bélgica fundamentalmente como proceso de aprendizaje para todos aquellos que han acudido a él, puesto que las partes tienen la sensación de desempeñar un papel activo y constructivo en la consecución de la decisión final, al mismo tiempo que los agentes judiciales afrontan otra vía de resolver conflictos penales.

El éxito de estas iniciativas ha permitido que Bélgica haya evolucionado la mediación hasta el punto de introducirla en otra fase del proceso judicial. No sólo tras la decisión judicial y de la determinación de la pena aplicable, sino que la aplica a su ejecución denominándola “mediación penitenciaria” con vistas a integrar medidas de justicia restaurativa en el marco de cumplimiento de las penas privativas de libertad en centros penitenciarios. Estos proyectos tienen dos preocupaciones fundamentales.

Por un lado, permitir una verdadera reintegración social del agresor. Lo que se pretende es trabajar con el recluso para que asimile la percepción de sus responsabilidades, sea en relación a la gravedad de los hechos cometidos y sus efectos, sea en lo que respecta al abono de la indemnización a la víctima. Incluso se prevé que en caso de dificultades económicas del agresor pueda acordar con la víctima, por ejemplo, la formalización de un acuerdo de pago mediante prestaciones.

Por otro lado, la víctima no deberá ser olvidada o marginada una vez que ha condenado al agresor. Es importante que se mantenga el contacto con la víctima para conocer su evolución en términos de superar los posibles traumas causados por el delito y transmitirle información respecto a la situación del recluso y los progresos alcanzados en su reeducación y reinserción para que se le a la víctima temores inherentes a su puesta libertad condicional o definitiva.

De lo anteriormente expuesto podemos distinguir tres modelos distintos de mediación en materia penal en Bélgica. El modelo intrajudicial reglamentado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal belga que inserta la mediación el propio proceso penal; el modelo de mediación para la reparación que discurre al margen del proceso y a cargo de entidades independientes y que se centra más en la víctima y, finalmente, el modelo de mediación penitenciaria cuyo objetivo principal es la reintegración del recluso en la sociedad. Analizando este panorama pensamos que pueda ser contraproducente la coexistencia de los dos primeros modelos de mediación puesto que siendo

independientes y diferenciados ambos requieren siempre de la participación del Ministerio Fiscal, pudiendo generar confusión en cuanto a la diferencia de situaciones y los criterios de decisión al optar por uno u otro modelo. Al cabo de una serie de años de experiencias contrastadas en la práctica de la mediación en materia penal, Bélgica podría avanzar hacia una ley autónoma de mediación que abarcara los tres modelos consagrando las ventajas y las diferencias entre cada uno de ellos.

iv. Reino Unido

En el Reino Unido, la Justicia Restaurativa es el eje de la mediación en materia penal. Así, este país, desde los años ochenta, muestra una preocupación constante por implementar la *Restorative Justice*⁸⁹⁸, cualquiera que sean los mecanismos que la ejecuten, siendo los más importantes, según Wright⁸⁹⁹, las *Referral Orders*, la *Victim-Offender Mediation*,⁹⁰⁰ y el *Conferencing*⁹⁰¹.

Las *Referral Orders* son mecanismos de justicia restaurativa aplicables a jóvenes, hasta los 17 años, que han cometido una infracción criminal por la primera vez, siendo remitidos desde el juzgado hacia los denominados *Youth Offender Panel* (YOP). Estos comités están integrados por tres personas que discuten con el menor un contrato pactando la reparación a la víctima y un programa de actividades orientado a disminuir el riesgo de reincidencia. En estos encuentros estarán presentes los padres del menor y la víctima, que puede hacerse representar.

De hecho es sobre todo en el ámbito de los jóvenes donde la justicia restaurativa ha recibido sus mayores avances. Gordillo Santana da cuenta de que el primer proyecto en este ámbito se verificó en 1979 en la ciudad de Exeter, con el fin de evitar la acusación

⁸⁹⁸ Cfr. MIERS, David, SEMENCHUK, Michael, “Victim-Offender Mediation in England and Wales”, *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe: an overview and comparison of 15 countries*, Edit. Anna Mestitz y Simona Ghetti, Springer, Holanda, 2005, p. 23.

⁸⁹⁹ Cfr. WRIGHT, Martin, “Restorative Justice and the Victim – The English experiences”, cit., p. 1.

⁹⁰⁰ Sobre las *referral orders*, véase el *Referral Order Guidance* del Ministerio de Justicia del Reino Unido, publicado en 2009 y disponible en <http://www.justice.gov.uk/guidance/docs/referral-order-guidance.pdf>, accedido el 4 de abril de 2011.

⁹⁰¹ El *Conferencing* fue importado de Australia y adaptado en Inglaterra por Charles Pollard, siendo un mecanismo similar a la mediación en que, incluso, son invitadas a participar familiares o personas próximas a la víctima y al agresor. Cfr. WRIGHT, Martin, “Restorative Justice and the Victim – The English experiences”, cit., p. 7.

penal de dos jóvenes infractores⁹⁰². Legislativamente también fue en el sistema de justicia de menores donde se introdujo la idea de reparación a través del *Crime and Disorder Act of 1998*.

En materia de adultos no hay previsiones legales⁹⁰³. Sin embargo, la mediación en materia penal, es decir, *Victim-Offender Mediation*, es una realidad en este país, siendo promovida por diferentes entidades⁹⁰⁴ o a través de proyectos piloto⁹⁰⁵. En 1986 existían doce proyectos mientras que en los años 90 ya se registraban veinte, y actualmente preexisten 32 servicios de *Victim-Offender Mediation*.

En términos institucionales la *Home Office* (Ministerio del Interior) ha demostrado desde muy temprano su interés por desarrollar y apoyar estos proyectos, de modo que entre 1985 y 1987 fundó y supervisó cuatro servicios de *Victim-Offender Mediation*⁹⁰⁶. Su intención residía en testar la efectividad de la aplicación de este mecanismo en el ámbito del Sistema Judicial. Actualmente, y bajo el *Crime Reduction Programme* de 2001, se están evaluando tres proyectos, concretamente: el *CONNECT*, el *Justice Research Consortium*(JRC) y el *REMEDI*⁹⁰⁷. El primero pone en práctica la mediación indirecta (sin contacto entre la víctima y el agresor), la mediación directa (con encuentros entre la víctima y el agresor), y el *Conferencing*. El JRC únicamente ofrece *Conferencing* y el *REMEDI* recurre a la mediación indirecta y directa.

⁹⁰² Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., p. 269.

⁹⁰³ Como denota Wright “When victim/offender mediation was first introduced in the 1980s it involved one-to-one mediation, sometimes with volunteer mediators, who work in pairs and in some cases are paid a small honorarium. At first it was used for adults and for some quite serious cases in which the offender would probably have gone to prison. Now it is used mainly for juveniles, and very little for adults, although there are plans to extend it”. Cfr. WRIGHT, Martin, “Restorative Justice and the Victim – The English experiences”, cit., p. 7.

⁹⁰⁴ La *National Association of Victims Support Schemes (NAVSS)* fue una de las primeras entidades en implementar la mediación elaborando en 1981 un informe denominado “A First Survey of British Developments in Reparation and Mediation”. En 1984 apoyó la creación del *Forum for Initiatives in Reparation and Mediation (FIRM)* actualmente conocido como de *Mediation UK* y, en 1987, esta última entidad promueve la puesta en servicio del *Restorative Justice Consortium (RJC)*. Ver LIEBMANN, Marian, *Restorative Justice – How it Works*, 1ª edición, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2007, p. 37.

⁹⁰⁵ Cfr. UMBREIT, Mark, *The Handbook of victim offender mediation: an essential guide to practice and research*, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2001, p. 235.

⁹⁰⁶ Cfr. LIEBMANN, Marian, *Mediation in Context*, 1ª edición, Jessica Kingsley Publishers, Reino Unido, 2000, p. 25.

⁹⁰⁷ Sobre la actividad de estos servicios véase el informe del Ministerio de Justicia inglés, disponible en http://www.justice.gov.uk/publications/docs/restorative-justice-report_06-08.pdf, accedido el 19 de enero de 2010.

La monitorización de estos servicios revela importantes datos y conclusiones en cuanto a los efectos en las víctimas y en el agresor, su propia opinión respecto a la aplicación de estos mecanismos y de los profesionales implicados e, incluso, sobre la efectividad de los servicios, fundamentalmente en materia de reincidencia. Estos datos permitirán sin duda sugerir medidas legislativas de implementación de la mediación de una forma más fundamentada y más real, debiendo por ello ser valorados concreta y puntualmente.

v. Francia

La mediación en causas penales asume en Francia dos facetas⁹⁰⁸. Por un lado, la mediación vecinal o comunitaria que se aplica a conflictos no judicializados, intentándose resolver en el seno de la comunidad dónde emergen los problemas antes de que los mismos ingresen en el sistema judicial. Y, por otro lado, la mediación en causas penales aplicable a los delitos que ya han tenido entrada en el sistema judicial. Pues bien, la mediación de vecinal o comunitaria es aplicable a todos los conflictos con génesis en una determinada comunidad y no exclusivamente en casos de delitos. Además sus objetivos son más amplios, por lo que vamos restringir nuestro análisis a la mediación en materia penal.

En 1993 la Ley n.º93-2, de 4 de enero, consagra legislativamente la mediación penal en Francia, en su art. 41-1 del Código de Procedimiento Penal⁹⁰⁹, confiriéndose al Procurador la posibilidad de recurrir a este mecanismo si las partes así lo consintieren y además si la medida fuese susceptible de reparar los daños, de poner fin al proceso o de contribuir a la rehabilitación del agresor⁹¹⁰. La aplicación de la mediación en materia

⁹⁰⁸ En este sentido, véase GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., p. 301. También se aludiendo a la mediación en Francia, véase VERGER GRAU, Joan, “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”, *Revista del Poder Judicial*, n.º especial XIX, CGPJ, 2006, pp. 129-132.

⁹⁰⁹ Roberto Cario señala que “Après une longue expérimentation, fruit d’une riche collaboration entre magistrats éclairés et travailleurs sociaux engagés, le législateur a entendu judiciariser la médiation pénale”. Cfr. CARIO, Roberto, “Les victimes et la médiation pénale en France”, *Justice réparatrice et médiation: convergences ou divergences?*, Edit. M. Jaccoud, L’Harmattan, Paris, 2003, p. 188. João Pedroso (*et. al*) denota que la introducción de la mediación penal en Francia se verificó en 1986 con el Instituto de las Víctimas y Mediación que ha creado las estructuras indispensables para la implementación de la mediación. Cfr. PEDROSO, João, *et al.*, *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, cit., p. 172.

⁹¹⁰ La Ley n.º 99-515, de 23 de junio de 1999 ha cambiado la preposición «et», por la preposición «o» lo que transformó los criterios de aplicación de la mediación en alternativos. Criticando la indicación de estas tres condiciones como alternativas, véase CARIO, Roberto, “Les victimes et la médiation pénale en France”, cit., p. 188.

penal fue así conferida al Procurador, no pudiendo las partes en conflicto recurrir directamente a un mediador.

El art. 41-1 no restringe el ámbito de aplicación de la mediación que podría aplicarse a todo el tipo de delitos. Sin embargo, y teniendo en cuenta la nota de orientación de la *Direction des Affaires Criminelles et des Grâces* del Ministerio de Justicia francés, de octubre de 1992, este mecanismo figura como una respuesta a la pequeña delincuencia⁹¹¹.

Los mediadores pueden ser personas físicas o asociaciones, debiendo solicitar autorización para ejercicio de la mediación al Ministerio Público o al Procurador General (arts. R15-33-30 y R15-33-31 del Código de Procedimiento Penal). Los mediadores individuales deberán satisfacer los requisitos establecidos en el art. R15-33-33⁹¹², concretamente (1) no ejercer actividades judiciales a título profesional; (2) no haber sido objeto de condena o de incapacitación; (3) presentar garantías de competencia, independencia e imparcialidad; (4) no tener más de 75 años de edad; (5) no tener una relación de familiaridad o profesional con las partes o con los magistrados o funcionarios del tribunal. En el caso de asociaciones deberán presentar la declaración de asociación, sus estatutos y condiciones de funcionamiento, la lista de filiales y la lista de personas físicas que ejercerán la función de mediación, entre otros requisitos previstos en el art. R15-33-32. Cumplidos estos requisitos, el Procurador del Ministerio Público decide sobre la autorización solicitada por la persona o asociación para un período probatorio de un año. Transcurrido este período la autorización puede ser prorrogada por cinco años más, renovables por iguales períodos⁹¹³. Los mediadores autorizados deberán prestar juramento relativo a su rigor, lealtad, dignidad y observancia de secreto profesional (art. R15.33.36)

Procedimentalmente el Procurador, cuando opta por la aplicación de la mediación, solicita a un mediador individual o a una asociación que convoque y se entreviste, conjunta o separadamente, con las partes para explicarles los objetivos de este mecanismo y obtener anuencia para continuar la mediación. Organizará después las

⁹¹¹ Cfr. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La Médiation*, cit., p. 65.

⁹¹² Modificado por el Decreto n° 2004-1021, de 27 de septiembre de 2004.

⁹¹³ V. art. R15-33-35 del Código de Procedimiento Penal. Sobre los requisitos y actividad de los mediadores de la República, véase también la Circular de la Dirección de Asuntos Criminales publicada en el *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice* francés n° 102, de 12 de junio de 2006.

sesiones de mediación estableciendo el diálogo entre las partes con vistas a la obtención del acuerdo⁹¹⁴. Si las partes pactan la solución del conflicto, el mediador formalizará por escrito el acuerdo informando entonces al Procurador, siendo éste quien verificará si se dan las condiciones para la conclusión del procedimiento. Si, por el contrario, no se obtiene acuerdo, el mediador informará al Procurador para que pueda proseguir con el ejercicio de la acción penal.

En términos de costes la mediación en materia penal es gratuita.

En 2006 fueron sometidos a mediación penal en Francia 28165 asuntos, de los cuales 16381 concluyeron con acuerdo y 11784 fracasaron⁹¹⁵, lo que significa que aún queda un largo camino por recorrer hasta que los principios de la Justicia Restaurativa se encuentren perfectamente asentados en la sociedad francesa y las técnicas de mediación penal sean implementadas y desarrolladas⁹¹⁶.

vi. Alemania

La atención en Alemania respecto a la mediación en materia penal despertó en los años ochenta, principalmente en el ámbito de la Justicia de menores. En materia de adultos, la mediación arrancó en 1984, cuando un grupo de profesores de Derecho Penal, trabajadores sociales y educadores se reunieron con motivo del *German Jurist Day*, e iniciaron un primero proyecto de mediación de adultos en Tübingen⁹¹⁷.

Legislativamente la mediación fue introducida en 1994 por el art. 46a del Código Penal alemán (Strafgesetzbuch) que prevé que en delitos con pena de prisión no superior a 1

⁹¹⁴ Cada mediador aplicará las técnicas de mediación que considere pertinentes, no pudiendo la ley reglamentar el procedimiento de mediación que siempre dependerá del caso concreto y de los mediados. De todos modos, el Institut National d'Aide aux Victimes et Médiation francés (INAVEM), ofrece un cuaderno de intervención del mediador penal, que por ejemplo establece el papel de los abogados en mediación y determina que las entrevistas iniciales serán individuales con cada parte. Véase el *Guide des bonnes pratiques* del INAVEM en <http://www.inavem.org/associations-locales/mandats-judiciaires/mediation-penale/18-mandats-judiciaires/217-meditation-penale>, accedido en 18 de enero de 2010.

⁹¹⁵ Datos constantes en el *Annuaire Statistique de la Justice de 2008* disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_anur08_20090317.pdf, accedido el 4 de abril de 2011.

⁹¹⁶ Sobre los obstáculos a la implementación de la mediación penal en Francia, véase CARPENTIERI, L. "Restorative justice in France: obstacles for the application of a truly restorative approach to french dispute resolution", *Restorative Justice Online*, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 18 de enero de 2010, <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/carpentier/view>.

⁹¹⁷ Cfr. GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, cit., pp. 278 y ss..

año o pena de multa de hasta 360 días, el tribunal pueda atenuar o incluso renunciar a la pena si el agresor aceptó la mediación y reparó total o casi completamente los daños provocados. La mediación penal de adultos en Alemania tiene así su campo de aplicación restringido en razón de la pena aplicable al delito cometido, limitándose a los casos típicos de pequeña criminalidad y condicionando su atenuación o extinción a la reparación de los daños.

De este modo, y bajo la designación “*Täter-Opfer-Ausgleich*” (TOA)⁹¹⁸, Alemania, en el ámbito de la mediación en materia penal, se decanta por el modelo *Victim-Offender Mediation* de EE.UU., siendo la reparación una tercera vía de reacción del Derecho Penal, paralelamente a las penas de prisión y de multa.

En 1999 en la ley procesal penal alemana fueron incluidas como novedad varias disposiciones en materia de mediación. Así, en los términos del art. 155a de la Ley de enjuiciamiento criminal alemán (StPO), en todas las fases del proceso, el fiscal y el juez responsables del asunto deberán analizar la posibilidad de aplicación de la mediación, que nunca podrá efectuarse sin el consentimiento expreso de la víctima. A estos efectos, según el art. 155b StPO, el proceso puede ser remitido a programas de “*Täter-Opfer-Ausgleich*”. Además se amplía el ámbito de aplicación de este mecanismo a todas las fases del proceso y no solamente a la fase de investigación. Sin embargo, Kerner y Hartmann advierten que en la práctica la mayoría de los casos sujetos a mediación son remitidos por los fiscales y, muy escasamente por los jueces, durante el enjuiciamiento⁹¹⁹.

Estadísticamente los mismos autores dan cuenta que la tasa de aceptación de la mediación varía entre el 60 a 70% para las víctimas y el 80% para los agresores⁹²⁰. No obstante esta alta tasa de adhesión, Trenszeck considerar a la mediación en materia penal

⁹¹⁸ Explicando el concepto de “*Täter-Opfer-Ausgleich*”, véase TRENSZEK, Thomas, “Victim-Offender Mediation in Germany: ADR Under the Shadow of the Criminal Law?”, *Bond Law Review*, Vol.13, n°2, 2001, pp. 2-3, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 23 de enero de 2010, <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1210&context=blr&sei-redir=1#search=%22Victim-Offender+Mediation+in+Germany+-+ADR+Under+the+Shadow+of+the+Criminal+Law+and+Appendix%22>.

⁹¹⁹ Cfr. TRÄNKLE, Stefanie, “In the shadow of penal law: Victim-offender mediation in Germany and France”, *Punishment Society*, Vol. 9, n.º4, 2007, p. 398, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://pun.sagepub.com/cgi/reprint/9/4/395>.

⁹²⁰ Cfr. HARTMANN, Arthur y KERNER, Hans-Jürgen, “Victim-offender mediation in Germany”, *Newsletter Euforum*, Vol. 5, n°1, 2004, pp. 2-3.

como una verdadera alternativa al sistema judicial, toda vez que entre los dos hay una fuerte vinculación, más aún cuando se regula la mediación en normas procesales⁹²¹. Estas consideraciones reafirman entonces la idea de que la mediación deberá ser regulada en leyes autónomas⁹²².

vii. Italia

Italia no tiene una ley específica de mediación en materia penal o de justicia restaurativa. En la primera mitad de los años noventa del siglo pasado han surgido espontáneamente proyectos de *Victim-Offender Mediation* en el ámbito de la justicia juvenil⁹²³. A este despertar ha contribuido el art. 28 del Decreto Presidencial n.º448/1988 que permite que el juez suspenda el proceso para promover la reconciliación entre el menor y la víctima.

En materia de adultos la única referencia legal que podemos encontrar en Italia es en el ámbito de los Juzgados de Paz, reglamentados por el Decreto Legislativo n.º274/2000, de 28 de agosto⁹²⁴ y que tienen competencia para delitos menores, concretamente delitos de daños o de injurias. Una de las novedades más significativas de la ley de 2000 fue precisamente introducir la posibilidad de que el juez de paz actúe como mediador o bien la de recurrir a mediadores externos, conforme establece su art. 29. Así, el juez puede suspender la instancia por dos meses para permitir la realización de la mediación por el mismo o a través de servicios específicos. Si la mediación es exitosa, concretamente si el agresor manifiesta y acepta la intención de reparar los daños, se desistirá de la acción penal y se produce la extinción del proceso. En caso de fracasar la mediación, las partes tendrán la garantía de que sus declaraciones en el ámbito de las sesiones de mediación no podrán ser utilizadas en la posterior causa judicial⁹²⁵.

Mannozi denota que la competencia penal de los Juzgados de Paz posibilitó el recurso a la mediación víctima-agresor y reconoció que un comportamiento reparador puede

⁹²¹ Cfr. TRENSZEK, Thomas, “Victim-Offender Mediation in Germany: ADR Under the Shadow of the Criminal Law?”, cit., pp. 1 y 10.

⁹²² Sobre la mediación en materia penal en Alemania, confrontada con la situación de Francia, véase TRÄNKLE, Stefanie, “In the shadow of penal law: victim offender mediation in Germany and France”, cit., pp. 395-415.

⁹²³ Cfr. MESTITZ, Anna, “Victim-offender mediation in Italy”, *Newsletter Euforum*, Vol. 3, n.º3, 2002, p. 2.

⁹²⁴ Publicado en la *Gazzetta Ufficiale* n.º 234, del 10 de octubre de 2000 - Suplemento ordinario n.º 166.

⁹²⁵ Véase el art. 29, apartado 4, del Decreto Legislativo n.º 274/2000. Cfr. PEDROSO, João, *et al.*, *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, cit., pp. 234-235.

aceptarse como medio de extinguir el procedimiento criminal⁹²⁶. Sin embargo, queda por reglamentar la mediación penal en términos generales permitiendo su acceso generalizado y no únicamente en el ámbito competencial de los Juzgados de Paz.

viii. Portugal

Portugal ha creado un sistema público de mediación penal, con participación activa del Ministerio de Justicia, responsable de la designación del mediador penal en cada caso, y del Ministerio Fiscal que deberá, en la fase de investigación, remitir el proceso a mediación⁹²⁷. La Decisión-Marco 2001/220/JAI ha sido transpuesta por Portugal con la introducción de la mediación penal a través de la Ley 21/2007, de 12 de junio⁹²⁸, insertándola dentro del proceso penal. En verdad, aquella Decisión, en su art. 1, párrafo e), posibilitaba que la mediación fuese reglamentada como mecanismo previo e independiente de un proceso, pero Portugal ha optado por insertar este mecanismo en el ámbito del propio proceso penal⁹²⁹, situación que también se verifica en Francia y Alemania⁹³⁰.

En términos de concepto, la Ley 21/2007 define en su art. 4 la mediación como un proceso informal y flexible, conducido por un tercero imparcial, el mediador, que promueve la aproximación entre agresor y víctima y los apoya en la tentativa de encontrar activamente un acuerdo que permita la reparación de los daños causados por el acto ilícito, contribuyendo a la restauración de la paz social. De esta definición podremos

⁹²⁶ Cfr. MANNOZZI, Gracia, “A rede italiana dos julgados de paz. Enquadramento da mediação: um modelo teórico”, *NewsLetter DGAE*, n.º0, Ministério da Justiça, Lisboa, 2001, p. 9.

⁹²⁷ Desarrollaremos seguidamente este sistema, dando cuenta de los resultados de los cuestionarios realizados a los Procuradores del Ministerio Público. Los cuestionarios fueron enviados al Ministerio Público de las 15 Comarcas en que el sistema de mediación penal está en funcionamiento. Solamente fue posible recoger las respuestas en tres Comarcas, concretamente Alentejo Litoral, Coimbra y Vila Nova de Gaia. Respondieron 13 Procuradores, siendo estas respuestas las que indicaremos en este apartado. El formulario de los cuestionarios y las respuestas obtenidas están reproducidos e indicadas en el Anexo I en este estudio.

⁹²⁸ Publicada en el *Diario de la Republica*, 1ª serie, nº112, del 12 de junio de 2007 y reglamentada también por la *Portaria* nº 68-C/2008, del 22 de enero que aprueba el reglamento del sistema de mediación penal (alterada por la *Portaria* n.º732/2009, de 8 de julio).

⁹²⁹ De los trece cuestionarios, 5 Procuradores han criticado la opción legal indicando que dicha posibilidad solamente retrasaba el proceso penal, debiendo ser anterior y previa a la queja de la víctima.

⁹³⁰ Como referimos, en estos dos países la reglamentación fue introducida en los Códigos Penales y de Procedimiento Penal lo que rechazamos defendiendo la existencia de una ley autónoma para distinguir los ámbitos judiciales y extrajudiciales.

percibir que se consagra el modelo de mediación víctima-agresor, siendo privilegiado el contacto directo entre ambos.

Por otro lado, son establecidas como finalidades de la mediación: la reparación de los daños y la restauración de la paz social. Así, Anabela Rodrigues señala que la reparación, que Roxin consideró la “dritte Spur” al lado de la pena y de la medida de seguridad, es utilizada en cuanto constituya una contribución a la realización de las finalidades tradicionales, preventivas, del derecho penal⁹³¹. De hecho, la ley no se preocupa exclusivamente de los implicados directamente en el delito, es decir, víctima y agresor, sino también realza las repercusiones en la sociedad de la resolución pacífica del conflicto.

En lo que concierne al ámbito material, la aplicación de la mediación depende de la verificación de varios requisitos establecidos en art. 2 de la Ley 21/2007. Por un lado, la mediación sólo es posible en el ámbito de procesos por delito que dependan de acusación particular o de queja⁹³² y, en este último caso, sólo cuando se trate de delitos contra las personas⁹³³ y contra el patrimonio^{934/935}. Por otro lado, e independientemente del tipo de delito, el proceso de mediación no podrá producirse, en conformidad con el apartado 3 del art. 2 de la predicha ley, cuando: (1) el tipo legal de delito prevea pena de prisión superior a 5 años⁹³⁶; (2) si se encuentran en cuestión delitos contra la libertad o autodeterminación sexual⁹³⁷, de extorsión, corrupción o tráfico de influencia⁹³⁸; (3) si el

⁹³¹ RODRIGUES, Anabela Miranda, “A propósito da introdução do regime da mediação no processo penal”, cit., p. 131. Cláudia Santos considera que en este ámbito la previsión del art. 3 debería tener mayor concreción. Considera la autora que merecían tener consagración, aun que a título ejemplificativo y no cumulativo, la reintegración de las necesidades de la víctima, del agresor e de la comunidad, (cfr. SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, cit., pp. 94 y 95).

⁹³² Quedan así excluidos del ámbito de la mediación los delitos públicos.

⁹³³ Abarcándose a título ejemplificativo los delitos de injuria, difamación, ofensas simples a la integridad.

⁹³⁴ El delito de daños simples es el ejemplo más claro.

⁹³⁵ Datos estadísticos distribuidos por el GRAL revelan que los principales crímenes sometidos a mediación penal en el sistema portugués son: (1) la ofensa simple a la integridad física (281 casos); amenazas (62 casos); daño (48 casos); hurto (47 casos).

⁹³⁶ El legislador portugués ha establecido por ahora la mediación para la pequeña criminalidad. Hay, todavía, países europeos que prevén consecuencias penales menores, como es el caso de la Ley Eslovaca que restringe la mediación a los delitos con pena de prisión hasta 3 años. Para un estudio comparativo con otras leyes en este aspecto, véase LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos - Um novo «paradigma» de justiça? Análise crítica da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, 2008, p. 53, np. 94.

⁹³⁷ Entiende que en los delitos contra la libertad y autodeterminación sexual la fragilidad de la víctima impide que la misma se enfrente al agresor en un equilibrio de fuerzas. En el mismo sentido, véase LEITE,

ofendido tiene menos de 16 años⁹³⁹; y, por último, (4) si es aplicable proceso sumario o sumarísimo⁹⁴⁰. Cumple referir que todos los requisitos indicados son cumulativos, bastando que uno no se verifique para que no pueda realizarse la mediación⁹⁴¹.

En relación al momento procesal en que se inserta la mediación, el legislador reservó la fase de la investigación, a cargo del Ministerio Público portugués, para que sea en ésta donde la mediación pueda ocurrir, ya que la Decisión Marco 2001/220/JAI confería a los Estados Miembros total libertad en esta materia. Cardona Ferreira⁹⁴² defiende que la mediación penal puede tener lugar en todas las fases del proceso penal, acogiendo lo que la Recomendación R(99)19 del Consejo de Europa prevé en su apartado 4. Estamos de acuerdo con André Lamas Leite⁹⁴³ en que en el futuro, y después de la implementación integral en todo país de este mecanismo, se extienda el mismo a la fase de instrucción y de enjuiciamiento⁹⁴⁴.

André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., pp. 65 y 66. En el sentido de abarcar también estos delitos, véase SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, cit., pp. 97-99.

⁹³⁸ Los límites de extorsión, corrupción o tráfico de influencia ya estarían excluidos porque son públicos y no afectan a las personas o al patrimonio. Se trató de un error del legislador que no debería incluirlos. V. LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., p. 66.

⁹³⁹ Para agresores menores de 16 años deberá ser aplicada la Ley Tutelar Educativa (Ley nº 166/99, de 14 de septiembre) que prevé en su art. 42 el recurso a la mediación. La ley no se refiere a los interdictos y inhabilitados, sin embargo concordamos con André Lamas Leite en el sentido de estos debieren ser excluidos, una vez que, tal como prescribe la Recomendación R(99)19, en el apartado 13 del Apéndice, la mediación no deberá continuar si alguna de las partes no entiende el significado del procedimiento de mediación. V. LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., p. 63.

⁹⁴⁰ Los trámites procesales de estas formas de proceso penal son demasiado sencillos y rápidos no existiendo disponibilidad temporal para que la mediación tenga lugar.

⁹⁴¹ Los cuestionarios realizados al Ministerio Público revelan que de una forma general todos los procuradores concuerdan con los criterios legales de aplicación del sistema de mediación penal.

⁹⁴² Cfr. FERREIRA, J. O. Cardona, “A Mediação como caminho para a Justiça”, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 524.

⁹⁴³ Cfr. LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., p. 70.

⁹⁴⁴ De los 13 Fiscales portugueses que han respondido a los cuestionarios, 7 concuerdan en que la fase de investigación es el momento oportuno para ocurrir la mediación penal, pero 6 disienten. Debemos advertir que 2 Procuradores consideran que si uno de los objetivos de la introducción de este mecanismo es evitar diligencias procesales, entonces la mediación penal debería ocurrir inmediatamente tras la queja en el propio órgano policial evitándose que el nivel conflictual entre las partes se agrave.

En lo que respecta al desencadenamiento del procedimiento de mediación, y como ya se ha señalado, es el Ministerio Público quien tiene esta competencia⁹⁴⁵. La decisión de aplicar la mediación al caso concreto obedece a dos criterios. Por un lado, deberán constar reunidos indicios suficientes de la práctica del delito. Por otro lado, el Ministerio Público deberá considerar que, a través de esta técnica, se responderán adecuadamente a las exigencias de prevención del caso. Así, se da cumplimiento a lo establecido en el apartado 7 de la Recomendación R(99)19. La Ley 38/2009, de 30 de julio, que define los objetivos, prioridades y orientaciones de la política criminal reforzó el incremento del recurso a la mediación penal y consagró, en el art. 16, apartado 2, que el Ministerio Público deberá remitir un proceso a este mecanismo en especial cuando el agresor tuviere edad inferior a 21 años, no tuviere antecedentes criminales, haya confesado los hechos y haya reparado el daño o demostrado voluntad de repararlo.

El procedimiento de mediación también podrá ser solicitado al Ministerio Público por el acusado y el ofendido de mutuo acuerdo⁹⁴⁶ (art. 3, apartado 2 de la Ley 21/2007). En esta situación, y desde el momento en que los requisitos de aplicación material del art. 2 se verifiquen, el Ministerio Público ya no tendrá que realizar ningún juicio de oportunidad de la aplicación de la mediación debiendo designar automáticamente un mediador penal⁹⁴⁷.

La designación por parte del Ministerio Público del mediador penal es realizada a través de un sistema informático que secuencialmente escoge una de las personas inscritas en la lista elaborada por el GRAL. Simultáneamente, y también de forma informática, es

⁹⁴⁵ Genéricamente los Procuradores concuerdan que debe ser el Ministerio Público quien remita el proceso para mediación. Sin embargo, tres fiscales entienden que los órganos policiales deberían ser los responsables de indicar la mediación penal.

⁹⁴⁶ Siete de los trece Procuradores confluyen en su opinión en la posibilidad de que únicamente el agresor o la víctima soliciten la mediación penal. Sin embargo, la referida solicitud no podría crear para la parte contraria la obligación de asistir a una sesión de mediación, en orden al principio de voluntariedad del sistema.

⁹⁴⁷ Una cuestión que se podrá suscitar en este ámbito es saber si la facultad del procurador para remitir el proceso a mediación es una facultad discrecional o vinculante. Es decir ¿la víctima o el agresor pueden contestar la decisión del Procurador de enviar o no el proceso a la mediación?. En cuanto a la decisión de proponer la mediación, las partes podrán siempre manifestar su opinión rechazando someterse a este mecanismo, toda vez que la misma es voluntaria. ¿Pero, y si de hecho quisieran la mediación y el procurador decide que el proceso no deberá ser remitido para mediación, aunque los requisitos de la ley se verifiquen?. Estamos de acuerdo, además, con André Lamas Leite en que la Ley de Enjuiciamiento Criminal portuguesa no permita recurso a esta decisión. Este es un problema que la ley no ha resuelto y que permite que muchos procuradores contrarios a la mediación penal rechacen su aplicación. V. LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., pp. 75-80.

enviada al mediador por el procurador responsable del proceso, la información que considere necesaria, concretamente datos relativos al agresor, a la víctima y una descripción sumaria del objeto del proceso. Esta información deberá ser utilizada por el mediador únicamente para poder percibir qué tipo de emociones afectarán a las partes. Sin embargo, deberá tener especial cuidado para no verse influenciado por ningún prejuicio de culpabilidad o inocencia del agresor⁹⁴⁸.

La víctima y el agresor son informados de que el proceso ha sido enviado a mediación a través de una notificación por carta enviada desde los servicios del Ministerio Público, no en vano es esta entidad es la titular de esta fase procesal y la responsable de decidir la aplicación de la mediación⁹⁴⁹. Esta notificación explica abreviadamente qué es la mediación y su procedimiento general, particularmente el tipo de acuerdo que las partes podrán establecer.

El mediador penal contactará después con las partes intentando obtener su consentimiento a la realización de la mediación y si estas consienten señalará las fechas de celebración de las sesiones. Si los implicados no aceptan la mediación penal, el proceso sigue la vía judicial. Aceptada la mediación es necesario que víctima y agresor comparezcan personalmente, pudiendo estar representadas por abogado (art. 8 de la Ley 21/2007).

Tras la celebración de las sesiones de mediación⁹⁵⁰, los implicados pueden llegar a un acuerdo o no. Una singularidad de este sistema reside en el tipo de acuerdo que las partes podrán pactar, en la medida que su libertad a tal efecto se encuentra limitada por el art. 6, apartado 2, de la Ley 21/2007 que impide el establecimiento de sanciones privativas de

⁹⁴⁸ Disentimos con André Lamas Leite en su defensa de que deberían ser transmitidas al mediador también las declaraciones del agresor y víctima. Pensamos que demasiada información podrá afectar la imparcialidad del mediador. V. LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., p. 73.

⁹⁴⁹ La notificación del envío del proceso para mediación fue aprobada por la *Portaria* n.º68-A/2008, de 22 de enero.

⁹⁵⁰ Al respecto del plazo de duración de un procedimiento de mediación penal, se fija un límite de tres meses, que podrá ser prorrogado por el Ministerio Público hasta un máximo de dos meses más, por lo que, en el cómputo general, este procedimiento no podrá prolongarse más de cinco meses. V. art. 9 de la *Portaria* n.º68-C/2008, de 22 de enero.

libertad o deberes que ofendan la dignidad del imputado, así como sanciones cuyo cumplimiento se prolongue durante más de seis meses⁹⁵¹.

Alcanzado el acuerdo se comunica el mismo al Ministerio Público para que pueda efectuar un control mínimo de su legalidad, concretamente si las restricciones legales del art. 6 han sido respetadas. Si el procurador detecta alguna ilegalidad reenvía el acuerdo nuevamente para que el mediador, en un plazo de 30 días, trate de construir con las partes otra solución^{952/953}.

El acuerdo alcanzado ha de ser homologado por el Procurador, equivaliendo a la renuncia de la queja (art. 5, apartado 4). Como señala André Lamas Leite, existe verdaderamente una renuncia de la queja bajo condición suspensiva, ya que si el acuerdo no se cumple, el ofendido siempre podrá renovar la queja en el plazo de un mes a contar desde la fecha en la que se tendría que haber constatado el cumplimiento. Llegados a ese punto se reabrirá la investigación.

El sistema de mediación penal es gratuito para las partes, siendo la remuneración del mediador soportada por los gastos recogidos en el presupuesto del GRAL. De esta forma, el Gobierno mantiene sus responsabilidades en materia de prevención criminal. Por otro lado, y como pone de manifiesto Manzanares Samaniego, “no parece correcto «victimizar» de nuevo a la víctima con el gravamen de un desembolso económico y, de otro lado, se tropezará frecuentemente con la insolvencia del delincuente”⁹⁵⁴.

En términos de estatuto procesal del mediador penal, André Lamas Leite lo cualifica como una modalidad atípica o *sui generis* de participante procesal⁹⁵⁵. De hecho, y en este sentido, la *Portaria* n.º68-B/2008, de 22 de enero, indica que el mediador surge como un

⁹⁵¹ André Lamas Leite considera que el art. 6 de la Ley 21/2007 padece de inconstitucionalidad material por violación del principio de la determinabilidad o taxatividad de las sanciones previsto en el art. 29, apartado 3, de la Constitución Portuguesa. No mantenemos la postura de este autor una vez que se parte de la idea de que el acuerdo de mediación es una sanción *tout court*, olvidando su naturaleza contractual. Cfr. LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., p. 82 y ss..

⁹⁵² Es un plazo perentorio que puede ser prorrogado teniendo en cuenta el dispuesto en el art. 5, apartado 2.

⁹⁵³ Todos los Procuradores cuestionados concuerdan en que el control de legalidad sea realizado por el Ministerio Público. Cuando preguntamos si la Fiscalía debería pronunciarse respecto al contenido del acuerdo de mediación, 8 respondieron que “sí” (para que puedan analizar la adecuación y proporcionalidad del pacto de las partes) y 5 que “no” (porque el acuerdo está sujeto a la disponibilidad de las partes).

⁹⁵⁴ V. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “La mediación penal”, *Diario La Ley*, n.º6900, 2008, p. 5.

⁹⁵⁵ V. LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos...*, cit., p. 123.

nuevo agente participante en las tareas de realización de la justicia penal. La ley portuguesa optó, así, por delegar la función de mediador penal a un cuerpo de profesionales liberales especializados que son independientes del Ministerio Público. Entendemos como muy acertada esta opción pues sólo así se puede garantizar la total imparcialidad del mediador, circunstancia necesaria e imprescindible para la confianza de los ciudadanos en este mecanismo.

Para que una persona pueda ser mediador penal deberá reunir los requisitos previstos que contempla la propia ley, *máxime* en su art. 12, concretamente: (1) tener más de 25 años; (2) gozar en pleno de sus derechos civiles y políticos; (3) tener una licenciatura o experiencia profesional adecuadas; (4) tener superado un curso de mediación penal reconocido por el Ministerio de Justicia; (5) ser persona idónea para el ejercicio de la actividad de mediador; (6) tener dominio de la lengua portuguesa. Las personas que reúnan estos requisitos deberán ser seleccionadas en un procedimiento reglamentado en la *Portaria* n.º68-B/2008, de 22 de enero⁹⁵⁶, a través de un previo análisis curricular y entrevista personal.

La mediación en materia penal en Portugal está dando sus primeros pasos bajo la reglamentación de la Ley 21/2007, pero aún así ya nos parece que es un sistema con muchas ventajas y visos de éxito si consigue superar algunas reticencias por parte de profesionales de la justicia como abogados y fiscales, ante los innegables resultados que van revelando su crecimiento.

Cuadro n.ºIV.2 - Estadística del Sistema de Mediación Penal portugués

		2008	2009	2010
Solicitudes de mediación		95	224	261
Premediaciones		95	224	249
Procedimientos de Mediación	Procesos finalizados	30	87	284
	Con acuerdo	16	47	71
	Sin acuerdo	14	40	87
	Porcentaje de acuerdos obtenidos	53,33%	54,02%	25,00%
Duración media del proceso en términos administrativos desde su solicitud (en días)		90	99	118

⁹⁵⁶ Publicada en el *Diário da República*, 1.ª Série, nº15, de 22 de enero de 2008 y rectificada por la Declaración de Rectificación nº 17/2008, de 20 de marzo. La relación de los mediadores penales con el Estado portugués encaja en la figura de la prestación de servicios especializados ocasionalmente, no asumiendo este procedimiento de selección las características típicas de la selección de funcionarios de la Administración Pública.

2.2.6. Reflexiones y propuestas de reglamentación de la mediación en materia penal en España

Expuestos los pilares caracterizadores de la justicia restaurativa y de la mediación penal y analizados el panorama legislativo y las experiencias desarrolladas en diversos países cumple ahora reflexionar sobre algunos aspectos más controvertidos en estas materias, tratando de plantear las previsiones legales que este procedimiento podrá recibir en el futuro en el ordenamiento jurídico español.

De hecho, la mediación de adultos en materia penal en España⁹⁵⁷ no tiene regulación normativa y las iniciativas que se pudieran apuntar en esta materia carecen de legitimidad legal⁹⁵⁸. De todos modos, la ley penal española va teniendo algunos ejemplos de recepción de los principios de justicia restaurativa cuando, por ejemplo, reconoce a la reparación determinados efectos. Desde luego, el art. 21 del Código Penal, apartado 5, permite la atenuación de la pena si el culpable realiza la reparación del daño causado, siempre que esta se produzca antes de la celebración del juicio oral. Después, en la parte especial del Código Penal la reparación del daño es regulada como atenuante específica en varios supuestos concretos, como delitos sobre ordenación del territorio (arts. 319 y ss.); delitos contra el patrimonio histórico (arts. 321 y ss.); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 y ss.); y delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (arts. 322 y ss.)⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ En materia de menores la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero que reglamenta la responsabilidad penal de los menores, en su art. 19, apartado 3, permite al equipo técnico realizar las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y además se comprometa a reparar a la víctima. Sobre la mediación en la justicia de menores, véase, *inter alia*, MARTÍN DÍZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario...*, cit., pp. 392-395 y PARDO GONZÁLEZ, Yolanda, “La mediación penal en la justicia de menores”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 127, 2008, pp. 48-53.

⁹⁵⁸ Entre los proyectos que llevan a cabo la mediación en materia penal de adultos puede destacarse realzar la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito y el Juzgado de Instrucción nº2 de Valencia (que constituye la primera experiencia de mediación de adultos en España en funcionamiento desde enero de 1994) o el “Programa de mediación-reparación en la jurisdicción penal” de Catalunya (desarrollado por la Generalitat de Catalunya y creado en finales de 1998). Otros ejemplos los constituyen el Servicio de mediación entre víctima e infractor drogodependiente, que fue creado en 1999 y que resultó de un convenio entre el Ayuntamiento de Madrid y la Asociación “Apoyo” y el programa piloto de mediación penal que se está desarrollando en la provincia de Burgos a través de la actividad del Servicio de Mediación penal de Burgos y la asociación “Amepax”.

⁹⁵⁹ Respecto a la regulación de la reparación en la ley penal véase VALL RIUS, Anna María, “El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española”, *La Ley*, nº4, 2006, pp. 1412-1425 y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, cit., pp. 62-86.

Si los principios de justicia restaurativa ya tienen un cierto reflejo en la legislación penal española tal y como acabamos de reseñar, quedará solamente pendiente la previsión legal de la mediación en materia penal para que este procedimiento inicie su camino en la resolución de conflictos penales. Analicemos ahora algunas cuestiones que tendrán que ser decididas por el legislador, llegado el momento de su configuración legal.

2.2.6.1. ¿Mediación en materia penal y sistema de justicia criminal: separados o integrados?

Una primera cuestión que inevitablemente se ha de resolver es la relativa a la relación entre la mediación en materia penal y el sistema judicial, que consecuentemente exige que se analice cual ha de ser la entidad competente para proponer la mediación y remitir el proceso a mediación.

En las orientaciones de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) para mejorar la implementación de la mediación penal en los Estados-Miembros se establece expresamente que “Member states are encouraged to establish and/or improve cooperation between criminal justice authorities and mediation services to reach victims and offenders more effectively”⁹⁶⁰.

Las Naciones Unidas, al hilo de esta cuestión se refieren a que “Restorative justice programmes generally operate within the context of or alongside the larger criminal justice system. As such, these programmes must negotiate a substantive role in, or as an alternative to, the formal justice system or otherwise risk being marginalized and underutilized”⁹⁶¹.

La propia Decisión-Marco n.º2001/220/JAI consagra, en su art. 6, que cada Estado-Miembro deberá promover la mediación en los procesos penales relativos a las infracciones que considere adecuadas para este tipo de medida.

Entendemos, por tanto, que la integración de la mediación en materia penal en el sistema criminal ha de realizarse salvaguardando su autonomía y objetivos específicos. La opción, por ejemplo, de insertar la mediación penal dentro la fase de investigación del

⁹⁶⁰ V. CEPEJ, *Better Implementation of Mediation in the Member States of the Council of Europe – Concrete rules and provisions*, CEPEJ Studies, n.º5, p. 30 disponible en el siguiente endereço electrónico http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes5Ameliorer_en.pdf, accedido el 29 de enero de 2010.

⁹⁶¹ Cfr. UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., p. 51.

proceso penal en la situación en que el Ministerio Público decida cuáles procesos que deberán ser enviados a este mecanismo disminuye las resistencias institucionales. Es decir, como las entidades tradicionalmente competentes en el proceso tienen alguna intervención en la aplicación de la mediación, aun que sea indirecta, será más fácil que acepten la introducción de la misma en la resolución de conflictos penales, si se sientan responsables y con competencia en virtud de su importancia institucional.

Sin embargo, una vinculación muy estrecha al sistema judicial puede deparar también consecuencias negativas. Como hemos visto, en el sistema belga la formalización del acuerdo ante el “magistrado de mediación” puede dar lugar a mini-enjuiciamientos moralizantes, opción que rechazamos, puesto que habiendo optado por la mediación penal únicamente víctima y agresor deben discutir la resolución del conflicto⁹⁶².

Ahora bien, pensamos que la vinculación del sistema judicial a la mediación se puede realizar en un nivel inicial, con la remisión de los casos a este mecanismo, ya sea efectuada por los fiscales, o lo sea por los jueces (en función de lo que pueda disponer la ley al respecto), y posteriormente a un nivel final con el control de los postulados del acuerdo en el sentido de determinar si lo pactado no viola derechos del imputado o de las víctimas, y si respeta la legalidad.

En términos de servicios de mediación, la independencia de los mediadores deberá ser total y, por lo tanto, el fiscal o juez del proceso no podrán nunca ser mediadores ni influir, instruir o imponer actuaciones a estos últimos. En este sentido, Heredia Puente, considera que es necesario “la autonomía funcional de los servicios de mediación y de que el equipo de mediación se sitúe en una posición marcadamente diferenciada del Juez y del Ministerio Fiscal, tanto por ubicación del servicio en un espacio físico distinto cuanto que los servicios de mediación no se organicen como órganos objetivamente dependientes de la jurisdicción”⁹⁶³.

⁹⁶² Martin Wright afirma “that a society will be healthier if the involvement of the state is kept to a minimum”. Cfr. WRIGHT, Martin, “Restorative Justice in Europe and beyond”, trabajo presentado en la Conferencia “Co-operation of Eastern and Central European countries for the development of restorative justice and mediation” en Warsaw, 21-22 de enero de 2006, p. 7 y disponible en el siguiente endereço electrónico <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wrightmartin2006/view>, accedido el 30 de enero de 2010.

⁹⁶³ Cfr. HEREDIA PUENTE, Mercedes, “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, cit., p. 6.

Por otro lado, y no obstante en el entendimiento de que la mediación podrá estar integrada en el sistema judicial penal, incluso porque constituye una forma de terminar el proceso, consideramos que para mantener la distinción entre los dos caminos es necesario reglamentar la mediación en una ley autónoma y singular, tal y como se verificó en Portugal y no introducirla en los Códigos Penales o Códigos de Procedimiento Penal como ha hecho Bélgica o Alemania. En este sentido propugnamos que España consagre la mediación en materia penal de forma autónoma a las leyes penales y procesales penales.

2.2.6.2. ¿Reglamentación del modelo de mediación, si o no?

¿Es imprescindible que exista reglamentación de este mecanismo? Como realzan las Naciones Unidas “Legislation may be useful in providing the impetus for a more frequent use of the restorative justice process. It can also be used to promote predictability and certainty in the use of the restorative process as well as to establish all of the necessary legal safeguards”⁹⁶⁴. De hecho, no es muy aceptable que se mantengan en funcionamiento proyectos de mediación en materia penal en España sin una previsión legal que les dé cobertura.

La cuestión que se debe abordar seguidamente es: ¿qué ha de regularse legalmente? Pensamos que deben estar regulados en la ley los tipos de delito en que puede existir mediación; quien puede solicitar la mediación o enviar el proceso a mediación; las limitaciones en términos de acuerdos y su efectividad; quien puede ser mediador penal y la gratuidad de la mediación⁹⁶⁵. Es decir, deberán estar contemplados legalmente, como mínimo, el antes y el después de la mediación, pero en relación a las sesiones de este procedimiento el mediador deberá tener libertad.

⁹⁶⁴ Cfr. UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, cit., p. 51. En el mismo sentido el párrafo 12 de los *Basic Principles* de la UN consagra que “legislative action may also be necessary, depending on the legal context, in order to set some standards and provide some mandatory legal safeguards for participants”.

⁹⁶⁵ Todos los sistemas analizados consagran la gratuidad de la mediación en materia penal y ésta es también la orientación del CEPEJ en las líneas para una mejor implementación de la mediación penal. V. CEPEJ, *Guidelines for a better implementation of existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, CEPEJ(2007)13, Estrasburgo, punto 34, disponible en el siguiente endereço electrónico, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ%282007%2913&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DGHL-CEPEJ&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6>, accedido el 1 de febrero de 2010.

Así, no debiera ser el legislador quien se posicione por un modelo de mediación directa o indirecta. Es el mediador quien debe disponer de la libertad para que al evaluar el caso concreto decida qué modelo y técnicas conviene utilizar.

El legislador si tendrá que regular los mecanismos de control de la actividad del mediador en términos de normas deontológicas que este deberá observar en su profesión⁹⁶⁶. Además, tendrá que reglamentar los requisitos para acceder al ejercicio de la mediación y la formación del mediador⁹⁶⁷. Sin embargo, no deberá reglamentar las fases de la mediación o los instrumentos a aplicar en sus sesiones de este mecanismo, puesto que, como acabamos de referir, dependerá del caso concreto y de las opciones que el mediador adopte.

Deberán estar consagrados en la ley los criterios de remisión de un proceso para mediación, concretamente la asunción de culpa por parte del agresor o la necesidad de que las exigencias de prevención estén cumplidas, incluso, después de ser enviado el proceso al mediador éste deberá tener libertad de actuación hasta la obtención del acuerdo y el control a realizar en esta materia tendrá que estar restringido al cumplimiento de las normas éticas y de los principios de confidencialidad, imparcialidad o neutralidad.

2.2.6.3. ¿Quién puede solicitar o remitir un proceso para mediación en materia penal?

En países como Bélgica, Alemania y Portugal la mediación en materia penal, para conflictos ya judicializados, está prevista en la fase de investigación, siendo responsabilidad de los fiscales determinar la remisión del proceso a este mecanismo. Es una solución que fácilmente se comprende, una vez que tiene como objetivo resolver lo más rápidamente posible el conflicto, permitiendo que la víctima sea resarcida sin los retrasos inherentes a un proceso judicial. Por otro lado, la obtención de un acuerdo

⁹⁶⁶ Como refiere Heredia Puente “el control debe ser externo al proceso de mediación. El proceso de mediación debe desarrollarse en condiciones de gran autonomía, sin que el control signifique confusión de funciones ni dependencia orgánica”. Cfr. HEREDIA PUENTE, Mercedes, “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, cit., p. 6.

⁹⁶⁷ En cuanto a los parámetros que un mediador tendrá que cumplir y a su formación, el CEPEJ, en las líneas para la implementación de la Recomendación R(99) 19, propone en el punto 22 que haya una uniformización en términos europeos y, consecuentemente, que sea creado, por ejemplo, un Certificado Europeo del Mediador. De esta forma será posible que los mediadores circulen en el espacio europeo y puedan resolver conflictos en todos los países de la Unión Europea. V. CEPEJ, *Guidelines for a better implementation of existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, cit., punto 22.

reparatorio en sede de mediación surtirá como efecto la conclusión del proceso, impidiendo que éste prosiga y evitando sobrecargar a los tribunales. Así, la fase inicial del proceso judicial es el momento que presenta mayores ventajas.

Pensamos, incluso, que la aplicación de la mediación no deberá estar restringida a la fase de investigación y a la iniciativa del Ministerio Público, pudiendo el juez en la fase de enjuiciamiento y considerando que se reúnen las condiciones de verificación de la mediación, sugerirla a las partes. La propia Ley Belga, que comenzó en 1994 por prever la aplicación de la mediación en el ámbito del Ministerio Público, ha ampliado en 2005, en el art. 553, §1er, la legitimación para la solicitud de este mecanismo a todos los interesados y a todas las fases del proceso. Consideramos pertinente esta ampliación ya que las ventajas de recurrir a este mecanismo no se pierden en el ámbito de la fase de enjuiciamiento.

Así, en la previsión de la mediación en materia penal en España, sugerimos que se contemple su aplicación en la fase inicial del proceso, con control del fiscal, pero también que se permita después en todas las fases del proceso, por remisión de los jueces o solicitada por las partes, incluso en el ámbito de ejecución de la pena, como recomienda la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia⁹⁶⁸. Obviamente en sede de ejecución penal la mediación no tendrá por objetivo obtener un acuerdo reparador de los daños sufridos por la víctima, pero podrá ser importante para restablecer condiciones de cumplimiento de la sentencia o incluso para que la víctima pueda disminuir sus miedos en relación al agresor⁹⁶⁹.

En el marco de la remisión del proceso para mediación, y para que este mecanismo no sea utilizado como instrumento dilatorio, el legislador tendrá que prever plazos máximos de resolución del conflicto, sin que ello impida que el mediador pueda solicitar una prórroga si entiende que será fundamental para la obtención del acuerdo.

⁹⁶⁸ Ver CEPEJ, *Guidelines for a better implementation of existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, cit., punto 9.

⁹⁶⁹ Sobre la temática de la mediación penitenciaria, véase RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *et. al*, *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, pp. 149-209 y, aún, AGRA, Cândido y CASTRO, Josefina, “Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, Coimbra Editora, 2005, pp.102-104, en que los autores analizan dos proyectos de mediación post-sentencia en Bélgica.

Por otro lado, será esencial que la remisión del proceso para mediación suspenda los plazos de prescripción para que el derecho a la tutela judicial efectiva no se vea frustrado si la mediación no tuviere éxito⁹⁷⁰.

2.2.6.4. ¿Mediación en materia penal para todos los delitos?

Tomando la referencia de la cuestión anterior es obligada también la definición del ámbito de aplicación de la mediación en materia penal, es decir, si es conveniente y posible la aplicación de la mediación para todos los delitos o no.

Las experiencias en otros países europeos van en el sentido de restringir la mediación en materia penal a la pequeña criminalidad⁹⁷¹. Lhuillier expone dos razones que justifican esta realidad. “First, penal mediation is often seen as a sort of favour, and this seems out of place in the case of more serious offences. Second, the offences considered to be the most serious involve, in theory, violations of the most sacrosanct of values (first and foremost, incest and parricide); resolving the matter could not therefore amount to merely seeking a just and reciprocal apportionment of right and wrong, sealed by an agreement: when the most sacrosanct of values are attacked, for victims to have closure there is an expectation that any ethical uncertainty is brought to an end by the public and official naming of the aggressor”⁹⁷².

Consideramos que la argumentación para restringir el ámbito de aplicación de la mediación penal no deberá basarse en su nivel de garantías. De hecho, no podemos afirmar que la mediación no pueda aplicarse en determinado tipo de delitos porque no protege a la víctima o no garantiza los derechos del agresor, cuando estas dos premisas se verificarían en cualquier delito y sería tanto como afirmar que la mediación no es segura y que por ello jamás podrá ser un mecanismo de resolución de conflictos penales. Las reticencias a la mediación en materia penal han ser colmatadas desde la voluntariedad de este mecanismo, que siempre protegerá a la víctima cuando esta no se sienta preparada para enfrentarse al agresor, y con la actuación profesional del mediador que deberá tutelar y salvaguardar los derechos de ambas partes.

⁹⁷⁰ En este sentido véase el punto 2.3 de las líneas de implementación de la Recomendación R(99)19 del CEPEJ.

⁹⁷¹ En este sentido, véase AERTSEN, Ivo, “Victim-offender mediation with serious offences”, *Crime Policy in Europe*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2006, pp. 75-84.

⁹⁷² Cfr. LHUILLIER, Julien, *The quality of Penal Mediation in Europe*, cit., p. 14.

Sin embargo, propugnamos que la mediación en materia penal, y como mecanismo que puede poner fin al proceso judicial, no debe ser aplicada en delitos con pena superior al límite fijado para la suspensión de ejecución de la pena de prisión. En causa está, por lo tanto, un límite jurídico cierto y seguro, y que evita cualquier desconfianza hacia la mediación.

Para aclarar nuestra postura partimos en primer lugar de la evidencia de que la regulación legal de la mediación, en cuanto mecanismo de resolución de conflictos penales inserta en el proceso penal, tiene como finalidad evitar o concluir un proceso judicial mediante la obtención de un acuerdo reparatorio de los daños causados a la víctima. Por otro lado, el acuerdo no podrá prever ninguna pena, sea de prisión, sea de multa, sino únicamente una indemnización, una petición de disculpas o una prestación. En estos términos, la mediación penal no alberga una posible fuga a la aplicación de la pena de prisión que la ley penal no consagra, so pena de que todos los agresores se decantasen por este mecanismo no por arrepentimiento, sino para obtener una reducción de la sanción aplicable por el delito cometido. Consecuentemente, consideramos que la mediación en materia penal únicamente debe ser prevista para delitos y en las situaciones en que la ley penal prevea que la pena de prisión pueda ser suspendida condicionalmente o bien en caso de penas menos graves.

En relación a otros delitos, como homicidio o violencia de género⁹⁷³, la mediación en materia penal no podrá sustentarse atendiendo a la argumentación aducida anteriormente. En estos casos la mediación solo es viable en cuanto a la fijación de la indemnización a pagar a la víctima o a los perjudicados, en virtud de su naturaleza civil. La aplicación de la indemnización pecuniaria en orden a reparar los daños causados no constituye una pena, sino una consecuencia de la responsabilidad por la comisión del acto delictivo y,

⁹⁷³ Sobre la discusión respecto a la aplicación de la mediación en materia de violencia de género véase MARTÍN DIZ, Fernando, “Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género – aspectos procesales, civiles penales y laborales*, Coord. Montserrat de Hoyos Sancho, 1ª edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 669-688; POZO PÉREZ, Marta del, “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, cit., pp. 283-324; y FAGET, Jacques, “Mediation and Domestic Violence”, *Champ pénal/Penal field - Nouvelle Revue Internationale de Criminologie*, Vol.1, 2004, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://champpenal.revues.org/356>, accedido el 1 de febrero de 2010. Véase también PELIKAN, Christa, “Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence Cases—A Comparison of the Effects of Criminal Law Intervention: the Penal Process and Mediation. Doing Qualitative Research”, *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research* [On-line Journal], Vol. 3, nº1, enero 2002, disponible en el siguiente endereço electrónico accedido el 6 de abril de 2011, <http://www.irks.at/downloads/VOM%20in%20Domestic%20Violence%20Cases.pdf>.

por lo tanto, podrá ser pactada por las partes. En términos prácticos el juez enjuiciaría respecto a la responsabilidad penal y las partes podrían someter a mediación lo relativo a la responsabilidad civil.

También debemos excluir la mediación del ámbito de los delitos sin víctima por la propia naturaleza de la mediación. De hecho, si la mediación presupone el diálogo entre víctima y agresor y no hay víctima difícilmente el mediador podrá promover la resolución del conflicto⁹⁷⁴.

2.2.6.5. Tipos de acuerdos y su control

La mediación únicamente podrá deparar acuerdos “reparatorios” de los daños sufridos. Obviamente no tendrán que restringirse a un cuantitativo monetario pudiendo traducirse igualmente en una petición de disculpas, en trabajo a favor de la comunidad, en la reparación natural de los daños, en la realización de una prestación e incluso en el compromiso de someterse a un tratamiento o reeducación⁹⁷⁵. Todavía, no podrá jamás traducir una pena o multa.

Pensamos que la mejor forma de reglamentar los acuerdos reparatorios no es enunciar un catálogo de medidas para que las partes escojan las que prefieran. De hecho, esta enumeración pondría en causa una de las mayores ventajas de la mediación, es decir, la originalidad de los acuerdos finales y la construcción de la solución adecuada al caso concreto. Defendemos que la libertad de las partes no deba ser orientada con propuestas-tipo de medidas a adoptar⁹⁷⁶.

Sin embargo, la regulación legal si deberá prever algunas limitaciones para que los derechos fundamentales de los agresores no puedan verse afectados. De este modo abogamos a favor de la existencia de normas que impidan que la dignidad del ofendido sea conculcada, y que no permitan acuerdos muy extensos o eternos, o penas privativas de libertad⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ Sobre esta temática, véase MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, cit., pp. 55-56.

⁹⁷⁵ Estamos pensando en este último caso en la restauración del objeto en el delito de daños.

⁹⁷⁶ En este sentido, véase ALMEIDA, Carlota Pizarro, “A propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, nº3, Coimbra Editora, julio-septiembre 2005, pp. 412 y 413.

⁹⁷⁷ Como ocurre en la legislación portuguesa en el art. 6, apartado 2, de la Ley 21/2007.

En términos de control de los acuerdos, concretamente si los mismos infligen los límites que hemos referido, éste no podrá ser realizado por los mediadores una vez que esa actividad cuestionaría su neutralidad. Obviamente, el mediador deberá participar en la construcción de la resolución del conflicto, pero siempre con la finalidad de mantener los equilibrios de fuerzas y percibir si los intereses de las partes están atendidos y satisfechos.

Pues bien, ¿quien deberá entonces realizar este control? Para la resolución de esta cuestión tenemos que distinguir el momento procesal en que la mediación se haya efectuado.

En la fase de investigación de un delito, la legalidad de los acuerdos de las partes deberá ser controlada por el Fiscal del proceso. Si lo pactado respecta las limitaciones apuntadas, deberá verificarse el sobreseimiento provisional del proceso y el desistimiento de la querrela bajo condición suspensiva hasta que el agresor cumpla el acuerdo. Si el agresor no cumple lo pactado, el Ministerio Fiscal podrá solicitar la reapertura de la causa y proseguir las actuaciones realizando la acusación, o bien, la víctima deberá poder renovar la querrela para que el proceso retome su curso.

Si la mediación fue solicitada durante el enjuiciamiento es el juez quien controlará la legalidad del acuerdo, homologándolo. En términos de efectividad, y estando en causa el pago de una indemnización económica, pensamos que el pacto deberá constituir título ejecutivo que la víctima podrá ejecutar si no hubiere cumplimiento. Si los postulados del acuerdo fueren otros distintos a una mera indemnización, pensamos que la ejecución quede en suspenso hasta el total cumplimiento por el agresor, y si este no cumple, retomar su tramitación normal.

Estos son algunos problemas que la futura regulación legal de la mediación en el ordenamiento jurídico español tendrá que prever, esperándose que esta circunstancia se produzca en un breve lapso temporal y acompañada de medidas de implementación y monitorización de su aplicación para garantizar la aceptación y el éxito de este mecanismo en materia de justicia penal.

3. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA: EL CASO PARTICULAR DE LA MEDIACIÓN AMBIENTAL

El planteamiento de la mediación, así como de los diversos medios extrajudiciales de solución de conflictos, en el ámbito administrativo puede parecer un elemento extraño ante la potestad de una Administración Pública que actúa bajo su *ius imperium*, vinculada al principio de la legalidad. En este sentido, Silvia Barona Vilar señala que “si los parámetros de actuación de la potestad administrativa responden a una concepción publicista, resulta compleja la asunción de una posibilidad convencional de intervención que se extienda a sus actividades, funciones y potestades mediante la negociación, el consenso, el acuerdo con los particulares destinatarios de las mismas”⁹⁷⁸.

Sin embargo, y como la propia autora de referencia indica, viene constatándose una tendencia hacia la “desformalización” de la Administración Pública y una creciente exhortación a la participación de los ciudadanos en las decisiones que les afectan. En Alemania, desde 1976, la Ley Federal del Procedimiento Administrativo contempla la figura del Contrato de Derecho Administrativo, “abriéndose las posibilidades convencionales y de pactos de la Administración”⁹⁷⁹ y en Italia, la Ley 241/1990 sobre nuevas formas en materia de procedimientos administrativos y el derecho de acceso a los documentos administrativos, vino a establecer la posibilidad de la Administración pueda concluir acuerdos con los interesados a fin de determinar el contenido discrecional de la resolución final o bien, en los casos previstos por la ley, en sustitución de ésta⁹⁸⁰.

En EE.UU. fue aprobado en 1990 el *Administrative Dispute Resolution Act*, que establecía la utilización de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos por los organismos públicos federales, posibilidad reafirmada más tarde por el *Administrative Dispute Resolution Act of 1996*⁹⁸¹. El Consejo de Europa, publicó la Recomendación Rec(2001)9 del Comité de Ministros de los Estados miembros, sobre los modos

⁹⁷⁸ Cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 274. Por otro lado y como pone de manifiesto Ignacio Granado Hijelmo, como el Estado y demás entes administrativos tutelan intereses públicos no sería posible la transacción, compromiso, amigable composición o arbitraje sin especiales requisitos o *conditio iuris*. GRANADO HIJELMO, Ignacio, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº39, 2005, p. 52.

⁹⁷⁹ Cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 270.

⁹⁸⁰ Cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos...*, cit., p. 271.

⁹⁸¹ Aprobado por la *Public Law* 104-320.

alternativos de regulación de los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas, adoptada el 5 de septiembre de 2001, que, en sus considerandos, señala que los mecanismos extrajudiciales deben ser aplicados porque no siempre los procedimientos jurisdiccionales son el medio apropiado de resolver conflictos administrativos, recomendando a los Estados su implementación, concretamente señalando como uno de ellos a la mediación⁹⁸².

Esta tendencia también se advierte en el ordenamiento jurídico español. La Constitución Española establece en el art. 103, apartado 1, que la Administración Pública actúa de acuerdo con los principios de eficacia, desconcentración y descentralización, señalando en el art. 105 el principio de participación ciudadana en la Administración. Con este soporte constitucional, las leyes administrativas reformularan los principios que inspiran la relación contractual de la Administración Pública “que se dirige en la actualidad a implementarse como uno de los instrumentos formalizados de las distintas formas de la acción administrativa”⁹⁸³. En este sentido, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común “ha incorporado la técnica contractual, convencional o paccionada como forma de terminación de un procedimiento administrativo, por lo que positiviza con carácter general estos modelos convencionales y en especial, dentro de ese conjunto de prácticas eliminadoras del proceso, puede contemplarse implícitamente el convenio o el pacto de mediación”^{984/985}. De esta forma, la mediación en materia administrativa “viene

⁹⁸² En relación a la Recomendación Rec(2001)9, véase las *Guidelines* expuestas en CEPEJ, *Better implementation of Mediation in the Member States of the Council of Europe: concrete rules and provisions*, Council of Europe, 2007, pp. 37 y ss., disponible en http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes5Ameliorer_en.pdf, accedido el 12 de abril de 2011.

⁹⁸³ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 107.

⁹⁸⁴ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 107.

⁹⁸⁵ Además, no podemos dejar de referir que en materia de arbitraje la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, vino reglamentar el arbitraje institucional en la Administración General del Estado. Así, en los términos de la Disposición Adicional Única de la Ley referida, las *controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes, se resolverán por el procedimiento previsto en este precepto, sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias. Se entiende por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.*

configurada implícitamente en el artículo 88 de la LPC y, expresamente, en el artículo 107 de la LPC⁹⁸⁶. Ciertamente no es una posibilidad reconocida de forma pacífica, pero pensamos que está abierta la puerta para futuros desarrollos de la mediación administrativa⁹⁸⁷.

Restringiremos nuestro estudio en este apartado al ámbito específico del Derecho Ambiental y Urbanístico, materias típicamente administrativas, por su carácter novedoso, pero principalmente por las ventajas que puede deparar su implantación en estos casos. En verdad, la mediación ambiental revela virtudes y méritos excepcionales atendiendo a las especificidades de los conflictos en esta materia. Así, por ejemplo en EE.UU. se asume como movimiento autónomo con singularidad propia desde los años 1970. De este modo, empezaremos por abordar las especiales características de este tipo de conflictos para analizar posteriormente la realidad norteamericana en este ámbito. Terminaremos analizando la realidad europea y algunas experiencias llevadas a cabo en España.

3.1. Las características específicas de los conflictos ambientales

Los conflictos ambientales son el resultado de la interferencia humana en la naturaleza y presentan inherentes cuestiones relativas a la explotación de recursos naturales, degradación de ecosistemas o modificaciones en el medio ambiente⁹⁸⁸. La construcción de diques o presas, la edificación de grandes complejos turísticos, la sobreexplotación de recursos naturales, son algunos problemas que pueden originar conflictos ambientales. Pues bien, estos ejemplos evidencian algunas características comunes, confiriéndoles especificidades que importa analizar detenidamente para percibir las ventajas de los medios extrajudiciales en comparación con su tradicional solución en el ámbito de los tribunales judiciales⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., p. 137.

⁹⁸⁷ Para un análisis de la doctrina y de los requisitos de aplicación de este mecanismo en el ámbito administrativo, véase CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa...*, cit., pp. 137-176.

⁹⁸⁸ Cfr. GLASBERGEN, Pieter, “Environmental dispute resolution as a management issue: Towards new forms of decision making”, *Managing environmental disputes: network management as an alternative*, Edit. Pieter Glasbergen, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 1.

⁹⁸⁹ Sobre a las especificidades de los conflictos ambientales, véase, *inter alia*, SUSSKIND, Lawrence y WEINSTEIN, Alan, “Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. IX, 1980-81, pp. 314-336.

3.1.1. Conflictos multipartes con relaciones de poder en desequilibrio

Usualmente en materias civiles o mercantiles los conflictos enfrentan a dos partes con intereses antagónicos y generalmente bien identificadas. En cuestiones ambientales, la realidad es distinta, pues pueden existir en una sola situación conflictiva diferentes sujetos, con objetivos y posiciones diversas.

Pensemos, por ejemplo, en la construcción de una presa en un río que implicará la inmersión de un pueblo. Tendremos confrontados, por un lado, a los habitantes del pueblo, unos queriendo la presa para efectos de riego de los campos y otros opuestos a su construcción por la inundación de sus casas y terrenos. Pero en litigio estará también el poder político, interesado en fomentar empleo en la región, así como las empresas de explotación y suministro de energía que tienen expectativas económicas relativas a la venta de electricidad y, por otro lado, los ecologistas preocupados con los hábitats de los animales y la destrucción de especies vegetales. Así, percibimos en esta situación que tenemos diferentes objetivos perseguidos por cada parte y la resolución del conflicto deberá convocar la participación de todos⁹⁹⁰.

En este escenario es perceptible también que las relaciones de poder entre todos los sujetos implicados en el conflicto no están equilibradas. Así, la doctrina diferencia conflictos simétricos y asimétricos para distinguir las disputas en que sus actores cuentan con recursos de poder similares o “balanceados”, de los litigios en que manifiestamente existe una desigualdad entre los recursos de poder que poseen⁹⁹¹. Los factores capaces de distorsionar las relaciones de poder entre las partes son variados. Las condiciones económicas, el acceso a la información, las relaciones próximas con el poder político o la propia capacidad para liderar y negociar, son circunstancias que podrán acarrear ventajas para un parte en detrimento de la otra.

⁹⁹⁰ Sobre las diferencias fundamentales entre una disputa con dos partes y un litigio multipartes, véase SUSSKIND, Lawrence E., “Consensus Building and ADR: Why They Are Not the Same Thing”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 366-367. Sobre la acción pública en el ámbito del Derecho Medioambiental y de Urbanismo, véase BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “La acción pública en materia de urbanismo y de patrimonio histórico”, *Revista del Poder Judicial*, n.º66, 2002, pp. 513-553.

⁹⁹¹ Cfr. ORMACHEA CHOQUE, Iván, *Utilización de Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos Socioambientales: dos casos para reflexionar*, Ponencia preparada para la Conferencia Electrónica FAO-FTPP-Comunidec: “Conflictos Socioambientales: desafíos y propuestas para la gestión en América Latina”, Quito, 2000, p. 5, disponible en <http://www.rlc.fao.org/foro/media/Sesion3.pdf>, accedido el 14 de febrero de 2010.

En estas situaciones el medio de resolución del conflicto deberá eliminar los desequilibrios de poder, pues de otra forma las partes sentirán que la solución o decisión es el resultado de un procedimiento injusto. Por otro lado, es necesario que todas las partes y sujetos participen en la resolución de la disputa para que todos sientan que la solución representa todos los puntos de vista y evitar con ello desconfianzas sociales.

3.1.2. Colisión entre intereses públicos y privados

La confrontación entre intereses públicos e intereses privados es también una característica típica de los conflictos ambientales. Atendiendo al ejemplo presentado anteriormente de la construcción de una presa, percibimos que al interés privado de los propietarios de los terrenos se contrapone el interés público de producción de energía eléctrica para reducción de la dependencia externa en esta materia. En la mayoría de los casos, el interés público prevalece en detrimento de los intereses privados, pero habrá que compensar a los perjudicados, como se prevé normativamente en materia de expropiaciones.

Por otro lado, podrán diseñarse formas de minimizar la intervención en la esfera de los particulares, facilitando el diálogo entre todos los implicados y la discusión de ideas para alcanzar la solución más adaptada e idónea a la situación concreta. Un proceso judicial aplicará estrictamente las prescripciones legales consagradas en la materia en conflicto. Sin embargo, el caso concreto probablemente demanda una solución diferente de la prevista en las normas generales y abstractas. En este sentido, es común referir que los conflictos ambientales se basan en valores morales, más que en derechos legales. Por eso, Jennifer Girard indica que “the dispute is not only a contest between rights and obligations recognized by law, but also about their personal perspectives and perception of the parties”⁹⁹². Así, en el ámbito ambiental los conflictos podrían ser resueltos de forma más adecuada a través del diálogo y la discusión de valores.

3.1.3. Especificidades técnicas y científicas complejas

Los conflictos ambientales y urbanísticos plantean cuestiones técnicas y científicas basadas en estudios e informes relativos al impacto de determinada medida en el medio

⁹⁹² Cfr. GIRARD, Jennifer, *Dispute Resolution in Environmental Conflicts: Panacea or Placebo?*, 1999, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>, accedido el 15 de febrero de 2010.

ambiente, que difícilmente son entendidas por el ciudadano común en razón de su complejidad.

De este modo, la resolución de estos conflictos se ve dificultada porque la comunicación entre las partes no es mutuamente perceptible. Este hecho reclamaría la intervención de un tercero que fomentase el diálogo entre todos y principalmente la explicación de las cuestiones técnicas a la ciudadanía implicada que, de este modo, podría entender las consecuencias de determinada medida en su comunidad. La explicación de las cuestiones técnicas es también importante para la creación de soluciones creativas que minimicen los impactos de una medida medioambiental o urbanística.

Pues bien, el proceso judicial podrá no ser el mejor medio para resolver las cuestiones técnicas ambientales y urbanísticas, porque el juez no es especialista en la materia conflictual (en este caso el medioambiente)⁹⁹³. Por otro lado, seguramente no recibirá el testimonio de todos los implicados en el conflicto, que podrán sentir que no participan en el proceso de decisión de una cuestión que tiene implicaciones directas en su vida. Permitir la participación de los ciudadanos en los procesos con repercusiones en su quehacer cotidiano debe ser una premisa básica de los medios de resolución de conflictos en este ámbito.

3.1.4. Efectos decisorios en las generaciones futuras

Las alteraciones en el medio ambiente son susceptibles de repercutir prolongadamente en el tiempo y, muchas veces, son imposibles de revertir. Volviendo al ejemplo de la construcción de la presa, sus efectos van alterar el paisaje y la vida de los ciudadanos para siempre. Por eso, los impactos y cambios de esta naturaleza van afectar indefectiblemente a las generaciones futuras.

La aplicación de determinadas medidas, por otro lado, podrá implicar cambios en sus premisas iniciales por revelar consecuencias imprevistas. En verdad, los efectos de una determinada decisión solamente son conocidos una vez llevados a cabo y podrán exigir

⁹⁹³ Como señala Lawrence Susskind, “Environmental disputes, in particular, are characterized by their scientific and technical content. Judges, lawyers, and government officials routinely encounter questions involving the most sophisticated concepts in such disciplines as statistics, demographics, limnology (the study of bodies of fresh water), radiology, public health, and more. Even the most conscientious among them cannot hope to grasp more than broad dimensions of a given case”. Cfr. SUSSKIND, Lawrence y WEINSTEIN, Alan, “Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution”, cit., p. 318.

adaptaciones que una decisión judicial no permite. Pensemos en una situación de una fábrica que instala un nuevo proceso de quema de residuos para disminuir la polución. Pues bien, el referido proceso podrá exigir una serie de controles o cambios y será importante percibir de qué modo la ciudadanía se ve afectada o beneficiada con la nueva tecnología. Así, los conflictos ambientales requieren formas de resolución que vigilen la implementación de la solución aportada, lo que no es posible en un proceso judicial.

3.1.5. Urgencia de la resolución

Todos los conflictos reivindican su rápida resolución para garantizar el efecto útil de una decisión. Sin embargo, la urgencia es requerida de forma imperiosa en los conflictos ambientales. Recordemos la Plataforma petrolera de BP que explotó en el Golfo de México en abril de 2010. Ante esta catástrofe ambiental es necesario decidir rápidamente los montantes indemnizatorios a abonar a los ciudadanos afectados por el vertido para que puedan proceder a compensar de los daños causados. En esta situación no es pensable que la decisión se demore años hasta alcanzar el fin de un proceso judicial. Y hay que pensar en la mejor forma de recompensar las víctimas y por la vía más rápida y adecuada posible.

Claro que no podremos caer en la tentación de acelerar exageradamente los procedimientos de decisión, olvidando las garantías y principios fundamentales de la justicia, concretamente el principio del contradictorio y de la participación de los ciudadanos. Hay que garantizar un equilibrio entre la celeridad de una decisión y la justicia del procedimiento. Pensamos que la mediación responde a estos dos requisitos pues permite la participación de todos los interesados en el conflicto que, al mismo tiempo, construirán la decisión que consideren más justa.

Las características de los conflictos ambientales y urbanísticos referidas demuestran que el actual modelo judicial puede no ser la respuesta adecuada en todos los conflictos ambientales. Obviamente no defendemos que el acceso a los tribunales no pueda ser una forma de resolución de este tipo de litigios. Al contrario, consideramos que la vía judicial tiene un pertinente protagonismo en determinadas situaciones, como en la declaración de ilegalidad de una actividad medioambiental o en la fijación del alcance de una norma legal. Sin embargo, creemos que otras vías pueden y deben ser valoradas para que la resolución de conflictos ambientales no comprometa más el medio ambiente y la

existencia humana. De este modo, en EE.UU., vías alternativas de resolución de disputas ambientales ya florecieron en el siglo pasado, siendo la mediación el medio con más éxito, como veremos en el siguiente apartado.

3.2. La realidad norteamericana en la mediación ambiental – *Environmental Conflict Resolution*

La aplicación de los medios extrajudiciales a la resolución de conflictos ambientales tiene sus primeras manifestaciones en EE.UU., asumiendo la denominación *Environmental Conflict Resolution* (ECR). Sus premisas son similares al movimiento de ADR que tuvo origen en este país, manifestando, sin embargo, las especificidades propias de los conflictos ambientales⁹⁹⁴.

La primera experiencia de mediación ambiental documentada por la doctrina tuvo lugar en 1973 en Seattle, respecto a un conflicto inherente a la construcción de una presa en el río “Snoqualmie”⁹⁹⁵. Ante las divergencias existentes, el Gobernador del Estado de Washington, Daniel Evans, determinó que Gerald McCormick y Jane McCarthy, mediadores, aplicasen sus ideas y propuestas en la resolución del conflicto. La aplicación de la mediación en este caso fue un éxito, principalmente por los cambios provocados en la propia situación conflictiva. En efecto, y como señala Sullivan, “Although the original conflict arose over the single issue of dam construction, the communication required in bargaining helped change the shape of the conflict. The negotiation changed from a

⁹⁹⁴ Cfr. MORRILL, Calvin e OWEN-SMITH, Jason, “The Emergence of Environmental Conflict Resolution: Subversive Stories and the Construction of Collective Action Frames and Organizational Fields” *Organizations, Policy, and the Natural Environment: Institutional and Strategic Perspectives*, Edit. Andrew Hoffman y Marc Ventresca, Stanford University Press, Stanford, 2002, p. 91.

⁹⁹⁵ En el mismo año de 1973, pero en términos internacionales, se firmaba el Tratado del Río de la Plata que oponía Argentina y Uruguay respecto al río que hacia frontera entre los dos países. En 1965 ya habían sido esbozados más de 20 proyectos de delimitación geográfica con diferentes trazados. Sin embargo, la solución parecía imposible. Fue necesario encuadrar el conflicto de manera diferente sin implicar la división territorial del río, sino estudiando las diferentes actividades que podrían o no ser desarrolladas, como la pesca, la navegación, la administración de los canales, entre otras. Atendiendo a cada actividad, y a través de la mediación, fue posible establecer reglas de utilización del río. Incluso fueron analizadas situaciones futuras que podrían generar conflictos, como el descubrimiento de petróleo en el río y las consecuencias en una posible situación de inundación. En este conflicto fue posible llegar a un acuerdo porque se abordaron los intereses de ambas partes, dejando de lado sus posiciones iniciales. Cfr. WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, cit., p. 60.

yes/no dam issue into a search for environmentally acceptable flood control measures”⁹⁹⁶.

Tras esta primera iniciativa las experiencias de mediación ambiental se repitieron y este mecanismo pasó a ser utilizado en todos los Estados norte-americanos. Los factores de éxito en esta materia radican en la flexibilidad e informalidad de este método que permite la participación de los diversos afectados por el conflicto, en casi todos los casos con la existencia de más de dos partes, así como también posibilita la discusión de cuestiones técnicas y científicas, de forma clara y esclarecedora⁹⁹⁷.

Lawrence Susskind, uno de los autores norte-americanos experto en mediación ambiental, describe la aplicación de este mecanismo en nueve etapas⁹⁹⁸. La primera fase tiene como objetivo identificar a todas las partes con un interés en el resultado de la disputa, para que la solución final pueda responder a todas las pretensiones en juego. Posteriormente, en una segunda etapa, es esencial elegir los representantes de los diferentes grupos de intereses identificados, para que sean sus porta-vozes. En tercer lugar, habrá que diseñar la agenda en relación a las cuestiones que verdaderamente importa discutir y analizar para que, en la cuarta fase, se puedan indicar opciones de acuerdos y soluciones para el conflicto. Apuntadas diversas posibilidades de solución será necesario reflexionar en la quinta etapa sobre los límites de cada opción y, en la sexta fase, señalar las ventajas e inconvenientes de las diferentes soluciones, para que puedan conformar el acuerdo final. Si la opción escogida implicar el pago de una indemnización monetaria a un determinado grupo, esa cuantía tendrá que ser cuantificada en la séptima fase. La implementación del acuerdo se producirá en octavo lugar,

⁹⁹⁶ Sullivan *apud* SHUMUELI, Deborah y KAUFMAN, Sanda, *Environmental Mediation*, The Jerusalem Institute for Israel Studies, 2006, p. 17, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://www.jiis.org/.upload/publications/mediation.pdf>, accedido el 15 de febrero de 2010.

⁹⁹⁷ No obstante las evidentes ventajas inherentes a la mediación ambiental, no olvidamos ciertos límites y algunos peligros en la utilización de este mecanismo. Diversos autores apuntan como principales inconvenientes la posibilidad de falta de transparencia en el proceso, la posibilidad de omisión o exclusión de las partes interesadas, presiones e injerencias desproporcionadas por parte del mediador para obtener el acuerdo, relaciones de poder desiguales entre las partes. Sin negar la posibilidad de existencia de riesgos, pensamos que dichos peligros no transforman la mediación en un medio no apto para resolver conflictos, pero convocan una preocupación acrecida en el sentido de reglamentar y controlar la aplicación de este mecanismo, cara a garantizar la máxima cualificación de los mediadores y de las entidades que lo promuevan. Sobre los límites y peligros de la mediación ambiental, véase, entre otros, HARRISON, John, “Environmental Mediation”, *cit.*, pp. 88 a 100 y SCHOENBROD, David, “Limits and Dangers of Environmental Mediation: A Review Essay”, *New York Law Review*, Vol. 58, n.º6, 1983, pp. 1453-1476.

⁹⁹⁸ Cfr. SUSSKIND, Lawrence y WEINSTEIN, Alan, “Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution”, *cit.*, pp. 336-346.

debiéndose evaluar los resultados para cambiar y adaptar la solución elegida a la realidad. Por último, Susskind se refiere a la etapa “*Holding the parties to their commitments*”, que se traducirá en la vinculación de las partes a los términos acordados, pudiendo incluso disponer mecanismos de “*self-enforcement*”, como cláusulas penales para posibles incumplimientos.

La metodología expuesta revela las ventajas de la mediación en los conflictos ambientales y el éxito de los medios extrajudiciales impulsó a la EPA (*United States Environmental Protection Agency*), a la creación del *Conflict Prevention and Resolution Center*, cuya misión estriba, precisamente, en ofrecer servicios de resolución de conflictos en materia ambiental de forma extrajudicial⁹⁹⁹. Con la aprobación del *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA) en 1990, pasa a disponerse de un fundamento legal para la aplicación de los medios extrajudiciales en cuestiones administrativas, en concreto, en materia ambiental¹⁰⁰⁰. En 1998, el Congreso norteamericano crea el *U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution* para la resolución de conflictos ambientales que afecten el Gobierno, ofreciendo servicios de mediación y formación en el ámbito del ECR¹⁰⁰¹.

Así, se comprende que la mediación sea el método extrajudicial con más aplicación en EE.UU. y que permite, además, la resolución de conflictos de forma concertada con la colaboración de todos los interesados, incluso el Estado y la Administración¹⁰⁰². Ciertamente, la propia política ambiental está influida influenciada por las metodologías de la mediación, verificándose una descentralización de los procesos de decisión en cuestiones ambientales (*environmental decision-making*) y la apología de una

⁹⁹⁹ En relación a la aplicación de los ADR por la EPA, véase MADRID, Jay J. y MARTIN, Jay G., “Advantages of Using Mediation and Arbitration to Settle Environmental Disputes”, *Environmental Dispute Resolution: an Anthology of Practical Solutions*, Edit. Ann L. Macnaughton y Jay G. Martin, American Bar Association, EUA, 2002, p. 51. Sobre el Centro de Prevención y Resolución de Conflictos de la EPA, véase su dirección electrónica <http://www.epa.gov/adr/index.html>, accedida el 30 de julio de 2010.

¹⁰⁰⁰ El *Administrative Dispute Resolution Act* (Pub. Law n.º101-552) fue significativamente alterado por el *Administrative Dispute Resolution Act* de 1996 (Pub. Law n.º104-320), que impulsó la creación del *Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group* (IADRWG), con el objetivo de impulsar y facilitar el uso de los medios de ADR por las agencias federales.

¹⁰⁰¹ Para más informaciones sobre el *U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution*, ver su dirección electrónica <http://www.ecr.gov/HowWeWork/AboutUs.aspx#how>, accedida el 2 de agosto de 2010.

¹⁰⁰² Para un análisis de los primeros años de aplicación de la mediación ambiental en EE.UU, ver BINGHAM, Gail, *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*, The Conservation Foundation, Washington DC, 1986.

colaboración más próxima con el poder local y la población. En causa está el desarrollo de una democracia más participativa que invoca la cooperación de las fuerzas políticas, los ciudadanos y los agentes económicos en el ámbito del planeamiento, implementación y resolución de conflictos en materia ambiental y urbanística¹⁰⁰³.

3.3. Proyectos europeos de mediación ambiental

La implementación de formas extrajudiciales de resolución de conflictos ambientales constituye también un objetivo internacional, ante el carácter mundial que los problemas ecológicos asumen, pudiendo afectar incluso a diversos países simultáneamente. Por ejemplo, cuando se produce el hundimiento de un barco petrolero, su derrame podrá perturbar las costas marítimas de diversos Estados.

Esta preocupación internacional es patente en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en la secuencia de la Conferencia de la UNEP - *United Nations Environment Programme*, realizada en 1992 en Río de Janeiro, Brasil. El Principio 26 de la referida Declaración establece que los Estados deberían resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente a través de mecanismos concordantes con la Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁰⁴. Pues bien, el art. 33 de la Carta de la UN prescribe que las partes, en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.

Este objetivo se ve reforzado y ampliado en el texto de la Agenda 21 de las Naciones Unidas que el párrafo 39.10 consagra que en la esfera de la prevención y el arreglo de controversias, los Estados deberían estudiar y examinar en mayor profundidad métodos

¹⁰⁰³ En este sentido, Sheila Foster afirma que “The push to expand the influence of local collaborative groups, so-called “devolved collaboration” is, indeed, more closely associated with the emergence of alternative dispute resolution techniques in environmental decision-making processes and is married to ideas of “regionalism” that permeate natural resources management”. Señala aún la misma autora que “In seeking more participatory, local, and holistic decision-making mechanisms, the move toward devolved collaboration intersects and converges with another prominent movement, environmental justice, in ways that are crucial for the future of modern environmentalism”. Cfr. FOSTER, Sheila, “Environmental Justice in an Era of Devolved Collaboration”, *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 26, n.º2, 2002, pp. 460-461.

¹⁰⁰⁴ Ver el texto original de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163>.

encaminados a ampliar y hacer más eficaz la gama de técnicas de que actualmente se dispone, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la experiencia pertinente adquirida con los acuerdos, instrumentos o instituciones internacionales existentes y, cuando proceda, sus mecanismos de aplicación, tales como las modalidades para la prevención y el arreglo de controversias.

En este contexto el *Permanent Court of Arbitration* (PCA) se reúne en 1996 para evaluar el protagonismo que esta organización intergubernamental podría asumir en el ámbito de la resolución extrajudicial de conflictos ambientales. Como consecuencia, en 2001 fueron adoptadas y publicadas por el PCA reglas de arbitraje específicas para las cuestiones ambientales y, en 2002, la misma entidad publicó normas de conciliación para la solución de conflictos relativos a los recursos naturales y ambientales¹⁰⁰⁵. Según las *Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and the Environment*, conciliación significa “a process whereby parties request a third person, or a panel of persons, to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute relating to natural resources and/or the environment”. Así, y pese a ser denominada como conciliación, el PCA prescribe en términos concretos, la aplicación de la misma metodología inherente a la mediación, como medio de resolución de conflictos ambientales de forma pacífica y mediante un acuerdo.

En Europa¹⁰⁰⁶, la mediación ambiental va igualmente ganando terreno no en vano está siendo potenciada en diversos países¹⁰⁰⁷. En Alemania, la mediación medioambiental fue aplicada por primera vez en 1984 en la ciudad de Bielefeld en un conflicto sobre depósitos de basura¹⁰⁰⁸. Austria aplica la mediación a cuestiones ambientales desde 1996, cuando este método fue empleado para la solución de un litigio en una fábrica de cemento en la Provincia de Salzburgo. En 2001 se celebró en Viena el primer Simposio

¹⁰⁰⁵ Ver las *Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Conciliation of Disputes Relating to Natural Resources and the Environment*, en <http://www.pca-cpa.org/upload/files/ENV%20CONC.pdf>.

¹⁰⁰⁶ Sobre la protección del medio ambiente en el derecho comunitario, véase, BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º240, 2005, pp. 9-34.

¹⁰⁰⁷ Sobre la mediación ambiental en el Reino Unido, véase, *inter alia*, BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 312-314.

¹⁰⁰⁸ En los 12 años siguientes, hasta 1996, fueron realizados 64 procedimientos de mediación ambiental en Alemania y, entre 1996 y 2002, se realizaron 86 nuevos procedimientos. Actualmente, la mayoría de los casos versa sobre el planeamiento urbano. Cfr. HANDLER, Martina, *et al.*, *Promoting Environmental Mediation as a Tool for Public Participation and Conflict Resolution – A comparative analysis of case studies from Austria, Germany and CEE countries*, OEGUT-REC, 2004, p. 8.

Europeo en Mediación Ambiental y el interés por esta temática se va generalizando progresivamente a toda Europa.

3.3.1. El proyecto “*Promoting environmental mediation as a tool for public participation and conflict resolution – a comparative analysis of case studies from Austria, Germany and CEE countries*”

En 2004 la *Austrian Society for Environment and Technology* (OEGUT) y el *Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe* (REC) presentan el informe final de su proyecto denominado “*Promoting environmental mediation as a tool for public participation and conflict resolution*”, que pretendía analizar en términos comparativos la aplicación de la mediación ambiental en Alemania, Austria y los países de la Europa Central y del Este¹⁰⁰⁹, a través de una metodología de *case studies* acontecidos en los referidos Estados, y relativos a diversas cuestiones ambientales, como la protección de áreas ecológicas o la implantación de empresas industriales¹⁰¹⁰. Esta investigación, patrocinada por el Ministerio de Justicia de Austria, presentó unas interesantísimas conclusiones sobre las que es interesante reflexionar cara a la implementación de la mediación ambiental en países como España o Portugal en que esta realidad es prácticamente inexistente.

El citado estudio concluyó que en los países de Europa Central y del Este las partes, como regla general, aplicaban este método cuando ya había surgido un conflicto legal, en la mayoría de las ocasiones con un proceso judicial ya en marcha. Por el contrario, en Alemania y Austria la mediación es aplicada con carácter previo a la judicialización del litigio. El estudio consideró que esta realidad podría estar relacionada con el desconocimiento del posible empleo de la mediación y, consecuentemente, con una mayor desconfianza de las partes hacia este nuevo mecanismo. En efecto, en Austria, desde los años 1980 hasta la fecha del proyecto, las partes van procurando acceder a una

¹⁰⁰⁹ Abreviadamente referidos como países de la CEE (*Central and Eastern Europe*), abarcando la República Checa, Estonia, Hungría, Polonia, Eslovenia y Ucrania.

¹⁰¹⁰ Fueron analizados 10 casos de los países de la CEE y 6 casos verificados en Alemania y Austria. El presente estudio puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica accedida el 3 de agosto de 2010, http://archive.rec.org/REC/Programs/PublicParticipation/mediation/PDF/promoting_mediation_and_collaborative_conflict_resolution.pdf.

mediación cada vez en un momento lo más temprano posible, lo que revela que a medida que los ciudadanos van conociendo este método, mayor es su aceptación y utilización¹⁰¹¹.

En lo que concierne al papel de los ciudadanos en la defensa de los intereses ambientales, el estudio reveló que en Alemania y Austria los ciudadanos participaban activamente en la reivindicación de sus derechos respecto a proyectos con efectos públicos, en cuanto en los demás países de la CEE eran las ONG's quienes representaban los intereses de las poblaciones locales y quienes en estos casos tendrían la iniciativa de aplicación de la mediación.

En Alemania y Austria los procedimientos de mediación generalmente eran desarrollados por autoridades públicas, que constituían puntos de contacto con los ciudadanos para trasladarles la información pertinente. Por otro lado, en estos países diferentes grupos de intereses ostentaban representación en la mediación existiendo consultas previas con los mismos para obtener información relativa al conflicto y mantener contacto directo con todos los participantes en la disputa. En sentido contrario, en Europa Central y del Este la mediación oponía únicamente a dos partes con posiciones contrarias.

Respecto al profesional de mediación, en Austria y Alemania el mediador tenía experiencia en este método, mientras que en los países de la CEE este procedimiento era iniciado y llevado a cabo por las ONG's, prácticamente sin experiencia previa en mediación¹⁰¹². Esta diferencia se proyectaba en la propia calidad de los resultados de la mediación. Así, en Austria y Alemania la mediación propiciaba una variación de la percepción del conflicto y confluía hacia el entendimiento de los intereses mutuos compartidos por todas las partes. Consecuentemente los acuerdos gozaban de un alto nivel de cumplimiento y ejecución. Por el contrario, en los países de la CEE el acuerdo únicamente ofrecía solución para una de las partes y, por eso, en casi ningún caso las medidas previstas llegaban a ser aplicadas.

El proyecto analizado, pese a no incluir a todos los países de la UE y abarcar un número reducido de *case studies*, apunta diversas cuestiones y factores que deben ser valorados

¹⁰¹¹ Las “*Advocacies for the environment*” tuvieron un protagonismo importante en el desarrollo de la mediación ambiental en Austria pues estaban establecidas en las provincias austriacas para proteger los intereses ambientales en el ámbito de los procedimientos administrativos y, también, de la mediación ambiental.

¹⁰¹² En los casos analizados de la CEE solamente dos fueron desarrollados por un mediador.

en la implementación de la mediación ambiental en los ordenamientos jurídicos, como pueden ser los relativos a cualificación del mediador, la publicidad de este método para que los ciudadanos conozcan esta forma extrajudicial de resolución de conflictos y la apliquen, o la idoneidad de la misma en caso de conflictos que afecten a partes e intereses muy diversos.

3.3.2. El proyecto “*Informal Resolution of Environmental Conflict by Neighborhood Dialogue*” de la Red IMPEL

Dentro del marco territorial europeo hemos de reseñar también otro proyecto de relevancia en materia de resolución de conflictos ambientales. Nos estamos refiriendo, concretamente, a la metodología propuesta por la *European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law*, conocida actualmente como Red IMPEL. Inicialmente calificada como *Red Chester*, por haber sido en esta ciudad del Reino Unido donde sus miembros se reunieron por primera vez, esta red fue creada en 1992, estando constituida por representantes de las agencias e inspecciones medioambientales de todos los Estados miembros así como por la Comisión Europea. La idea de establecer esta red surgió en una reunión de Ministros con competencias en Medio Ambiente de la UE en 1991 y su objetivo principal era asegurar que las Directivas y otros documentos normativos europeos fuesen rigurosamente aplicados por todos los Estados miembros. En la actualidad, esta red cuenta con una Secretaria con sede en la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión en Bruselas¹⁰¹³.

En 2004 IMPEL decide lanzar el proyecto *Informal Resolution of Environmental Conflict by Neighbourhood Dialogue*, que nace de la experiencia vivida en Hannover, en Alemania donde, desde 1995, se aplicaba el diálogo entre vecinos y empresas industriales en la resolución de conflictos ambientales. Estas iniciativas dieron origen a una experiencia piloto aplicable a pequeñas y medianas empresas durante los años 2001 a 2003 y que incluyó también a dos departamentos de inspección ambiental de la Baja Sajonia y de la Cámara de Comercio e Industria de la Región de Hannover. Los resultados de esta experiencia fueron expuestos en la Conferencia de IMPEL en Maastricht en 2003 y, ante su éxito, los representantes de 18 Estados miembros decidieron crear un proyecto similar, que denominaron de “*Informal Resolution of*

¹⁰¹³ Sobre la Red IMPEL, véase su *website* <http://ec.europa.eu/environment/impel/>.

Environmental Conflict by Neighbourhood Dialogue” y que supone la aplicación del diálogo y de la mediación en la resolución de conflictos medioambientales, como problemas de ruido, emisiones, polución de ríos, etc...., entre otros. Según los proponentes de este plan, el diálogo permite la comunicación directa entre todas las partes en conflicto y la mediación supone el apoyo imprescindible para que los sujetos afectados colaboren y lleguen a acuerdos sobre los hechos controvertidos. Las partes aprenden a aceptar los puntos de vista y las limitaciones de los otros participantes, así como a asumir sus propias responsabilidades en la resolución del conflicto.

Así, las metodologías propuestas por IMPEL se basan en procesos estructurados de comunicación entre las empresas y los ciudadanos afectados, así como también con las autoridades públicas, con el objetivo de, a través de la discusión de los problemas existentes en una determinada situación, alcanzar el punto de equilibrio entre los intereses de todos los intervinientes y, en esa medida, contribuir a sostener y proteger el medio ambiente. Un segundo efecto del procedimiento propuesto se aprecia en la predisposición de ciudadanos y empresas para la resolución futura de otros problemas que surjan, manteniéndose las buenas relaciones de vecindad entre ciudadanos y empresas.

Para una mejor aplicación de este proyecto se publicaron dos importantes documentos: por un lado, un *toolkit* con las metodologías inherentes a la resolución de conflictos ambientales a través del diálogo de vecindad¹⁰¹⁴ y, por otro lado, un guía para la auto-evaluación de los procesos vividos en los diversos Estados. El referido *toolkit* diseña el procedimiento tipo de resolución de los conflictos ambientales, conteniendo una propuesta de aplicación de la mediación a este tipo de problemas y se encuentra dividido en 6 fases:

(1) *Iniciación y preparación del dialogo entre los sujetos del conflicto*. Esta etapa tiene como objetivo analizar el conflicto para percibir la realidad subyacente y el contexto legal. Deben determinarse los grupos de intereses y las personas clave que los representaran. La fase primera puede ser iniciada por las autoridades públicas

¹⁰¹⁴ El toolkit puede ser consultado en la siguiente dirección electrónica, accedida el 16 de mayo de 2011, <http://impel.eu/wp-content/uploads/2010/02/2007-01-neighbourhood-dialogue-TOOLKIT.pdf>.

ambientales, que deberán también o bien designar al mediador o incluso asumir esta condición.

(2) *Desarrollar y delinear el concepto*. La segunda fase pretende organizar las reuniones con los representantes de los grupos de intereses, definiendo la fecha, lugar y forma de diálogo. El mediador designado deberá contactar con los representantes de cada parte para identificar sus posiciones, analizando también las oportunidades y los riesgos del diálogo. IMPEL señala que los objetivos de las partes deben ser “S.M.A.R.T.”, es decir, *Specific* (específicos), *Measurable* (cuantificables), *Attainable* (alcanzable/realizable), *Realistic* (realistas), e *Timely* (temporizables).

(3) *Inicio del diálogo*. La reunión de todas las partes en conflicto se produce en la tercera etapa. El mediador tiene que suscitar la participación de todos, debiendo establecer reglas de debate e intervención activa. Por otro lado, es importante que genere confianza entre las partes, necesaria para la construcción de opciones de acuerdo.

(4) *Hacer progresos*. En la cuarta etapa, el mediador debe promover que todas las partes compartan la información existente sobre la realidad en conflicto de forma clara y asumible, para que no existan cuestiones dudosas e inciertas. Tendrá que escuchar a todas las partes y asimilar el entendimiento de los puntos de vista de todos los sujetos, para que se construyan opciones de acuerdo, con obligaciones mutuas que sean aceptadas por todos.

(5) *Obtener resultados y celebrar el éxito*. Existiendo diversas soluciones propuestas, habrá que decidir cuál es la mejor para aplicar al caso. Una de las innovaciones que merece destacarse en el proyecto de la Red IMPEL es la evaluación de los resultados del acuerdo. En efecto, la mediación no termina con la obtención de la solución, sino que prolonga su aplicación a la fase de implementación de las soluciones pactadas, permitiendo su evaluación. Los resultados obtenidos deben ser registrados, documentados y, si fuera posible, integrados en decisiones administrativas por parte de las autoridades públicas con competencia en la materia. Por otro lado, las partes deben celebrar el éxito de la solución acordada e IMPEL sugiere, asimismo, que los resultados sean divulgados públicamente (en medios de información), y de forma conjunta por todos los implicados.

(6) *Mantenimiento de las relaciones de vecindad*. El último objetivo de las metodologías de IMPEL es permitir que las partes dispongan de los instrumentos de diálogo y de mediación necesarios para la resolución de conflictos que puedan emerger en el futuro, sin recurrir a las autoridades públicas. La base de diálogo y la confianza generada entre ciudadanos y los agentes económicos, como empresas o industrias, deberá ser suficiente para que ante un nuevo conflicto las partes intenten, previamente al recurso a los tribunales, resolver el problema medio ambiental a través de una mediación.

En España no se conocen aún ejemplos de aplicación de las metodologías propuestas por la Red IMPEL en el ámbito de la resolución de conflictos medio ambientales a través del diálogo. En Portugal, el proyecto fue aplicado en dos ejemplos con resultados satisfactorios. Uno de los casos implicó la resolución de conflictos con una fábrica de papel y una de las soluciones avanzadas permitía la utilización de la estación de tratamiento de residuos de la industria para las aguas de los ciudadanos¹⁰¹⁵. Otro caso versaba sobre un conflicto entre ciudadanos y una empresa metalúrgica, existiendo quejas relativas a malos olores y ruido provenientes de esta industria. Después de la aplicación de la mediación, la Inspección General Medio Ambiente portuguesa no ha recibido ninguna queja adicional¹⁰¹⁶.

El Proyecto de IMPEL se revela importante por difundir la mediación y fomentar su aplicación en el ámbito ambiental. Además, evidencia las ventajas de este método y del diálogo en la resolución de conflictos urbanísticos y ambientales. Así, es de esperar que el Proyecto sea desarrollado y aplicado en todos los países de la UE, constituyendo un punto de partida para la generalización de la mediación medioambiental en toda Europa.

3.4. La mediación ambiental y urbanística en España

La inclusión de la mediación como forma de resolución de conflictos en el ámbito medioambiental y urbanístico supone de entrada el problema que podemos denominar de *mediabilidad subjetiva*, conectado a los límites de aplicación de este mecanismo en función de los sujetos implicados. En efecto, la mediación en esta materia va ligada generalmente a la intervención de entidades públicas en la resolución de un conflicto de

¹⁰¹⁵ Experiencia relatada en el Informe de Actividades de IGAOT de 2007, pp. 41-43, disponible en <http://www.igaot.pt/wp-content/uploads/2009/07/IGAOT-REL-2007.pdf>, accedido el 4 de agosto de 2010.

¹⁰¹⁶ Ver el *website* de IGAOT, <http://www.igaot.pt/informacoes/>, accedido el 22 de febrero de 2010.

forma pactada o a través de un convenio, privadas “del privilegio de la prerrogativa y de la decisión unilateral consustanciales con la autoridad que desempeña habitualmente en el ejercicio de sus competencias”.

Consideramos, pese a todo, que la existencia de una entidad pública no deberá impedir la aplicación de la mediación en la medida en que la contratación administrativa y la posibilidad de una actuación convencional de las entidades públicas es una realidad perfectamente factible actualmente¹⁰¹⁷. La normativa en materia administrativa viene consagrando la prerrogativa de las entidades públicas de celebrar pactos y convenios con particulares, como se estipula en el art. 88 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). El principio de legalidad que rige la actividad de la Administración, exigirá únicamente una previsión legal expresa prescribiendo la aplicación de la mediación. Así, consideramos que el único impedimento a la aplicación de este mecanismo en materia ambiental y urbanística es la inexistencia de derecho positivo prescribiendo su utilización.

La normativa autonómica y nacional debería seguir el ejemplo de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, del Gobierno Vasco sobre Protección del Medio Ambiente, que en su Capítulo V reglamenta la aplicación de la mediación en dos modalidades. Por un lado, establece en el art. 19 que los procedimientos administrativos pueden terminar mediante acuerdo entre el solicitante y la administración competente a través de mediadores nombrados de común acuerdo, siendo el contenido del pacto obtenido formalizado como resolución definitiva. Por otro lado, las resoluciones administrativas podrán ser impugnadas por los particulares, solicitando su resolución incluso en vía de la mediación (art. 20)¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁷ Para Garrido Falla la técnica contractual es una realidad con carácter general en la actividad administrativa. Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1989, p. 32.

¹⁰¹⁸ Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio ambiente del País Vasco, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco, de 27 de marzo de 1998: **Artículo 19. Terminación convencional.**
1. Los procedimientos administrativos derivados de la aplicación de esta Ley, exceptuando, en todo caso, aquellos que versen sobre materias no sujetas a transacción, podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente. A tal fin, podrá optarse por la negociación directa o a través de mediadores o conciliadores nombrados de común acuerdo.
2. Si transcurridos tres meses desde el comienzo de la negociación no se hubiese llegado a ningún acuerdo, la Administración resolverá definitivamente.
3. En caso de que se firme un acta de conciliación o documento equivalente, su contenido será formalizado como resolución definitiva.

Del análisis de los artículos referidos percibimos que en materia ambiental la mediación puede ser perfectamente viable como forma de resolución de conflictos, e incluso también como mecanismo de obtención de resoluciones administrativas por vía convencional. En efecto, la introducción de la mediación en el ámbito administrativo es el corolario de una sociedad moderna que lucha y desea constituir una democracia participativa en que los ciudadanos son llamados a intervenir en la resolución de sus conflictos, y también en la definición de las políticas con repercusión en su vida social o personal.

De esta forma, y teniendo en cuenta de forma particular las materias medioambientales y urbanísticas, se podría afirmar que el protagonismo de la mediación amplía su función de resolución de conflictos, configurando también un mecanismo facilitador de la intervención participativa de los ciudadanos en la toma de las decisiones que les afectan e incumben. Ciertamente, en el ámbito ambiental y urbanístico se aprecia la inaplazable necesidad de potenciar la concertación de acuerdos, compartiéndose ideas y decisiones entre ciudadanos y poder público¹⁰¹⁹. Como señala Cortina Ramos, la cultura mediadora es expresión “de la cultura del pacto territorial, en cuya virtud se ensalza el poder de la comunicación y del diálogo social como formas pacíficas de resolver los conflictos o como vehículo de participación ciudadana en la ordenación del territorio”¹⁰²⁰.

Cobra importancia entonces abordar la mediación medioambiental y urbanística como mecanismo fomentador de la participación ciudadana en las políticas públicas y en los procedimientos de decisión de cuestiones con efectos en su esfera jurídica, personal o social.

Artículo 20. Fin de la vía administrativa.

1. Las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridas opcionalmente:

a. Mediante los procedimientos generales de recurso.

b. Solicitando su resolución por vía de mediación, conciliación o arbitraje.

2. En este último caso la designación de los mediadores, conciliadores o árbitros se hará de común acuerdo y su actuación deberá darse antes de que se agote el plazo que con carácter general se haya establecido para la resolución del recurso.

¹⁰¹⁹ A título de ejemplo, véase el Convenio Europeo del Paisaje del año 2000, elaborado en el seno del Consejo de la Europa y concluido en la ciudad de Florencia, que establece como objetivos de la actuación de los Estados en esta materia promover la participación de los ciudadanos.

¹⁰²⁰ Cfr. CORTINA RAMOS, Albert, “La participación, mediación y concertación en Paisaje”, *Gestión del paisaje. Manual de protección, gestión y ordenación del paisaje*, Coord. Jaume Busquets Fàbregas, Albert Cortina Ramos, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2009, p. 359.

3.4.1. La mediación y la participación de los ciudadanos en las políticas medioambientales y urbanísticas

El principio de participación resulta en términos internacionales del Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales de la UNECE (United Nations Economic Commission for Europe), conocida como Convenio de Aarhus, por haber sido adoptada en esta ciudad danesa en junio de 1998. En vigor desde 2001, el Convenio de Aarhus presenta en tres pilares fundamentales: (1) el acceso a la información en materia de medio ambiente; (2) la participación pública y (3) el acceso a la justicia¹⁰²¹. En Europa, el referido Convenio fue asimilado y la UE ha realizado un esfuerzo para su implementación a través de las Directivas 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003 y 2003/35/CE, de 26 de mayo de 2003.

En respuesta legislativa al Convenio de Aarhus y, consecuentemente, a las Directivas citadas, España ha publicado la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Los objetivos expuestos en dicha ley residen en garantizar el acceso a la información medioambiental, para permitir una concienciación y educación ambiental de la sociedad; en fomentar la participación del público en el procedimiento de toma de decisiones en relación con la elaboración, revisión o modificación de determinados planes o programas y, con todo ello, asegurar y fortalecer el acceso a la justicia.

Pues bien, en lo que concierne a la participación pública en asuntos de carácter medioambiental, las leyes autonómicas en materia de ordenación territorial y elaboración de los respectivos planes urbanísticos prescriben, en general, la intervención y colaboración de los sujetos privados en la actividad administrativa urbanística, así como reglamentan la posibilidad de celebración de convenios urbanísticos incluso con particulares o entidades privadas.

¹⁰²¹ Sobre el Convenio de Aarhus, véase HALLO, Ralph y SANCHIS MORENO, Fe, *La aplicación del Convenio de Aarhus en la UE y en España*, 2007, disponible en el siguiente endereço electrónico, http://www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf_Aarhus_booklet_ES.pdf, accedido el 29 de abril de 2011.

A título de ejemplo¹⁰²², el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla la Mancha, establece en el art. 8º el principio de participación de los sujetos privados en la actividad administrativa urbanística¹⁰²³. Además, los arts. 11 y siguientes del mismo normativo reglamentan la negociación y formalización de convenios urbanísticos, con personas públicas o privadas, para su colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad administrativa urbanística¹⁰²⁴. Dichos convenios tendrán a todos los efectos carácter jurídico-administrativo (art. 13).

Pues bien, constituyendo la participación de los ciudadanos un principio regulado en la normativa de ordenación del territorio española, que además se ve reforzado por la Ley 27/2006, de 18 de Julio¹⁰²⁵, en términos genéricos para las materias relativas al medio ambiente, consideramos pertinente y útil que la deseada participación se realice a través de la mediación, con intervención de un mediador, o equipo de mediadores, con competencia para fomentar el diálogo entre el poder público, ciudadanos y entidades interesadas, e impulsar que compartan la información relativa a la materia en discusión y construyan un acuerdo que sea del interés de todos y también de la sociedad en general.

No debe olvidarse que la participación de los ciudadanos en el ámbito ambiental y urbanístico es una realidad legal, que incluso viene siendo potenciada por la Unión

¹⁰²² En el mismo sentido véase también el art. 7 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; el art. 4 de la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León; el art. 7 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias; el art. 9 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia. En términos generales véase el art. 4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.

¹⁰²³ Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo relativo a la Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla la Mancha: **Artículo 8. La participación de los sujetos privados en la actividad administrativa urbanística.** 1. *En la gestión y el desarrollo de la actividad de ordenación territorial y urbanística, la Administración actuante deberá fomentar y, en todo caso, asegurar la participación de los ciudadanos y de las entidades por éstos constituidas para la defensa de sus intereses, así como velar por sus derechos de información e iniciativa.*

¹⁰²⁴ Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo relativo a la Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla la Mancha: **Artículo 11. El concepto, los principios, el objeto y los límites de los convenios.** 1. *La Comunidad Autónoma y los Municipios podrán suscribir, conjunta o separadamente, y siempre en el ámbito de sus respectivas esferas de competencias, convenios con personas públicas o privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos correspondientes, para su colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad administrativa urbanística.* 2. *La negociación, la formalización y el cumplimiento de los convenios urbanísticos a que se refiere el número anterior se rigen por los principios de transparencia, publicidad y, cuando proceda, concurrencia.*

¹⁰²⁵ Ver arts. 16 y ss. de la Ley 27/2006, de 18 de Julio relativos al derecho de participación pública en asuntos de carácter medioambiental.

Europea. Por lo tanto, la aplicación de la mediación constituiría, en nuestra opinión, el medio más eficaz para concretar y llevar a cabo dicha participación e intervención, en la medida que permitiría la intervención de diversos agentes y entidades interesadas a través del diálogo, construyéndose convenios con base en un acuerdo común.

Consideramos, así, que la posibilidad prescrita legalmente por el Gobierno Vasco en la Ley 3/1998, de 27 de febrero, relativa a la aplicación de la mediación para la conclusión de procedimientos administrativos, debería ser fomentada en todas las leyes autonómicas en materias ambientales y urbanísticas susceptibles de transacción.

3.4.2. Experiencias de mediación medioambiental en España

No obstante la parca referencia legislativa a la mediación medioambiental, la realidad es que este método viene siendo aplicado en algunas experiencias y situaciones reales, concretamente en materia de aguas y recursos hídricos. La Fundación Ecología y Desarrollo¹⁰²⁶ ha intervenido en procedimientos de mediación, considerándola como vía preferente para solucionar conflictos medioambientales a través del diálogo. Los casos con más repercusión, que resumiremos seguidamente, fueron los relativos al Río Matarraña y, en general, en el ámbito de conflictos en materia de aguas en Aragón.

3.4.2.1. El conflicto en el Río Matarraña y el acuerdo de Fabara

El Gobierno, a través de la Confederación Hidrográfica del Ebro (CHE), decidió entre 1995 y 1997 ejecutar el bombeo de aguas sobrantes tras la temporada de lluvias de invierno en la confluencia de los ríos Ulldemó y Matarraña, en el término de Beceite (Teruel), con el objetivo de acumular caudales para asegurar las campañas de riegos de la cuenca baja. Cuando se iniciaran las obras para ejecutar el plan, surgió en Beceite una gran oposición por parte de la población. El conflicto en el Río Matarraña, respecto al bombeo de aguas, puso de relieve el un enfrentamiento entre regantes en la parte baja de la cuenca contra grupos proteccionistas de los recursos naturales en la parte alta del río¹⁰²⁷.

¹⁰²⁶ Organización sin ánimo de lucro, esta entidad tiene como objetivo promover el diálogo con todos los actores sociales en la puesta en práctica de acciones que promueven el desarrollo sostenible y hacen posible el cambio social. Véase su *website* <http://www.ecodes.org/>.

¹⁰²⁷ Sobre el conflicto en análisis, véase, entre otros, VIÑUALES, Victor y CELAYA, Nacho, *La iniciativa Social de Mediación para los Conflictos del agua en Aragón*, Fundación Ecología y Desarrollo, 2005, disponible en la dirección electrónica, accedida el 30 de mayo de 2011,

En 19 de diciembre de 1997, las partes aceptan la mediación como vía para la búsqueda de una solución de urgencia para almacenar agua. Gracias a la labor de un ingeniero de la Confederación Hidrográfica del Ebro y de la Fundación Ecología y Desarrollo (ECODES) fue posible, en 1999, obtener el Acuerdo de Fabara, firmado por el Sindicato Central de Regantes del Matarraña, los 19 alcaldes de la cuenca, la Plataforma en Defensa del Matarraña, la CHE y ECODES. Concertaron las partes la construcción de dos balsas laterales (La Trapa y Val Comuna), sin renunciar los regantes a Torre del Compte.

El debate en torno de esta cuestión reapareció en 2005, y nuevamente se aplicó el diálogo para poner fin al conflicto entre regantes que no renunciaban a Torre del Compte y los ecologistas, representados esta vez por la Plataforma en Defensa de Matarraña, que exigían que la totalidad del Río Matarraña fuese considerada Lugar de Interés Comunitario (LIC)¹⁰²⁸. En mayo de 2005 se llega a un principio de acuerdo en que ambas partes reconocen el diálogo como el método privilegiado para la resolución de los conflictos relativos a la gestión y los usos del agua; acuerdan que se preserve como Lugar de Interés Comunitario (LIC) el eje del río Matarraña, como forma de mantener su valor ecológico, y consensuan la construcción de obras de regulación que cubran las necesidades actuales y futuras del regadío. Este acuerdo se plasmó con la aprobación de un Dictamen sobre el Río Matarraña suscrito en el plenario de la Comisión del Agua en 2006.

Se llega así, mediante el diálogo entre los intervinientes en un conflicto ambiental, a un acuerdo que incluso obtiene consagración legal. Por otro lado, la resolución pacífica del conflicto permitió que las partes alcanzasen sus pretensiones, que de otra forma podrían haber sido preteridas en una decisión administrativa o judicial. En efecto, los regantes aseguraron las necesidades de agua actual y futuras para todos los usos, con la construcción de balsas y regulación de los caudales. Por otro lado, los ecologistas consiguieron preservar el eje del Río Matarraña como Lugar de Interés Comunitario. No fue posible atender todas las reivindicaciones, pero no existieron vencedores ni vencidos,

http://aragonparticipa.aragon.es/attachments/213_iniciativa_social%20de%20mediacion%20conflictos%20agua%20Aragon%20%28Celaya%20y%20Vi%C3%B1uales%29.pdf

¹⁰²⁸ Cfr. CELAYA, Nacho, “La iniciativa Social de Mediación como instrumento complementario”, *Políticas del agua y participación social: la experiencia práctica de la política del agua en Aragón*, Instituto Aragonés del Agua, Zaragoza, 2007, p. 213.

de manera que en última instancia ha ganado el medio ambiente y las futuras generaciones.

3.4.2.2. La Iniciativa Social de Mediación para los conflictos del agua en Aragón

El conflicto del Río Matarraña, y su resolución por acuerdo, fue el punto de partida para el nacimiento de la Iniciativa Social de Mediación (ISM) presentada a los medios de comunicación social en 2002, con el fin de facilitar y estimular una dinámica de acuerdos que ayudase a la reconstrucción de una visión común sobre la gestión del agua en Aragón¹⁰²⁹.

Ante la fractura social que se vivía en Aragón a propósito de la cuestión del agua con la aprobación del Plan Hidrológico Nacional, la Fundación Ecología y Desarrollo convocó a 38 personas de reconocido prestigio para que se integraran como mediadores en la Iniciativa Social de Mediación. El compromiso de todos los intervinientes en la ISM no sería defender ningún posicionamiento en ningún conflicto ni buscar la verdad, sino ayudar a las partes a establecer acuerdos a través del diálogo¹⁰³⁰.

Creada la ISM, esta iniciativa, en una primera fase, pretendió identificar las entidades que escenificaban los conflictos existentes en Aragón respecto al agua. Eligieron 13 entidades: las cuatro Comunidades de Regantes más importantes (Aragón y Cataluña, Riegos del Alto Aragón, Bardenas y Canal Imperial de Aragón); los tres sindicatos agrarios más representativos (UAGA, ASAJA y ARAGA); las cuatro asociaciones de afectados de los cuatro embalses más conflictivos (Yesa, Biscarrués, Jánovas y Santaliestra); la Coordinadora de Afectados por Grandes Embalses y Trasvases (COAGRET) y, por último, la ADELPA, asociación que agrupa a todas las Entidades Locales del Pirineo Aragonés. Todas las entidades aceptaron reunirse con los mediadores de la ISM, dividirse en grupos y reunirse separadamente para recoger los intereses y fines de cada entidad respecto a los usos y gestión del agua.

¹⁰²⁹ Cfr. VIÑUALES, Victor y CELAYA, Nacho, *La iniciativa Social de Mediación para los Conflictos del agua en Aragón*, cit., p. 8.

¹⁰³⁰ Cfr. CELAYA, Nacho, “La iniciativa Social de Mediación como instrumento complementario”, cit., p. 206.

Finalizadas las 13 reuniones con todas las entidades, fue posible obtener 90 propuestas en materia de gestión del agua, que reflejaban los distintos intereses y que podrían ser objeto de mediación. El listado de intereses fue presentado a todas las entidades sin indicación de quien los proponía, para que señalaran cuáles aceptaban y cuáles rechazaban. Después de esta intervención, la ISM logró obtener 18 intereses consensuales y que todos ratificarían.

A partir de este momento, los mediadores tendrían un punto de partida consensual para intervenir y a través de la mediación obtener el acuerdo en más cuestiones¹⁰³¹. Después de algunas semanas de mediación, en reuniones separadas con todas las entidades, la ISM logró 25 acuerdos consensuados que trasladó a un documento presentado a todas las partes para que lo analizaran y firmasen. En la fecha que fueron convocados para la firma del documento (noviembre de 2002), las Comunidades de Regantes decidieron no aceptar el documento.

Sin embargo, en 2004, como consecuencia de algunos cambios políticos y legales¹⁰³², el Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Aragón propuso a la Fundación Ecología y Desarrollo un convenio de colaboración para reeditar la ISM. En esta segunda edición, la ISM señaló como objetivos importantes: trabajar río por río y conflicto por conflicto; así como empezar hablando de intereses y necesidades y no de medios para resolver la gestión del agua. Teniendo presentes estas metas se distinguieron cinco conflictos: Yesa, Santaliestra, Biscarrués, Matarraña y Mullarroya¹⁰³³. Por otro lado, junto al trabajo de la ISM, se ha desarrollado complementariamente la Ponencia de Obras del Pacto de Agua. Así, los resultados empleados por la ISM serían discutidos para elaboración de un Dictamen por la Ponencia de Obras del Pacto de Agua. Dicho dictamen sería llevado al plenario de la Comisión del Agua y la Ministra de Medio

¹⁰³¹ Como problemas afrontados en la primera fase la ISM indica: (1) la dificultad para hacer entender a personas e Instituciones que la sociedad civil también tiene un papel fundamental en la construcción de una democracia participativa; (2) el difícil diseño de un diagnóstico consensuado del conflicto; (3) elegir 13 entidades con las que establecer una mediación; (4) intentar mediar entre las partes sin que las mismas se vean las caras hasta el momento de la firma; (5) no contar con medios económicos y materiales para llevar a cabo la iniciativa; (6) tener unas elecciones municipales en el horizonte cercano de la firma del documento. Ver el siguiente endereço electrónico, accedido el 30 de mayo de 2011, http://archivo.ecodes.org/pages/especial/ISM/index_primerafase.asp.

¹⁰³² Cfr. CELAYA, Nacho, “La iniciativa Social de Mediación como instrumento complementario”, cit., p. 208.

¹⁰³³ Sobre las metodologías para cada caso, véase el siguiente endereço electrónico, accedido el 30 de mayo de 2011, http://archivo.ecodes.org/pages/especial/ISM/index_segundafase.asp#3.

Ambiente ratificaría el compromiso acordado en Aragón en la Comisión de Seguimiento del Pacto del Agua de las Cortes Regionales. Una vez más, el acuerdo entre las partes asumiría valor legal con fuerza administrativa.

El primer conflicto abordado por la Ponencia fue Yesa en que se llegó a acuerdo en la Comisión del Agua, aunque sin la participación de la ISM. En Santaliestra el papel de la ISM propició dos dictámenes debatidos y refrendados por la Ponencia de las Obras del Pacto del Agua que los aprobó por unanimidad. También en Matarraña se obtiene acuerdo sobre el conflicto, denominado como acuerdo de La Fresneda, manteniéndose pendientes, desde 2005, el proceso de Biscarrués y Mullarroya.

De las experiencias de la ISM se extraen algunas conclusiones importantes para las metodologías de mediación¹⁰³⁴. Desde luego, las cuestiones ambientales, en concreto el agua, suscitan emociones colectivas relacionadas con sueños y frustraciones conectadas con un bien esencial a la vida de los ciudadanos. Por otro lado, el “debate sobre los medios hace imposible la búsqueda de acuerdos”¹⁰³⁵, siendo fundamental distinguir los fines y los intereses de las partes. La mediación permite que los intereses de todos sean considerados, escuchados y valorados. Las partes son las dueñas de las decisiones que se tomen, y la apuesta por el diálogo como método para resolver los conflictos es una opción y no una estrategia. La Fundación Ecología y Desarrollo concluye también que las administraciones públicas deben premiar a los que son capaces de llegar a un acuerdo y que el papel de la sociedad civil es complementario de las administraciones públicas en la construcción del ámbito de lo público. No se debe pactar contra ley, o contra el parecer de la ciencia o transfiriendo perjuicios a terceros, y cada conflicto tiene su metodología, no debiéndose abordar dos conflictos de la misma forma.

El trabajo de la ISM es así un magnífico ejemplo bien sucedido de aplicación de la mediación a los conflictos medioambientales, demostrando ciertas ventajas frente a las decisiones unilaterales de la Administración o las decisiones judiciales. Por otro lado, queda demostrado como acuerdos en materia administrativa pueden alcanzar fuerza ejecutiva por aprobación de las entidades públicas con competencias en la materia en conflicto.

¹⁰³⁴ Cfr. CELAYA, Nacho, “La iniciativa Social de Mediación como instrumento complementario”, cit., pp. 217-218.

¹⁰³⁵ Cfr. CELAYA, Nacho, “La iniciativa Social de Mediación como instrumento complementario”, cit., p. 217.

4. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA MEDIACIÓN

Trazada la teoría general de la mediación, y observada su aplicación en determinados ámbitos específicos, estamos en condiciones de analizar las ventajas e inconvenientes de este mecanismo de resolución de conflictos. En las reflexiones que proponemos desempeñaremos el papel del abogado del diablo, indicando los elementos positivos y negativos de cada parámetro en análisis y, cuando sea posible, apuntando sugerencias que mejoren la aplicación de la mediación.

4.1. Ventajas

4.1.1. Flexibilidad

En el estudio de las fases de mediación señalamos que la flexibilidad es una de las cuestiones cruciales en el quehacer del mediador, evitando que su actuación se determine como un procedimiento obligatorio. De hecho, la mediación se caracteriza por ser un método no predeterminado que permite al mediador moldear las sesiones a cada tipo de mediados respetando su individualidad y personalidad, dándoles la posibilidad de que manifiesten sus opiniones e intereses y utilizando libremente su propio discurso. Les facilita la posibilidad de expresarse y ser la voz de sus problemas, circunstancia que los procesos judiciales no les permiten, como vimos con especial atención en el ámbito de la mediación familiar y penal.

La flexibilidad de la mediación se adecúa también a la resolución de pequeños y grandes conflictos, más o menos complejos, con mayores pormenores técnicos o más personales. Por ejemplo, el análisis de la mediación en el marco medioambiental ha permitido percibir las virtudes de este mecanismo en la resolución de conflictos entre una pluralidad de partes, incluso con la implicación de la población de una región y que incidía sobre cuestiones técnicas complejas¹⁰³⁶.

La flexibilidad de la mediación ha llevado a expertos en esta materia a desarrollar modelos y nuevas técnicas para su aplicación por el mediador en diferentes tipos de conflictos. Teniendo en cuenta esta realidad, algunos autores consideran que la

¹⁰³⁶ Analizando las diferencias entre una mediación bilateral y multilateral, véase, entre otros, CASER, Ursula, “Bilateral, Multilateral and Complex Multiparty Mediation Concepts and Dynamics”, *Mediation in action/Mediação em acção*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Mediarcom/Minerva, 2009, pp. 81-91.

heterogeneidad de la mediación puede conducir a un abuso en sus prácticas y al consiguiente descrédito de este mecanismo¹⁰³⁷. En efecto, la existencia de diferentes metodologías puede suponer que las partes cuestionen las razones de aplicación de diferentes prácticas entre diferentes mediadores. Por esta razón la flexibilidad deberá ser un parámetro que el mediador ha de explicar a las partes en la pre-mediación para que perciban la existencia de diferencias metodológicas que no afectan en ningún caso al mérito del mediador y a las posibles virtudes de la mediación.

4.1.2. Voluntariedad y control del método por las partes (*empowerment*)

El principio de voluntariedad constituye otro elemento básico de la mediación¹⁰³⁸. Así, las partes controlan el acceso a este mecanismo, pudiendo desistir en cualquier momento. Esta característica se proyecta en el *empowerment* de las partes, es decir, el aumento de la capacidad de las partes de tomar sus propias decisiones y la consecuente reducción de su dependencia frente a terceros, incluyendo asesores profesionales¹⁰³⁹, e incluso la propia resolución de su conflicto por un juez o un árbitro.

En virtud de esta posibilidad puede argumentarse que la mediación permite su utilización como mecanismo dilatorio de la resolución del conflicto. En efecto, una de las partes podrá aceptar participar en las sesiones de mediación sin intención de alcanzar un acuerdo y únicamente con intención de dilatar el desenlace de la disputa. Sin embargo, esta posibilidad no es exclusiva de la mediación, pues también en el proceso judicial o en el arbitraje, las partes pueden realizar determinadas actuaciones con la finalidad de retrasar la obtención de una sentencia o un laudo. Además, si en el proceso judicial el juez solo puede rechazar determinados recursos en condiciones justificables y previstas en la ley, en la mediación el mediador podrá dar por terminada la mediación si considera que una parte no pretende sino utilizar este mecanismo para prorrogar la resolución del

¹⁰³⁷ Cfr. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, cit., p. 109.

¹⁰³⁸ Defendiendo la voluntariedad y rechazando la obligatoriedad de la mediación, véase, entre otros, MARTÍN DIZ, Fernando, “La mediación: marco general para su implementación como sistema complementario de administración de Justicia”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, p. 57.

¹⁰³⁹ Sobre el *empowerment* en la mediación, véase, *inter alia*, BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, cit., pp. 130-131 y GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 44.

conflicto¹⁰⁴⁰. Por otro lado, consideramos pertinente la previsión legal de la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad plasmada por la Directiva 2008/52/CE (art. 8) y por el Proyecto de Ley de Mediación (art. 4), para que no se frustre el derecho a la tutela judicial efectiva.

El control del método de mediación por los mediados se manifiesta también en la construcción del acuerdo final. Las partes son las productoras de la solución, teniendo que confluír sus voluntades en los términos del acuerdo de mediación o pudiendo rechazar cualquier pacto. De este modo, y como la solución es elaborada por las propias partes, el cumplimiento de los compromisos es prácticamente total¹⁰⁴¹. Los mediados sentirán una mayor propensión a cumplir un acuerdo que consintieron, que una decisión impuesta.

4.1.3. Preservación de las relaciones humanas y sociales y disminución de los niveles de conflictividad

La colaboración entre las partes es un elemento fundamental de la mediación, sin el cual es imposible la obtención del acuerdo. El mediador trabaja para reducir la tensión emocional de las partes y, consecuentemente, favorece el diálogo y la comunicación entre los sujetos. Como pone de manifiesto Fajardo Martos, la mediación “*minimiza la erosión de las relaciones entre las partes*” y “*supera la estructura dual de los mecanismos tradicionales, únicamente acordes con enfoques confrontacionales*”¹⁰⁴². En realidad, en la mediación cuando se logra el acuerdo todas las partes se sienten ganadoras, porque obtuvieron algo que les era fundamental. Los vínculos relacionales se ven consolidados y queda reforzada la responsabilidad de los mediados respecto a los acuerdos que pactan.

Por otro lado, la mediación permite aclarar los detalles de los asuntos en disputa y el intercambio de informaciones entre los mediados, lo que reducirá la desconfianza de la parte contraria. El mediador puede ayudar a las partes a remover los bloqueos y

¹⁰⁴⁰ Como posibilita el art. 23, apartado 1 del Proyecto de Ley de Mediación.

¹⁰⁴¹ Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 25.

¹⁰⁴² Cfr. FAJARDO MARTOS, Paulino, “Estrategia y Mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la Mediación”, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pp. 72 y 78.

distorsiones en los procesos de comunicación para facilitar el mutuo entendimiento. Las partes se sienten escuchadas y pueden revelar sus intereses reales, lo que contribuye al mantenimiento de las relaciones futuras y la resolución de otros hipotéticos conflictos.

4.1.4. Creatividad de los acuerdos y maximización de intereses

El acuerdo obtenido en un proceso de mediación exige la concordancia absoluta de todos los implicados, por lo que tal resultado reivindica simultáneamente que los intereses de éstos se encuentran plenamente satisfechos por el contenido del acuerdo. No sería imaginable la aceptación de un determinado pacto si las partes no sintiesen que sus inquietudes e intereses tienen respuesta. La maximización de intereses sólo alcanzará el éxito si las partes se desvinculan de sus posiciones iniciales y aceptan soluciones que afecten, no sólo sus intereses, sino también a los de la parte contraria, lo que implica un esfuerzo imaginativo único por parte de los mediados en el seno de las técnicas de resolución extrajudicial de conflictos¹⁰⁴³. En efecto, la obtención de acuerdos *win-win*, en los que ambas partes obtienen respuesta a sus pretensiones, reclama la máxima creatividad de los mediados en la fase de planteamiento de opciones y, de forma simultánea, un estímulo del mediador a la construcción de posibilidades de acuerdo.

Por otro lado, cada acuerdo es singular por constituir el resultado exclusivo del trabajo de unos concretos mediados, teniendo en cuenta su particular y singular conflicto. Así como no hay mediaciones repetibles, no son imaginables acuerdos análogos. En estos términos, todos los pactos obtenidos en el procedimiento de mediación son exclusivos y únicos por llevar la firma de la personalidad e individualidad de sus participantes y porque responden de forma satisfactoria a ambas partes en lo que concierne a sus concretas aspiraciones.

La creatividad de los acuerdos permite dar una respuesta adecuada a cada conflicto, circunstancia que muchas veces no resultaría de la estricta aplicación de la ley, pero en el

¹⁰⁴³ Como señalan Diego Vallejo y Guillén Gestoso, las partes en mediación “pueden hacer concesiones sin que ello suponga un elemento de desprestigio. (...) En realidad, se ha comprobado que la mera presencia de un mediador y las expectativas de las partes ante un próximo proceso mediador modulan tácitamente los comportamientos de las partes que exhiben una dinámica significativa de cooperación, incrementando el número de sus concesiones iniciales”. Cfr. DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, cit., p. 24.

caso se concreta en la solución con mayores potencialidades y ventajas¹⁰⁴⁴. No obstante la presente prerrogativa de la mediación, las posibilidades abiertas por este mecanismo en sede de acuerdos podrán implicar simultáneamente un riesgo y un peligro, por permitir acuerdos *contra legem* o que contraríe la tendencia judicial en la misma materia. Cuando analizamos la cuestión de la homologación de los acuerdos de mediación, defendimos que debería existir un control judicial respecto del orden público en relación a las concretas estipulaciones previstas por las partes. Si la homologación no fuere solicitada, y no siendo el mediador un experto en derecho, es posible que existan acuerdos ilegales, violando normas imperativas e incluso el orden público. Sin embargo, tenemos que confiar en el raciocinio de cada ciudadano y en su capacidad para decidir la defensa de sus intereses. Si las partes no están legalmente incapacitadas (interdicción o inhabilitación), y si no se verifica ninguna relación de desequilibrio de poderes con la parte contraria, es necesario confiar en el arbitrio de cada sujeto para decidir sus destinos en un conflicto. Un acuerdo podrá no reflejar la normativa aplicable, pero podrá ser la solución que mejor satisface a las partes en el caso concreto.

4.1.5. Confidencialidad

La confidencialidad es señalada como uno de los factores clave para el éxito de la mediación, concretamente en relación a las materias personales y mercantiles en que las partes desean mantener el secreto del conflicto¹⁰⁴⁵. En efecto, la ausencia de observancia del deber de confidencialidad podría mantener a los mediados sujetos a sus posiciones y contribuiría a que la estrategia de esconder información a la otra parte y al mediador se mantuviese, lo que, consecuentemente, dificultaría la investigación y manifestación de los intereses ocultos, y en definitiva una resolución positiva del conflicto.

¹⁰⁴⁴ Como pone de manifiesto Fajardo Martos, “Se acude, por este motivo, a la mediación cuando existe riesgo de corrupción, cláusulas de legislación o jurisdicción locales que no se pueden aceptar, conflictos de gran complejidad técnica, contratos elaborados bajo un sistema jurídico que serían interpretados bajo otro distinto, incluso, en sus principios”. Cfr. FAJARDO MARTOS, Paulino, “Estrategia y Mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la Mediación”, cit., p. 79.

¹⁰⁴⁵ Fajardo Martos considera que en el ámbito mercantil la confidencialidad de la mediación es fundamental en los conflictos entre “empresas cotizadas, sometidas a procesos de venta o fusión, en conflictos relacionados con nuevos productos o procesos en desarrollo, o en situaciones en las que la protección de la imagen tiene singular relevancia”. FAJARDO MARTOS, Paulino, “Estrategia y Mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la Mediación”, cit., p. 80.

Contra esta ventaja se puede argumentar que incluso estando las partes sujetas a la confidencialidad de las declaraciones y documentos analizados en la mediación, si el acuerdo no es obtenido, y el conflicto arriba a la vía judicial, las partes siempre podrán utilizar los hechos ya expuestos para conducir su defensa¹⁰⁴⁶. Será difícil probar que la parte está utilizando información reservada procedente de una previa mediación para orientar su argumentación en un determinado sentido si no se invocan directamente declaraciones o documentos evidenciados en las sesiones previamente realizadas. No obstante este riesgo, no es suficiente para justificar que el principio de confidencialidad no sea un pilar de la mediación. En verdad, en el propio proceso judicial, con la presentación de los hechos y argumentos de las partes en la demanda inicial y en la contestación, también los abogados conocerán el sentido de la posición de cada parte y podrán orientar la prueba en esa dirección.

4.1.6. Celeridad y costes reducidos

La celeridad y la economía de costes son de igual modo consideradas también como ventajas de la mediación¹⁰⁴⁷. La rapidez de este método se ve fomentada desde luego por la inexistencia de trámites procedimentales inflexibles. El Proyecto de Ley de Mediación prescribe en su art. 21 que la duración máxima del procedimiento de mediación será de dos meses a contar desde la fecha de la firma del acta de la sesión constitutiva, prorrogables con carácter excepcional y de común acuerdo de las partes por un mes más. Del artículo se concluye tajantemente que la celeridad es un imperativo legal.

En términos de costes, el art. 16 del Proyecto de Ley de Mediación no indica ningún criterio de determinación respecto a la asunción de costas por las partes, consagrando solamente la necesidad de que se divida por igual entre los mediados. En España no hay una práctica uniforme en esta materia. Pero atendiendo a la realidad portuguesa, en los sistemas de mediación públicos existentes (con excepción de la mediación penal que es

¹⁰⁴⁶ En este sentido Dário Moura Vicente señala que “quando as probabilidades de conclusão com êxito do processo de mediação forem fracas, ela pode ter para as partes o inconveniente «tático» de os argumentos em que cada uma sustenta as respectivas pretensões serem levados à outra, e porventura debatidos com ela, previamente à instauração da lide”. Cfr. MOURA VICENTE, Dário, *Direito Internacional Privado - Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 394.

¹⁰⁴⁷ Véase, entre otros, WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, cit., p. 65. Refiriéndose a la ventaja de la celeridad en materia de sobreendeudamiento, véase FRADE, Catarina, “Mediação do sobreendividamento: uma solução célere e de proximidade”, *Revista Themis*, Año VI, n.º11, 2005, pp. 205-207.

gratuita), los costes del procedimiento de mediación son fijos, debiendo pagar cada parte 50 euros¹⁰⁴⁸. Independientemente del valor, será fundamental que los mediadores fijen previamente a cada mediación los criterios de determinación de sus honorarios y de cualquier otro coste que pueda producirse en el procedimiento. De no existir esa previsión, lo más lógico parece que se imputen a partes iguales entre todos los sujetos en conflicto que acudan a la mediación.

4.2. Inconvenientes

4.2.1. Desequilibrio de poder entre las partes (*Power Imbalance*)

La existencia de desequilibrios de poder entre las partes significa que la igualdad entre los mediados no está garantizada, situación que podrá resultar de diferentes factores como: la presión psicológica que una parte ejerce sobre la otra; los diferentes niveles de información respecto al conflicto; o por la existencia de una mayor vulnerabilidad a la exposición pública. Como verificamos anteriormente en el análisis del principio de igualdad entre las partes¹⁰⁴⁹, dichos factores no son exclusivos de la mediación, pudiendo concurrir también en el proceso judicial o en el procedimiento arbitral. Por otro lado, en la mediación cualquier parte podrá dar por concluido anticipadamente el procedimiento siempre que considere que exista una situación de desequilibrio de poderes entre los mediados.

Reiteramos que el legislador deberá consagrar el principio de igualdad de las partes como principio fundamental de la mediación¹⁰⁵⁰ y, asimismo, prescribir el derecho del mediador a dar por concluida la mediación en el momento en que aprecie la desigualdad de poder entre las partes, como se prescribe en el art. 6 de la Ley de Mediación en el ámbito de Derecho Privado de Cataluña (Ley 15/2009, de 22 de julio) y en el art. 28, apartado 3, de la Ley de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (Ley 1/2011, de 28 de marzo). De esta forma es posible crear mecanismos de control del *power imbalance* entre los mediados.

¹⁰⁴⁸ Para el Sistema de Mediación Familiar ver el art. 6, apartado 2, del *Despacho* n.º18 778/2007, de 22 de agosto y para el Sistema de Mediación Laboral ver el art. 4 del Protocolo de creación. En los *Julgados de Paz* el costo es aún más menor, pagando cada parte 25 euros (art. 7 de la *Portaria* n.º1456/2001, de 28 de diciembre).

¹⁰⁴⁹ Ver el apartado 7.3. del Capítulo II.

¹⁰⁵⁰ Por eso rechazamos que el Proyecto de Ley de Mediación haya eliminado la referencia expresa a la igualdad de las partes prescrita por el art. 12 del Anteproyecto.

4.2.2. Malas prácticas y control de la actividad de los mediadores

El éxito de la mediación dependerá de la calidad inherente al mecanismo en cada ordenamiento jurídico, cuya verificación es un imperativo comunitario impuesto por el art. 4 de la Directiva 2008/52/CE. La calidad de este mecanismo exige, entre otros parámetros: la cualificación de los mediadores y el cumplimiento de códigos de conducta que prescriban valores éticos que estos profesionales deben observar en su actividad. En efecto, la existencia de malas prácticas por parte de los mediadores o la violación de elementales principios deontológicos podrá condicionar y perjudicar la opinión de los ciudadanos respecto a la mediación.

No es suficiente la previsión legal de códigos de conducta o la exigencia de formación por los mediadores. En lo que concierne a los códigos de conducta, es fundamental que se controle su cumplimiento y que los ciudadanos tengan a disposición expedientes y procedimientos para presentar quejas y exigir responsabilidad contra una actuación concreta de un mediador. La previsión de un sistema de responsabilidad profesional de los mediadores constituye una premisa esencial a la afirmación de la calidad de la mediación¹⁰⁵¹. Elogiamos así la previsión legal de la Ley de Mediación de Cantabria, cuyo Título IV está exclusivamente dedicado a la responsabilidad de los mediadores con la previsión de sanciones para cada tipo de infracción y la consiguiente previsión del procedimiento sancionador.

Respecto a la formación de los mediadores es necesario un control de los cursos de mediación¹⁰⁵². El Proyecto de Ley de Mediación prescribe en su art. 13 que las Administraciones públicas competentes deberán fomentar la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, y la Ley de Mediación de Cantabria, entre otras normas autonómicas, exige en su art. 25, apartado 3, que los mediadores superen un curso teórico-práctico de experto, máster o postgrado en mediación cuyo contenido y duración se determinarán reglamentariamente¹⁰⁵³. De esta forma, se reduce drásticamente la

¹⁰⁵¹ Sobre esta temática véase nuestros desarrollos en el apartado 2.4. del Capítulo III.

¹⁰⁵² Refiriéndose a la formación de los mediadores, véase, entre otros, LOPEZ, Angela, “Reflexão sobre a Formação de Mediadores”, *Mediation in action/Mediação em acção*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Mediarcom/Minerva, 2009, pp. 105-112.

¹⁰⁵³ En el sistema portugués los cursos de mediación son aprobados por el GRAL, siendo el mejor sistema para asegurar alguna uniformización en términos de formación y garantizar la calidad de los mediadores Ver *Portaria* n.º237/2010, de 29 de abril, que aprueba en Portugal el Reglamento de reconocimiento de los

posibilidad de que intervengan mediadores sin preparación y, consecuentemente, se incrementará la calidad de este mecanismo.

4.2.3. Limitaciones operativas de la mediación

Las ventajas de la mediación enunciadas anteriormente no pueden esconder algunas limitaciones operativas de este mecanismo en determinados conflictos, encontrándonos lógicamente ante casos y situaciones en que no constituirá una vía posible para las partes. Así, la mediación no es el medio adecuado para establecer la interpretación legal de una norma o su legalidad en relación al sistema jurídico vigente. Del mismo modo, la mediación no será el mecanismo a aplicar si el objetivo de las partes es únicamente interpretar o declarar si determinado contrato es válido o nulo. A este respecto no consideramos correcto el art. 7, apartado 2 del Proyecto de Ley de Mediación relativo a las cláusulas de mediación, prescribiendo el legislador que dichas cláusulas surtirán efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que consten¹⁰⁵⁴. En efecto, si el mediador no es un decisor como el árbitro¹⁰⁵⁵, si no posee un curso o formación jurídica, y si las partes únicamente pretenden saber si un contrato es válido o no, la mediación no se presenta como viable para la resolución de ese conflicto. Si la cuestión de la validez del contrato es colateral, queriendo las partes prescindir de esa cuestión para debatir el cumplimiento de sus estipulaciones, en este caso ya se podrá aplicar la mediación¹⁰⁵⁶.

Tampoco se podrá pensar en la mediación con funciones ejecutivas similares al proceso de ejecución judicial. Sin embargo, la mediación podrá tener un papel importante en el cumplimiento de una obligación por parte del deudor. Por otro lado, la mediación es imposible si una de las partes se encuentra ilocalizable o si es desconocida, pues en este caso el diálogo entre las partes no es posible.

cursos de formación de mediadores para ejercer funciones en el ámbito de los sistemas de mediación pública.

¹⁰⁵⁴ Respecto del Anteproyecto de Ley de Mediación el legislador eliminó la parte final del art. 8, apartado 3, cuando refería que si la controversia versaba sobre la validez de la propia cláusula de mediación las partes podrán retirarse de la mediación alegando dicha circunstancia.

¹⁰⁵⁵ Los árbitros podrán incluso decidir sobre su propia competencia en los términos del art. 22 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

¹⁰⁵⁶ Sobre esta temática véase en nuestro estudio el apartado 4.1.2.1 del Capítulo II.

Los límites e inconvenientes referidos no son suficientes para determinar que la mediación no tiene ventajas como mecanismo de resolución de conflictos en el panorama actual. Se exigirá, todavía, un esfuerzo suplementario del legislador para regular las cuestiones jurídicas inherentes a la mediación en aras de lograr que cada vez más las partes recurran a este mecanismo para solucionar sus conflictos.

CONCLUSIONES

PRIMERA — La convivencia entre los seres humanos en sociedad y la colisión de intereses concurrentes determina, casi inevitablemente, la aparición de disputas entre ciudadanos, cuya resolución es imprescindible y reivindicada por la paz social necesaria para el desarrollo de la humanidad. La aparición de medios de resolución de conflictos constituye, así, una necesidad ineludible y su estudio un imperativo.

SECUNDA — La autotutela o autodefensa fue prohibida ya en el Derecho Romano por la inherente violencia que conlleva. En consecuencia, se han ido planteado diferentes medios de composición de conflictos como forma de buscar la concertación de pretensiones antagónicas entre los individuos. Junto a la solución en vía judicial de los conflictos, en sede de Juzgados y Tribunales como instrumentos de realización del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución Española, han ido brotando mecanismos de resolución de conflictos de corte extrajudicial que intentan alcanzar la solución a las disputas fuera del escenario judicial, en concreto: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

TERCERA — Los medios de resolución extrajudicial de conflictos, que se asumen como movimiento en los EE.UU. desde la década de 1970 y van obteniendo consagración legal en el marco normativo europeo, no afectan ni lesionan el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española y del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, toda vez que: o se basan en el principio de voluntariedad, constituyendo opciones de las partes para la solución de sus disputas; o son establecidos imperativamente en la ley pero por razones justificadas. En este nuevo siglo, el derecho de acceso a la justicia debe abarcar cualquier medio de Administración de la Justicia que sea imparcial y garantice la igualdad efectiva de las partes y la realización de la justicia al caso concreto.

CUARTA — En el actual cuadro de medios de resolución de conflictos, cada mecanismo tiene su particular operatividad, presentando diferentes ventajas en la resolución de

diferentes conflictos. Ante cada problema concreto las partes deberán escoger el medio que mejor responda a las especificidades de su conflicto, atendiendo a la solución reclamada y a la capacidad de respuesta de cada medio disponible. La reunión y disponibilidad de todos los mecanismos en un solo edificio, basado en el modelo norteamericano de los Tribunales Multi-Puertas (*multidoor courthouse*), deberá ser un objetivo de las políticas gubernamentales, constituyendo la mediación la primera puerta que se abriría a los ciudadanos para la resolución de su conflicto.

QUINTA — La mediación, mecanismo presente en la historia desde tiempos remotos, resurge en la actualidad, ganando importancia por el inherente carácter pacificador de las relaciones humanas resultante de la solución de las disputas mediante un acuerdo construido entre las propias partes. La implementación de la mediación es un camino sin retorno, exigiéndose su reglamentación legal y el establecimiento de los pilares que ofrezcan a los ciudadanos las garantías de justicia imprescindibles a todos los medios de resolución de conflictos. La reglamentación no deberá ser total o absoluta para no poner en causa la flexibilidad que caracteriza este mecanismo. Ante cada conflicto, el mediador deberá tener libertad para decidir las técnicas a utilizar y la forma de trabajar la disputa. El legislador si deberá reglamentar las cuestiones jurídicas esenciales, como los elementos nucleares del concepto de mediación, sus principios esenciales, los parámetros de cualificación de los mediadores y su responsabilidad profesional.

SEXTA — La aplicación de la reglamentación a la mediación exigirá la definición de sus elementos principales y característicos, sin los cuales no se podrá hablar de este mecanismo y que la distinga de otras figuras, creándose una uniformización que conquiste la confianza de los ciudadanos en esta especial forma de resolución de conflictos. La mediación constituye un método que implica la intervención de un tercero neutral e imparcial en relación a la disputa y a las partes para, bajo principios éticos y deontológicos, ayudar los mediados en la construcción de la solución a través del diálogo y el mutuo acuerdo.

SÉPTIMA — La mediación implicará la aplicación de técnicas metodológicas a cada caso concreto, atendiendo a las particularidades de las partes y a las especificidades de los conflictos que necesariamente tendrán que ser jurídicos, distinguiéndose este método, y de esa forma, de la intervención terapéutica. El mediador no será un terapeuta que aplica

sus técnicas de trabajo al servicio del tratamiento psicológico de los problemas de las partes, sino en profesional que intenta que los mediados construyan la solución jurídica para su conflicto de componente jurídico.

OCTAVA — Del ámbito de aplicación de la mediación se deberán excluir los conflictos cuya resolución no sea adecuada por este mecanismo en virtud de sus principios, reglas y metodologías. El criterio de mediabilidad deberá radicar en el modo de actuación de la mediación y en la inherente forma de resolución de conflictos. El orden público no constituye el criterio óptimo de aplicabilidad de este mecanismo toda vez que podrá ser imposible determinar *ab initio* si el conflicto viola este criterio y, además, el mediador no tendrá que ser obligatoriamente un experto en derecho, pudiendo no tener la capacidad para averiguar o detectar la presencia del orden público en el caso concreto. Asimismo, la disponibilidad de derechos no deberá ser criterio de la mediabilidad porque si la mediación está reglamentada en relación a derechos indisponibles, como las materias familiares y penales, no existirán razones para excluir este mecanismo de estos ámbitos. La mediación deberá ser posible en todas las materias, con excepción de las expresamente excluidas por el legislador atendiendo a razones relativas a su funcionamiento, o por opción legal con fundamento en la necesidad de protección de determinados bienes y/o derechos públicos.

NOVENA — La consagración de la mediación como un medio que integra el actual sistema de resolución de conflictos exige que su edificación se asiente en principios fundamentales, en concreto: la voluntariedad, la confidencialidad y la igualdad de las partes. El principio de voluntariedad constituye no solo un principio básico, sino una condición *sine qua non* de la mediación, propiciadora del diálogo necesario a la resolución del conflicto por acuerdo. De este modo, no deberá ser consagrado ningún sistema obligatorio de mediación, con la inherente aplicación de sanciones, como multas o pago de costas, cuando las partes no eligieren este medio para la solución de su conflicto. Solamente son admisibles sistemas de mediación voluntaria u optativa en que las partes son invitadas, sin ningún tipo de obligatoriedad, a comparecer a una sesión de premediación.

DÉCIMA — La voluntariedad se concreta *ab initio* en el contrato de mediación resultante del acuerdo de voluntades emitidas por las partes de un conflicto en orden a manifestar

su consentimiento a la resolución de la controversia por este método. La participación del mediador vinculándose a la prestación del servicio de mediación no es esencial, toda vez que en los sistemas institucionalizados el mediador es designado automáticamente después de que las partes consintieren la resolución del conflicto a través de este singular medio.

UNDÉCIMA — La resolución del conflicto por mediación además podrá ser consagrada en una cláusula contractual previa al surgimiento de la disputa, atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad. Si las partes no respetan dicha estipulación contractual, y acceden a los órganos jurisdiccionales invocando sus pretensiones, el juez deberá suspender el proceso para que los mediados acudan a la mediación tal y como se había pactado con carácter previo y voluntario, en orden al cumplimiento del principio *pacta sunt servanda*. Asimismo se cumpliría el principio de economía procesal, evitándose el ejercicio de una nueva acción. Por otro lado, el juez del proceso evaluaría la validez y eficacia de la cláusula de mediación y podría homologar el acuerdo construido por las partes a través de este mecanismo.

DUODÉCIMA — La voluntariedad se manifiesta, de igual modo, en el resultado, potencial y eventual, de la mediación, concretado en el acuerdo de mediación o negocio jurídico mediado, cuyo carácter particular radica en: su procedencia exclusiva desde las propias partes del conflicto; en su contenido de respuesta posible a todos los intereses en juego y, en su carácter voluntario traduciendo un pacto de las partes y no una imposición legal o jurisdiccional. Dichas especificidades imposibilitan su recurso e impugnación por las partes, permitiendo solamente la solicitud de modificación de lo pactado por alteración de las circunstancias (en atención y observancia del principio *rebus sic stantibus*).

DECIMOTERCERA — Los acuerdos de mediación deberán tener carácter ejecutivo directo, o bien obtener dicha condición en virtud de un acto de homologación, sea judicial, sea notarial, para el refuerzo de su posición como medio de resolución de conflictos. La solución más ventajosa y sencilla es su ejecución directa, posibilidad que depende de que el proceso judicial de ejecución de cada ordenamiento jurídico prevea el negocio jurídico mediado como título ejecutivo y permita el control de validez por el juez del proceso de ejecución.

DECIMOCUARTA — La homologación o ejecutividad directa de los acuerdos de mediación dependerán de una evaluación de su validez por un juez o notario que tendrá como criterio evaluador el orden público, debiéndose evitar la ejecución de negocios jurídicos mediados que conculquen normas imperativas, para que la confianza de los ciudadanos en esta forma especial de resolución de conflictos no se vea mermada o puesta en entredicho. En la evaluación de la vulneración de una norma imperativa, el juez o notario deberá tener la facultad de poder solicitar a las partes que presenten las razones subyacentes al contenido de la cláusula en causa o exigir que modifiquen su redacción.

DECIMOQUINTA — La confidencialidad constituye asimismo un principio cardinal y condición de efectividad y eficacia de la mediación, siendo esencial su consagración legal para la consecución de un ambiente de confianza entre partes y mediador. Además, el legislador deberá prescribir la aplicación de multas a las partes o a otros intervinientes en la mediación que incumplan este deber. Si la violación de este deber de secreto es imputable al mediador, debería aplicarse una sanción disciplinaria que, en los casos más graves, llevaría a su suspensión temporal en el ejercicio de la mediación o incluso a su definitiva expulsión de la práctica como mediador.

DECIMOSEXTA — Un tercer pilar de la mediación se asienta en el principio de igualdad de las partes que, consagrado legalmente, ofrecerá las garantías de imparcialidad, neutralidad y tratamiento equitativo para con los mediados y, consecuentemente, del propio acuerdo de mediación. La aplicación de este principio se vinculará con la necesidad de evitar y corregir la existencia de situaciones de desequilibrio de poder en que una parte ejerce influencia o presión respecto de la otra y con ello afecta o menoscaba su libertad de negociar y sus facultades de transacción. El legislador deberá consagrar legalmente el deber del mediador de dar por terminada la mediación siempre que considere que el desequilibrio de poder entre las partes es insuperable.

DECIMOSÉPTIMA — El mediador debe ser un profesional independiente, imparcial y neutral. Deberán ser fijadas legalmente las condiciones de ejercicio de la actividad de mediador que garanticen su competencia, preparación y cualificación profesional. Es fundamental exigir una formación previa adecuada y una formación continua posterior para que mantengan elevados niveles de profesionalidad y calidad. Será muy conveniente para los propios mediadores su organización corporativa en colegios profesionales de

ámbito nacional que gestionen y ofrezcan al público un registro de mediadores habilitados para la aplicación de la mediación.

DECIMOCTAVA — La profesión de mediador, en cuanto a su actividad, debe estar regida por reglas y principios deontológicos. La existencia de códigos de conducta es esencial para la definición de los deberes y obligaciones comunes al ejercicio de la actividad de mediador, así como también para transmitir al público los valores éticos inherentes a esta actividad.

DECIMONOVENA — La definición de un régimen de responsabilidad de los mediadores por el incumplimiento o violación de sus deberes éticos y profesionales es un imperativo inaplazable, toda vez que contribuirá a la integridad del método y a la definición del estatuto jurídico de los mediadores. La responsabilidad del mediador podrá ser contractual (si existiera violación del contrato de prestación de servicios); civil (por los daños causados por prácticas negligentes); disciplinar (por violación de los códigos deontológicos aplicables y de los deberes recogidos en su estatuto profesional) y penal (si fuere cometido un delito o falta criminal en el ejercicio de sus funciones). Debe ser obligatorio para el mediador contratar, y mantener vigente, un seguro de responsabilidad civil profesional.

VIGÉSIMA — La mediación constituye un medio con ventajas operativas en diversos ámbitos y dominios jurídicos. Este mecanismo se traduce en una nueva forma de interacción humana debiendo incrementarse su difusión y conocimiento ya desde la etapa escolar, para que los niños asimilen una nueva concepción de ciudadanía y una nueva forma de afrontar y resolver los conflictos mediante el diálogo. También en la vida de las empresas deberá incorporarse este mecanismo como forma de resolución de conflictos no solo con sus clientes, sino también a nivel interno, entre empleadores y empleados, e incluso en las posibles disputas en sus ámbitos de gestión profesional o familiar.

VIGÉSIMO PRIMERA — En materia civil y mercantil es inaplazable que los Estados miembros transpongan la Directiva 2008/52/CE, defendiéndose la consagración de una Ley singular y especial que establezca las bases de aplicación de este mecanismo y afirme su protagonismo en el actual marco de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos. En el ordenamiento español no es deseable que se siga la tendencia de

publicación de una ley de mediación general para todo el ámbito del derecho privado por Comunidad Autónoma, como se verifica en Cataluña (e incluso, con peor técnica legislativa, excediendo el ámbito constitucionalmente posible para la mediación como ocurre en el caso de Cantabria). Hacemos votos a favor de que el Proyecto de Ley resulte en una normativa de rango estatal vigente en todo territorio, pese a algunas imperfecciones y carencias que debieran ser subsanadas en el mismo en su versión actual.

VIGÉSIMO SEGUNDA — La mediación familiar constituye un mecanismo con múltiples ventajas para su aplicación ante las especificidades de los conflictos familiares. No debería existir una limitación de las materias susceptibles de ser resultas en mediación familiar, puesto que las relaciones familiares están en constante transformación. El legislador deberá consagrar una cláusula abierta que permita la futura incorporación de nuevos o novedosos tipos de conflictos fruto de nuevas organizaciones familiares o de nuevas formas de relaciones personales. La futura ley de mediación civil española debería sustituir las diferentes leyes autónomas de mediación para que existiese una sola reglamentación en materia familiar, común y de ámbito estatal.

VIGÉSIMO TERCERA — En el ámbito de la mediación penal, España no puede prolongar por más tiempo el vacío normativo en esta cuestión, teniendo que respetar sin demora los designios de la Decisión-Marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima. Consideramos que la mejor forma de legislar en esta materia es promulgar una ley singular y específica, ajena e independiente a la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se verificó en Portugal con la Ley 21/2007, de 12 de junio, con la intención de mantener separados los ámbitos judiciales y extrajudiciales. Esta futura ley española deberá, entre otras cuestiones, definir los delitos y faltas que deben ser excluidas de su ámbito y que por tanto no serán mediables penalmente, como pueden ser los delitos de violencia sexual, o relacionados con la violencia de género y la violencia doméstica, o los delitos públicos.

VIGÉSIMO CUARTA — La aplicación de la mediación se extiende al Derecho Administrativo respondiendo a la moderna tendencia que despoja de formalidad a la Administración Pública y a una creciente exhortación a la participación de los ciudadanos en las decisiones que les afectan. La previsión legal de la mediación en el

ámbito del Derecho Público debe ser consagrada de forma expresa, permitiendo que los ciudadanos puedan optar por resolver mediante un acuerdo sus conflictos con la Administración.

VIGÉSIMO QUINTA — Uno de los ámbitos más fructíferos de la mediación en Derecho Público son los conflictos ambientales por sus especiales características. La existencia de múltiples partes afectadas, y con relaciones de poder en desequilibrio, la colisión de intereses públicos y privados, la científicidad y tecnicismo de las cuestiones ambientales, los efectos en las generaciones futuras o la urgencia de la resolución, son algunos factores que justifican la aplicación de la mediación por permitir la resolución de los conflictos ambientales de forma amigable y adaptada al caso concreto. La consagración legal de la mediación ambiental deberá ser un objetivo de las políticas en este sector.

VIGÉSIMO SEXTA — La mediación, como cualquier medio de resolución de conflictos, presenta ventajas e inconvenientes, tanto en niveles generales como descendiendo a detalles más particulares. La flexibilidad de procedimientos, la voluntariedad y control del método por las partes, la preservación de las relaciones humanas y sociales y la disminución de los niveles de conflictividad, la creatividad de los acuerdos y la maximización de intereses, la confidencialidad, la celeridad y los costes reducidos son algunas de las ventajas de este mecanismo y se erigen como atractivos factores a atender por las partes en su particular elección a favor de la mediación. Por el contrario, el desequilibrio de poder entre las partes, la realización de malas o negligentes prácticas de mediación y algunas limitaciones operativas de la mediación constituirán posibles riesgos en un procedimiento de mediación que, incluso, pudieran ser controlables mediante preceptos legales específicos a fin de evitar las prerrogativas y desventajas de este mecanismo.

VIGÉSIMO SÉPTIMA — Consagrar la mediación como medio extrajudicial de resolución de conflictos deberá constituir una apuesta seria, constante y decidida de los Gobiernos modernos en el siglo XXI como forma de promover un nuevo paradigma de Administración de la Justicia que busca la solución adecuada al caso concreto y concede voz y protagonismo a los ciudadanos en la resolución de sus propios problemas.

Tradução para português das conclusões atendendo aos requisitos estabelecidos no art.22 do Real Decreto 1393/2007, de 29 de Outubro, para a menção de Doutoramento Europeu

CONCLUSÕES

PRIMEIRA — A convivência entre os seres humanos em sociedade e a colisão de interesses concorrentes determina, quase inevitavelmente, o surgimento de conflitos entre os cidadãos, cuja resolução é imprescindível e reivindicada pela paz social necessária ao desenvolvimento da humanidade. A aparição de meios de resolução de conflitos constitui, assim, uma necessidade intransponível e o seu estudo um imperativo.

SEGUNDA — A autotutela ou autodefesa foi proibida desde o Direito Romano pela violência que lhe é inerente. Em consequência, foram surgindo diferentes meios de composição de conflitos como forma de buscar a concertação de pretensões antagónicas entre os indivíduos. Ao lado da via judicial integrada pelos tribunais, enquanto instrumentos de realização do Direito à Tutela Judicial Efectiva do art. 24 da Constituição Espanhola, foram brotando mecanismos extrajudiciais que visam alcançar a solução das disputas fora do cenário judicial, em concreto: a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

TERCEIRA — Os meios de resolução extrajudicial de conflitos, que se assumem como movimento nos E.U.A. na década de 1970 e vão obtendo consagração legal a nível europeu, não afectam nem contendem com o Direito Fundamental à Tutela Judicial Efectiva do art. 24 da Constituição Espanhola e do art. 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, uma vez que ou se baseiam no princípio da voluntariedade, constituindo opções disponíveis às partes para a solução das suas disputas, ou são estabelecidos imperativamente na lei por razões justificadas. Neste novo século, o Direito de Acesso à Justiça deve abranger qualquer meio de Administração da Justiça que seja independente, imparcial e garanta a igualdade efectiva das partes, ao mesmo que tempo que realiza a justiça do caso concreto.

QUARTA — No actual quadro dos meios de resolução de conflitos, cada mecanismo tem a sua particular operatividade, apresentando diferentes vantagens na resolução de diferentes conflitos. Perante cada disputa as partes deverão escolher o mecanismo que melhor responda às especificidades do problema em causa, atendendo à solução reclamada e à capacidade de resposta de cada meio disponível. A reunião e disponibilidade de todos os mecanismos num só edifício, baseado no modelo norte-americano dos Tribunais Multi-portas (*multidoor courthouse*), deverá ser um objectivo das políticas governamentais, constituindo a mediação a primeira porta que se abriria aos cidadãos para a resolução dos seus conflitos.

QUINTA — A mediação, mecanismo presente na história desde os tempos mais remotos, ressurge na actualidade, ganhando importância pelo inerente carácter pacificador das relações humanas resultante da solução das disputas mediante um acordo construído entre as próprias partes. A implementação da mediação é um caminho sem retorno, exigindo-se a sua regulamentação legal e o estabelecimento dos pilares que ofereçam aos cidadãos as garantias de justiça imprescindíveis a todos os meios de resolução de conflitos. A regulamentação não deverá, todavia, ser total ou absoluta para não pôr em causa a flexibilidade que caracteriza este mecanismo. Perante cada conflito, o mediador deverá ter liberdade para decidir as técnicas a utilizar e a forma de trabalhar a controvérsia. O legislador, por seu turno, deverá regular as questões jurídicas essenciais, como os elementos nucleares do conceito de mediação, os seus princípios fundamentais, os parâmetros de qualificação dos mediadores e a sua responsabilidade profissional.

SEXTA — A concreta aplicação da regulamentação à mediação exigirá a definição dos seus elementos principais e característicos, sem os quais não se poderá falar deste mecanismo e que permitam distingui-la de outras figuras similares, criando-se uma uniformização que conquiste a confiança dos cidadãos nesta especial forma de resolução de conflitos. A mediação constitui um método que implica a intervenção de um terceiro neutral e imparcial em relação à disputa e às partes para que, sob a égide princípios éticos e deontológicos, possa ajudar os mediados na construção da solução através do diálogo e mútuo acordo.

SÉTIMA — A mediação implicará a aplicação de técnicas metodológicas a cada caso concreto, atendendo às particularidades das partes e às especificidades dos conflitos que

necessariamente terão de ser jurídicos, distinguindo-se, por isso, da intervenção terapêutica. O mediador não será um terapeuta que aplica as suas técnicas de trabalho ao serviço do tratamento psicológico dos problemas das partes, mas pelo contrário, visa que os mediados construam por si próprios a solução jurídica para o seu conflito igualmente jurídico.

OITAVA — Do âmbito de aplicação da mediação deverão excluir-se os conflitos cuja resolução não seja adequada por este mecanismo em virtude dos seus princípios, regras e metodologias. O critério de mediabilidade deverá radicar no modo de actuação da mediação e na forma de resolução de conflitos que lhe é inerente. A ordem pública não constitui o critério óptimo de aplicabilidade deste mecanismo na medida em que poderá ser impossível determinar *ab initio* se o conflito viola ou não este critério. Acresce que, o mediador não terá de ser obrigatoriamente um perito com formação jurídica, podendo, por esse facto, não ter capacidade técnica para averiguar se o conflito contende com a ordem pública. De igual modo, a disponibilidade de direitos não deverá ser o critério de mediabilidade porque se a mediação está regulamentada para direitos indisponíveis, como as matérias familiares e penais, não existirão razões para excluir este mecanismo nesta sede. A mediação deverá, assim, ser possível em todas as matérias, com excepção das expressamente excluídas pelo legislador atendendo a razões relativas ao seu funcionamento ou por opção legal com fundamento na necessidade de protecção de determinados bens e/ou direitos públicos.

NONA — A consagração da mediação como um meio que integra o actual sistema de resolução de conflitos exige que a sua edificação assente em princípios fundamentais, concretamente a voluntariedade, a confidencialidade e a igualdade entre as partes. O princípio da voluntariedade constitui não só um princípio básico, como também uma condição *sine qua non* da mediação, propiciadora do diálogo necessário à resolução do conflito por acordo. Deste modo, não deverá ser consagrado nenhum sistema obrigatório de mediação, com a inerente aplicação de sanções, como multas ou pagamentos das custas do processo, quando as partes não escolham este meio para a solução do seu conflito. Somente se poderão admitir sistemas de mediação voluntários ou optativos em que as partes são convidadas, sem nenhum tipo de obrigatoriedade a comparecer a uma sessão de pré-mediação.

DÉCIMA — A voluntariedade concretiza-se *ab initio* no contrato de mediação resultante do acordo de vontades emitidas pelas partes de um conflito, por forma a manifestar o seu consentimento à resolução da controvérsia por este método. A participação do mediador vinculando-se à prestação do serviço de mediação não é essencial, na medida em que no âmbito dos sistemas institucionalizados o mediador é designado automaticamente depois de verificado o consentimento das partes na resolução do conflito através deste particular meio.

DÉCIMA PRIMEIRA — A resolução do conflito por mediação poderá estar consagrada numa cláusula contratual prévia ao surgimento da disputa, ao abrigo do princípio da autonomia privada. Se as partes não respeitam a referida estipulação contratual e acedem aos órgãos jurisdicionais para resolverem o conflito, o juiz deverá suspender o processo para que os mediados possam recorrer à mediação tal como haviam convencionado previa e voluntariamente, dando cumprimento ao princípio *pacta sunt servanda*. Do mesmo modo, dar-se-ia concretização ao princípio da economia processual, evitando-se o exercício de uma nova acção. Por outro lado, o juiz do processo avaliaria a validade e eficácia da cláusula de mediação e poderia homologar o acordo eventualmente obtido pelas partes.

DÉCIMA SEGUNDA — A voluntariedade manifesta-se de igual modo no resultado potencial e eventual da mediação, concretizado no acordo de mediação ou no negócio jurídico mediado, cujo carácter particular radica na sua construção pelas próprias partes em conflito; no seu conteúdo abrangente relativamente a todos os interesses em disputa; e no seu carácter voluntário traduzindo um pacto celebrado pelas partes e não uma imposição legal ou jurisdicional. Estas concretas especificidades impossibilitam o recurso do acordo de mediação pelas próprias partes que o estabeleceram, sendo permitida somente a solicitação da sua modificação quando se verifique uma alteração das circunstâncias que estiveram na sua base (em atenção ao princípio *rebus sic stantibus*).

DÉCIMA TERCEIRA — Os acordos de mediação deverão ter carácter executivo directo, ou obter essa condição em virtude de um acto de homologação, seja judicial, seja notarial, para que se reforce a sua posição como meio de resolução de conflitos. A solução mais vantajosa e simples será a sua execução directa, possibilidade que

dependerá, contudo, do processo judicial de execução de cada ordenamento jurídico prever o negócio jurídico mediado como título executivo e permitir o seu controlo de validade pelo juiz da execução.

DÉCIMA QUARTA — A homologação ou executoriedade directa dos acordos de mediação dependerão de uma avaliação da sua validade por um juiz ou notário que terá como critério avaliador a ordem pública, devendo-se evitar a execução de negócios jurídicos mediados que violem normas imperativas, para que a confiança dos cidadãos nesta forma especial de resolução de conflitos não seja colocada em causa. Na avaliação da violação de uma norma imperativa, o juiz ou notário deverá ter a faculdade de poder solicitar às partes que apresentem as razões subjacentes ao conteúdo da cláusula em causa ou exigir que modifiquem a sua redacção.

DÉCIMA QUINTA — A confidencialidade constitui também um princípio cardinal da mediação e uma condição de efectividade e eficácia deste mecanismo, sendo essencial a sua consagração legal para que se gere um ambiente de confiança entre as partes e o mediador. Por outro lado, o legislador deverá prescrever a aplicação de multas às partes ou aos intervenientes na mediação que incumpram este dever. Se a violação deste dever de segredo for imputável ao mediador, dever-se-á aplicar uma sanção disciplinar que, nos casos mais graves, poderá levar à suspensão temporal do exercício da actividade de mediação ou mesmo à expulsão definitiva da profissão de mediador.

DÉCIMA SEXTA — Um terceiro pilar da mediação assenta no princípio da igualdade das partes que, consagrado legalmente, oferecerá as garantias de imparcialidade, neutralidade e tratamento equitativo dos mediados e, conseqüentemente, do próprio acordo de mediação. A aplicação deste princípio evitará e corrigirá a existência de situações de desequilíbrio de poder, nas quais uma parte exerce influência ou pressão relativamente à outra e, com tal atitude, afecta a sua liberdade de negociar e as suas faculdades de transacção. O legislador deverá consagrar legalmente o dever do mediador dar por terminada a mediação sempre que considere que o desequilíbrio de poder entre as partes é insuperável.

DÉCIMA SÉTIMA — O mediador deve ser um profissional independente, imparcial e neutral. Devem ser fixadas legalmente as condições de exercício da actividade de

mediador que garantam a sua competência, preparação e qualificação profissional. É fundamental exigir uma formação prévia adequada e uma formação contínua posterior para que se mantenham elevados níveis de profissionalismo e qualidade. Será vantajoso para os próprios mediadores a sua organização corporativa numa ordem profissional de âmbito nacional que organize e execute a gestão de um registo público de mediadores habilitados ao exercício da actividade de mediação.

DÉCIMA OITAVA — A afirmação da profissão de mediador exigirá que a sua actividade seja subordinada por regras e princípios deontológicos. A existência de códigos de conduta é essencial à definição dos deveres e obrigações comuns ao exercício da actividade de mediador, assim como também transmite ao público os valores éticos inerentes a esta profissão.

DÉCIMA NONA — A definição de um regime de responsabilidade dos mediadores por incumprimento ou violação dos seus deveres éticos e profissionais é um imperativo inadiável, na medida em que favorecerá a integridade do método e a definição do estatuto jurídico dos mediadores. A responsabilidade do mediador poderá ser contratual (se se verificar a violação do contrato de prestação de serviços que estabeleceu com as partes); civil (pelos danos causados por más práticas profissionais); disciplinar (por violação dos códigos deontológicos aplicáveis e dos deveres previstos no seu estatuto profissional); e penal (se for cometido um delito ou crime no exercício das suas funções). Deve ser obrigatório para o mediador contratar e manter vigente um seguro de responsabilidade civil profissional.

VIGÉSIMA — A mediação constitui um meio com vantagens operativas em diversos âmbitos e domínios jurídicos. Este mecanismo traduz-se numa nova forma de interacção humana, devendo incrementar-se a sua difusão e conhecimento desde a etapa escolar, para que as crianças assimilem uma nova concepção de cidadania e uma nova forma de enfrentar e resolver os conflitos mediante o diálogo. Também deverá incorporar-se a mediação na vida das empresas como forma de resolução dos seus conflitos não apenas com os seus clientes, mas igualmente a nível interno, entre empregadores e empregados, inclusive em possíveis disputas no âmbito da sua gestão profissional ou familiar.

VIGÉSIMA PRIMEIRA — Em matéria civil e comercial é inadiável que os Estados membros transponham a Directiva 2008/52/CE, defendendo-se a consagração de uma lei autónoma e especial que estabeleça as bases de aplicação deste mecanismo e afirme o seu protagonismo no actual quadro dos meios de resolução de conflitos. No ordenamento espanhol não é desejável que se siga a tendência de publicação de uma lei geral de mediação por cada Comunidade Autónoma, como já se verifica na Catalunha (e também com pior técnica legislativa, excedendo o âmbito constitucionalmente possível para a mediação, como ocorre em Cantábria). Propugnamos que o Projecto de Lei existente em Espanha, não obstante as imperfeições que deverão ser sanadas na sua versão final, resulte num documento normativo de aplicação nacional.

VIGÉSIMA SEGUNDA — A mediação familiar constitui um mecanismo com múltiplas vantagens para a sua aplicação face às especificidades dos conflitos familiares. Não deveria existir uma limitação nas matérias susceptíveis de serem resolvidas por este meio na medida em que as relações familiares estão em constante transformação. O legislador deverá consagrar uma cláusula aberta que permita a futura incorporação de novos tipos de conflitos, fruto de novas organizações familiares ou de novas formas de relações pessoais. A futura lei de mediação espanhola deveria substituir as diferentes leis autónomas de mediação para que existisse uma só regulamentação em matéria familiar, comum e de âmbito estatal.

VIGÉSIMA TERCEIRA — No âmbito da mediação penal, Espanha não poderá prolongar mais o vazio normativo nesta questão, tendo de respeitar sem demora os desígnios da Decisão-Quadro 2001/220/JAI, relativa ao estatuto da vítima. Consideramos que a melhor forma de legislar nesta matéria é promulgar uma lei específica, autónoma e independente da Lei Processual Penal, como se verificou em Portugal com a Lei 21/2007, de 12 de Junho, com a intenção de manter claramente separados os âmbitos judicial e extrajudicial. Esta futura lei espanhola deverá, entre outras questões, definir os crimes e delitos excluídos do seu âmbito de aplicação, como podem ser os crimes de violência sexual, ou relacionados com a violência doméstica, bem como os delitos públicos.

VIGÉSIMA QUARTA — A aplicação da mediação estende-se actualmente ao Direito Administrativo, respondendo à tendência moderna para a desformalização da

Administração Pública e a uma crescente exortação à participação dos cidadãos nas decisões que os afectam. A previsão legal da mediação no âmbito do Direito Público deve ser consagrada de forma expressa, permitindo que os cidadãos possam optar por resolver os seus conflitos com a Administração mediante acordo.

VIGÉSIMA QUINTA — Um dos âmbitos mais profícuos da mediação, no âmbito do Direito Público, são os conflitos ambientais pelas suas especiais características. A existência de múltiplas partes afectadas com a disputa, a existência de relações de poder em desequilíbrio, a colisão de interesses públicos e privados, a cientificidade e tecnicidade das questões ambientais, os efeitos nas gerações futuras ou a urgência da resolução do problema, são alguns dos factores que justificam a aplicação da mediação para permitir a solução dos conflitos ambientais e urbanísticos de forma amigável e adaptada ao caso concreto. A consagração legal da mediação ambiental deverá ser um objectivo das políticas neste sector.

VIGÉSIMA SEXTA — A mediação, como qualquer meio de resolução de conflitos, apresenta vantagens e inconvenientes, tanto a nível geral como específico. A flexibilidade do procedimento, a voluntariedade e controlo do método pelas partes, a preservação das relações humanas e sociais e a redução dos níveis de conflitualidade, a criatividade dos acordos obtidos e a maximização dos interesses das partes, a confidencialidade, a celeridade e os custos reduzidos, são algumas vantagens que este mecanismo evidencia e que se apresentam como factores a atender pelas partes na sua eleição como forma de resolução dos seus conflitos. Pelo contrário, o desequilíbrio de poder entre as partes, a realização de más práticas de mediação e algumas limitações operativas inerentes a este mecanismo constituem possíveis riscos deste procedimento que, todavia, poderão ser controlados mediante normas legais específicas a fim de evitar as suas desvantagens.

VIGÉSIMA SÉTIMA — Consagrar a mediação como meio extrajudicial de resolução de conflitos deverá constituir uma aposta dos Governos no Século XXI, como forma de promover um novo paradigma de Administração da Justiça que busca a solução adequada ao caso concreto e concede voz e protagonismo aos cidadãos na resolução dos seus próprios problemas.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., “Are you asking the right questions?”, *Negotiation*, PON – Harvard Law School, Vol. 13, n.º2, febrero 2010, pp. 1-3.
- AA.VV., *The New EU Directive on Mediation. First Insights*, Association for International Arbitration, Maklu, Bélgica, 2008.
- AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Abordagens restaurativas do crime na Bélgica”, *Sub Judice*, nº37, Almedina, Out-Dez 2006, pp. 25-36.
- AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa”, *Sub Judice*, nº37, Out-Dez 2006, pp. 37-46.
- AERSTEN, Ivo y PETERS, Tony, “Mediação para a reparação: a perspectiva da vítima”, *Sub Judice*, nº37, Almedina, Out-Dez 2006, pp. 9-23.
- AERTSEN, Ivo, “Victim-offender mediation with serious offences”, *Crime Policy in Europe*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2006, pp. 75-84.
- AGRA, Cândido y CASTRO, Josefina, “Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, Coimbra Editora, 2005, pp. 95-112.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de, *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Almedina, Coimbra, 2007.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª edición, UNAM, México, 1970.
- ALEXANDER, Nadja, *Global Trends in Mediation*, 2ª edición, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.
- ALEXANDER, Nadja, “Mediation and the Art of Regulation”, *QUT Law and Justice Journal*, Vol. 8, n.º1, 2008, pp. 1-23, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 14 de octubre de 2010, http://www.law.qut.edu.au/ljj/editions/v8n1/pdf/2_Mediation_and_the_Art_of_Regulation_ALEXANDER.pdf.
- ALEXANDER, Nadja, *International and Comparative Mediation – Legal Perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

- ALMEIDA, Carlota Pizarro, “A propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, nº3, Coimbra Editora, julio-septiembre 2005, pp. 391-414.
- ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a tutela das novas formas de família*, Coimbra Editora, 2008.
- ÁLVAREZ GARCÍA, David, ÁLVAREZ PÉREZ, Luis y NÚÑEZ PÉREZ, José Carlos, *Aprende a Resolver Conflictos. Programa para mejorar la convivencia escolar*, 1ª edición, Editora CEPE, Madrid, 2007.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Aguilar, Madrid, 1960.
- AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law? Resolving Disputes Without Lawyers*, Oxford University Press, Nueva York, 1983.
- BÁDENAS CARPIO, Juan Manuel, “El juicio de equidad”, *Temas Actuales de Consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*, Dir. Antonio María Lorca Navarrete, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2001, pp. 183 – 221.
- BANDEIRA, Susana Figueiredo, “A Mediação como Meio Privilegiado de Resolução de Litígios”, *Julgados de Paz e Mediação: um novo conceito de Justiça*, AAFDL, Lisboa, 2002, pp. 95-137.
- BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo, “La tutela judicial deportiva efectiva: ayuno y abstinencia. La conciliación extrajudicial de los litigios deportivos como remedio no exclusivo”, *La Ley*, n.º1, 1997, pp. 2012-2019.
- BARONA VILAR, Sílvia, *Solución extrajudicial de conflictos: «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, 1ª edición, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BAXI, Upendra y GALANTER, Marc, “Panchayat Justice: an India experiment in legal access”, *Journal of The Indian Law Institute*, Vol. 18, 1976, pp. 375-430.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador”, *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Una propuesta de código ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º15, 2007, disponible en el siguiente

endereço electrónico accedido el 9 de febrero de 2011, <http://www.uv.es/CEFD/15/belloso.pdf>.

BENJAMIN, Alfred, *A entrevista de ajuda*, traducción Urias Corrêa Arantes, revisión del traducción Estela dos Santos Abreu, 8ª edición, São Paulo, 1994.

BINGHAM, Gail, *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*, The Conservation Foundation, Washington DC, 1986.

BLANCO CARRASCO, Marta, “La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, n.º42, 2009, pp. 129-152.

BLANCO CARRASCO, Marta, *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Una visión jurídica*, 1ª edición, Editorial Reus, Madrid, 2009.

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre, “Les Boutiques de Droit: l’autre médiation”, *Archives de Politique Criminelle*, n.º14, Centre de Recherches de Politique Criminelle, Editions A. Pedone, 1992, pp. 57-70.

BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF Editora, Paris, 2000.

BONDER, Nilton, *O segredo judaico de resolução de problemas*, 10ª edición, Imago, Rio de Janeiro, 1995.

BONO, Edward, *Lateral Thinking: a Textbook of Creativity*, Pelican Books, Londres, 1970.

BOON, Andrew, *et al.*, “Regulating Mediators?”, *Legal Ethics*, Vol. 10, n.º1, 2007, pp. 26 – 50.

BOULDING, K. E., *Conflict and Defense: A General Theory*, Harper & Row, Nueva York, 1962.

BOURAS, Niki, “Mediation in civil and commercial matters: an overview of the new Greek Law 3898/2010”, *Newsletter – Association for International Arbitration*, Fevereiro 2011, pp. 4-5.

BRAITHWAITE, Jonh, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

BRAITHWAITE, Jonh, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

- BRANDONI, Florencia, *Mediación escolar. Propuestas, reflexiones y experiencias*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1999.
- BROWN, Henry y MARRIOTT, Arthur, *ADR: Principles and Practices*, 2ª edición, Sweet & Maxwell, Londres, 1999.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M., y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional”, *La Ley*, n.º2, 1999, pp. 1828-1840.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “La acción pública en materia de urbanismo y de patrimonio histórico”, *Revista del Poder Judicial*, n.º66, 2002, pp. 513-553.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º240, 2005, pp. 9-34.
- BUSH, Robert A. Baruch y FOLGER, Joseph P., *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, Jossey-Bass, San Francisco, 2005.
- BUSH, Robert A. Baruch y POPE, Sally Ganong, “Transformative Mediation: Changing the Quality of Family Conflict Interaction”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, pp. 53 – 71.
- BUTTS GRIGGS, Thelma y otros, “Intervenciones de mediación”, coord. Francisco José Medina Díaz y Lourdes Munduate Jaca, *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2006, pp. 265-322.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 147.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, “El derecho penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, *Arbitraje, mediación, conciliación*, Dir. Ernesto Pedraz Penalva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º27, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 215-244.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luís, “Mediación Familiar. Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica”, *Actualidad Civil*, n.º15, 2010, pp. 1733-1794.
- CAMPOS, Joana, “O princípio da confidencialidade na mediação”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, n.º318, 2009, pp. 311-333.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant, *Access to Justice – a World Survey*, Vol. I, Giuffrè Editore, Milán, 1978.

- CARAMELO, António Sampaio, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Lisboa, 2006, pp.1233-1265.
- CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.
- CARIO, Roberto, “Les victimes et la médiation pénale en France”, *Justice réparatrice et médiation: convergences ou divergences?*, Edit. M. Jaccoud, L’Harmattan, Paris, 2003, pp. 187-206.
- CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil –Tomo I: Introducción y Función del Proceso Civil*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.
- CARNEVALE, Peter J. y PRUITT, Dean G., “Negotiation and Mediation”, *Annual Review of Psychology*, Vol. 43, 1992, pp. 531-582.
- CARPENTIERI, L., “Restorative justice in France: obstacles for the application of a truly restorative approach to french dispute resolution”, *Restorative Justice Online*, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 18 de enero de 2010, <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/carpentier/view>.
- CARULLA BENÍTEZ, Pedro, “La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, Tribunal Arbitral de Barcelona, n.º1, Año 2001, pp. 121-154.
- CASADO ROMÁN, Javier, “La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, Año XXXI, nº7419, 8 de junio de 2010, pp. 9-12.
- CASER, Ursula, “Bilateral, Multilateral and Complex Multiparty Mediation Concepts and Dynamics”, *Mediation in action/Mediação em acção*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Mediarcom/Minerva, 2009, pp. 81-91.
- CELAYA, Nacho, “La iniciativa Social de Mediación como instrumento complementario”, *Políticas del agua y participación social: la experiencia práctica de la política del agua en Aragón*, Instituto Aragonés del Agua, Zaragoza, 2007, pp. 203-221.
- CEPEJ, *Better Implementation of Mediation in the Member States of the Council of Europe – Concrete rules and provisions*, CEPEJ Studies, nº5, p. 31, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 29 de enero de 2010, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/series/Etudes5Ameliorer_en.pdf.
- CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2008 (data 2006)*: Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2008.

- CEPEJ, *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2010 (data 2008)*. Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2010.
- CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, de 19 de mayo de 2010, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>, accedido el 15 de octubre de 2010.
- CHRISTIE, Nils, “Conflict as Property”, *The British Journal of Criminology*, Vol.17, nº1, 1977, pp. 1-15.
- COBB, Sara, “A narrative perspective on mediation: towards the materialization of the "storytelling" metaphor”, *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives*, edit. Joseph Folger y Tricia Jones, Sage Publications, California, 1994, pp. 48-66.
- COLE, Sarah Rudolph, “Mediator Certification: Has the Time Come?”, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 11, 2005, p.7.
- CONWAY, Shawn, “Uniform Mediation Act (USA): legal privilege for all mediation communications”, *Tijdschrift voor MEDIATION*, n.º1, 2003, pp. 6-8.
- CORTINA RAMOS, Albert, “La participación, mediación y concertación en Paisaje”, *Gestión del paisaje. Manual de protección, gestión y ordenación del paisaje*, Coord. Jaume Busquets Fàbregas, Albert Cortina Ramos, 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2009.
- COUNCIL OF EUROPE, *Mediation in Penal Matters. Recommendation N° R(99)19 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum*, Publicaciones del Consejo de la Europa, Estrasburgo, 2000.
- CRISTAS, Assunção y GOUVEIA, Mariana França, “A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.07.2008, Proc. 1608/08”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º29, enero-marzo 2010, pp. 41-56.
- DEASON, Ellen E., “The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability?”, *Marquette Law Review*, Vol. 85, n.º1, 2001, pp. 79-111.
- DEBATTISTA, Charles, “Drafting Enforceable Arbitration Clauses”, *Arbitration International*, Vol. 21, n.º2, 2005, pp. 233-240.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *El Defensor del Pueblo en una España en cambio*, Trama, Madrid, 2007.

- DEMEYERE, Luc, "The Belgium Law on Mediation: an early overview", *Dispute Resolution Journal*, American Bar Association, Vol. 61, n.º4, 2006, pp. 89-92.
- DENDORFER, Renate, *Mediation In Germany. Structure, Status Quo And Special Issues*, comunicación presentada en el *European Branch's 2011 Annual General Meeting and Conference*, organizado por el *Chartered Institute of Arbitrators*, el 8 y 9 de abril de 2011 en Paris, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 13 de junio de 2011, <http://www.ciarb-europeanbranch.com/Conference/Archive/Archive%20Paris%202011/Mediation%20in%20Germany%20by%20Renate%20Dendorfer.pdf>.
- DEUTSCH, Morton, *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, Yale University Press, New Haven, 1977.
- DÍAZ, Luis Miguel y ORETSKIN, Nancy, "The U.S. Uniform Mediation Act and the Draft UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation", disponible en la página especializada *mediate.com*, en el siguiente endereço electrónico, accedido el 7 de septiembre de 2010, <http://www.mediate.com/articles/daiz2.cfm>.
- DIEGO VALLEJO, Raúl de, y GUILLÉN GESTOSO, Carlos, *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, 1ª edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 2006.
- DORADO PICÓN, Antonio, "Funciones asumibles por los secretarios judiciales que coadyuven a la modernización de la Justicia", *XXIII Jornadas de Estudio, La modernización de la justicia en España*, organizadas por la Abogacía General del Estado, compiladas y publicadas por el Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pp. 247-258.
- DROULERS, Diana C., "A mediação na América Latina", *Mediação*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Quimera, 2002, pp. 91 - 97.
- DUARTE, Caetano, "Justiça Restaurativa", *Sub Judice*, nº37, Almedina, Out-Dez 2006, pp. 47-52.
- EPSTEIN, Judd, "The enforceability of ADR Clauses", *International Association of Law Schools Conference - The Law of International Business Transactions: A Global Perspective*, Hamburgo, Alemania, 10-12 de abril de 2008, pp. 283-285, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 27 de diciembre de 2010, <http://www.ialsnet.org/meetings/business/MasterBookletHamburg2.pdf>.
- ESTEVES, Raúl, "A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal", *Sub Judice*, nº37, Almedina, Out-Dez 2006, pp. 53-64.
- FAGET, Jacques, "Mediation and Domestic Violence", *Champ pénal/Penal field - Nouvelle Revue Internationale de Criminologie*, Vol.1, 2004, disponible en el

siguiente endereço electrónico <http://champpenal.revues.org/356>, accedido el 1 de febrero de 2010.

- FAJARDO MARTOS, Paulino, “Estrategia y Mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la Mediación”, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pp. 69-83.
- FERREIRA, Elsa Dulce, “A mediação em acção na escola”, *Mediação*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Quimera, Lisboa, pp. 144-153.
- FERREIRA, J. O. Cardona, “Sistemas de Justiça e Mediação”, *Revista Themis*, Año VI, nº11, Lisboa, 2005, pp. 189-199.
- FERREIRA, J. O. Cardona, “A Mediação como caminho para a Justiça”, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 517-531.
- FERREIRA, J. O. Cardona, “Nova Justiça – Velho Idealismo, Mediação e Conciliação”, *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*, Coord. António José Moreira, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 1025-1046.
- FERREIRO BAAMONDE, Xulio, “La Ley de Mediación Familiar de Galicia, una década después”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 167-198.
- FIADJOE, Albert, *Alternative Dispute Resolution: a developing world perspective*, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 2004.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. Mª Silvia Velarde Aramayo, 1ª edición, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 299-309.
- FILE, Jason, “United-States: multi-step dispute resolution clauses”, *Mediation Committee Newsletter*, Vol. 3, n.º1, IBA Legal Practice Division, julio 2007, pp. 33-37.
- FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce, *Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In*, 2ª edición, Random House Business Books, Londres, 1999.
- FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 1984.
- FOLBERG, Jay, MILNE, Ann L., SALEM, Peter, “The evolution of Divorce and Family Mediation: An Overview”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques*,

- and applications*, edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, pp. 3-28.
- FONT SERRA, Eduardo, *Aportaciones del Profesor Font Serra a la Doctrina Jurídica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004.
- FOSTER, Sheila, “Environmental Justice in an Era of Devolved Collaboration”, *The Harvard Environmental Law Review*, Vol. 26, n.º2, 2002.
- FRADE, Catarina, “Mediação do sobreendividamento: uma solução célere e de proximidade”, *Revista Themis*, Año VI, n.º11, 2005, pp. 201-213.
- FRANCIONI, Francesco, *Access to Justice as a Human Right*, Edit. Francesco Francioni, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- FRIEDMAN, Gary J., *A Guide to Divorce Mediation*, 1ª edición, Workman, Nueva York, 1993.
- FULLER, Lon, “Positivism and fidelity to law – a replay to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, n.º4, febrero 1958, pp. 630-672.
- FUNKEN, Katja “Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany”, *German Law Journal*, Vol. 3, n.º2, 2002, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 12 de diciembre de 2010, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=130>.
- GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar, “La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la intervención del abogado en este proceso”, IE Working Paper Derecho, de 15/04/2005, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://pilar.galeote.profesores.ie.edu/Pilar.Galeote/Ficheros/5.pdf>, accedido el 2 de enero de 2011.
- GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar, “La mediación”, *Sistemas de Solución extrajurisdiccional de conflictos*, Coord. Rafael Hinojosa Segovia, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 61-90.
- GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar, “Novedades en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, n.º7456, Año XXXI, 2010, pp. 4-7.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 2006.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, “Mediación Civil. Mediación Intrafamiliar”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º3, 2008, pp. 1-33.

- GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1989.
- GETTY, Michael B.; MOYER, Thomas J.; RAMO, Roberta Cooper, “Preface to Symposium on Drafting a Uniform/Model Mediation Act”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 13, n.º3, 1998, pp. 787-789.
- GIL NIEVAS, Rafael, “La Directiva de Mediación en la Comunidad Europea”, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pp. 35-57.
- GIMENO SENDRA, José Vicente, “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, *Problemas Actuales de la Justicia: Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, Coord. Victor Manuel Moreno Catena, Editora Tirant lo Blanch, 1988, pp. 171 – 182.
- GIRARD, Jennifer, *Dispute Resolution in Environmental Conflicts: Panacea or Placebo?*, 1999, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>, accedido el 15 de febrero de 2010.
- GLASBERGEN, Pieter, “Environmental dispute resolution as a management issue: Towards new forms of decision making”, *Managing environmental disputes: network management as an alternative*, Edit. Pieter Glasbergen, Kluwer Academic Publishers, EUA, 1995, pp. 1-18.
- GOLDBERG, Stephen B. y SANDER, Frank E. A., “Selecting a Mediator: An Alternative (Sometimes) to a Former Judge”, *Litigation*, Vol. 33, n.º4, Summer 2007, pp. 40-44.
- GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 5ª edición, Aspen Publishers, Nueva York, 2007.
- GOMES, Lucinda T., “Mediação familiar e Conflito Parental: Modelos de Mediação”, *Newsletter do GRAL*, n.º11, noviembre de 2009, disponible en el siguiente endereço electrónico http://www.gral.mj.pt/userfiles/Artigo_Lucinda.pdf.
- GORDILLO SANTANA, Luis F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2007.
- GOUVEIA, Mariana França, “Meios de Resolução Alternativa de Litígios: Negociação, Mediação e Julgados de Paz”, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, Almedina, Lisboa, 2008, pp. 727-758.

- GOUVEIA, Mariana França, “Algunas questões jurídicas a propósito da mediação”, *Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, pp. 213-242.
- GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 1ª edición, Almedina, Lisboa, 2011.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº39, 2005, pp. 39-56.
- GUASP, Jaime, *El Arbitraje en el Derecho Español*, Editorial Bosch, Barcelona, 1956.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, *La médiation*, 4ª edición, Presses Universitaires de France, Paris, 2007.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, “La déontologie et l’identité professionnelle du médiateur”, *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the European Union*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, pp. 143-153.
- HALLO, Ralph y SANCHIS MORENO, Fe, *La aplicación del Convenio de Aarhus en la UE y en España*, 2007, disponible en el siguiente endereço electrónica, http://www.ecologistasenaccion.org/IMG/pdf_Aarhus_booklet_ES.pdf, accedido el 29 de abril de 2011.
- HANDLER, Martina, *et al.*, *Promoting Environmental Mediation as a Tool for Public Participation and Conflict Resolution – A comparative analysis of case studies from Austria, Germany and CEE countries*, OEGUT-REC, 2004.
- HARRISON, Jonh, “Environmental Mediation”, *Journal of Environmental Law*, Vol. 9, nº1, 1997, pp. 79-102.
- HART, H.L.A., “Positivism and separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, n.º4, febrero 1958, pp. 593-629.
- HARTMANN, Arthur y KERNER, Hans-Jürgen, “Victim-offender mediation in Germany”, *Newsletter Euforum*, Vol. 5, nº1, 2004, pp. 2-3.
- HEREDIA PUENTE, Mercedes, “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, Año XXX, nº 7257, 2009, pp. 1-7.

- HIDALGO MENA, Francisco L., “Técnicas de mediación familiar”, *Mediación y Orientación Familiar*, Vol. 2, Coord. J. Henry Bouche y Francisco L. Hidalgo, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 249-296.
- HOURANI, Albert, *A History of the Arab Peoples*, Warner Books, Nueva York, 1991.
- HUGGINS, Nicole A., “A evolução da utilização da mediação nos EUA”, *Mediação*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, Quimera, Lisboa, 2002, pp. 38 – 47.
- HUGHES, Scott H., “The Uniform Mediation Act: To the Spoiled Go to the Privileges”, *Marquette Law Review*, Vol. 85, n.º1, 2001, pp. 9-78.
- IANNINI, Augusta, *La Legislazione Italiana in Materia di Mediazione*, Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, 2011, p. 13, documento presentado en el Workshop on Mediation in Civil and Comercial Matters: before and after the EU Mediation Directive, realizado en Bruselas en 23 de mayo de 2011, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 14 de junio de 2011, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19588/20110518ATT19588IT.pdf>.
- IRANZO ROURA, Teresa, “Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil”, *Anuario de Justicia Alternativa*, Tribunal Arbitral de Barcelona, n.º3, Año 2002, pp. 213-219.
- JARROSSON, Charles, “La sanction du non-respect d’une clause constituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation, note sous Cass. Civ. 2^e, 6 juillet 2000; Cass. Civ. 1^{re}, 23 janvier et 6 mars 2001”, *Revue de l’Arbitrage*, n.º4, Año 2001, pp. 749-764.
- JARROSSON, Charles, “Observations on *Poiré v. Tripier*”, *Arbitration International*, Vol. 19, n.º3, 2003, pp. 363-369.
- JEAMMAUD, Antoine, “Conflit, différend, litige”, *Revue Droits*, n.º34, Paris, 2002, pp. 15-20.
- JOLLES, Alexander, “Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement”, *Arbitration*, Vol. 72, n.º4, noviembre 2006, pp. 329-338.
- KAPLAN, Neil, SPRUCE, Jill, MOSER y Michael J., *Hong Kong and China Arbitration: cases and materials*, Butterworths, Hong Kong, 1994.
- KATZ, Lucy V., “Compulsory Alternative Dispute Resolution: two-headed monster or two sides of the coin?”, *Journal of Dispute Resolution*, n.º 1, 1993, pp. 1-55.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, SCHULTZ, Thomas, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, Kluwer Law International, Haya, 2004.

- KNÖTZL, Bettina, ZACH Evelyn, “Taking the Best from Mediation Regulations”, *Arbitration International*, Vol. 23, n.º4, 2007, pp. 663-685.
- KOLB, Deborah M., *Los mediadores*, traducción de CELER, Servicio Técnico de Traducciones, revisión de Felipe Sáez Fernández, S.A., Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- KOVACH, Kimberlee K. y LOVE, Lela P., “Mapping Mediation: The Risks of Riskin’s Grid”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 3, 1998, pp. 71-110.
- KOVACH, Kimberlee K., “Mediation”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 304 – 317.
- LAGARDE, Xavier, “L’efficacité des clauses de conciliation ou de médiation”, *Revue de l’Arbitrage*, n.º3, Año 2000, pp. 377-401.
- LAMBROS, Thomas D. “The summary jury trial – an alternative method of resolving disputes”, *Judicature*, Vol. 69, n.º5, febrero/marzo, 1986.
- LÁZARO, João y MARQUES, Frederico Moyano, “Justiça restaurativa e mediação”, *Sub Judice*, nº 37, Almedina, Out-Dez 2006, pp.65-83.
- LEE, Jaime Alison y GIESLER, Carl, “Confidentiality in Mediation”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 3, 1998, pp. 285-297.
- LEITE, André Lamas, *A mediação penal de adultos - Um novo «paradigma» de justiça? Análise crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho*, Coimbra Editora, 2008.
- LHULLIER, Julien, *The quality of Penal Mediation in Europe*, CEPEJ, Estrasburgo, 2007, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 29 de enero de 2010, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ-GT-MED%282007%29&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DGHL-CEPEJ&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6>.
- LIEBMANN, Marian, *Mediation in Context*, 1ª edición, Jessica Kingsley Publishers, Reino Unido, 2000.
- LIEBMANN, Marian, *Restorative Justice – How it Works*, 1ª edición, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2007.
- LOPEZ, Angela, “Reflexão sobre a Formação de Mediadores”, *Mediation in action/Mediação em acção*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Mediarcom/Minerva, 2009, pp. 105-112.

- LOWRY, L. Randolph, "Evaluative Mediation", *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- MACKIE, Karl J., *A handbook of dispute resolution: ADR in action*, Routledge, Nueva York, 1991.
- MACKIE, Karl, "The Future for ADR Clauses After *Cable & Wireless v. IBM*", *Arbitration International*, Vol. 19, n.º3, 2003, pp. 345-362.
- MADRID, Jay J. y MARTIN, Jay G., "Advantages of Using Mediation and Arbitration to Settle Environmental Disputes", *Environmental Dispute Resolution: an Anthology of Practical Solutions*, Edit. Ann L. Macnaughton y Jay G. Martin, American Bar Association, EUA, 2002, pp. 43-56.
- MALBOSC, Patricia, "Arbitration and Mediation in Europe, towards a common business deontology?", *Mediation and Consensus Building: the new tools for empowering citizens in the European Union*, Coord. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, pp. 135-142.
- MANNOZZI, Gracia, "A rede italiana dos julgados de paz. Enquadramento da mediação: um modelo teórico", *NewsLetter DGAE*, n.º0, Ministério da Justiça, Lisboa, 2001, pp. 5-10.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, 1ª edición, Editorial Comares, Granada, 2007.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La mediación penal", *Diario La Ley*, n.º6900, 2008, pp.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho Penal Español", *Diario la Ley*, n.º7255, Año XXX, 2009, pp. 1- 4.
- MARCOS FRANCISCO, Diana, "Las Alternative Dispute Resolution en el Proyecto de Ley del Código de Consumo de Cataluña", *Revista General de Derecho Procesal*, n.º22, 2010, pp. 1-28.
- MARQUES CEBOLA, Cátia, "Os critérios operativos da Boa Fé no âmbito das Cláusulas Contratuais Gerais", *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, nº11, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, 2007, pp. 129-157.
- MARQUES CEBOLA, Cátia, "The transposition into Portuguese law of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of

- Mediation in civil and commercial matters”, *Mediação e criação de consensos: os novos instrumentos de empoderamento do cidadão na União Europeia*, Edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, MEDIARCOM/MinervaCoimbra, 2010, pp. 103-118.
- MARQUES CEBOLA, Cátia, “Los Sistemas de Mediación Pública en Portugal: una visión comparativa con las experiencias de mediación en España”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 351-385.
- MARSHALL, Pamela, “Would ADR have saved Romeo and Juliet?”, *Osgood Hall Law Journal*, Vol. 36, n.º4, 1998, pp. 771-805.
- MARSHALL, Tony F., *Restorative Justice an Overview*, Home Office, Information & Publications Group, 1999, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://members.multimania.co.uk/lawnet/RESTRJUS.PDF>, accedido el 27 de enero de 2010.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos”, *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 71-96.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Revista Jurídica La Ley*, n.º3, 2006, pp. 1637-1654.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos”, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género – aspectos procesales, civiles penales y laborales*, Coord. Montserrat de Hoyos Sancho, 1ª edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 669-688.
- MARTÍN DIZ, Fernando, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, 1ª edición, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de administración de justicia”, *Newsletter do GRAL*, n.º3, 2010, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el día 5 de mayo de 2010, http://www.gral.mj.pt/userfiles/Articulo_mediacion_FERNANDO_MARTIN.pdf.
- MARTÍN DIZ, Fernando, “La mediación: marco general para su implementación como sistema complementario de administración de Justicia”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 21-65.

- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, “Mediación y Guarda y Custodia de Menores”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 103-138.
- MAYER, Bernard, “Facilitative Mediation”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications*, edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004, pp. 29 – 52.
- MCCARNEY, Willie, “Restorative Justice, International Approaches”, *ERA-Forum*, Vol. 3, nº 1, SpringerLink, 2002, pp. 2-13.
- MEDINA DÍAZ, Francisco José y MUNDUATE JACA, Lourdes, *Gestión del Conflicto, Negociación y Mediación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2006.
- MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, “Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos”, *Evitación del Proceso*, Dir. Fernando Escribano Mora, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pp. 301-338.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, “The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices”, *Negotiation Journal*, Vol. 11, n.º3, 1995, p. 217-242.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, “Roots and Inspirations – a brief history of the foundations of dispute resolution”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 13-31.
- MESTITZ, Anna, “Victim-offender mediation in Italy”, *Newsletter Euforum*, Vol.3, nº3, 2002, pp. 2-3.
- MIERS, David, SEMENCHUK, Michael, “Victim-Offender Mediation in England and Wales”, *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe: an overview and comparison of 15 countries*, Edit. Anna Mestitz y Simona Ghetti, Springer, Holanda, 2005, pp. 23-46.
- MILIA, Fernando A., *El conflicto extrajudicial*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997.
- MIRÓN, Valencia, *Introducción al Derecho Procesal*, 8ª edición, Editorial Comares, Granada, 2004.
- MOFFITT, Michael L. y BORDONE, Robert C., “Perspectives on Dispute Resolution – An Introduction”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 1-12.

- MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal – Jurisdicción, acción y proceso*, Editorial Tecnos, Madrid, 1976.
- MONTERO AROCA, Juan, *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1981.
- MONTERO AROCA, Juan, *et al.*, *Derecho Jurisdiccional – I Parte General*, 8ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MOORE, Carl M., “Why do we Mediate?”, *New Directions in Mediation: communication research and perspectives*, Edit. Joseph Folger y Tricia Jones, SAGE Publications, California, 1994, pp. 195-203.
- MOORE, Christopher W. y SANTOSA, Achmad, “Developing Appropriate Environmental Conflict Management Procedures in Indonesia”, *Cultural Survival Quarterly*, Vol. 19, n.º3, 1995, pp. 23-29.
- MOORE, Christopher W., *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*, 3ª edición, Jossey-Bass, São Francisco, 2003.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, ámbito, órganos y procedimientos*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- MORRILL, Calvin y OWEN-SMITH, Jason, “The Emergence of Environmental Conflict Resolution: Subversive Stories and the Construction of Collective Action Frames and Organizational Fields”, *Organizations, Policy, and the Natural Environment: Institutional and Strategic Perspectives*, Edit. Andrew Hoffman y Marc Ventresca, Stanford University Press, Stanford, 2002, pp. 90-118.
- MOURA VICENTE, Dário, *Direito Internacional Privado - Ensaíos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005.
- MULLERAT BALMAÑA, Ramón María, “La justicia alternativa («Alternative Dispute Resolution») en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Anuário de Justicia Alternativa*, n.º3, Año 2002, Barcelona, pp. 45-73.
- MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003. Una visión práctica para la gestión eficaz de conflictos*, 1ª edición, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.
- NAVARRO CONTRERAS, Enrique, “El proyecto de Directiva de Mediación y la Mediación Comercial Internacional”, *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dir. Marta Gonzalo Quiroga, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, pp. 59-67.

- NELLE, Andreas, “Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 7, n.º2, 1992, pp. 287-313.
- NEWMARK, Christopher, “Is Mediation effective for resolving sports disputes?”, *The International Sports Law Journal*, n.ºs5-6, Ámsterdam, 2001, pp. 37-41.
- NIEMIC, Robert J., *et al.*, *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, Federal Judicial Center, 2001.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “Las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre que las partes no tienen poder de disposición”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º3, Barcelona, 2002, pp. 9-44.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline, “Mediation exceptionality”, *Fordham Law Review*, Vol. 78, n.º3, 2009, pp. 1247-1264.
- NOLAN-HALEY, Jacqueline, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, 2ª edición, West, 2001.
- OBSERVATÓRIO DO ENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES, *A resolução alternativa de litígios aplicada ao sobreendividamento dos consumidores: virtualidades da mediação*, Coimbra, 2002, disponible en el siguiente endereço electrónico, http://www.oec.fe.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/resolucao_alternativa.pdf, accedido el 30 de agosto de 2008.
- OLIVEIRA, Raquel, PEIXE, Manuela, CATARINO, Luis, “Os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no mercado de valores mobiliários – Apontamentos para uma Justiça de proximidade”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, CMVM, n.º11, 2001, pp. 157-179.
- ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *Diario La Ley*, Año XXXI, n.º7420, 9 de junio de 2010, pp. 6-15.
- ORMACHEA CHOQUE, Iván, *Utilización de Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos Socioambientales: dos casos para reflexionar*, Ponencia preparada para la Conferencia Electrónica FAO-FTPP-Comunidec: “Conflictos Socioambientales: desafíos y propuestas para la gestión en América Latina”, Quito, 2000, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://www.rlc.fao.org/foro/media/Sesion3.pdf>, accedido el 14 de febrero de 2010.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001.
- ORTIZ, Juan Carlos, “La mediación en materia civil y mercantil en Itália: la transposición de la Directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º21, 2010.

- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “El Proyecto de Directiva Europea sobre la Mediación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, n.º5, Madrid, 2005, pp. 249-272.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual, “Mediación familiar”, *Tratado Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, Coord. Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, Sepín, Madrid, 2005, pp. 1101-1180.
- PANTOJA GARCÍA, Félix, “Repercusiones prácticas de la futura normativa sobre mediación”, *Revista Iuris*, n.º150, 2010, 23-25.
- PARDO GONZÁLEZ, Yolanda, “La mediación penal en la justicia de menores”, *Revista Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 127, 2008, pp. 48-53.
- PARETO, Vilfredo, *Cours d'économie politique*, reeditado por G.-H. Bousquet y G. Busino, Libraire Droz, Paris, 1964.
- PARKINSON, Lisa, *Mediação Familiar*, Ministério da Justiça - GRAL, Agora Comunicação, Lisboa, 2008.
- PARKINSON, Lisa, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, traducción de Ana María Sánchez Durán, 1ª edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.
- PARRA GARCÍA, Jorge de la, “Mediación y ruptura de pareja: duelo y oportunidad”, *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, 2006, pp. 125-135.
- PATTON, Bruce, “Negotiation”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 279-303.
- PLAPINGER, Elizabeth y SHAW, Margaret, *Court ADR – Elements of Program Design*, Centre for Public Resources, Nueva York, 1992.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “El proceso y sus alternativas”, *Arbitraje, mediación, conciliación*, Dir. Ernesto Pedraz Penalva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º27, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 9-58.
- PEDROSO, João y CRUZ, Cristina, *A arbitragem institucional: um novo modelo de administração de justiça – o caso dos conflitos de consumo*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2000.
- PEDROSO, João, *et al*, *Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*, Observatório Permanente da Justiça - Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2001.

- PEDROSO, João, *et al.*, *O acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão*, Observatório Permanente da Justiça - Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2002.
- PEDROSO, João, *et al.*, “E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º65, Centro de Estudos Sociais, Maio 2003, pp. 77-106.
- PELAYO LAVÍN, Marta, “La Mediación Familiar en las Comunidades Autónomas”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 139-166.
- PELIKAN, Christa, “Follow-up study of Recommendation N° R(99)19 of Council of Europe”, *Newsletter Euforum*, Vol. 4, n.º2, 2003, pp. 6-7.
- PELIKAN, Christa, “Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence Cases—A Comparison of the Effects of Criminal Law Intervention: the Penal Process and Mediation. Doing Qualitative Research”, *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research* [On-line Journal], Vol. 3, n.º1, enero 2002, disponible en el siguiente endereço electrónico accedido el 6 de abril de 2011, <http://www.irks.at/downloads/VOM%20in%20Domestic%20Violence%20Cases.pdf>.
- PELIKAN, Christa, “On Restorative Justice”, *Restorative Justice Online*, 2002, disponible en <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/pelikan>, accedido en 9 de diciembre de 2009.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral (Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario)*, 1ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.
- PERDIGUERO BAUTISTA, Eduardo, “Mediación, conciliación y arbitraje en el Derecho Laboral”, *Arbitraje Mediación Conciliación*, Dir. Ernesto Pedraz Penalva, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º27, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.
- PEREIRA, Albertina, “O juiz, a mediação e a (nova) conciliação”, *Boletim, Informação & Debate*, Série IV, n.º6, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, septiembre 2005, pp. 189-199.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, *Julgados de Paz – Organização, Trâmites e Formulários*, 3ª edición, Quid Iuris, Lisboa, 2005.
- PEREIRA, José Alves, “Mediação Voluntária, Sugerida ou Obrigatória?”, *Newsletter DGAE*, n.º 0, Lisboa, 2001, p. 2.

- PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa, “La mediación en el marco del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, nº 9, 2010, pp. 997-1019.
- PÉREZ MARTELL, Rosa, *Mediación Civil y Mercantil en la Administración de Justicia*, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ-CRUZ MARTIN, Agustín J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Andavira Editoria, Santiago de Compostela, 2011.
- PESSOA VAZ, Alexandre Mário, *Poderes e deveres do Juiz na Conciliação Judicial*, Vol. I, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1976.
- PLUYETTE, Gérard, “Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires”, *Revue de l'Arbitrage*, n.º4, 1997, pp. 505-526.
- PORRET GELABERT, Miquel, “Los medios extrajudiciales autónomos de solución de conflictos laborales”, *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº1, 2007, pp. 1339-1358.
- POZO PÉREZ, Marta del, “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, *La mediación en materia de familia y derecho penal: estudios y análisis*, Coord. Fernando Martín Diz, 1ª edición, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283-324.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, “Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”, *Diario La Ley*, Año XXXII, n.º7625, 9 de mayo de 2011, pp. 1-2.
- PUJADAS TORTOSA, Virginia, “Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación Jurídica”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XVIII, 2003, pp. 71-118.
- RACINE, Jean-Baptiste, “Présentation de la directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale”, *Europe*, Año 18, n.º12, Paris, diciembre 2008, pp. 4-8.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 1ª edición, Editora Fondo de Cultura, México, 1951.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El sistema procesal español*, 7ª edición, Atelier, Barcelona, 2005.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, 2001.

- REID, Val, “Can a client refuse mediation without a costs penalty?”, *Alternative Dispute Resolution Update*, n.º6, Advice Services Alliance, julio 2002, pp. 1-2, disponible en siguiente endereço electrónico, accedido el 2 de enero de 2011, <http://www.asauk.org.uk/fileLibrary/pdf/adrup6.pdf>.
- REUBEN, Richard C., “Tort Reform Renews Debate Over Mandatory Mediation”, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13, n.º2, 2007, pp. 13-15.
- REVESZ, Judit, “Mediation without Trust: Critique of the Hungarian Mediation Law”, *Mediate.com*, mayo 2005, disponible en la siguiente página especializada, <http://www.mediate.com/articles/reveszJ1.cfm#bio>, accedida el 5 de enero de 2011.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, *et. al*, *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2008.
- RISKIN, Leonardo L., “Understanding Mediators’ Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 1, 1996, pp. 7-51.
- RIVERO LAMAS, Juan, prólogo del libro de Helena Santor Salcedo, *La mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico*, La Ley, Madrid, 2006.
- ROBERTS, Marian, *Mediation in Family Disputes: principles of practice*, 3ª edición, Ashgate Publishing, 2008.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolas, “Aproximación al estudio de la Justicia Penal Negociada de los EE.UU.: *the Plea Bargaining Process*”, *REDEN – Revista Española de Estudios Norteamericanos*, Vol. 6, n.º9, 1995, pp. 91-107.
- RODRIGUES, Ana Paula Trindade, “A Mediação Familiar em Portugal”, *Newsletter do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios*, nº 6, Ministério da Justiça, Lisboa, Junho 2009, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.gral.mj.pt/newsletter/view/id/16>, accedido el 12 de diciembre de 2010.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “A propósito da introdução do regime da mediação no processo penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 127, nº 105, Minerva, Lisboa, 2006, pp. 129-133.
- RODRÍGUEZ TEN, Javier, “Una aproximación a la resolución extrajudicial de los conflictos deportivos: reclamaciones sobre clasificaciones, calificaciones, ascensos y descensos de los jueces y árbitros deportivos, con especial referencia al fútbol y al ámbito andaluz”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, n.º5, 2005, pp. 99-130.

- ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º40, 2002, pp. 31-54.
- ROSA MORENO Juan, *El arbitraje administrativo*, Universidad de Alicante, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- ROXIN, Claus, “Pena y reparación”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig, Vol. LII, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 5-15.
- SÁNCHEZ DURÁN, Ana María, “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, inserto en la obra *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, de Lisa Parkinson, edición española de Ana María Sánchez Durán, Editorial Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 311 y ss.
- SÁNCHEZ RUBIO, María Aquilina, “Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º21, 2003, pp. 601-616.
- SANDER, Frank E. A. y ROZDEICZER, Lukasz, “Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 11, 2006, pp. 1- 41.
- SANDER, Frank, “Varieties of Dispute Processing”, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, Edit. A. Leo Levin y Russell R. Wheeler, West, 1979, pp. 65-87.
- SANDER, Frank E. A., “The future of ADR”, *Journal of Dispute Resolution*, nº1, 2000, pp. 3-10.
- SANDER, Frank E. A., “Another View of Mandatory Mediation”, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 13, n.º2, 2007, p. 16.
- SANDER, Frank y GOLDBERG, Stephen, “Fitting the Forum to the Fuss: a User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure”, *Negotiation Journal*, Vol. 10, nº1, 1994, pp. 49-68.
- SANDER, Frank y HERNANDEZ CRESPO, Mariana, “A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernández Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse”, *University of St. Thomas Law Journal*, Vol. 5, n.º3, 2008, pp. 665-674.

- SANJUÁN GARCÍA, Pablo, “Más vale un mal acuerdo que un buen pleito: la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos”, *Lex Nova: La Revista*, nº60, 2010, pp. 18-21.
- SANTOR SALCEDO, Helena, *La mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico*, 1ª edición, La Ley, Madrid, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *et al.*, *O Novo Regime Jurídico do Divórcio em Avaliação*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2010.
- SANTOS, Cláudia, “A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo ante-projecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 1, Coimbra Editora, 2006, pp. 85-113.
- SCHNEEBALG, Avi y GALTON, Eric, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Ediciones Kluwer, Bruselas, 2002.
- SCHOENBROD, David, “Limits and Dangers of Environmental Mediation: A Review Essay”, *New York Law Review*, Vol. 58, nº6, 1983, pp. 1453-1476.
- SEUL, Jeffrey R., “How Transformative is Transformative Mediation?: A Constructive-Developmental Assessment”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 15, nº1, 1999, pp. 135-174.
- SHIENVOLD, Arnold, “Hybrid Processes”, *Divorce and Family Mediation: models, techniques and applications*, Edit. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem, Guilford Press, Nueva York, 2004.
- SHUMUELI, Deborah y KAUFMAN, Sanda, *Environmental Mediation*, The Jerusalem Institute for Israel Studies, 2006, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.jiis.org/.upload/publications/mediation.pdf>, accedido el 15 de febrero de 2010.
- SILVA, Paula Costa e, “O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias: alternatividade efectiva e complementaridade”, *Revista de Processo*, Año 33, nº 158, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), abril 2008, pp. 93-106.
- SILVA, Paula Costa e, *A nova face da justiça – os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Coimbra Editora, Lisboa, 2009.
- SILVA, Vasco Pereira da, “ The Aahrus Convention: a “bridge”to a better environment”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.ºs18/19, Almedina, Coimbra, Dezembro 2002/Junho 2003, pp. 133-140.

- SINGER, Linda R., *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*, 2ª edición, Westview Press, Boulder, 1994.
- SOLDATI, Nicola, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie commerciali*, Wolters Kluwer Ipsoa, Milán, 2005.
- SOLETO MUÑOZ, Helena, “La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español”, *REDP- Revista Electrónica de Direito Processual*, Año 3, Vol. III, Rio de Janeiro, 2009, pp. 66-88, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 24 de octubre de 2010, http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf.
- SOLETO MUÑOZ, Helena, “Negociación”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soletto Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 157-187.
- SOLETO MUÑOZ, Helena, “Nota sobre la conciliación de los secretarios judiciales”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soletto Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 337-341.
- SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual – Noções Complementares*, Vol. I, Centelha, Coimbra, 1985.
- SOVERAL MARTINS, *Processo e Direito Processual – Noções Complementares*, Vol. II, Centelha, Coimbra, 1986.
- SPENCER, David y BROGAN, Michael, *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.
- STERNLIGHT, J., “Creeping mandatory arbitration: Is it just?”, *Stanford Law Review*, Vol. 57, n.º5, 2005, pp. 1631-1676.
- SUARES, Marinés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, 1ª edición, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996.
- SUSSKIND, Lawrence E., “Consensus Building and ADR: Why They Are Not the Same Thing”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 358-370.
- SUSSKIND, Lawrence y WEINSTEIN, Alan, “Towards a Theory of Environmental Dispute Resolution”, *Boston College Environmental Affairs Law Review*, Vol. IX, 1980-81, pp. 311-357.
- TARUFFO, Michele, “Racionalidad y crisis de la ley procesal”, *Doxa*, nº 22, 1999, p. 314, disponible en el siguiente endereço electrónico accedido el 30 de marzo de 2010, http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_14.pdf.

- TARUFFO, Michele, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”, *Revista de Processo*, Año 32, n.º152, Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), octubre 2007, pp. 319-331.
- TOHARIA, José Juan, *Actitudes de los españoles ante la administración de justicia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1994.
- TRÄNKLE, Stefanie, “In the shadow of penal law: Victim-offender mediation in Germany and France”, *Punishment Society*, Vol. 9, n.º4, 2007, pp. 395-415.
- TRENSZEK, Thomas, “Victim-Offender Mediation in Germany: ADR Under the Shadow of the Criminal Law?”, *Bond Law Review*, Vol.13, nº2, 2001, disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/BondLRev/2001/16.html>, accedido por última vez en 23 de enero de 2010.
- UMBREIT, Mark S., “Victim-offender mediation in Canada. The impact of an emerging social work intervention”, *International Social Work*, Vol. 42, nº2, 1999, pp. 215-227.
- UMBREIT, Mark S. (et. al), *National Survey of Victim-Offender Mediation Programs in the United States*, Center for Restorative Justice & Peacemaking, Minnesota, 2000.
- UMBREIT, Mark, *The Handbook of victim offender mediation: an essential guide to practice and research*, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.
- UMBREIT, Mark S. y GREENWOOD, Jean, *Guidelines for Victim-Sensitive Victim-Offender Mediation: Restorative Justice Through Dialogue*, Center for Restorative Justice & Mediation, Minnesota, 2000.
- UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, United Nations, Nueva York, 2006, disponible en el siguiente enederezo electrónico, accedido en 09 de diciembre de 2009, http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf.
- VALL RIUS, Anna María, “El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española”, *La Ley*, nº4, 2006, pp. 1412-1425.
- VAN-DER HOFSTANDT, Roman Carlos J., *El Libro de las Habilidades de Comunicación*, 2ª edición, Ediciones Díaz de Santos, 2005.
- VASCONCELOS-SOUSA, José, “Arbitragem e Mediação: complementares ou distintas?”, *A Mediação em Acção, Mediation in Action*, Edit. José Vasconcelos-Sousa, 1ª edición, Mediarcom/Minerva, 2009, pp. 113-166.
- VELARDE ARAMAYO, Maria Silvia y SASTRE IBARRECHE, Rafael, “Mecanismos de herecomposición de conflictos: del arbitraje a los «ADR»”, *Introducción al*

- Derecho del Arbitraje y Mediación*, Coord. M^a Silvia Velarde Aramayo, 1^a edición, Ratio Legis, Salamanca, 2006, pp. 11-70.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *Administraciones públicas y derecho a la tutela judicial efectiva: la Administración como titular del derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución*, 1^a edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- VERGER GRAU, Joan, “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”, *Revista del Poder Judicial*, n.º especial XIX, CGPJ, 2006, pp. 127-149.
- VERÍSSIMO, Jorge, “Tem dúvidas sobre a mediação? Consulte o seu advogado”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 26, Lisboa, 2003, pp. 64-66.
- VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação. Teoria e Prática. Guia para utilizadores e profissionais*, 2^a edición, Agora Comunicação, Lisboa, 2005.
- VICENTE, Dário Moura, "Mediação comercial internacional", *Direito Internacional Privado - Ensaio II*, Almedina, Coimbra, 2005.
- VICENTE, Dário Moura, “A directiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Año II, Associação Portuguesa de Arbitragem, Lisboa, 2009, pp. 125-148.
- VIDELA DEL MAZO, José María, *Estratégia y Resolución de conflictos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
- VIGORITI, Vincenzo, “Access to Justice, ADR, Perspectives”, *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º9, Barcelona, 2008, pp. 119-131.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos y VALL RIUS, Ana María, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley*, n.º3, 2000, pp. 1793-1804.
- VINYAMATA CAMP, Eduard, *Aprender mediación*, 1^a edición, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2006.
- VINYAMATA CAMP, Eduard, *Conflictología: teoría y práctica en resolución de conflictos*, 1^a edición, Editorial Ariel, Barcelona, 2001.
- VIÑUALES, Victor y CELAYA, Nacho, *La iniciativa Social de Mediación para los Conflictos del agua en Aragón*, Fundación Ecología y Desarrollo, 2005, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 30 de mayo de 2011, http://aragonparticipa.aragon.es/attachments/213_iniciativa_social%20de%20mediacion%20conflictos%20agua%20Aragon%20%28Celaya%20y%20Vi%C3%B1uales%29.pdf.

- VIOLA DEMESTRE, Isabel, “La mediación en la empresa familiar”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Coord. Helena Soletto Muñoz, 1ª Edición, Tecnos, 2011, pp. 420-436.
- WARDLE, Lynn Dennis y NOLAN, Laurence C., *Family Law in the USA*, Kluwer Law International, 2011.
- WELSH, Nancy A., “Institutionalization and Professionalization”, *The Handbook of Dispute Resolution*, Edit. Michael L. Moffitt y Robert C. Bordone, 1ª edición, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, pp. 487-506.
- WESTCOTT, John, *Family Mediation: Past, Present and Future*, 1ª edición, Family Law, Bristol, 2004.
- WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis M., *O que é a Mediação*, Agora Publicações, Lisboa, 2003.
- WINSLADE, John, “Mediation with a focus on discursive positioning”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 23, n.º4, 2006, pp. 501-513.
- WOLRICH, Peter M., “Multi-Tiered Clauses: ICC perspectives in light of the New ICC Rules”, trabajo presentado en la *IBA (International Bar Association) Conference* en Durban, Sudáfrica, 20-25 de octubre de 2002, disponible en el siguiente endereço electrónico, accedido el 27 de diciembre de 2010, http://www1.fidic.org/resources/contracts/multi_tiered_clauses-wolrich02.pdf.
- WRIGHT, Martin, “Restorative Justice and the Victim – The English Experiences”, trabajo presentado en un Seminario en *École Nationale de la Magistratura*, Paris, 2004, p. 6, np. 5, disponible en el siguiente endereço electrónico, www.restorativejustice.org/10fulltext/wrightmartin2004/at_download/file, accedido por última vez el 18 de enero de 2010.
- WRIGHT, Martin, “Restorative Justice in Europe and beyond”, trabajo presentado en la Conferencia “Co-operation of Eastern and Central European countries for the development of restorative justice and mediation” en Warsaw, 21-22 de enero de 2006, disponible en el siguiente endereço electrónico <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wrightmartin2006/view>, accedido el 30 de enero de 2010.
- WRIGHT, Martin, “Restorative justice: victims’ needs and rights; experience of building up mediation services in the UK”, trabajo presentado en el Forum ‘Implementing Alternative Measures in Penal Cases: introducing and sharing experiences on restorative justice and victim-offender mediation application for juveniles and beyond’, Albanian, 2009, p. 2, disponible en el siguiente endereço electrónico, <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/wright-martin.-2009.-restorative->

justice-victims2019-needs-and-rights-experience-of-building-up-mediation-services-in-the-uk/view, accedido el 18 de enero de 2010.

YSÀS SOLANES, María, “La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado”, *Actualidad Civil*, nº 13, 2010, pp. 1486 y ss..

ANEXOS

ANEXO I

CUESTIONARIO A LOS PROCURADORES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PORTUGAL RELATIVO AL SISTEMA DE MEDIACIÓN PORTUGUÉS Y RESULTADOS¹⁰⁵⁷

Total de cuestionarios recogidos: 13 procuradores

Comarcas: 3 (Alentejo Litoral, Coimbra, Vila Nova de Gaia)

1. Considera acertada a opção da Lei 21/2007, de 12 de Junho em estruturar a mediação penal enxertada no processo penal?

SIM __ 8

NÃO __ 5

Porquê?

2. Considera a mediação penal uma forma de diversão do processo?

SIM __ 7

NÃO __ 6

Porquê?

3. Considera que o momento processual oportuno para desencadear a mediação penal é a fase de investigação?

SIM __ 7

NÃO __ 5

1 no ha respondido

Porquê?

4. Considera que a mediação penal poderia ocorrer em outras fases do processo?

SIM __ 7

NÃO __ 6

Porquê?

5. Considera que a entidade responsável por promover a remessa de processos para mediação penal deve ser o Ministério Público?

SIM __ 8

NÃO __ 5

¹⁰⁵⁷ Los resultados están presentados a rojo frente a cada pregunta o en tablas, indicando el número de respuestas para cada cuestión.

Porquê?

6. Considera que o Ministério Público deverá estar representado e presente nas sessões de mediação?

SIM ___

NÃO ___ 13

Porquê?

7. Concordaria com a possibilidade de apenas o arguido ou o ofendido requerer a aplicação da mediação penal nos casos em que esta é admitida pela Lei 21/2007, de 12 de Junho?

SIM ___ 7

NÃO ___ 6

Porquê?

8. Concorda com os requisitos de aplicação do sistema de mediação penal? Classifique quanto ao grau de concordância relativamente aos requisitos definidos na Lei 21/2007, de 12 de Junho, segundo uma escala de 0 a 5 (0= discorda muito; 1= discorda; 3= nem discorda, nem concorda; 4=concorda; 5=concorda muito)

- a) Que estejam em causa crimes que dependam de acusação particular ou crimes contra as pessoas ou o património cujo procedimento penal dependa de queixa ___
- b) Que o tipo de crime em causa preveja pena de prisão até 5 anos ou pena de multa ___
- c) Que o ofendido tenha idade igual ou superior a 16 anos ___
- d) Que não estejam em causa crimes contra a liberdade ou contra a autodeterminação sexual ___
- e) Que a forma de processo em causa não seja a forma de processo sumário ou a forma de processo sumaríssimo ___
- f) Sugeriria outro(s)? Qual/quais?

	0	1	2	3	4	5
a)					III	IIIIII
b)	I	I	I	I	III	IIIII
c)	II			II	III	IIIII
d)					III	IIIIIIII
e)	II	I	I	I	III	IIIII

9. Relativamente ao âmbito de aplicação do sistema de mediação penal:

Alargaria o seu âmbito a todo o tipo de crimes? ___ 11

Restringiria o seu âmbito de aplicação? ___ 2

Porquê?

10. Concorda com os critérios de decisão de aplicação da mediação penal num determinado processo? Classifique quanto ao grau de concordância com os critérios definidos na Lei

ANEXO I

21/2007, de 12 de Junho, e na Lei 38/2009, de 20 de Julho, segundo uma escala de 0 a 5 (0= discorda muito; 1= discorda; 3= nem discorda, nem concorda; 4=concorda; 5=concorda muito)

- a) Indícios da prática de crime_____
- b) Resposta adequada às exigências de prevenção do caso _____
- c) O arguido ter idade inferior a 21 anos_____
- d) O arguido não ter antecedentes criminais_____
- e) O arguido ter confessado os factos_____
- f) O dano ter sido reparado ou o arguido demonstrar vontade de o reparar_____

	0	1	2	3	4	5
a)	II	II		I	II	IIII
b)	II	I			IIII	IIII
c)	IIIIII	II			I	II
d)	IIII	II		I	II	II
e)	III	II		I	III	III
f)		I		I	IIII	IIII

11. Qual o critério mais relevante na decisão de aplicação da mediação penal num determinado processo? Ordene de forma decrescente os critérios de aplicação da mediação penal quanto ao grau de relevância da decisão (sendo 1º o critério mais relevante e 6º o critério menos relevante):

- a) Indícios da prática de crime_____
- b) Resposta adequada às exigências de prevenção do caso _____
- c) O arguido ter idade inferior a 21 anos_____
- d) O arguido não ter antecedentes criminais_____
- e) O arguido ter confessado os factos_____
- f) O dano ter sido reparado ou o arguido demonstrar vontade de o reparar_____

	0	1	2	3	4	5	6
a)		IIII	II	III	II	II	
b)		II	II	IIII	IIII		I
c)				I	I	II	IIIIII
d)			III	I	I	IIII	II
e)		II	IIII	IIII	II	I	
f)		IIII	III	I	II	I	I

12. Concorda com o controlo de legalidade realizado pelo Ministério Público relativamente ao acordo de mediação?

SIM __ **13**

NÃO __

Porquê?

13. Considera que o Ministério Público deveria pronunciar-se relativamente ao conteúdo do acordo de mediação?

SIM __ **8**

NÃO __ **5**

Porquê?