

Universidad de Salamanca
Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y
Procesal

**La mediación como vía
complementaria de
resolución de conflictos**

MARTA PELAYO LAVÍN
Salamanca, 2011

LORENZO M. BUJOSA VADELL, CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL DE
LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,

Certifica que la memoria de tesis titulada “La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos”, presentada por Marta Pelayo Lavín para optar al título de Doctor por la Universidad de Salamanca, ha sido realizada bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal de la Universidad de Salamanca.

Lorenzo M. Bujosa Vadell

SALAMANCA, 2011

A todas las personas que me han ayudado a alcanzar esta meta.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN	21
1. La autocomposición como complemento a la vía judicial.....	21
1.1. Autotutela.....	23
1.2. Autocomposición.....	26
1.3. Heterocomposición	28
1.4. Evolución en las formas de resolver los conflictos	30
1.5. La mediación ¿complemento o alternativa?.....	39
2. Los métodos autocompositivos de resolución de conflictos.....	49
2.1. Desistimiento.....	49
2.2. Allanamiento	50
2.3. Transacción	51
2.4. Negociación.....	52
2.5. Conciliación.....	52
2.6. Mediación.....	53
3. Mediación y Jurisdicción	62
3.1. La mediación ¿es administración de la justicia?	64

3.2.	¿Es constitucional la mediación?.....	68
3.3.	La crisis de la justicia.....	72
3.4.	Ventajas e inconvenientes de la mediación.....	79
4.	Aspectos generales de la mediación.....	85
4.1.	Concepto.....	85
4.2.	Características.....	93
4.3.	Principios rectores.....	101
4.4.	Sesión informativa.....	121
4.5.	El procedimiento.....	124
4.5.1.	Iniciación.....	124
4.5.2.	Desarrollo.....	127
4.5.3.	Finalización.....	128
4.6.	El acuerdo.....	131
4.6.1.	Contenido.....	131
4.6.2.	Valor jurídico.....	132
4.7.	Coste de la mediación.....	140
5.	El mediador.....	143
5.1.	Institución privada vs. pública.....	143
5.1.1.	Mediación como servicio público.....	145
5.1.2.	Mediación como servicio privado.....	145
5.1.3.	Modelo intermedio.....	146
5.1.4.	Tribunales Multipuertas.....	147
5.2.	Concepto de mediador.....	149
5.3.	Requisitos.....	150
5.4.	Principios de actuación.....	158
5.5.	Funciones.....	166
5.6.	Estatuto jurídico.....	169
5.7.	Mediador vs. sujetos del proceso.....	173
5.7.1.	Mediador vs. Juez.....	173
5.7.2.	Mediador vs. Fiscal.....	177
5.7.3.	Mediador vs. Abogado.....	181
5.7.4.	Mediador vs. Procurador.....	184

CAPÍTULO 2

MEDIACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO 185

1. Ámbito de aplicación.....	185
1.1. Especial referencia a la mediación familiar	188
1.2. Resto de materias de ámbito civil.....	198
1.3. Materias de ámbito mercantil	200
2. Las partes	203
2.1. Presupuestos	205
2.2. Estatuto jurídico.....	208
3. Experiencias de mediación intraprosesal.....	211
3.1. Mediación estando pendiente un proceso	213
3.2. Mediación en la fase de ejecución.....	214
4. Situación de la mediación en nuestro país	215
4.1. ¿Es necesaria una ley sobre mediación?	215
4.2. Ámbito estatal.....	222
4.2.1. Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación.....	225
4.2.2. Anteproyecto de ley sobre mediación	247
4.3. Ámbito autonómico	263
5. Modelo legislativo planteado	297
5.1. Exposición de motivos.....	298
5.2. Concepto	298
5.3. Principios.....	299
5.4. El mediador	301
5.5. Acuerdo.....	302
5.6. Reformas legales necesarias para implantar la mediación.....	303

CAPÍTULO 3

MEDIACIÓN PENAL 305

1. Justicia restaurativa y sus aplicaciones.....	305
2. La mediación y los principios procesales	314
2.1. La mediación y la presunción de inocencia	314
2.2. La mediación y los principios de legalidad-oportunidad	319

2.3. ¿Son compatibles la mediación y el proceso?.....	325
2.4. ¿Es conveniente acudir a la mediación penal?	327
3. Aspectos generales	334
3.1. Ámbito de aplicación	334
3.2. Las partes.....	344
3.2.1. Infractor	345
3.2.2. Víctima	346
4. Marco legal en nuestro país	350
4.1. Referencias normativas	350
4.2. Derecho penal de adultos	354
4.3. Derecho penal de menores	360
4.4. Especial referencia a la violencia de género	365
5. Modelo legislativo planteado	379
5.1. Concepto	379
5.2. Procedimiento.....	379
5.3. Acuerdo	380
5.4. Reformas legales necesarias para implantar la mediación.....	381
CONCLUSIONES.....	383
BIBLIOGRAFÍA.....	391
LEGISLACIÓN	415
INFORMES Y DICTÁMENES	417
JURISPRUDENCIA	419

ABREVIATURAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BON	Boletín Oficial de Navarra
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Citado
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria

LOMPIVG	Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LPL	Ley del Procedimiento Laboral
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada
p.	Página
pp.	Páginas
RAE	Real Academia Española
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TJCE	Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas
UE	Unión Europea
Vid.	Véase

INTRODUCCIÓN

En los últimos años la mediación se ha puesto de moda, quizá no sea una expresión muy jurídica, pero se ajusta fielmente a la realidad actual. La mediación, como el resto de métodos de resolución de conflictos siempre ha estado ahí, sólo tenemos que acudir a los autores clásicos y observamos que se hacía referencia a ellos. Sin embargo, últimamente la mediación ha proliferado. En la última década encontramos numerosa legislación sobre mediación, y en proporción exponencial han aparecido monografías, artículos y múltiples referencias de la mediación por parte de la doctrina. Es uno de los temas de moda y permítanme la expresión “hay que aprovechar el tirón”. El peligro de las modas, y ésta prevemos que no sea una excepción, es que son pasajeras. Algo que nos preocupa, a los que como nosotros, creemos en la mediación.

Este trabajo, que aquí se presenta, nunca ha pretendido ser una obra más para subirse al carro de la mediación. Sino que parte del espíritu convencido de que la mediación puede funcionar, puede ser útil e incluso es necesaria en una sociedad en la que todo se judicializa, en la que todo se resuelve en los tribunales, en la que hemos perdido la responsabilidad de resolver por nosotros mismos nuestros problemas, todo lo dejamos en manos de un tercero. Nos encontramos en una etapa en la que proliferan la interposición de “querrelas criminales” ¡como si las hubiera de otra naturaleza! Y en la que demandamos por todo. Con estas palabras no queremos que se nos malinterprete, no

estamos negando que cada cual defienda sus derechos e intereses, sino simplemente que lo haga pero de otra manera, probablemente más responsable.

Por tanto, en este clima de confrontación es conveniente e incluso necesario fomentar el uso de medios complementarios de resolución de conflictos.

El por qué de que esta investigación se dedique a la mediación es simple: por mero afán personal de saber más de una institución de la que casi no había oído hablar. Tras cinco años de estudios de licenciatura uno de los temas que más me llamó la atención fue la mediación. En poco menos de veinte minutos el profesor dio unas pinceladas de lo que es la mediación y esta clase despertó en mí el interés de saber más, creyendo que la mediación puede ser muy útil, recuperando ese pensamiento idealista que dice que “hablando se entiende la gente”, y quizá en esta sociedad tan avanzada lo que nos hace falta es hablar y sobre todo escucharnos. Con este espíritu que quizá es más propio de los autores del romanticismo que de los juristas inicié mi andadura en el estudio de la mediación que culmina con este estudio.

Una vez explicado el por qué de la elección del tema, quizá la siguiente cuestión sea abordar por qué ese tema en el Derecho Procesal. Es evidente que las materias relativas al Derecho no son compartimentos estancos que nada tengan que ver entre sí, por tanto la mediación al margen de afectar directamente a otras ramas del Derecho también debe ser estudiada desde los conceptos, principios e instituciones del Derecho Procesal.

Para justificar su estudio en el Derecho Procesal parto de la base de que consideramos que la mediación es una vía autocompositiva de resolución de conflictos, ya que son las propias partes las que van a intentar poner fin a la controversia que las separa.

En este sentido, consideramos que la mediación es una vía de solución de conflictos que no ha sido lo suficientemente explotada en nuestro ordenamiento jurídico y que, sin embargo, puede resultar adecuada para resolver muchos de ellos, motivo por el cual decidimos centrar en la misma el objeto nuestro estudio.

A través de esta vía, pueden solucionarse un gran número de conflictos de una forma más rápida, económica y más ajustada al caso concreto que la solución impuesta por el juez; además el acuerdo alcanzado, si éste se logra, es más fácil que sea cumplido por ser fruto de la voluntad de ambas partes. Lo que justifica, aún más, la realización de un estudio sobre la materia, puesto que en muchas ocasiones la solución judicial no es la más adecuada al caso concreto.

A lo largo de las siguientes páginas hemos pretendido realizar un estudio global de la mediación, abordando todos sus aspectos para llevar a cabo una teoría general de la misma, así como dos de sus principales vertientes como son la mediación en el Derecho privado y penal.

Por tanto, el primer capítulo del trabajo está dedicado a aquellos aspectos que de forma general abordan la mediación. La primera cuestión que se trata es la relativa a la autocomposición como complemento a la vía judicial. Es un aspecto importante, puesto que la doctrina está dividida en conceptualizar los distintos medios autocompositivos bien como complemento, bien como alternativa a la vía judicial. De ahí que nosotros justifiquemos por qué consideramos que supone un complemento para la administración de justicia.

En este apartado, se hace necesario abordar otras cuestiones tales como las relativas a la conexión entre la mediación y la justicia. En muchas ocasiones se ha señalado que ambos conceptos no van unidos, por tanto, intentaremos argumentar si la mediación es administración de justicia, para después centrarnos en otros aspectos de interés, como por ejemplo realizar un análisis de la constitucionalidad de la mediación. La pregunta que nos podemos hacer en esta materia es clara: ¿supone la mediación una vulneración del art. 117 CE, que atribuye a los jueces y magistrados la función jurisdiccional? Intentaremos dar también respuesta a esta importante cuestión.

Otras cuestiones de ámbito general que consideramos que deben ser estudiadas antes de analizar la teoría general de la mediación son las relativas a la crisis de la justicia y a las ventajas que ofrece la mediación frente al proceso. No aportamos nada nuevo al

poner de manifiesto que nuestra justicia lleva un largo período en crisis. En el presente trabajo recogemos las distintas razones que nos han llevado a esta situación. Sin embargo, no conceptuamos la mediación como la solución a sus problemas. En nuestra opinión, eso implicaría atribuir a la mediación de una excesiva responsabilidad y aunque se quisiera no sería capaz de responder adecuadamente a tan gran exigencia. La idea de la que partimos es la existencia de un problema real y de la posibilidad de que no todos los conflictos accedan a los Tribunales, de modo que la consecuencia es evidente: si llegan menos casos a los órganos jurisdiccionales conseguimos descongestionarla y en parte, aliviaremos uno de los tantos problemas por los que nuestra Justicia atraviesa. El término “aliviar” no es baladí, sino que intentamos poner de manifiesto que la mediación no va a sanar los males de la justicia; para lo cual debemos acudir a otros tratamientos.

Una vez analizados estos temas, el siguiente paso es tratar de proporcionar una teoría general sobre la mediación. Por tanto, en este apartado se han analizado todas aquéllas cuestiones que sirven para conceptuar y caracterizar la mediación desde una vertiente general, para posteriormente examinar sus particularidades en el ámbito del Derecho privado y en materia penal.

Así, serán estudiados temas de carácter general como el concepto de mediación, cuáles son sus características, los principios rectores de la misma, el procedimiento. Especial atención merece el estudio del acuerdo, uno de los aspectos más relevantes de la mediación y que más cuidado necesita su regulación para garantizar su éxito.

Otras cuestiones que también merecen ser analizadas son las relativas a los costes de la mediación, por tanto, intentaremos dar respuesta a la cuestión sobre quién debe asumir dichos gastos: ¿los particulares o la Administración Pública?. Por último, en este apartado estudiaremos como configurar la mediación, esto es, si debe enmarcarse como una institución privada, en la que la mediación sea desempeñada por profesionales liberales, o por el contrario, como una institución pública.

Tras realizar este estudio de la teoría general de la mediación, centraremos nuestra atención en otro aspecto fundamental de la misma, como es la figura del mediador. En este epígrafe se analizará todo lo relativo a esta figura, otro de los grandes pilares de la mediación, de la que a nuestro juicio también depende su buen funcionamiento. En este punto, estudiaremos el concepto de mediador, qué requisitos debe reunir una persona para poder ejercer como tal, cuáles deben ser sus principios de actuación, qué papel tiene en el desarrollo del procedimiento y por último, analizar sus derechos y obligaciones. Por tanto, se intentará dotar al mediador de un estatuto jurídico. Por último, procedemos a la contraposición de la figura del mediador con otros sujetos que intervienen en el proceso, para evitar confusiones entre unas y otras.

En el capítulo segundo de este trabajo se analiza la mediación en el ámbito del Derecho privado, se estudiará por tanto, la mediación en el Derecho civil y mercantil. El primer aspecto a tratar es ¿cuándo se puede acudir a mediación? Es decir, se realizará un estudio del ámbito de aplicación de la mediación en el Derecho privado, estableciendo los supuestos en los que la mediación puede dar resultados óptimos y resolver conflictos. En este apartado, centraremos especial atención a la mediación familiar puesto que es uno de los ámbitos en los que la mediación puede obtener mejores resultados y además encontramos numerosa legislación autonómica sobre la materia.

La siguiente materia en la que se centra este trabajo es el análisis de las partes. Puede llamar la atención que el análisis de las partes no se encuentre en el capítulo primero que contiene la teoría general de la mediación, sin embargo, consideramos que su estudio debe depender del ámbito en el que nos encontremos, por tanto, deberá ser distinto el análisis a realizar en la mediación en el Derecho privado y en el Derecho penal. Concretamente, la regulación de la participación de los menores en la mediación es la que lleva a distinguir el ámbito en el que nos encontramos.

Una vez analizadas estas cuestiones que sirven para completar un estudio riguroso de la mediación, es conveniente centrarse en cuál es la situación actual de la mediación en el Derecho privado en nuestro país. Así, por tanto, un epígrafe del trabajo está dedicado a analizar las experiencias de mediación que se han llevado a cabo en el seno

de la actividad de los órganos jurisdiccionales; es decir, de mediación intrajudicial. Dicho estudio se completa con el análisis de la situación actual en nuestro país, tanto a nivel estatal, como autonómico.

Por último, el capítulo dedicado a la mediación en el Derecho privado finaliza con la propuesta de un modelo de *lege ferenda*. Evidentemente, tras hacer un estudio de la mediación, se ha ido conformando lo que a nuestro juicio debiera ser el modelo que estuviera en vigor en nuestro sistema legal, de ahí que concluya esta parte del trabajo con las propuestas que realizamos sobre cómo legislar esta materia.

El tercer y último capítulo del presente trabajo está dedicado a la mediación penal. Es sin duda, la vertiente del Derecho que más dudas provoca, en cuanto a la aplicación de la mediación.

Tras realizar un breve repaso a lo que supone la llamada “justicia restaurativa” y sus aplicaciones, la siguiente cuestión a tratar es la relativa a la mediación y los principios procesales en el contexto penal. Por tanto, se analiza la mediación respecto a aquellos principios procesales que se pudieran ver afectados, principalmente la presunción de inocencia y el principio de legalidad.

De este modo, recordando lo que supone el principio de presunción de inocencia se examinará si en algún caso el hecho de que las partes acudan a un procedimiento de mediación penal puede vulnerar dicha garantía constitucional.

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico en materia penal está regido por el principio de legalidad, en contraposición al principio de oportunidad. Teniendo esto presente, es interesante analizar la virtualidad de la mediación penal en nuestro sistema legal. Esto nos lleva a plantearnos si la mediación es compatible con el proceso, así como su conveniencia.

Una vez abordados estos aspectos, la siguiente cuestión a tratar es la relativa a completar la teoría general de la mediación, en aquellos aspectos que son propios del

ámbito penal, como es determinar en qué casos sería adecuado acudir a la mediación, así como el régimen jurídico de las partes.

Al margen de estos aspectos se analiza el marco legal en nuestro país donde es necesario realizar una distinción entre el Derecho penal de adultos y el de menores. En materia de adultos no existe ninguna norma que expresamente prohíba o permita acudir a la mediación (a excepción del artículo 44 de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género), sin embargo, se están poniendo en práctica experiencias piloto en diversos juzgados españoles que incorporan la mediación al proceso.

Como hemos indicado, la situación es distinta en el Derecho penal de menores. El artículo 19 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de menores regula expresamente la posibilidad de acudir a la mediación cuando el infractor es un menor y siempre y cuando se reúnan una serie de requisitos que serán analizados en el presente trabajo.

Tal y como hemos anticipado la LOMPIVG hace una mención expresa de la mediación para prohibirla. Por tanto, también se realizará un estudio detallado de esta materia para determinar qué es lo que prohíbe esta norma, puesto que hay mucha controversia en si lo prohibido es acudir a mediación para la vertiente civil del conflicto, para la penal, o bien, en ambas.

Finalmente, la última parte del trabajo está dedicada a llevar a cabo un compendio de todas las conclusiones que he alcanzado a lo largo del estudio de la mediación. De modo que de forma conjunta, se expongan todas las ideas y propuestas sobre la materia objeto de estudio.

En cuanto a la metodología utilizada para realizar el presente trabajo hemos recurrido a la búsqueda de las diferentes normativas existentes, tanto a nivel nacional como comunitario, procediendo a un análisis de las mismas y establecer así sus virtudes y sus defectos, labor en la que nos hemos apoyado en los estudios que sobre las

diferentes materias han sido realizados por la doctrina, desde los autores más clásicos hasta los más modernos, así como por la jurisprudencia que sobre las mismas ha sido vertida por parte de los órganos jurisdiccionales, labor ésta que nos ha resultado especialmente complicada porque todavía son muy escasas las referencias al respecto. Sobre esta base legal, doctrinal y jurisprudencial se sientan las bases para sostener el presente trabajo.

CAPÍTULO 1

TEORÍA GENERAL DE LA MEDIACIÓN

1. La autocomposición como complemento a la vía judicial

El conflicto es inherente al hombre, es frecuente que ante una determinada situación cada persona tenga su propio punto de vista al respecto¹. En muchas ocasiones, la discrepancia de opinión se queda solamente en esto y es resuelta o no a través del diálogo de las personas. Sin embargo, en numerosas ocasiones el conflicto va más allá, la entidad del mismo o su trascendencia requiere una solución ya sea más o menos pacífica. Muchos de esos conflictos son resueltos por la imposición de una de las partes sobre la otra; otros sin embargo, se solucionan de una forma más pacífica y son las propias partes las que ponen solución al litigio que las enfrentaba, sin embargo, otros muchos requieren la intervención de un tercero, que impone su criterio, resolviendo así la controversia.

Observamos, por tanto, que un conflicto puede ser resultado por la imposición de una de las partes, por ambas o por un tercero, lo que da origen a lo que se denominan métodos de resolución de conflictos.

¹ CARNELUTTI, F., *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Bibliográfica argentina, 1961. Definía el litigio como “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia de otro” p. 294.

En virtud de cómo se resuelva el conflicto nos encontramos ante un tipo u otro de método de resolución de conflictos. Éstos son, por tanto, tres: autotutela, autocomposición y heterocomposición. Se dice que dichos métodos pertenecen al ámbito de la autotutela cuando una de las partes impone su criterio sobre el resto; son autocompositivos cuando son las propias partes las que solucionan el conflicto, ya sea o no con la ayuda de un tercero y heterocompositivos cuando el litigio es resuelto por un tercero ajeno a las partes en conflicto.

A este respecto, ALCALÁ-ZAMORA² señalaba que “proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio; pero ello no quiere decir que se encuentren en el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan.” No compartimos del todo la afirmación del ilustre procesalista, puesto que se refiere a proceso, autocomposición y autodefensa como los tres métodos de resolución de conflictos. Hace, por tanto, alusión al proceso cuando debiera referirse a la heterocomposición porque aunque el proceso sea el método heterocompositivo por excelencia, no es el único³.

Por otro lado, el citado autor comprende en la autocomposición el desistimiento, el allanamiento y la transacción. De hecho deja fuera la mediación, y la sitúa en un espacio entre la autocomposición y el arbitraje. Por tanto, no sólo el proceso, la autocomposición (entendida en los mismos términos que ALCALÁ-ZAMORA) y la autodefensa se nos presentan como las tres vías de solución del conflicto, porque junto a estas también encontraremos otras, como la conciliación, la mediación y el arbitraje.

² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1985, p. 56.

³ El arbitraje es otro medio heterocompositivo de resolución de conflictos, puesto que en el mismo interviene un tercero (el árbitro) que pone fin al litigio a través de lo que se denomina laudo arbitral.

1.1. Autotutela

Inicialmente, los conflictos se resolvían a través de mecanismos de autotutela o autodefensa⁴. Este método se caracteriza por la ausencia de un tercero que resuelva el conflicto y por la imposición coactiva de una de las partes sobre la otra. Esto es, una parte impone su voluntad sobre la otra; ejemplo clásico de este método de solución de controversias es la Ley del Talió⁵.

De este modo, el sociólogo francés FREUND señala al respecto que “El conflicto consiste en un enfrentamiento por choque intencionado, entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan, unos respecto a los otros, una intención hostil, en general a propósito de un derecho, y que para mantener, afirmar o reestablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro eventualmente por el recurso de la violencia, la que puede, llegado el caso, tender al aniquilamiento físico del otro.”⁶ Evidentemente, este autor está refiriéndose a la autotutela como medio de resolución de conflictos; sin embargo, según lo establecido parece configurarla como el único medio posible de acabar con un conflicto, y como sabemos, esto no es así⁷.

ALCALÁ-ZAMORA indica sobre la autodefensa que “se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto y aún a veces los dos, como en el duelo y en la guerra, resuelven

⁴ Algunos autores se refieren a la “autodefensa”, así es el caso de ALCALÁ-ZAMORA (*Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1979, p. 50); sin embargo, otros autores se refieren a la “autotutela”, ARAGONESES ALONSO (*Proceso y Derecho Procesal*, Madrid, 1960, pp. 27 y ss.).

⁵ Creemos conveniente señalar que aunque la Ley del Talió, el conocido “ojo por ojo, diente por diente”, supone una aplicación de la violencia, en su época supuso un auténtico avance, puesto que introducía a la venganza un componente de proporcionalidad. El daño producido debía ser proporcional al daño sufrido.

⁶ FREUND, J., *Sociología del conflicto*, Madrid, Ediciones Ejército, 1995, p. 58.

⁷ A este respecto, CASTAÑO GIRALDO indica que “La violencia es sólo una de las consecuencias posibles del conflicto, pero de ninguna manera la única, ni tampoco la más común, aunque sí quizás la de mayor impacto social, económico, político y cultural.” CASTAÑO GIRALDO, J. I., “Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: La mediación un mecanismo adecuado de tratamiento de conflictos”, en *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?*, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, 2007, p. 62.

o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro mediante su acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso”⁸. De ahí, que se refiera a ella como “justicia de propia mano”⁹ y que considere que se trata de “una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo”.

Es la más primitiva de las formas de resolver los conflictos, y está caracterizada por la imposición del fuerte sobre el débil y por el sentimiento de venganza. Estas razones justifican la desaparición paulatina de la autodefensa en los distintos ordenamientos jurídicos, que no en la sociedad. De hecho, hasta hace relativamente pocos años algunos países seguían contemplando el duelo en sus legislaciones.

Sin embargo, con la aparición de las sociedades democráticas, el Estado adquiere el monopolio en el ejercicio de la fuerza, sustrayendo ésta de manos privadas. Podría decirse que el proceso es “una adjudicación al juez de la facultad de decidir la solución que corresponde al conflicto”¹⁰.

Aunque con carácter general podamos señalar que la autotutela ha desaparecido y está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico¹¹, todavía podemos encontrar algunos vestigios de la misma en nuestro Derecho. Así en el ámbito civil destaca la defensa

⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, 1970. p. 50.

⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Revista de Derecho Procesal iberoamericana*, 1972, pp. 480-482.

¹⁰ ENTELMAN, R., “El litigio”, *Revista Libra n° 3*, Argentina, 1993.

¹¹ El Código Penal recoge tipifica varios hechos como delictivos con el fin de prohibir del uso de la violencia para resolver un conflicto. Así, art. 172 CP establece que “El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.” A este precepto debemos unir el art. 455 CP: “El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.”

posesoria inmediata¹² y en el ámbito penal, la legítima defensa¹³; pero evidentemente, no tienen carácter absoluto y se deben ajustar a las exigencias y a los límites impuestos por un Estado de Derecho, como lo es el nuestro. Así, por ejemplo la legítima defensa requiere que se reúnan una serie de requisitos establecidos legal¹⁴ y constitucionalmente, y la actuación que no se enmarque en dichos requisitos no podrá ser calificada de legítima defensa y no estará amparada por nuestro ordenamiento jurídico.

Otra manifestación de la autodefensa que actualmente perdura, no sabemos muy bien si amparada o no por los distintos ordenamientos jurídicos, es la guerra como máxima manifestación del uso de la violencia ante un conflicto surgido entre varios países.

Por tanto, podemos concluir, que la autotutela está básicamente excluida de nuestro ordenamiento jurídico, y que el mismo, como es lógico en una sociedad democrática, no se asienta en la violencia para la resolución de los conflictos¹⁵. En este sentido, BOBBIO ponía de manifiesto que “la característica de la democracia es precisamente la

¹² Artículo 441 y siguientes del Código Civil, por medio de la defensa posesoria inmediata, toda persona tiene el derecho de defender sus propiedades de posibles intentos de usurpación.

¹³ El artículo 20.5 CP exime de responsabilidad criminal al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos. Al eximir de responsabilidad criminal se está legitimando la autotutela como mecanismo de resolución del conflicto; siempre que se reúnan los requisitos legalmente establecidos.

¹⁴ El art. 20.4 del Código Penal establece los siguientes requisitos para que la actuación quede amparada bajo la legítima defensa:

1º Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima a la entrada indebida en aquélla o éstas.

2º Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

3º Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

¹⁵ A este respecto, ENTELMAN refiriéndose al ordenamiento jurídico pone de manifiesto que “al retener y administrar centralizadamente el monopolio de la fuerza, excluye a sus miembros del uso privado de la violencia.” ENTELMAN, R., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 53.

renuncia a la violencia y el recurso al compromiso para resolver los conflictos sociales.”¹⁶

1.2. Autocomposición

Del uso de la violencia se evoluciona a los métodos autocompositivos de solución de conflictos. CARNELUTTI se refería a estos métodos como “equivalentes jurisdiccionales”¹⁷ y ALCALÁ-ZAMORA resalta su otra dimensión como medios de solución de conflictos, aunque también los engloba como métodos de conclusión anormal del proceso¹⁸.

Son las propias partes las que intentan solucionar la controversia que las separa; en estos procedimientos puede intervenir un tercero, pero dicho tercero no tiene capacidad decisoria. En este tipo de métodos prima el principio de autonomía. Entre dichos mecanismos podemos destacar la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la transacción, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Sin embargo, no es pacífica la división entre los distintos métodos autocompositivos. Algunos autores consideran que el hecho de que intervenga un tercero implica que ya nos encontramos ante los medios heterocompositivos. Sin embargo, discrepamos de este criterio puesto que consideramos que el elemento clave para diferenciar la autocomposición de la heterocomposición no es tanto la intervención de terceros sino de quien nace la solución del conflicto.

Así, ALCALÁ ZAMORA considera que el desistimiento, el allanamiento y la renuncia son los tres únicos medios autocompositivos de resolución de conflictos.

¹⁶ BOBBIO, N., *El tercero ausente*, Madrid, Ed. Cátedra, 1997, p. 211.

¹⁷ CARNELUTTI, *Sistema di Diritto processuale civile*, tomo I, 1936, núm. 14, p. 55

¹⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso...* op.cit., p. 78.

Por otro lado, otros autores consideran que la mediación y la conciliación ocupan una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición¹⁹. Así, este sector de la doctrina considera que al margen de los dos citados métodos se puede destacar “una tercera órbita intermedia ubicada entre las anteriores donde igualmente participa un actor distinto a los involucrados (rasgo heterocompositivo), pero sin capacidad jurídica para imponer una solución, sino que es un “ayudante”, para que las mismas partes avancen (rasgo autocompositivo), en el proceso de construir las mejores opciones que pueden satisfacer sus intereses”²⁰.

Por último, otro sector de la doctrina considera que es la mediación la que tiene naturaleza de método heterocompositivo de resolución de conflictos.²¹

Sin embargo, consideramos que siempre que el conflicto sea solucionado por las partes estamos ante la autocomposición, si la solución viene impuesta por un tercero ya nos encontraríamos ante la heterocomposición.

Dejando al margen esta discusión doctrinal, la autocomposición se caracteriza por la resolución del conflicto por las propias partes, son ellas mismas las que abordan la disputa e intentan poner fin al litigio.

En algunas ocasiones puede intervenir un tercero, así ocurre en la conciliación y en la mediación, pero su intervención se limita a acercar posturas. Tal y como hemos

¹⁹ OVALLE FAVELA, J., *Teoría general del proceso*, 4ª ed, México, Oxford University Press, 1998, p. 26.

²⁰ CASTAÑO GIRALDO, J. I., “Por qué son mal llamadas...”, op. cit. p. 72.

²¹ FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la mediación”, en *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga, M.), Universidad Rey Juan Carlos, 2006. Así, examinando la figura del mediador señala que “se trata de hacer referencia a una nota muy distintiva como es la *proactividad, no decisoria, del mediador*. Admitimos que este enfoque podría variar la naturaleza de la figura, que podría pasar a ser entendido como un mecanismo de heterocomposición *sui generis* no decisorio, en vez de autocompositivo.”

indicado este es un criterio clave, a nuestro juicio, para diferenciar la autocomposición de la heterocomposición.

Por otro lado, los métodos autocompositivos tienen en común con los medios de autotutela, que en ambos, son las propias partes las que resuelven el conflicto; sin embargo, la gran diferencia entre ellos es la ausencia de la imposición del criterio de una de las partes sobre la otra que es lo que caracteriza la autocomposición.

1.3. Heterocomposición

Finalmente, se evoluciona hacia los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos, donde las partes en conflicto se someten a un tercero, y es éste el que impone una solución a la controversia. El tercero ocupa una posición *supra* partes, pues los litigantes están obligados a aceptar la solución impuesta. Entre dichos métodos de resolución de litigios, encontramos el arbitraje y el proceso.

En el arbitraje²², las partes acuerdan someter la controversia a la decisión de uno o varios árbitros ajenos a las partes y que no están integrados en el órgano judicial. Así, GIMENO SENDRA define el arbitraje como “un método heterocompositivo para la solución de los conflictos intersubjetivos de naturaleza disponible, al que las partes previa y voluntariamente deciden someterse, y en que uno o varios terceros ponen fin, de una manera definitiva e irrevocable, al litigio planteado mediante la aplicación del derecho objetivo o conforme a su leal saber o entender”²³.

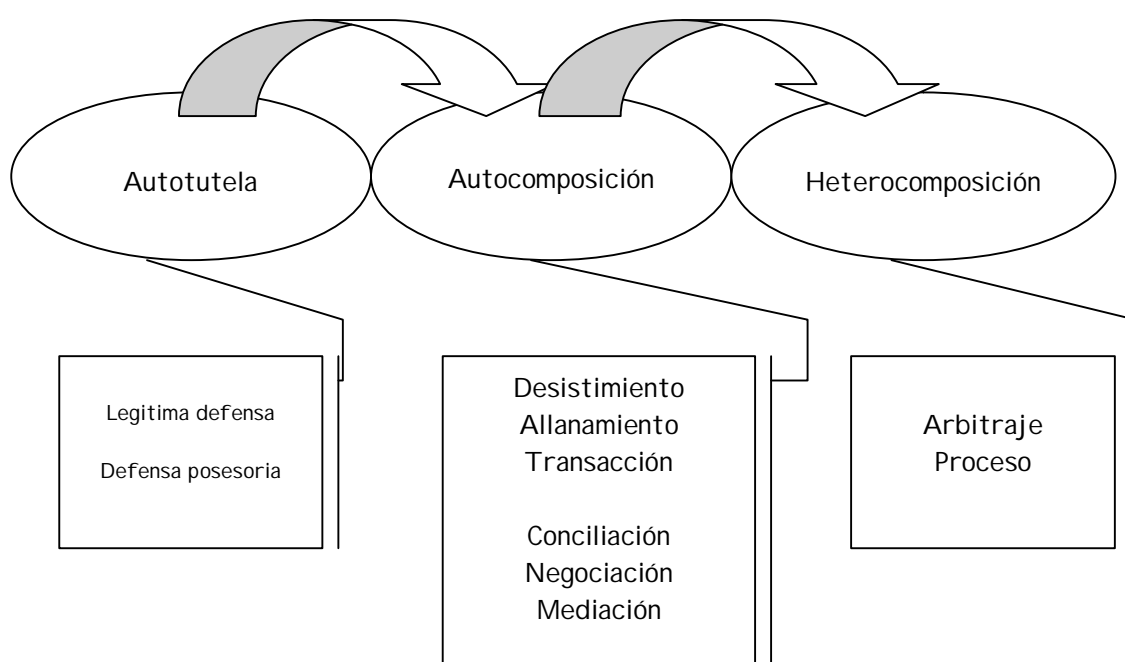
El proceso es un método de resolución de conflictos, en el que un órgano jurisdiccional dirime la controversia; el concepto de proceso ha sido uno de los aspectos

²² GUASP, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956. Vid. igualmente, ROCA MARTÍNEZ, J., *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Barcelona, 1992.

²³ CORTÉS DOMINGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., y ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal, Tomo I (vol. II), Proceso Civil (2)*, Valencia, 1986, p. 482.

más debatidos por los procesalistas. No es objeto de este trabajo profundizar en el concepto y la naturaleza jurídica del proceso, por lo que nos limitamos a indicar lo que en nuestro estudio adquiere trascendencia como es el hecho de que un juez o tribunal dotado de “potestas” va a resolver un litigio conforme a Derecho²⁴.

A continuación y a modo de resumen mostramos un esquema de los distintos métodos de resolución de conflictos:



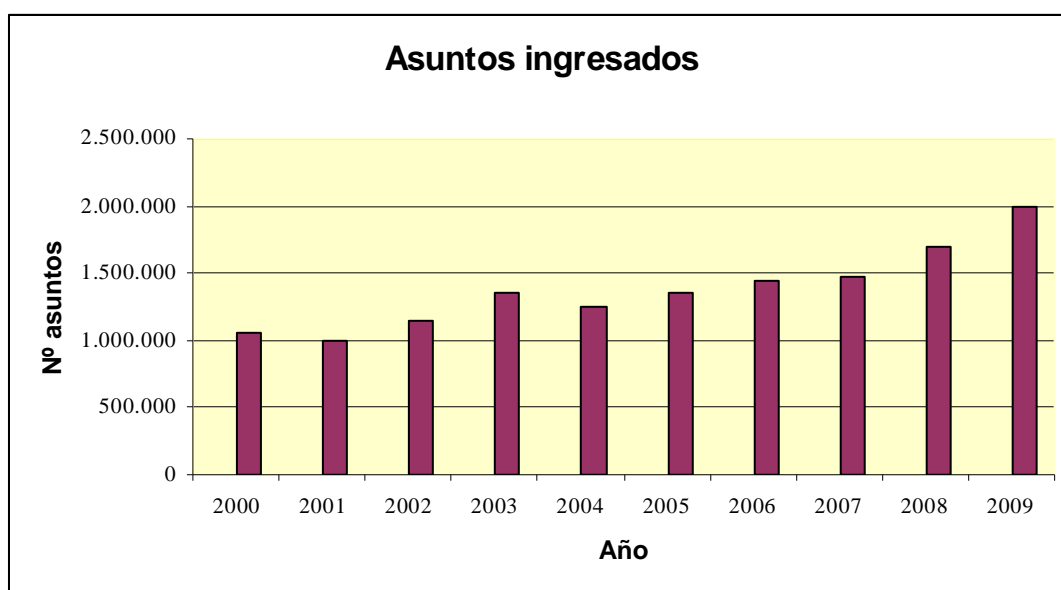
²⁴ Dicha potestad es conferida a través del artículo 117 CE: “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.” Vid. PEDRAZ PENALVA, E. Constitución, jurisdicción y proceso, Madrid, Akal, 1990.

1.4. Evolución en las formas de resolver los conflictos

Observamos, por tanto, una evolución en la forma de gestionar los conflictos. Así, se ha pasado de la imposición coactiva de una parte sobre la otra, a que el mismo sea abordado por las propias partes (ya sea o no con la ayuda de un tercero), a finalmente que un tercero ajeno a los litigantes sea quien imponga su criterio.

De los diversos métodos de resolución de conflictos, podemos excluir la autotutela puesto que su margen de actuación es muy residual y está muy delimitado por ley. Por tanto, como posibilidades efectivas de intentar poner fin a un conflicto encontramos la autocomposición y la heterocomposición.

En la actualidad, el proceso se presenta como el método por excelencia de resolución de conflictos. A continuación, mostramos un gráfico en el que se aprecia el número de asuntos que cada año ingresa en los Tribunales de Justicia en la jurisdicción civil.



Fuente: Elaboración propia a través de los datos del CGPJ

En la última década, la tendencia general es que cada año se interponen más demandas que en el año anterior, por lo que se pone de manifiesto el aumento de la litigiosidad²⁵. Esta tendencia al alza tiene dos excepciones, el año 2001, año en que entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil, quizá la incertidumbre normativa motivó este descenso y el año 2004, pero aún en esos dos años eran muy elevados el número de asuntos que llegaron a la jurisdicción civil²⁶.

De hecho la tasa de litigiosidad²⁷ en España es mucho más alta que en el resto de países de nuestro entorno llegando incluso a duplicar a países como Francia o Italia y siendo sólo superada por Estados Unidos²⁸. Y precisamente en épocas de crisis económica aún es mayor la litigiosidad en determinados ámbitos. Así, los datos del CGPJ ponen de manifiesto el incremento de la litigación ligado a los impagos y los incumplimiento que se viene apreciando desde 2008 (los monitorios se han elevado hasta un 60 %, los cambiarios se han incrementado más del 90 %, los despidos se

²⁶ VIGUER SOLER analiza este aspecto, así establece que “El incremento de asuntos en los juzgados y tribunales es un claro síntoma de normalidad democrática, evidencia un más completo conocimiento de los derechos subjetivos e incluso es consustancial a un mayor nivel de vida de los ciudadanos, pero es bien sabido, aun reconociendo dicha premisa, que España tiene una alta tasa de litigiosidad que se ha incrementado de forma notable en los últimos dos años (196 asuntos por cada 1.000 habitantes en 2008 frente a 184 asuntos en 2007 y 176 en 2006), lo que pone de manifiesto una judicialización excesiva de las relaciones sociales que no ha ido acompañada de un razonable, progresivo y proporcional incremento de órganos judiciales ni de mejoras organizativas. En cualquier caso, se creen o no más juzgados, o se organicen mejor los recursos existentes (algo absolutamente necesario), lo cierto es que debemos ser conscientes de que este volumen de litigios cuyo incremento se ha agudizado en los últimos años no es asumible y de que algo habrá que hacer al respecto, máxime cuando es un hecho indiscutido por todos los operadores jurídicos que un elevado porcentaje de asuntos que a diario se ventilan en los juzgados y tribunales no deberían nunca acceder a los mismos por el desproporcionado coste social y económico que ello supone.” VIGUER SOLER, L., “Algunas propuestas para la reducción de la litigiosidad y la agilización de los procedimientos”, *Práctica de Tribunales*, año 7, nº 74, septiembre 2010.

²⁷ Esta variable recoge el número de asuntos que ingresan en la Jurisdicción por el número de habitantes.

²⁸ <http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos/ficheros/1214492276989.pdf>

elevan un 50 %; y en general la tasa de litigiosidad ha sufrido un incremento del 15% respecto al año anterior)²⁹.

Llama la atención esta tendencia al alza en materia de litigiosidad con los datos extraídos del informe *La imagen de la justicia en la sociedad española, Noveno barómetro de opinión*, realizado para el CGPJ por Demoscopia S.A., bajo la dirección de José Juan Toharia (julio 2005), en el que se pone de manifiesto que un 75 % intentaría ponerse de acuerdo directamente con la otra parte evitando la intervención de terceros o el recurso a los tribunales; un 7 % acudiría a la intervención de terceros (un amigo o alguien en quién confiar) para intentar solucionarlo y sólo un 17 % no dudaría en acudir a los Tribunales. Por tanto, no hay concordancia con los datos reales de litigiosidad y la opinión mostrada sobre la intención de resolver el conflicto sin acudir a los Tribunales.

En este sentido, son llamativas las acertadas palabras que RAMOS MÉNDEZ ya puso de manifiesto en 1994 y que hoy en día siguen teniendo plena vigencia: “Todo el mundo ha pasado de lavar el honor con la espada, para lavarlo por la vía judicial. Hoy todo el mundo siente la necesidad de apelar a los Tribunales y a veces por cosas que no debían llegar a la vía judicial.”³⁰

Analizando este gráfico se pone de manifiesto el gran aumento de casos que cada año llega a nuestra justicia y se nos plantean las siguientes cuestiones ¿Por qué se acude de forma tan masiva a la vía judicial? ¿Es el proceso judicial la mejor opción para todos ellos?

²⁹ Estadística del CGPJ *La justicia dato a dato: año 2009*.

<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

³⁰ RAMOS MÉNDEZ, F., “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito patrimonial”, *Justicia*, 1994, IV, p. 812.

En cuanto a las primeras de las cuestiones planteadas, el magistrado MEJÍAS GÓMEZ³¹ expone las causas por las que los ciudadanos deciden acudir a la vía judicial. Sintetizando las mismas, podemos señalar las siguientes:

- Ausencia de una cultura de la transacción.
- Tendencia a que los problemas de los ciudadanos sean resueltos por los poderes públicos.
- Complejidad cada vez mayor de la vida social.
- Exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.
- Creciente protagonismo social, jurídico, político y económico del Poder Judicial.
- Excesivo protagonismo del Estado y ausencia de regulación jurídica que invite a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de conflictos.
- Utilización del proceso como forma de *vindicta* social.

Estas pueden ser las causas que explican la gran cantidad de casos que llegan cada año a nuestros Tribunales, pero dichas causas no justifican, por sí mismas, que los Tribunales sean la mejor opción³².

De ahí que enlacemos con la segunda de las cuestiones planteadas ¿es el proceso judicial la mejor opción para todos ellos? Seguramente no.

Hemos anticipado una media respuesta y en las siguientes líneas vamos a intentar explicar las razones por las que consideramos que el proceso no es siempre la mejor solución a los conflictos. Entre ellas podemos señalar las siguientes:

³¹ MEJÍAS GÓMEZ, J.F., “Mediación Familiar” en *Mediación y Protección de Menores en Derecho de Familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Escuela Judicial, V, 2005.

³² ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documentos de Trabajo nº 110*, Laboratorio de Alternativas, 2007, ponen de manifiesto que es necesario reservar el proceso “para lo que es necesario”, puesto que en nuestra justicia se ha producido una “invasión de la jurisdicción por falsos litigios”, p. 24 y sigu.

1º El proceso se alarga en el tiempo, en ocasiones muchos años. Por tanto, aunque resuelva el conflicto lo hace de forma muy dilatada en el tiempo. Como media tardan un año en resolverse los asuntos de la jurisdicción civil y hasta tres años en obtener la ejecución de la sentencia³³. Por tanto, pueden pasar hasta cuatro años para que el sujeto vea satisfecho de forma efectiva su derecho. En este sentido, se nos viene a la memoria el brocardo anglosajón que pone de manifiesto que “la justicia demorada es justicia denegada”.

2º Para la resolución de determinados conflictos el proceso es un método caro en términos económicos. Esto es, porque en muchas ocasiones es más costoso el proceso que el resultado obtenido del mismo³⁴. Así, por ejemplo, si a un distribuidor le debe un comerciante 500 € seguramente no le salga rentable (hablando exclusivamente en términos económicos) acudir al proceso y no sólo debemos tener en cuenta el coste para los implicados sino también el elevado coste que a la sociedad en su conjunto supone la apertura de un proceso, aun en el caso de que las costas sean asumidas por ellos mismos³⁵.

³³ *Libro Blanco de la Justicia de 1997*.

³⁴ UPRIMNY, R., *Jueces de paz y justicia informal una aproximación conceptual a sus potenciales y limitaciones*. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad. A este respecto pone de manifiesto que “hay trabas económicas, que dificultan un trámite adecuado de los conflictos de baja cuantía, pues la relación entre el costo judicial y el valor del litigio aumenta cuando disminuye el valor de las pretensiones. Esto significa que para un conflicto de bajo valor económico, el proceso judicial resulta más caro que lo que está en juego en el litigio.” www.djs.org.co/pdf/libros/ru_juecesPaz.pdf

³⁵ A este respecto, VIGUER SOLER apunta el coste económico que no sólo supone a las partes el proceso, sino también al propio Estado, así lo refleja en el siguiente ejemplo: “En cuanto al ámbito civil, no es razonable que se permita el acceso de reclamaciones de escasa cuantía que conllevan poner en marcha toda la maquinaria judicial (con lo que ello conlleva incluidas las molestias, gastos y perjuicios que se ocasionan a las partes, testigos y peritos), piénsese en el típico accidente de tráfico con daños de escasísima cuantía, por ejemplo, 100 € que provoca la iniciación de un juicio verbal cuyo coste económico para el Estado rondaría aproximadamente los 4.500/5.000 €y cuya sentencia, además, puede ser recurrida en apelación retrasando la resolución definitiva del pleito, sin ninguna limitación, máxime cuando el derecho de acceso a los recursos sólo es exigible sin excepciones en el ámbito del procedimiento penal, no en el civil o en el laboral, y el problema es particularmente grave si se tiene en cuenta que aproximadamente la cuarta parte de los asuntos civiles que se tramitan hoy en los juzgados es

3º El proceso genera en las personas que tienen que acudir a él una importante carga emocional, y en determinadas ocasiones y atendiendo a la naturaleza del conflicto se pueden encontrar otras vías que ocasionen menos “daño” al sujeto e igualmente pueda resolverse la controversia.

4º El proceso es un procedimiento muy rígido y lleno de formalidades³⁶, con lo que en muchas ocasiones es más complicada la tramitación del caso que el litigio en concreto³⁷.

5º En determinado tipo de conflictos, quizá el proceso no se presente como la vía más óptima de resolución³⁸, pudiendo acudir a otros métodos en los que se va a tener más en cuenta las peculiaridades y singularidades del caso concreto. Son las partes en conflicto las que mejor conocen los detalles de la controversia, en qué puntos se produce ésta y por qué; por tanto, si éstas consiguen llegar a un acuerdo éste se adaptará mejor a sus necesidades que la solución impuesta por un tercero ajeno al litigio.

de cuantía inferior a los 1.000 €, VIGUER SOLER, L., “Algunas propuestas para la reducción de la litigiosidad...”

³⁶ MARTÍNEZ DE MURGUÍA indica que en muchas ocasiones los procesos “resultan tan incomprensibles que muchas personas no tienen ninguna participación en el desarrollo de su propio caso, y debe confiar en que el abogado que eligió o que le fue asignado sea honrado y conduzca bien el proceso.” MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos*, Paidós, México, 1999, p. 36.

³⁷ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “Aproximación a la mediación prejudicial que viene”, *Diario La Ley*, núm. 7088, 8 de enero de 2009, “Por lo que se refiere a la simplificación del acceso a la justicia quiere decir que ya no es necesario la burocratizada presentación de papeles, poderes, documentos, etc., ante los juzgados; no es necesaria la tediosa espera de las audiencias previas o a los juicios orales; no es necesaria la comparecencia de procuradores y abogados, la presencia de secretarios.”

³⁸ Una encuesta realizada a abogados españoles pone de manifiesto que el 79 % de ellos considera que “muchos asuntos que ahora han de ser resueltos o controlados por un juez podrían tener otro tipo de tratamiento procesal más ágil e informal sin merma alguna de las garantías jurídicas de las partes implicadas.” Encuesta “La justicia española evaluada por los abogados” realizada por Metroscopia Estudios Sociales y de Opinión para el Consejo General de la Abogacía Española, mayo de 2009.

6° En los conflictos en los que es necesario que las partes sigan manteniendo relaciones en el futuro, el proceso no se presenta como una vía óptima de resolución de conflictos³⁹ porque puede fomentar el distanciamiento frente a la comunicación y el diálogo que caracterizan por ejemplo, la mediación⁴⁰.

A estos motivos debemos añadir que en algunas ocasiones nos encontramos con jueces con una gran carga de trabajo, que en una mañana tienen que pronunciarse por muy diversos y numerosos asuntos, que evidentemente para cada persona son trascendentales, pero que seguramente en términos absolutos son conflictos menores. Todo esto puede provocar que el ciudadano no perciba que la justicia resuelve su conflicto⁴¹.

³⁹ “La primera reflexión que se ha de realizar, es que de la observación de la estadística y frecuencia de la litigiosidad, en el ámbito del derecho civil son cada vez más frecuentes los procesos judiciales en los que las dos partes que mantienen el conflicto, han de seguir relacionándose en el futuro, por cuanto tienen intereses comunes. Tal es el caso de los litigios de propiedad horizontal, de relaciones de vecindad, de sociedades familiares y pequeñas empresas, de relaciones societarias, conflictos entre profesionales que trabajan en un mismo ámbito, e incluso en muchas cuestiones de responsabilidad civil. En estas materias, una razón eminentemente práctica aconseja que deban fomentarse las vías alternativas de resolución de conflictos. La contienda judicial finalizará con un vencedor y un vencido, por lo que el conflicto inicial, indudablemente se agravará.” Conclusión I de las Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006, “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, en SÁEZ VALCÁRCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P., (directores), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 632.

⁴⁰ En este sentido, podemos destacar una frase que recoge SINGER LINDA cuando se preguntó a una pareja que se estaba separando por qué acudieron a la mediación, a lo que contestaron que “No vamos a tener más remedio que ser abuelos juntos”, SINGER LINDA, R., *Resolución de conflictos*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1996, p. 51.

⁴¹ En este sentido, resulta interesante traer a colación un cuento de PAPINI, en el que se imagina la Administración de Justicia como una máquina. Así, relata: “En estos días se realizan en Pittsburg los primeros experimentos para utilizar máquinas en la administración de la justicia. Después de haberse construido cerebros electrónicos matemáticos, dialécticos, estadísticos y sociológicos, ya se ha fabricado en esta ciudad, fruto de dos años de trabajo, el primer aparato mecánico que juzga.

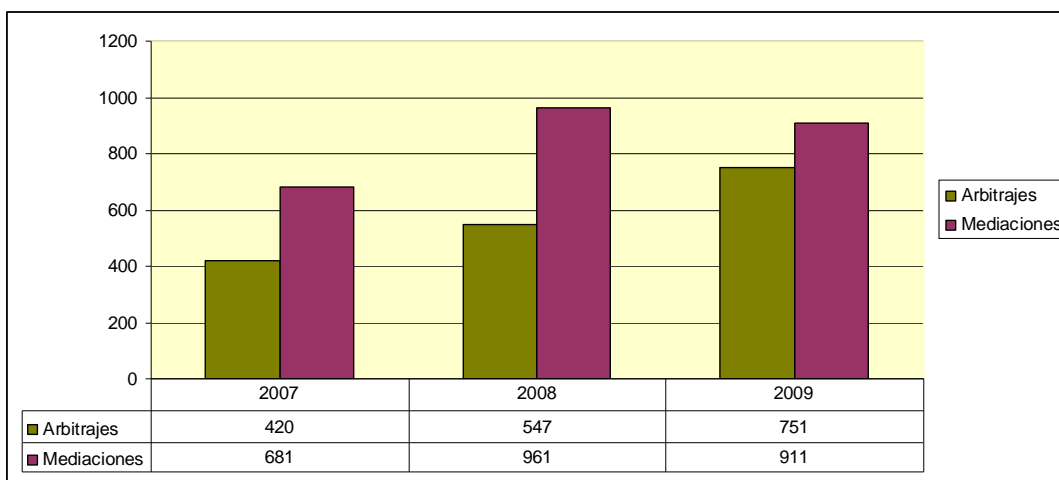
Tal aparato gigante, con un frente de siete metros, se alza en la pared de fondo del aula mayor del tribunal. Los jueces, abogados y oficiales de justicia no ocupan sus lugares habituales, sino que se sientan

Quizá por estos motivos en los últimos años se ha fomentado el uso de los métodos complementarios, ya que se considera que pueden ser una vía adecuada para la resolución de determinados conflictos.

De hecho, en los últimos años en las estadísticas elaboradas anualmente por el CGPJ ya se incorporan datos sobre los arbitrajes y mediaciones realizadas.

como simples espectadores entre las primeras filas del público. La máquina no tiene necesidad de ellos, es más segura, precisa e infalible que sus reducidos cerebros humanos. Como único ayudante el enorme cerebro tiene a un joven mecánico que conoce los secretos de las innumerables células fotoeléctricas y de las quinientas teclas de interrogación y comando. El único recuerdo del pasado que se ve en la máquina es una balanza de bronce que corona platónicamente al metálico cerebro jurídico.

La primera audiencia del novísimo tribunal comenzó hoy por la mañana, a las nueve horas. El primer imputado fue un joven obrero de la industria siderúrgica, acusado de haber asesinado a una jovencita que se le resistía. El acusado narró a su modo el hecho, y otro tanto hicieron los testigos. Luego, el técnico oprimió un botón para preguntar a la máquina cuáles eran los artículos del código que debían aplicarse en el caso. En un cuadrante iluminado aparecieron inmediatamente los números pedidos. El mismo cerebro, debidamente manejado por su secretario humano, concedió las atenuantes genéricas, y pocos segundos después, en otro cuadrante, apareció la sentencia: veintitrés años de trabajos forzados para el joven asesino. Un distribuidor automático vomitó un cartoncito en el que estaba repetida la sentencia, el inspector de policía recogió este cartoncito y condujo fuera al condenado.” PAPINI, G., “El Tribunal Electrónico”, en *El Libro Negro*. Editorial Porrúa, México, 1990. Evidentemente, es un cuento, pero permítannos extraer la moraleja: no podemos convertir a los jueces en máquinas, que debido al exceso de trabajo que acumulen dicten sentencias prácticamente automáticas sin atender a las peculiaridades del caso y a las necesidades del justiciable, porque indudablemente eso no será Justicia.



Fuente: Elaboración propia a través de los datos del CGPJ

Existe, por tanto, una tendencia que va en aumento en acudir a estos mecanismos. Tendencia que es mayor en unos países que en otros; así por ejemplo en Estados Unidos estas técnicas ya cuentan con gran arraigo. Sin embargo, debemos decir que no se ha inventado nada nuevo, ni que se está aplicando nada nuevo. De hecho el origen de estos métodos lo encontramos ya en la Ley de las XII Tablas⁴². Por tanto, se trata de aplicar métodos que siempre han estado ahí, pero que habían quedado prácticamente relegados porque los ciudadanos sólo contemplaban el proceso como opción para la solución de sus conflictos⁴³.

42 Así, la Tabla I, 6 indica “*Rem ubi pacunt, orato*” y la Tabla I, 7 pone de manifiesto que “*Ni pacunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coincuntio. Cum perorant ambo praesente*”. De este modo, observamos cómo se otorga eficacia jurídica a los pactos alcanzados. En la Tabla III, 5 también encontramos la resolución extrajudicial del conflicto, así la misma establece que: *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quanteque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertius autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant*”.

43 Si se quiere profundizar sobre la historia de la mediación, vid. GARCÍA GERBOLÉS, L., y MUESMANN, M., “El entroque histórico-jurídico del concepto de la mediación desde el Derecho romano hasta la actualidad”, en *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, 2010.

En este sentido, el CGPJ ha indicado que “La mediación representa una nueva forma de arreglo amistoso de las controversias con la que los particulares deberían contar más a menudo, dejando el recurso a la vía jurisdiccional como última *ratio*.”⁴⁴

En los últimos años, encontramos la referencia a estos métodos bajo el acrónimo de ADR (*Alternative dispute resolution*), lo que se debe a la influencia americana. Sin embargo, actualmente se están empezando a denominar, bajo las mismas siglas, como *Adequate dispute resolution*. Al margen del término ADR, también es frecuente la alusión a estos métodos de resolución de conflictos con la terminología francesa como MARCs (*Methodes Alternatives de Resolution de Controversias*). Por tanto, cuando nos encontremos ante cualquier acrónimo de los señalados, se estará haciendo alusión a los métodos complementarios de resolución de conflictos.

1.5. La mediación ¿complemento o alternativa?

Cuando se habla de la mediación, así como del resto de métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, encontramos autores que se refieren a ellos como alternativos al proceso, y otros, como complementarios al mismo. Por lo tanto, en las próximas líneas vamos a intentar analizar esas opiniones y llegar a una conclusión acerca de si la mediación es un complemento o una alternativa al proceso.

La Real Academia Española de la Lengua define la palabra *alternativa* como la “opción entre dos o más cosas”. Si concebimos, por tanto, la mediación como una alternativa al proceso, debemos optar entre acudir a la mediación o al proceso.

Sin embargo, no es realmente así. Las partes pueden decidir acudir a la mediación o al proceso, en este punto sí que puede parecer que estamos ante una alternativa. En caso de que opten por la vía judicial el juez resolverá el conflicto, sin embargo, en caso de

⁴⁴ Dicha reflexión puede encontrarse en el *Informe al proyecto de Ley de mediación en la Comunidad Autónoma de Cantabria*. Puede verse su contenido en el siguiente link: http://www.iustel.com/v2/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1044351

que decidan acudir a la mediación varias son las posibilidades. En primer lugar, que a través de la mediación las partes resuelvan la controversia a través de un acuerdo; queda solucionado, por tanto, el conflicto. En segundo lugar, que las partes no deseen continuar con la mediación; en este caso sigue presente el conflicto y las partes pueden acudir a la vía judicial para resolverlo. Y por último, que las partes a pesar de que se hayan sometido a un procedimiento de mediación no hayan conseguido resolver la controversia, no hayan logrado el acuerdo, por lo que podrán acudir al proceso para que el juez imponga su decisión⁴⁵.

De esta forma se pone de manifiesto que realmente no es una alternativa entre una opción y otra, porque si con la mediación no se obtiene resultados, las partes siempre podrán acudir al proceso. De hecho, consideramos que no podía ser de otro modo si atendemos al art. 24 de nuestro texto constitucional que garantiza el acceso a la justicia. Una interpretación distinta consideramos que podría suponer una vulneración del citado precepto⁴⁶.

⁴⁵ Otros autores ponen de manifiesto que la mediación no es un método alternativo al proceso, sin embargo, las razones que alegan son muy distintas a las aquí defendidas. Así, por ejemplo, MARLOW pone de manifiesto que “La mediación no es un medio alternativo de resolución de disputas... Cuando hablamos sobre medios alternativos de resolución de disputas, normalmente estamos hablando sobre un procedimiento que se diseña para llevar a las partes al mismo lugar, pero por una ruta diferente. No es el objetivo del viaje lo que se cuestiona, sino simplemente el camino que se tomará (los procedimientos que se emplearán) para llegar hasta allí. Desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico adversarial ¿cuál es el objetivo? Asegurar que se protegen los derechos legales de cada una de las partes y que obtengan un acuerdo que sea justo y equitativo... Un mediador no está intentado llevar a la pareja al mismo lugar, está intentado llevarlos a uno muy diferente. Por consiguiente, no se le ocurrirá usar el mismo mapa de carreteras (procedimiento) ni juzgar los dos resultados con el mismo criterio (patrón)”, MARLOW, L., *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Ediciones Granica, 1999, p. 33-34.

⁴⁶ GUILARTE GUTIÉRREZ mantiene una posición muy crítica con la mediación, así mantiene que “Nuestro ordenamiento jurídico, tras la CE, camina por rumbos escasamente previsores de una solución alternativa a la resolución de los conflictos entre particulares: así debemos concluirlo tras la firme entronización del principio de legalidad en el art. 9 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24”, de ahí que cuestione la mediación preceptiva porque considera que dichos métodos son “absolutamente incompatibles con nuestra realidad sociológica y constitucional, aunque pueda exponerse

En este sentido, se manifiesta el TS en materia de arbitraje. Así, el Supremo afirma que “el ordenamiento jurídico español concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (arts. 1809 y ss., y especialmente a estos efectos el 1814 del CC); haciendo uso de esta facultad y de lo dispuesto en el artículo 1255 del citado cuerpo legal, los aquí contendientes concertaron acudir al cauce extrajudicial – arbitraje- para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieran surgir; el artículo 24.1 C que se estima infringido por los recurrentes, 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- como aquí han hecho.”⁴⁷

A pesar de esto, el propio TS ha conceptualizado, ya refiriéndose a la mediación, como una alternativa; aunque debemos tener en cuenta que no se trata de sentencias que tengan por objeto delimitar su naturaleza jurídica. Así establece que “puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”⁴⁸.

A nuestro juicio debemos seguir conceptualizando la mediación como un complemento a la vía judicial, tal y como argumentó el TS en materia de arbitraje.

Debemos detenernos en poner de manifiesto que en esta materia la doctrina está dividida por lo que podemos encontrar autores que defienden la mediación como un

por los defensores a ultranza de la mediación la bondad estadística de tal entendimiento de las cosas”, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La mediación familiar: panacea cuestionable”, *Revista de Derecho Familia*, n°6, Lex Nova, 2000.

⁴⁷ STS de 9 de octubre de 1989.

⁴⁸ STS 2290/2010, de 20 de julio de 2010, FJ. 4º.

complemento a la vía judicial y otros muchos autores que sitúan a la mediación como una alternativa al proceso.

De este modo, encontramos que un sector de la doctrina conceptúa la mediación como un complemento al proceso. Dentro de dicho sector doctrinal podemos destacar a GARCÍA VILLALUENGA que sitúa a los ADR como complementos del proceso⁴⁹. En el mismo sentido, se pronuncia HINOJAL LÓPEZ que niega que nos encontremos ante una justicia alternativa⁵⁰ y también podemos destacar a ORTUÑO MUÑOZ⁵¹.

Sin embargo, otro sector pone de manifiesto que la mediación supone una alternativa al proceso. En esta posición podemos situar a TARUFFO, que no sólo la conceptúa como una alternativa sino que además la condiciona para que ésta sea válida, así establece que se trata de “una alternativa válida a la tutela jurisdiccional sólo si es capaz de ofrecer una protección de los derechos básicamente equivalente a la alcanzable

⁴⁹ Así se manifiesta GARCÍA VILLALUENGA, L., en la Ponencia “La mediación familiar. Introducción a la mediación civil (especial referencia a la mediación familiar)”, Centro de Estudios Jurídicos, Publicaciones, 2008, SJ, “hay que tener presente que los sistemas no confrontativos, denominados ADR, no tienen, ni han de tener como finalidad reemplazar al sistema judicial, que necesariamente ha de existir, sino que, al configurarse como un complemento de aquél, pretenden ampliar el abanico de opciones para que los ciudadanos puedan resolver los conflictos según su naturaleza y características, y ello, siempre, con la garantía de la tutela judicial efectiva que preconiza el art. 24 de la Constitución española.” <http://www.cej.justicia.es/>

⁵⁰ HINOJAL LÓPEZ, S., “Los menores ante la mediación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2005, p. 151. Pone de manifiesto que “Es frecuente la alusión a la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos: como si se tratara de una justicia alternativa. La mediación no ha de entenderse como un proceso que pueda suplir las carencias o inconvenientes que presente el proceso judicial. Es, entre varios, un sistema adecuado para tratar algunos desacuerdos, pues no todos los conflictos son mediables, ofreciendo a las partes implicadas un sistema diferente al generalizado litigio”.

⁵¹ ORTUÑO MUÑOZ, P., señala que “Los intentos de modernizar las leyes procesales, de incrementar el número de tribunales y de reformar el sistema judicial que se han venido ensayando sólo aportan soluciones parciales. Es necesaria la implantación de métodos de resolución de controversias nuevos, que sean complementarios del sistema judicial y que garanticen a los ciudadanos el acceso a la justicia y al derecho que demanda la nueva sociedad”, Vid., ORTUÑO MUÑOZ, P., “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19 de abril de 2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Iuris-La Ley*, nº 77, noviembre de 2003, pp. 42 a 48.

mediante el proceso”⁵². Dicho autor vincula, por tanto, la viabilidad de la mediación a que la misma ofrezca protección a los derechos de las partes de una forma similar al proceso.

Por otro lado, BARONA VILAR establece que “cuando se llega a un acuerdo y el proceso ya había comenzado implica una terminación anormal del proceso basado en el principio dispositivo que rige la autonomía de la voluntad. En este sentido, las formas anormales de terminación del proceso son medios a través de los cuales se produce una alternativa al desarrollo íntegro del proceso; por ejemplo, basta pensar en el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción y la caducidad, con efectos procesales, ya sea por voluntad de una de las partes, que hace dejación de la pretensión o del proceso, bien por voluntad de ambas que dejan transcurrir el tiempo sin actividad alguna o porque deciden llegar a un acuerdo”⁵³

Otro sector de la doctrina aprecia una naturaleza híbrida de estos métodos. Así, por ejemplo, BELLOSO MARTÍN establece que “estos medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos en ocasiones son complementarios, sucesivos o previos a la vía jurisdiccional, pero no puede olvidarse que también constituyen vías alternativas.”⁵⁴

Otros autores parecen incurrir en una confusión terminológica puesto que a pesar de que se refieran al término “alternativa”, parece que también la conceptúan como un complemento al proceso. Quizá se deba a la influencia anglosajona, puesto que estas técnicas tienen un gran desarrollo y tradición en países de habla inglesa y se refieren a

⁵² TARUFFO M., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p.105.

⁵³ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative Dispute Resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 196-197.

⁵⁴ BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 52/2008/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista electrónica de Direito Processual*, Revista Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade Estadual de Rio de Janeiro- UERJ, 2ª ed, Año 2, Rio de Janeiro, enero-diciembre de 2008, pp. 257-291.

ellas como *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁵⁵. Así, ARÍAS RODRÍGUEZ señala que “ninguna duda se suscita en la UE respecto a que los métodos alternativos de solución de litigios facilitan un mejor acceso a la justicia, al igual que desempeñan una función complementaria de ésta sin pretensión de sustitución, a más de reconocerse explícitamente que esos medios denominados alternativos se adaptan mejor por su flexibilidad al carácter de determinados litigios, predominantemente los familiares, erigiéndose en instrumentos indiscutibles al servicio del apaciguamiento social.”⁵⁶.

Otro sector de la doctrina, sin embargo, no entra tanto en el debate de la complementariedad o no de la mediación, sino en su importancia como un buen método de resolución de conflictos.

A este respecto ANDRÉS CIURANA⁵⁷ pone de manifiesto que “la mediación y los demás métodos de solución de conflictos no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse como medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos”.

⁵⁵ El Informe “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia” elaborado por la Xunta de Galicia pone de manifiesto que “Sin embargo, en estos últimos tiempos, la denominación ha cambiado sin modificar las siglas y se habla ahora con más propiedad métodos de *Adequate Dispute Resolutions*, sustituyendo el término “alternativas”, que introducía un cierto elemento de competencia con la jurisdicción, por “adecuadas” o “complementarias”, en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado.” “Documento elaborado por los Profesores Rafael Jiménez Asensio (Universidad Pompeu Fabra), Víctor Moreno Catena (Universidad Carlos III) y Santos Pastor Prieto (Universidad Complutense), por encargo y bajo la supervisión del Departamento de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia. <http://www.estudiconsultoria.com/documentos/reflexionesgaliza.pdf>

⁵⁶ ARÍAS RODRÍGUEZ, J.M., “Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Poder Judicial*, n° 88, p. 136.

⁵⁷ ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12-2005, pp. 61.

Y a continuación establece que se debe dar la posibilidad al ciudadano de que elija entre varias opciones cuál prefiere para resolver el conflicto, así establece que “una sociedad moderna, en la que prime el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se ajuste a sus intereses. Constituye un error colocar la jurisdicción –la potestad estatal- en el centro del sistema de justicia civil y mercantil de un país y relegar los demás mecanismos de solución de conflictos al lugar de los medios alternativos, cuya única razón de ser se encuentra en que son medios idóneos para “descongestionar los tribunales... La base para la reflexión se encuentra, pues, en la idea de libre acceso de los ciudadanos a la justicia y que el desarrollo de las ADR debe verse desde esta perspectiva, y con plena conciencia de que, en el fondo, ese desarrollo no depende de las leyes, sino del fomento de la «cultura de la mediación»”.

En los países anglosajones la negociación y la resolución consensuada de los conflictos forma parte de su cultura jurídica, de ahí que encontremos que la mediación y otros métodos similares están fuertemente asentados en sus ordenamientos jurídicos. De hecho, al margen de los métodos más típicos (mediación, conciliación y arbitraje), encontramos otras vías que gozan de gran desconocimiento en nuestro país, como son la evaluación imparcial⁵⁸, investigación imparcial⁵⁹, peritaje⁶⁰ y la mediación-arbitraje (Med-Arb)⁶¹.

A modo de conclusión, debemos señalar que concebimos la mediación como un complemento a la Justicia, puesto que no se pretende dejar de lado la potestad

⁵⁸ La evaluación imparcial consiste en que un tercero imparcial presenta un dictamen no vinculante sobre el fondo del asunto. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

⁵⁹ La investigación imparcial se emplea en casos de complejidad técnica en los que un experto independiente investiga los hechos del asunto y emite un dictamen no vinculante sobre el fondo del litigio. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

⁶⁰ El peritaje consiste en acudir a un experto independiente para que decida sobre el asunto. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

⁶¹ La llamada Med-Arb se produce cuando las partes aceptan la mediación, pero solicitan un arbitraje si ésta no da resultados. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_es.htm.

jurisdiccional si no presentar a los ciudadanos otra forma distinta de afrontar sus conflictos; se trata de ofrecerles una opción más.

Una vez que hemos expuesto la complementariedad de la mediación, creemos conveniente hacer alusión a que no se trata de determinar qué mecanismo es más adecuado para resolver los conflictos, si la mediación o el proceso. En realidad la cuestión debería plantearse de otra forma. Se trata de determinar que método es más adecuado para el caso concreto: si la mediación o el proceso⁶². No se debe presentar, por tanto, la mediación como una alternativa al proceso porque éste falle, sino porque no siempre se presenta como la vía óptima para resolver el caso concreto y se debe otorgar a las partes la posibilidad de que conozcan y elijan entre los diferentes métodos aquél que se adecue mejor a sus necesidades.

Tampoco debemos entender que el hecho de acudir a la mediación puede suponer que debemos considerar superado el sistema judicial. Así, algunos autores son muy reacios a la mediación por considerar que ésta puede suponer una renuncia de los derechos del ciudadano. Así DAMIÁN MORENO indica al respecto, que “Como cabe imaginar, la mayoría de los jueces han saludado con inusitada efusividad todo este tipo de medidas, pero en un momento en que, al fin, hemos conseguido poner el proceso al alcance de todos, pedirle ahora a los ciudadanos que renuncien a parte de sus derechos para que la justicia funcione, quizás resulte excesivo; desde luego no está mal saber que hay la posibilidad de hacerlo, pero logrando el adecuado equilibrio entre las distintas alternativas, de modo que sea su titular quien libremente decida qué hacer con su derecho... no vaya a ser que acabemos con el único instrumento que los poderes

⁶² En este sentido, ÁLVAREZ SACRISTÁN haciendo un estudio de la directiva europea sobre determinados asuntos de la mediación pone de manifiesto que “La mediación «no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial», por el hecho de que dependa de la buena voluntad de las partes o por que el mediador no sea exactamente un juez oficial. Sino que se trata de que la mediación responda a los siguientes criterios: A) Que sea dirigida por un mediador fiable; B) que se formalice por escrito; C) que pueda solicitarse su fuerza ejecutiva como acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional, y que esta fuerza ejecutiva pueda ser reconocida por cualquiera de los Estados miembros de la UE.” ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “Aproximación a la mediación prejudicial...”, op. cit. p. 3.

públicos han dispuesto para garantizar el respeto de nuestros derechos, ya que, de lo contrario, no sería extraño que haya quien acabara preguntándose si no le habrá llegado el fin a los derechos”⁶³.

Sin embargo, nuestra forma de entender la mediación en ningún momento supone una renuncia de derechos; sino al contrario que el ciudadano adquiera uno muy importante como es la facultad de que él mismo pueda solucionar sus controversias donde la autonomía de la voluntad adquiere un papel principal.

De modo muy gráfico vamos a exponer nuestro modo de entender la mediación, totalmente complementaria con el proceso. Si una persona tiene una gripe puede acudir a su ambulatorio o bien a las urgencias del hospital. En ambos lugares le van a tratar su gripe de forma adecuada y le darán la medicación oportuna para curarse. Sin embargo, acudir a las urgencias de un hospital por una mera gripe puede propiciar el colapso de las mismas y seguramente, sea más oportuno acudir al centro de salud. Por otro lado, si una persona ha tenido un grave accidente de tráfico deberá ser conducida a urgencias para que puedan tratar sus lesiones, evidentemente la asistencia primaria de un centro de salud será insuficiente.

A grandes rasgos, lo mismo ocurre con la mediación. Para algunos conflictos puede resultar mejor que la vía judicial, aunque nadie va a prohibir a las partes acudir a ésta. Para otros supuestos va a ser totalmente insuficiente y habrá que acudir siempre y en todo caso, al proceso.

A modo de conclusión, debemos indicar que no se trata de oponer la justicia al resto de métodos de resolución de conflictos si no de que el ciudadano opte por aquél método que considere que mejor se adapta a sus necesidades. Teniendo presente que dichas vías son un complemento al proceso porque en caso de que a través de las mismas no se obtenga una resolución satisfactoria al conflicto siempre queda abierta la posibilidad de

⁶³ DAMIÁN MORENO, J., “Mediación, sí; y justicia para todos”, *Diario La Ley*, 5 de febrero de 2007.

acudir a la vía judicial, como no podía ser de otra manera por exigencia de nuestro artículo 24 CE.

2. Los métodos autocompositivos de resolución de conflictos

Los métodos autocompositivos de resolución de conflictos se caracterizan porque son las propias partes las que van a intentar poner fin a la controversia que las enfrenta⁶⁴.

El punto de partida de la autocomposición es, por tanto, que son las partes las que resuelven el conflicto. Sin embargo, encontramos múltiples métodos autocompositivos, siendo, en ocasiones, muy fina la línea que distingue unos de otros.

Dentro del ámbito de los medios autocompositivos podemos diferenciar entre aquellos en los que interviene un tercero y los que son resueltos por las partes sin intervención de terceros ajenos al conflicto.

Así, son métodos autocompositivos en los que no actúa un tercero: el desistimiento, el allanamiento, la transacción y la negociación. Por otro lado, interviene un tercero ajeno a las partes en la conciliación y mediación.

2.1. Desistimiento

Es una declaración de voluntad del actor por el que tiene por abandonado el proceso, pero no renuncia a la acción. Por tanto, supone la finalización del proceso, pero no la renuncia a ejercitar en el futuro el derecho en un ulterior proceso.

⁶⁴ MARÍN GÁMEZ, J.A., “Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje”, *Derecho privado y Constitución*, Nº 16, 2002, p. 228-229. Este autor indica que “se caracteriza la autocomposición por ser las mismas partes en conflicto las que apuestan por una solución intermedia o pretendidamente negociada. Solución que aparece propiciada por el sacrificio unilateral que cada una de las partes en litigio están dispuestas a soportar con tal de poner fin al conflicto, si es posible de una vez por todas.”

Nuestra LEC reconoce dicha figura y le da plenos efectos jurídicos. Así, el art. 20 contempla esta facultad del demandante, y distingue dos tipos. Por un lado, el desistimiento unilateral cuando se realiza con anterioridad al emplazamiento del demandado o a la citación para el juicio, o cuando el demandado se encuentre en la situación de rebeldía y el desistimiento bilateral, en el que ya se ha emplazado al demandado y es necesaria su conformidad o que no se oponga al mismo.

2.2. Allanamiento

El allanamiento supone la aceptación por parte del demandado de las pretensiones del demandante. Es, por tanto, una declaración de voluntad del demandado quedando de nuevo patente el predominio de la autonomía de la voluntad.

Dicha institución también aparece regulada en nuestra LEC, así su artículo 21 señala que cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia de acuerdo con lo solicitado por éste, salvo que el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, que dictará un auto rechazándolo y continuará el proceso.

El allanamiento puede ser total o parcial; es decir, sobre la totalidad de las pretensiones o parte de ellas; en caso de que se trate de un allanamiento parcial, el proceso continuara para el resto de las pretensiones sobre las que el demandado no se haya allanado.

2.3. Transacción

Aparece regulada en el Código Civil y éste la define como “un contrato en virtud del cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado” (Art. 1809 CC).

De este modo, vemos que puede tratarse de un acuerdo de las partes una vez que el proceso ya se ha iniciado, por tanto, también aparece regulada dicha figura en la LEC, concretamente en el art. 19.2 de la misma. Dicho precepto establece que cuando el acuerdo sea conforme a derecho, será homologado por el juez que estuviere conociendo la causa. Por tanto, el juez efectuará un control del acuerdo para comprobar que éste no contenga estipulaciones que vulneren la ley, o bien, que no establezca limitaciones para el interés general o perjudique a terceros.

La transacción supone la terminación del proceso a través de un auto dictado por el juez que estaba conociendo la causa. En dicho auto el juez homologará el acuerdo logrado por las partes.

La transacción supone, por tanto, un resultado: un acuerdo. A dicho resultado se puede llegar a través de distintos medios, como pueden ser: la negociación, la conciliación, la mediación. De este modo, estos medios se presentan como procedimientos, frente a la transacción que es el resultado obtenido.

El artículo 517 de la LEC contiene aquellos títulos que llevan aparejada ejecución, y entre los mismos se encuentran las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales⁶⁵.

⁶⁵ Art. 517.2 LEC: Sólo tendrán aparejada ejecución “...las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.”

2.4. Negociación

Es un procedimiento a partir del cual los sujetos, sin la necesaria intervención de un tercero, tratan de evitar la aparición del conflicto, o bien resolverlo si éste ya se ha presentado. Por tanto, supone otra manifestación más del principio de libre autonomía de la voluntad.

FISHER define la negociación como “una comunicación mutua diseñada para llegar a un acuerdo, cuando usted y la otra persona tienen algunos intereses en común y otros que son opuestos.”⁶⁶

Se trata, por tanto, de un mecanismo por el que las propias partes en conflicto intentan solucionarlo por sí mismas a través del diálogo y la comunicación entre ellas. Cabe la presencia de terceros, así por ejemplo, los abogados de las partes; pero su actuación se limita a ser sus representantes. El tercero, por tanto, no interfiere entre las partes, sino que cada uno de ellos asesora a “su parte”.

Podemos entablar una negociación sin que haya conflicto; sin embargo, en la conciliación y la mediación ya es necesario que éste se haya presentado⁶⁷.

2.5. Conciliación

Conciliar procede del término latino *conciliare* que significa “componer” “componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí.” Por tanto, nos encontramos ante otro método autocompositivo de resolución de conflictos en el que las partes solucionan el conflicto existente entre ellas e interviene un tercero, que aproxima sus posturas.

⁶⁶ Fisher, R., *Obtenga el sí*, México, CECOSA, 2003.

⁶⁷ STEELE GARZA, J.G. y GORJÓN GÓMEZ, F.J., *Métodos alternativos de solución de conflictos*, 1ª ed, México DF, Oxford University Press, 2008, p. 18.

CUCARELLA GALIANA define la conciliación como una “actividad desarrollada por los sujetos entre los que existe un conflicto jurídico de intereses y en presencia de un tercero, en la que se pretende la resolución del conflicto mediante la obtención de un acuerdo entre los sujetos implicados en el mismo.”⁶⁸

La conciliación es una institución de gran tradición en nuestro derecho, de hecho la Constitución de 1812 establecía como requisito de admisibilidad de la demanda el intento de conciliación. Actualmente, en la mayoría de los supuestos ha quedado relegada a una mera formalidad, a un simple trámite que las partes deben llevar a cabo para poder continuar con el procedimiento.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico pervive en algunos supuestos: destaca la conciliación previa a la incoación de un litigio civil (arts. 460-480 LEC 1881), el intento de conciliación al que se invita a las partes en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 415 LEC) o la conciliación en la vía laboral (arts. 63-68 y art. 84 LPL)⁶⁹.

De este modo, podemos distinguir entre conciliación judicial y extrajudicial. Nos encontramos con la conciliación judicial, cuando ésta es desarrollada en el marco de un proceso, como en los supuestos anteriormente mencionados. Por el contrario, la que tiene carácter extrajudicial no surge ligada a un proceso, por lo que resulta más flexible y deja mayor actuación a las partes en la consecución del acuerdo.

2.6. Mediación

También son las partes las que buscan la solución a la controversia con la ayuda de un tercero, el mediador, que facilita la comunicación entre las partes para resolver el litigio.

⁶⁸ CUCARELLA GALIANA en *Derecho Procesal Civil*, (coord. F., ORTELLS RAMOS,), Navarra, 2007, p. 60.

⁶⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Barcelona, 2005, p. 43 y sigu.

HAYNES establecía que “la mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto.”⁷⁰

Más adelante estudiaremos con más detenimiento el concepto de mediación. Sin embargo, ahora vamos a centrar nuestra atención en distinguirlo de otros métodos autocompositivos, con el que guardan gran similitud.

La mediación y otras figuras afines

Nuestro trabajo se va a centrar en el análisis de la mediación, por tanto, nos parece conveniente establecer una diferenciación de ésta con otras figuras afines a la misma. Así, pues vamos a analizar las diferencias de la mediación con el arbitraje, la transacción y por último con la conciliación.

En primer lugar, vamos a analizar la diferenciación entre mediación y arbitraje. Ambas figuras tienen en común que se tratan de métodos extrajudiciales de resolución de conflictos y que las partes deciden someterse voluntariamente a uno u otro método.

Como diferencias entre ambas encontramos que la mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, mientras que el arbitraje es heterocompositivo. Por tanto, en la mediación la solución nace de las propias partes y en el arbitraje ésta viene impuesta por un tercero.

Siendo clara la diferencia entre mediación y arbitraje, vamos a analizar la relación entre la mediación y la transacción. Tal y como hemos indicado al recoger la definición que nuestro Código Civil proporciona de transacción, observamos que se trata del acuerdo conseguido, mientras que la mediación es el mecanismo seguido para alcanzarlo.

⁷⁰ HAYNES, J., *Fundamentos de la Mediación Familiar: manual práctico para mediadores*, Gaia, Madrid, 1995, p. 11.

Por otro lado, para diferenciar la mediación de la negociación el aspecto clave a tener en cuenta es el tercero y su función en el procedimiento. Si no aparece un tercero estamos sin duda, ante la negociación. Si encontramos la presencia del tercero y su intervención se limita a representar o asesorar a cada una de las partes también estaremos ante la negociación. Sin embargo, el papel del tercero en la mediación es el de dirigir el procedimiento de modo imparcial, neutral. De este modo, para diferenciar cuándo estamos ante la negociación y cuándo ante la mediación debemos centrarnos en cuál es la función del tercero en el procedimiento.

Hemos dejado para el final, la distinción entre la mediación y otro método autocompositivo de resolución de conflictos, como es la conciliación. Es muy fina la línea que separa la mediación de la conciliación. De hecho, si leemos definiciones de unas y otras en muchas ocasiones es muy difícil establecer las diferencias entre sí. Llegando, incluso a ser muy laborioso distinguir la conciliación de la mediación⁷¹.

De este modo, GIMENO SENDRA afirma que la conciliación se caracteriza por su carácter institucionalizado, frente a la espontaneidad de la mediación⁷².

Otros autores, consideran que la diferencia entre la mediación y la conciliación radica en la facultad del tercero; teniendo el conciliador más capacidad de intervención que el mediador.

En este sentido, se pronuncia la web oficial de la Red Judicial europea. Así en ella se indica que “la conciliación es similar a la mediación, pero el tercero (conciliador) tiene un papel más intervencionista”. Al margen de que podamos estar de acuerdo con esta diferenciación, es necesario indicar la imprecisión con la que se define la

⁷¹ Así, SOLETO MUÑOZ al plantearse este tema se hace la siguiente cuestión “mediación y conciliación: ¿términos equivalentes?” en “La conciliación: una nueva función del Secretario Judicial.” http://www.cej.justicia.es/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/CONCILIACION_PARA_SECRETARIOS.pdf

⁷² MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, v., GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, 2000.

mediación, así se indica que ésta “ofrece a la parte o partes en litigio la posibilidad de llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero independiente, el árbitro, sin pasar por los tribunales”. Evidentemente, el tercero que interviene en la mediación será el mediador, y en el arbitraje, el árbitro; observamos, por tanto, una confusión de términos.

A este respecto, GUTIÉRREZ SANZ pone de manifiesto que “la diferencia básica entre mediación y conciliación consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo... La injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de propuestas. En cambio en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes.”⁷³

Por tanto, la pequeña diferencia entre la conciliación y la mediación la podríamos encontrar en el papel del tercero. El conciliador tendría la facultad de proponer acuerdos, facultad que no tendría el mediador.

De hecho, algunos autores consideran que la conciliación entra dentro del ámbito de la heterocomposición porque consideran que el tercero soluciona la controversia⁷⁴.

Sin embargo, la autora recién citada pone de manifiesto que esa opinión no es unánime. Así, prosigue señalando en su exposición que “es importante destacar, respecto a los términos mediación/conciliación, que no hay una terminología unívoca.

⁷³ GUTIÉRREZ SANZ, M.R., “La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Tomo II. Comunicaciones*, Universitat de Valencia, 2008, p. 396. En este mismo sentido se manifiestan STEELE GARZA, J.G. y GORJÓN GÓMEZ, F.J., *Métodos alternativos... op. cit. p. 18*; al considerar que en la conciliación “el tercero propone la solución y persuade a las partes.”

⁷⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EEUU”, en *Estudios de derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2009, considera que “Otros sistemas de ADR como el arbitraje, la conciliación, los mini juicios son sistemas de heterocomposición lo que implica que un tercero va a intervenir en el conflicto dando soluciones.” P. 1056.

El contenido conceptual que se les da, no es unánimemente aceptado por todos los autores, ni es uniforme en todas las partes. Algunos autores e incluso legislaciones, entienden por mediación lo que aquí se ha descrito como conciliación y a la inversa.”

Esta opinión opuesta es mantenida por BELLIDO PENADÉS al establecer que en la conciliación el tercero se limita a aproximar las posiciones de las partes, mientras que en la mediación el tercero además de aproximar a las partes realiza propuestas para resolver la controversia. Así, indica que “en la conciliación, el tercero se coloca *inter partes*, limitándose a aproximar sus posiciones. En la mediación, el tercero se coloca *infra partes*, pudiéndose rechazar libremente la propuesta realizada.”⁷⁵

También es esta la opinión mantenida por MORENO CATENA y CORTÉS DOMINGUEZ⁷⁶.

Sin embargo, otros autores encuentran otro matiz como elemento diferenciador de la conciliación y de la mediación. Así, GALEOTE MUÑOZ establece que “con la conciliación la diferencia es muy sutil, ya que el conciliador sí que recomienda o aconseja a las partes sobre la propuesta de acuerdo que cree que mejor satisface sus respectivos intereses. Sin embargo, el mediador no, su intervención es totalmente neutral: propone acuerdos pero no se decanta por ninguno de ellos.”⁷⁷

Vemos, por tanto, que según esta autora la diferencia entre conciliación y mediación no radica en la capacidad de proposición de acuerdos (que tanto el conciliador, como el mediador tendrían) sino en que el conciliador se manifiesta por cuál considera que es mejor, mientras que el mediador propone acuerdos sin decantarse por uno u otro. Por

⁷⁵ CUCARELLA GALIANA en *Derecho Procesal...*, (coord. F., ORTELLS RAMOS,), op. cit. p. 61.

⁷⁶ MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Así, manifiestan que “la intervención puede consistir bien en intentar aproximar las posturas de los contendientes y que sean ellos quienes obtengan la solución (conciliación) bien en sugerir, proponer o plantear diferentes salidas al conflicto, manejando cualquier posibilidad, con el fin de que las partes pueden acoger alguna de ellas (mediación) y, de ese modo, poner fin al litigio.” P. 41.

⁷⁷ GALEOTE MUÑOZ, M.P., “Novedades en materia de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, nº 7456, 29 de julio, 2010, p. 3.

tanto, según este criterio la diferencia entre la conciliación y la mediación radica en que para el mediador rige el principio de neutralidad, mientras que para el conciliador no.

Por tanto, observamos que la doctrina mantiene tres criterios diferenciadores entre la conciliación y la mediación, siendo éstos los siguientes:

1º En la conciliación, el tercero no propone acuerdos, mientras que el mediador sí lo hace.

2º El mediador acerca las posturas de las partes sin proponer acuerdos, acuerdos que sí se proponen en la conciliación.

3º En la conciliación y en la mediación el tercero propone acuerdos, la diferencia radica en que el mediador no se decanta por ninguno de ellos, mientras que el conciliador sí.

Se puede apreciar que las tesis propuestas son contradictorias entre sí. ¿Cuál de las tres es la que determina la diferencia entre conciliación y mediación? Para intentar poner un poco de luz al asunto, vamos a hacer una revisión legislativa para ver si de su estudio se puede apreciar la diferencia entre mediación y conciliación.

El anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles define la mediación como una negociación, por tanto, quizá no sea el mejor instrumento para intentar extraer diferencias entre mediación y conciliación; puesto que está definiendo la mediación a través de otro método autocompositivo que consideramos distinto.

Sin embargo, la propia Exposición de motivos indica la diferencia entre la conciliación y la mediación, así se establece que la mediación se caracteriza por “la intervención del mediador, del que se pretende una intervención activa y orientada a la solución de la controversia, a diferencia de otras figuras, como la conciliación, en la que la participación de un tercero se produce con una menor implicación o capacidad de propuesta.”

A pesar de esta declaración contenida en la Exposición de motivos, posteriormente en el texto legal no se establece expresamente la posibilidad del mediador de proponer acuerdos.

De hecho, el propio CGPJ hace una crítica a la definición del mediador en el anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles estableciendo que “tanto más útil sería, a nuestro modo de ver, subrayar que el mediador puede desarrollar una conducta activa dirigida a lograr el acercamiento de posturas entre las partes, proponiendo –aunque nunca imponiendo– posibles soluciones al conflicto”.

Bien, si proseguimos en el análisis observamos que la ley de mediación familiar gallega faculta al mediador a proponer acuerdos⁷⁸, apoyando así la opinión de un sector de la doctrina.

La mayor parte de la doctrina considera que el criterio definidor de la mediación frente a la conciliación es que el mediador tiene la facultad de proponer acuerdos, mientras que el conciliador no. Es, por tanto, éste el criterio mayoritario.

Al margen de las tesis manifestadas anteriormente, que tienen carácter mayoritario, otros autores defienden que la conciliación es realizada por un juez frente a la mediación que es llevada a cabo por un mediador⁷⁹. Sin embargo, no creemos

⁷⁸ Art. 2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 4/2001, de 31 de mayo reguladora de la mediación familiar. En el citado precepto se hace alusión a que los mediadores podrán “ofrecerles una solución pactada a su problemática” (a las partes).

⁷⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR)...” “La conciliación (heterocomposición) es el intento de aproximación de posiciones que propicia el juez, con mejor voluntad que eficacia, y siempre con absoluta irregularidad, más su fracaso histórico ha sido consecuencia de graves errores de planteamiento inicial, puesto que ni las partes pueden sincerarse ante quién después ha de juzgarlas (y, como es lógico, mostrarán ante el tribunal únicamente lo que les interese), ni el juez puede proponer soluciones sin el riesgo de prejuzgar con ligereza, comprometiendo su función social”, op. cit. p. 13. Es obvio, que en estos autores están tomando una parte por el todo; de este modo existe la conciliación judicial, pero no toda conciliación ha de ser judicial.

conveniente esta diferenciación porque a pesar de que la conciliación judicial pueda tener cierto arraigo, no es éste el elemento diferenciador de uno y otro método.

Lo que sí es evidente es que la diferencia entre conciliación y mediación es mínima; puesto que si no nos cabe duda que en ambas son las propias partes las que solucionan el conflicto y no hay imposición de un tercero, ¿tiene tanta transcendencia el hecho de si el tercero propone o no acuerdos para que distingamos dos instituciones jurídicas? Si la única diferencia apreciable entre la mediación y la conciliación es si el tercero tiene o no facultad de proponer acuerdos quizá no sea conveniente diferenciar ambas instituciones jurídicas. En aras de la sencillez y dada la pequeña diferencia existente quizá lo más oportuno es que ambas instituciones quedaran fundidas en una sola., puesto que en coinciden en lo fundamental, en que son las partes las que solucionan el conflicto.

En este sentido la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional aboga por unificar ambos conceptos⁸⁰.

Por otro lado, si analizamos el Derecho Comparado tampoco encontramos una clara diferencia entre la conciliación y la mediación. Así, por ejemplo la ley francesa de 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de la jurisdicción y al procedimiento, civil, penal y administrativo utiliza de forma indistinta los términos conciliación y mediación. En Reino Unido⁸¹ y Alemania⁸² se considera que en la conciliación el tercero tiene una actividad más intervencionista que el mediador.

⁸⁰ Art. 1.3de la Ley Modelo de Conciliación de la CNUDMI publicada por la ONU en 2002 indica que “a los efectos de la presente Ley, se entenderá por conciliación, todo procedimiento designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros 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 ella. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de las controversias.”

⁸¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_en.htm

⁸² http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_en.htm

La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos

De hecho la Directiva sobre mediación hace alusión a que se entiende por mediación al “procedimiento estructurado, sea cual sea su denominación...”. Por tanto, se pretendía evitar el posible problema terminológico que podría surgir por la concepción que cada Estado tiene respecto a un método u otro.

Por tanto, se pone de manifiesto que tanto a nivel interno como internacional resulta confusa la distinción entre la conciliación y la mediación, siendo muy escasas las diferencias entre ambas.

3. Mediación y Jurisdicción

La Constitución Española configura nuestro país como un Estado Social Democrático de Derecho y como caución del Estado de Derecho, el propio texto garantiza un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), es decir, se debe garantizar a los ciudadanos que puedan acceder a la justicia para resolver sus conflictos.

Tradicionalmente da la impresión de haberse considerado la vía jurisdiccional como prácticamente el único modo de resolución de conflictos. Sin embargo, a lo largo de la Historia encontramos períodos, principalmente hasta la Revolución Industrial, en los que existían otros métodos de resolución de litigios, que se caracterizaban por la intervención de un tercero, una persona que gozaba de prestigio en la comunidad.

Algunos de estos sistemas perduran en nuestros días. Dos claros ejemplos, los encontramos en España con el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia⁸³ y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia⁸⁴. Se trata de dos tribunales de carácter consuetudinario que tienen reconocimiento general en la Constitución⁸⁵ y específico en la LOPJ⁸⁶.

⁸³ <http://www.tribunaldelasaguas.com/>

⁸⁴ <http://www.consejodehombresbuenos.es/>

⁸⁵ Art. 125 CE: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución de Jurado, en la forma y con respeto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.”

⁸⁶ Art. 19.3 LOPJ: “Tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia”.

Art. 19.4 LOPJ: “Se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia.”

Ambos están formados por agricultores elegidos democráticamente por los usuarios de los canales de riego de las comunidades de regantes de Valencia y Murcia. Dirimen los conflictos entre regantes de forma oral, rápida, económica, rápida e imparcial.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo los tribunales como los mencionados van perdiendo importancia y se convierten en excepciones. Tras la Revolución industrial, las relaciones entre los miembros de la comunidad se hacen más complejas, lo que implica que es necesaria una especialización de las personas que tienen que resolver los conflictos.

De modo que es el propio Estado el que va monopolizando la resolución de conflictos, hasta el punto de que las propias Constituciones atribuyen esta función en exclusiva a jueces y tribunales. Así, ocurre, por ejemplo, en el art. 117.3 de nuestra Constitución y con carácter excepcional hace un expreso reconocimiento de los Tribunales consuetudinarios mencionados anteriormente.

Sin embargo, en los últimos tiempos encontramos un regreso a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos debido a que la Administración de Justicia no siempre responde a lo que los ciudadanos piden de ella, por su sobrecarga judicial y porque éstos demandan vías más ágiles para resolver sus litigios. De ahí, que cada vez más se fomenten el uso de las conocidas como ADR.

En este sentido, GIRÓ PARIS pone de manifiesto que la justicia y la mediación tienen su propia finalidad específica, por lo que no pueden ser reducidos a dos fenómenos intercambiables o sustituibles entre sí. La mediación y la justicia deben colaborar franca y lealmente⁸⁷.

⁸⁷ GIRÓ PARIS, J., “La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa”, en *Mediación y resolución de conflictos, Revista de Educación Social e Intervención socioeducativa*, n ° 8, Editorial Institut de la Fundació Pere Tarres, 1998, p. 19.

3.1. La mediación ¿es administración de la justicia?

Normalmente, cuando hablamos de mediación lo contraponemos al término de justicia. Algunos autores consideran que la mediación no es justicia, o que supone una vulgarización de ésta⁸⁸.

⁸⁸ Merece la pena destacar unas reflexiones de SCHVARSTEIN sobre la mediación (Prólogo a SUARES, M., *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 4º reimpr., 2004):

1. La comunidad es el ámbito privilegiado para la utilización de la mediación como técnica para conducir disputas: son los miembros de la comunidad, sobre la base de sus intereses, quienes pueden establecer un contexto de interpretación que facilite las significaciones comunes. Es su necesidad compartida de una convivencia plena y saludable lo que debe promover una actitud de cooperación como base para la conducción de disputas.
2. La mediación, como proceso de educación informal, tiene un altísimo potencial educativo: basta que el lector se imagine a sí mismo teniendo que tomar turnos para hablar (sin interrupciones), identificar objetivos, recursos, necesidades, analizar opciones y tomar decisiones, redactar acuerdos, reflexionar en equipo. Son conductas que no asumimos con facilidad en nuestra vida cotidiana, y la participación en la mediación, desde cualquiera de los roles, las desarrolla y las favorece.
3. La resolución de disputas en el ámbito del Poder Judicial suele ser una conducta normal. La opción por la mediación fuera de dicho ámbito es una conducta ética: El sujeto moral debe ajustarse a una ley preexistente, mientras que el sujeto ético se constituye sólo por su relación con la ley a la que se adhiere. La moral remite a la ley y a la organización social en la que cada uno se desenvuelve, mientras que la ética es asunto entre cada uno y los demás, haciendo del sujeto un actor con plenas facultades.
4. La mediación no es una privatización de la justicia: La manera como intentamos resolver nuestras disputas en el ámbito público del Poder Judicial constituye, paradójicamente, una privatización de las mismas. Estamos allí privados del conocimiento de las reglas del juego, de las alternativas a nuestro alcance, del contacto con nuestros oponentes y con los jueces que deben resolver sobre nuestras diferencias y, muchas veces, de la confianza de nuestros abogados que parecen pleitear en beneficio propio (baste recordar *El proceso*, de Kafka). Sin embargo,
5. La mediación, como técnica, no es una panacea universal: la mediación no deja de ser una técnica limitada por el contexto en el que se utiliza. La mediación, además, no es valorativamente neutral. Los valores que la sostienen y la concepción de sujeto de la que es portadora, hacen que sea imposible de aplicar en contextos que no sean congruentes. En contextos rígidos, autoritarios, cerrados, opacos en cuanto a la información e intenciones, donde priman las interacciones

Ante estas opiniones, nos planteamos la siguiente cuestión ¿y qué es la justicia? Contestar esta cuestión resulta difícil.

Si acudimos al Diccionario de la RAE el término tiene varias acepciones⁸⁹, lo que nos plantea la duda de a cuál de ellos nos referimos cuándo hablamos de la justicia.

Por otro lado, a lo largo del texto constitucional encontramos en múltiples ocasiones el término “justicia”. Y en sus apariciones observamos que el mismo tiene distintos significados. Así, lo encontramos como:

- valor superior del ordenamiento jurídico⁹⁰.

estratégicas destinadas a sacar ventaja respecto de los demás, es difícil generar el contexto adecuado de aplicación de la mediación.

6. Las organizaciones que se estructuran jerárquicamente no constituyen ámbitos propicios para la utilización de la mediación: Las organizaciones jerárquicas determinan conversaciones verticales superior-subordinado, en un marco de responsabilidades exigibles. Aun cuando se den conversaciones horizontales entre colegas de la misma o de distintas áreas, lo que en ellas sucede no puede dejar de interpretarse en el marco de rendición de cuentas que cada uno de los participantes debe a su jefe. En la mediación, siempre la inclusión de un tercero crea un nuevo sistema, siendo este nuevo sistema diferente del que existía antes de su inclusión. Es esto lo que se pretende con la mediación: crear un sistema distinto entre las partes en conflicto para ayudarles a gestionar sus diferencias.

Permítannos matizar algunas de las ideas del autor, puesto que si bien es cierto el autor considera que la mediación no supone una privatización de la justicia, no compartimos su opinión al indicar que la resolución de los conflictos ofrecida por el Poder Judicial está exenta de las reglas del juego, puesto que es evidente que las normas y principios procesales son una garantía para los ciudadanos.

⁸⁹ Así, encontramos las siguientes acepciones:

1. Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a cada uno a dar lo que le corresponde o pertenece.
2. Derecho, razón, equidad.
3. Conjunto de todas las virtudes, por el que es bueno quien las tiene.
4. Aquello que debe hacerse según derecho o razón.
5. Pena o castigo público.
6. Poder Judicial.

⁹⁰ Art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

- derecho fundamental⁹¹.
- poder público⁹².

De estas tres acepciones de justicia, cuando contraponemos mediación y justicia nos referimos a la justicia en cuanto Poder Público, o más bien, como potestad constitucional (art. 117 CE), a la que llamamos “Jurisdicción”.

La Jurisdicción se presenta, por tanto, como una estructura organizada y legalmente regulada tanto por la propia Constitución, en su Título VI, como a través de una Ley Orgánica, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Si lo entendemos de este modo no hay ninguna incompatibilidad entre la administración de justicia y la mediación. Puesto que la mediación se presenta como un método adicional de resolución de conflictos, se presenta como un complemento de la Jurisdicción.

Resulta interesante extraer aquí unas líneas de la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de mediación donde queda clara la perfecta compatibilidad entre mediación y administración de la justicia. Así indica:

“La Administración de Justicia no sólo es fundamental para la salvaguarda de los derechos y las libertades de los ciudadanos sino que también tiene una repercusión económica significativa sobre el desarrollo económico y el bienestar del país.

Por eso la modernización de la Administración de Justicia no pasa sólo por la mejora de su organización y el perfeccionamiento de las normas procesales. Es necesario abordar también fórmulas válidas y aceptadas en el Estado de Derecho, orientadas a preservar el ejercicio de la jurisdicción. En este sentido, desde hace ya

⁹¹ Art. 24 CE: “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.”

⁹² Título VI que regula el Poder Judicial como poder público.

algunos años se viene haciendo especial hincapié en los llamados medios complementarios de resolución de conflictos.

Aunque existen interesantes experiencias en este campo, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que ponga en conexión la mediación y su ejercicio con el ámbito de la jurisdicción, lo que limita la eficacia real de aquella. Este es el propósito principal de esta Ley.

Una Ley que apuesta por la mediación en cuanto cauce complementario de resolución de conflictos, que tiene claros beneficios no solo para los ciudadanos que quieran acogerse a esta institución sino también para la Administración de Justicia a la que puede liberar de una carga de trabajo. Los ciudadanos podrán disponer, si así libremente lo deciden, de un instrumento muy sencillo, ágil, eficaz y económico para la solución de sus conflictos, alcanzando por sí solos un acuerdo al que el ordenamiento jurídico otorga fuerza de cosa juzgada, como si de una sentencia judicial se tratase.”

En otras ocasiones, la crítica a la mediación radica en que se considera un mecanismo de privatizar la justicia. A este respecto, debemos traer a colación las siguientes palabras de CASTAÑO GIRALDO, “en ocasiones se escuchan críticas a la mediación como un mecanismo de “privatizar” la justicia y que podría facilitar el uso de la violencia. Existe total coincidencia con el hecho de que los jueces, con sus sentencias, protegen el interés público y no pueden ser reemplazados por los individuos. Sin embargo, ninguna norma prohíbe al ciudadano resolver sus controversias de manera pacífica y respetuosa cuando esa es su libre voluntad y cuando no afecta los derechos fundamentales.”⁹³

No debemos confundir la administración de la justicia como ejercicio de la potestad jurisdiccional que siempre estará en manos de los Jueces y Magistrados, de la posibilidad de que las propias partes aborden su conflicto y tomen decisiones en aras de poder solucionarlo o paliar sus consecuencias. Tampoco debemos caer en el error de

⁹³ CASTAÑO GIRALDO, J.I., “Por qué son mal llamadas...”, op. cit. p. 75.

transformar el derecho a la tutela judicial efectiva en la imposición de la misma a las partes de un conflicto que libre y voluntariamente quieren acudir a otra vía más si tenemos en cuenta las siguientes palabras que consideramos plenamente acertadas: “Lo mejor de la justicia se cumple de forma voluntaria, espontánea, virtuosa. El Estado –no hay que olvidarlo- sólo puede realizar una justicia imperfecta.”⁹⁴

3.2. ¿Es constitucional la mediación?

Una vez que hemos determinado que no hay incompatibilidad entre mediación y Jurisdicción vamos a analizar si la mediación supone una invasión en la función jurisdiccional.

La razón de que planteemos esta pregunta radica en el art. 117 de nuestra Constitución, que como sabemos, atribuye la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con carácter exclusivo a los jueces y Tribunales.

Dicho precepto atribuye, por tanto, la administración de justicia a los Jueces y Magistrados; sin embargo, con la mediación se puede entender que son las propias partes las que asumen este papel.

De ahí, que nos preguntemos si es constitucional la mediación.

Parte de la doctrina⁹⁵ y el propio TC se han pronunciado a favor de la constitucionalidad del arbitraje, y consideramos que dichos argumentos son totalmente

⁹⁴ BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., *Filosofía del Derecho. Fundamentos y Proyecciones de la Filosofía Jurídica*, Porrúa, México, 2001, pp. 705.

⁹⁵ MARÍN GÁMEZ, J.A., “Aproximación a la problemática ...”, op. cit. 232. Señala al respecto que “Hemos de insistir en que el carácter exclusivo con que opera el artículo 117.3 de nuestra Constitución respecto de la potestad jurisdiccional, no implica que el principio deba ser entendido en todo rigor. Este es el parecer compartido por Colmenero Guerra, que afirma que no estaba en la mente del constituyente el eliminar de raíz otros posibles métodos de solución de conflictos, partiendo de que la Constitución de

extensibles a la mediación. A continuación extraemos los razonamientos de nuestro Tribunal Constitucional al respecto.

En este sentido el Tribunal Constitucional ha indicado en reiteradas ocasiones que “la naturaleza del arbitraje, que es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.”⁹⁶

También debemos tener presente otra sentencia, este caso del TS, que ya mencionamos anteriormente para justificar la complementariedad de estos métodos de resolución de conflictos pero que también avala la constitucionalidad de los mismos. En esta ocasión, el Tribunal se vuelve a pronunciar sobre el arbitraje pero también consideramos que tiene aquí virtualidad. Así, argumenta que “el ordenamiento jurídico español concede a los particulares la posibilidad para la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (arts. 1809 y ss., y especialmente a estos efectos el 1814 del CC)”⁹⁷, por tanto, está legitimando el uso de otras vías ajenas al proceso.

Evidentemente la mediación y el arbitraje son dos instituciones completamente diferentes, pero en ambas la solución al conflicto tiene su origen al margen de la potestad jurisdiccional. De ahí, que consideremos que lo dicho para materia de arbitraje también pueda entenderse por analogía a la mediación.

1978 no nace del vacío, sino que pese al salto cualitativo y cuantitativo que la Carta Magna comporta social y normativamente, ella es deudora y respetuosa de una tradición jurídica que hilvana numerosos valores y principios por lo que se ha regido la organización social a lo largo de la historia. Muchos de estos valores y principios tradicionales han sido modulados y reinterpretados conforme al nuevo orden constitucional que nos hemos dado en 1978. Lo mismo sucede con los distintos modos de solventar los conflictos que deben ser adaptados a la realidad presente y cambiante.” La alusión que hace el autor a Colmenero Guerra pertenece a COLMENERO GUERRA, J.A., *La resolución del arbitraje en equidad*, Consejería de Trabajo e Industria, Dirección General de Comercio, Consumo y Cooperación Económica, Junta de Andalucía, Sevilla, 2000.

⁹⁶ STC de 4 de octubre de 1993.

⁹⁷ STS de 9 de octubre de 1989.

En sentido similar se ha pronunciado el TC, así en la STC 32/1987, de 10 de marzo se señala que la vía jurisdiccional no es la única posible para resolver los conflictos. Otros muchos autores defienden esta idea⁹⁸.

De hecho la propia Constitución puede abrir la puerta a los métodos complementarios de resolución de conflictos, como puede observarse en materia de consumidores y usuarios. Así, el art. 51.1 de nuestra Constitución establece que “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”

El citado precepto está haciendo alusión a procedimientos eficaces, no se refiere, por tanto, al proceso como único medio de salvaguardar los intereses de los consumidores y usuarios. Si el constituyente hubiera querido referirse al proceso como una vía de solución de conflictos podía haber utilizado dicho término, sin embargo hace alusión al término procedimientos y además en plural. Por tanto, puede interpretarse este precepto como la constitucionalización de los medios complementarios de resolución de conflictos.

Podemos interpretar que nuestra Constitución está abriendo la posibilidad de utilizar otros medios de solución de conflictos; sin embargo, la Constitución de 1812 hacía un reconocimiento expreso de los mismos. Así, los arts. 280 y 281 recogían el arbitraje⁹⁹ y

⁹⁸ BONAFE SCHMITT, J.P., “El Estado y las alternativas a la Justicia”, AAVV, *Encuentros internacionales sobre justicia alternativa*, Dirección de consumo del Gobierno Vasco, Gasteiz, 1989. ALMAGRO NOSETE, J., “Alternativas al proceso jurisdiccional”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1489/1988.

⁹⁹ Art. 280 Constitución de 1812: “No se podrá privar a ningún español del derecho a terminar sus diferencias por medios de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.”

el 282 y siguientes la conciliación¹⁰⁰, que incluso tenía carácter preceptivo para poder interponer una demanda¹⁰¹.

Con los argumentos anteriormente expuestos creemos que no se puede dudar de la constitucionalidad de la mediación, así como del resto de métodos complementarios a la vía judicial.

Por tanto, la mediación se nos presenta como una vía compatible con nuestra Constitución para intentar poner fin a determinados conflictos.

De hecho, otras normas permiten abiertamente que las partes lleguen a un acuerdo. Es cierto que no hacen alusión expresa a la mediación, pero al fin y al cabo la mediación no deja de ser un método para que las partes solucionen su controversia y lleguen al acuerdo.

Así, en este sentido, por ejemplo, observamos el art. 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que contempla la posibilidad de que se lleguen a acuerdos o pactos en litigios en los que la Administración sea parte¹⁰².

¹⁰⁰ Art. 282 Constitución de 1812: “El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.”

¹⁰¹ Art. 284 Constitución de 1812: “Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito alguno.”

¹⁰² Art. 88.1 Terminación convencional: “Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.”

Del mismo modo podemos citar el artículo 1809 CC, que permite la transacción¹⁰³, la cual, ya hemos indicado anteriormente, que no se nos presenta como un método de resolución del conflicto sino como resultado (el acuerdo alcanzado).

A modo de conclusión, debemos indicar que el art. 117 CE otorga a los jueces y magistrados el monopolio en el ejercicio de la función jurisdiccional, sin embargo, ello no quiere decir que la vía jurisdiccional sea la única posible para resolver conflictos, y puesto que no lo es, no hay ningún problema en que los ciudadanos decidan acudir a otros métodos para intentar poner fin a las controversias que les surjan. Por tanto, el órgano jurisdiccional a través de los arts. 24 y 117 CE se convierte en el “garante último” de los derechos, pero no en el “único” modo de preservarlos.

3.3. La crisis de la justicia

En los últimos tiempos es frecuente la alusión a lo que se denomina “crisis de la justicia”¹⁰⁴. Con dicho término se está haciendo referencia a una situación por la que atraviesa nuestra Justicia marcada por la tradicional falta de recursos económicos que los distintos Gobiernos le han dedicado o por la inadecuada gestión de los mismos, aunque también por la mala gestión de los mismos¹⁰⁵.

¹⁰³ Art. 1809 CC: “un contrato en virtud del cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado

¹⁰⁴ FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva” en *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*, Salamanca, Ratio Legis, 2006.

¹⁰⁵ “la solución de nuestros problemas no proviene sólo de más máquinas, computadoras o edificios mejor equipados o más lujosos; ni siquiera de más personal, por importante que sea. Es imprescindible gestionar mejor, mucho mejor, para conseguir más con los medios disponibles y evitar el actual despilfarro.”, PASTOR PRIETO, S., y VARGAS PÉREZ, C., “El coste de la justicia: datos y un poco de análisis”, en *El coste de la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, XV-2001, p. 44.

Dicha realidad ha provocado que nos encontremos con una Justicia con importantes y graves deficiencias. Así, durante muchos años ha sido patente la falta de medios personales y económicos para el desarrollo de la función jurisdiccional.

En los últimos años, ha cambiado esta tendencia presupuestaria y se dedica una mayor asignación al funcionamiento de la Justicia. Sin embargo, un mal que se arrastra durante muchos años es difícil corregirlo en unos pocos¹⁰⁶.

Además, este cambio de tendencia puede que se vea de nuevo frustrado por la época en la que la crisis no sólo está presente en la justicia sino también en la economía. De hecho nos encontramos ante un doble mal: que se vuelvan a destinar menos recursos económicos a la Administración de Justicia y que la crisis económica aumente los conflictos que llegan a los Tribunales (en época de crisis es mucho mayor la cantidad de impagos, deudas...).

Tradicionalmente, se ha venido diciendo que tenemos una justicia decimonónica y difícilmente se pueden solucionar los problemas de una sociedad del siglo XXI si la Justicia vive anclada un par de siglos más atrás. Esto ha provocado una situación de

¹⁰⁶ Informe de la Xunta de Galicia “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia” pone de manifiesto que “a pesar de toda esta inversión de recursos públicos, la situación sigue siendo profundamente insatisfactoria. Hay nuevos edificios judiciales, oficinas informatizadas, nuevas leyes que tratan de agilizar los procesos, jueces y funcionarios mejor preparados, más órganos judiciales y más especializados en determinados asuntos. Pero este enorme esfuerzo económico en favor de la Justicia española ha resultado a todas luces insuficiente, al punto de haber provocado que precisamente la reivindicación de la inmediata modernización de la Administración de Justicia haya sido la primera de las razones que han esgrimido los jueces y magistrados en una tabla reivindicativa presentada en las primeras semanas de 2009 (como consecuencia de un movimiento que se puso en marcha en octubre de 2008) para justificar movilizaciones y la convocatoria de una insólita jornada de huelga. Así pues, no queda sino considerar que el gasto público en Justicia ha representado un cierto fracaso, ya sea porque, a pesar de su incremento y de su volumen, no se ha empleado con la debida eficiencia, ya sea porque esos recursos públicos han resultado insuficientes para poner al día una maquinaria que funcionaba lejos de todo atisbo de modernidad y, sobre todo, a la que ha atacado un problema de enorme crecimiento continuado, acumulando una demanda de justicia cada vez mayor.”

<http://www.estudiconsultoria.com/documentos/reflexionesgaliza.pdf>

desencanto de la sociedad que en muchas ocasiones no siente que la Justicia resuelva sus problemas de forma no sólo eficiente, sino también rápida¹⁰⁷.

En algunas normas son constantes las reformas y en otras son necesarias y no llegan, así nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal data de 1882, evidentemente se ha ido actualizando pero en determinadas materias se ajusta muy mal a la realidad; por supuesto en materia de nuevas tecnologías.

Nos encontramos, por tanto, con que nuestros Tribunales no dan abasto para solucionar la ingente cantidad de litigios que plantea la sociedad (ya vimos en el gráfico el elevado número de asuntos que llegan cada año a nuestra jurisdicción).

De hecho, si nos fijamos en los Jueces y Magistrados, que son los encargados de administrar justicia, observamos que ponen de manifiesto grandes deficiencias en nuestro sistema judicial. Así, el 77 % considera que tiene una elevada carga de trabajo. Creemos conveniente hacer hincapié en aquellos aspectos que los jueces consideran que condicionen y dificultan el desempeño de su trabajo, porque al fin y al cabo dichas causas se relacionan con el sentimiento que tienen los ciudadanos de que la justicia no se adapta siempre a sus necesidades.

A continuación, analizaremos cuál es la opinión tanto de los ciudadanos como de los propios jueces en relación al funcionamiento de la administración de justicia, cuestión importante a la hora de desarrollar otros métodos de resolución de conflictos, que sirvan de complemento a la vía procesal y ayuden a suplir las deficiencias de ésta.

¹⁰⁷ CALAMANDREI hace medio siglo indicaba que “Es ésta la hora en que toda clase que no quiera ser barrida por el porvenir inminentemente debe realizar sin hipocresía su examen de conciencia y preguntarse por sobre qué títulos de utilidad común podrá fundar su derecho a existir mañana en una sociedad mejor que ésta... Es tiempo de transformar el aparato jurídico no sólo para proporcionar sentencias sino para dar verdadera respuesta a las necesidades de justicia, para solucionar realmente las controversias” CALAMANDREI, P., *Demasiados abogados*, Ed. Ejea, Argentina, 1960, p. 53.

Respecto a la opinión de los ciudadanos, si tenemos en cuenta el informe sobre *La imagen de la justicia en la sociedad española. Noveno barómetro de opinión*¹⁰⁸, observamos que un 44 % de los encuestados considera que la administración de justicia funciona mal o muy mal, que si lo unimos al 28 % que opina regular; obtenemos que más de la mitad no cree que la justicia funcione correctamente.

A esta información ya por sí misma preocupante, debemos unir el siguiente gráfico¹⁰⁹ que muestra aquellos factores que hacen costoso para los ciudadanos acudir a la justicia.

	Mucho o bastante (%)
● La lentitud de los procedimientos y el tiempo que tarda en resolverse el asunto	89
● La sensación de no entender lo que está pasando, ni los trámites que se hacen, ni por qué	81
● El tiempo que se pierde en los trámites y gestiones	92
● Los honorarios que hay que pagar a abogados y procuradores	89
● La falta de una oficina o lugar en la que la gente pueda informarse con claridad de cómo va el asunto	76

Fuente: Barómetros del CGPJ correspondiente a los años considerados en el informe.

¹⁰⁸ Vid. *La imagen de la justicia en la sociedad española. Noveno barómetro de opinión*, Realizado para el Consejo General del Poder Judicial por Demoscopia S.A., bajo la dirección de José Juan Toharia (julio de 2005).

¹⁰⁹ En el mismo se muestra el porcentaje de los que opinaban que dichos factores influyen mucho o bastante.

A los citados datos hay que sumarle otros no menos preocupantes como son los que a continuación expresamos:

	Muy o bastante de acuerdo (%)
• La Administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella	75
• En muchas ocasiones no sirve de nada ganar un pleito pues en la práctica la sentencia es papel mojado ya que no se cumple o se cumple tarde y mal	81

Fuente: Barómetros del CGPJ correspondiente a los años considerados en el informe.

El barómetro del CIS¹¹⁰ de noviembre de 2010 pone de manifiesto que la mitad de los españoles consideran que debiera modificarse la Constitución, y el aspecto en concreto que creen que debiera reformarse es el relativo a la Justicia. Además, nuestro Poder Judicial recibe un suspenso de los ciudadanos, puesto que la valoración¹¹¹ que recibe es de 4,13. De este modo, se pone de manifiesto el descontento que los ciudadanos tienen con la administración de justicia y que en muchos casos consideran que es mejor no acudir a ella.

Tal y como hemos indicado, también vamos a tener en cuenta la opinión de los jueces en torno al funcionamiento de la Justicia. Así, en la V Encuesta a la Carrera Judicial ante la pregunta «¿En qué medida le genera a usted algún problema para su actividad profesional cada uno de los siguientes asuntos?» Destacamos los siguientes datos:

¹¹⁰ Barómetro de noviembre de 2010, estudio nº 2853.

¹¹¹ Los valores que se han tomado para realizar la encuesta son 0 como desconfianza total a 10 confianza total.

	Mucho (%)	Algo (%)
• El exceso de trabajo	70	21
• La falta de personal	53	29
• La falta de preparación del personal	52	33
• La falta de preparación del juez para abordar asuntos nuevos	6	46
• Los estándares de dedicación que empujan a trabajar más rápido de lo que usted desearía	55	30
• La falta de tiempo para estudiar o pensar con profundidad los asuntos más complicados	65	27

Fuente: Barómetros del CGPJ correspondiente a los años considerados en el informe.

Todas estas razones explican el momento por el que atraviesa nuestra Justicia. Ante esta situación de crisis, se ha fomentado la mediación como un método de resolución de conflictos¹¹². Basta con observar que en los últimos años once CCAA han legislado en esta materia en el ámbito familiar.

La mediación se nos presenta como un mecanismo ágil, rápido, flexible, económico de resolución de determinado tipo de conflictos. De hecho, algunas de esas normas autonómicas le atribuyen la finalidad de descongestionar la administración de justicia.

¹¹² De hecho algunos autores piensan que a través de estos métodos el ciudadano recupera una facultad que, al menos en parte, se le había vedado. Así FOLBERG indicaba que “el ciudadano debe recuperar la capacidad de gestión de sus propios problemas, como facultad que el Estado Feudal le arrebató hace siglos, y que el Estado de la “razón”, de la Ilustración, no terminó nunca de devolverle.” FOLBERG, J., *Resolving Disputes*, Edit University of Sant Francisco School of Law, 1999.

Con ello no queremos decir que la mediación sea el método de solucionar los problemas de la justicia, ni mucho menos, pero sí que es cierto que si se consigue conducir una serie de conflictos (los de menor entidad) a la mediación, llegarán menos casos a la justicia ordinaria y con ello conseguiremos descongestionar la Administración de Justicia.

Sin embargo, nos equivocamos si planteamos la mediación como mecanismo de solucionar la crisis de la justicia. Hemos visto que puede paliar la sobrecarga judicial, pero para hacer frente a esta situación de crisis hace falta mucho más que eso. Son necesarias importantes partidas presupuestarias para modernizar los medios de la administración de justicia, así como contar con el personal adecuado, una modernización informática de la misma, reformas legislativas...

Por tanto, la mediación no se puede presentar como la solución a la denominada “crisis de la justicia”, aunque indudablemente si ésta es tenida en cuenta como una opción por los ciudadanos puede ayudar a paliarla.

A este respecto, DOMÍNGUEZ PÉREZ indica que “El desarrollo de esta forma de solución de los litigios no debe considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, será más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del juez o del arbitraje.”¹¹³

Desde nuestro punto de vista, la mediación se debe percibir como un método que para determinados conflictos puede resultar más adecuado que el proceso para las partes, porque puedan conseguir una solución que se adapte más a sus necesidades, que puedan cumplir más fácilmente porque ellos así lo han decidido y de forma indirecta

¹¹³ DOMÍNGUEZ PÉREZ, D., y GARCÍA GALLARDO, R., “Aprobación de la Directiva sobre mediación”, Derecho de los Negocios, Nº 213, Sección Unión Europea, Junio 2008, Editorial LA LEY, p. 49 y sigu.

esto puede ocasionar un beneficio a la Administración de Justicia, como es, que determinados casos que normalmente venían solucionando los Jueces y Magistrados ya no les lleguen porque el conflicto es afrontado por las propias partes.

3.4. Ventajas e inconvenientes de la mediación

Una vez que hemos argumentado que no hay ningún problema de constitucionalidad para acudir a la mediación, y que ésta puede entenderse como otra forma de hacer justicia vamos a exponer qué ventajas puede propiciar a las partes un procedimiento de este tipo frente al proceso.

En este sentido, SUARES señala que “las ventajas y beneficios del sistema de mediación se centran tanto en el sensible alivio que supone a los Tribunales, en el ahorro de tiempo en la gestión o resolución del conflicto, en la reducción de coste monetario respecto del sistema adversarial o contradictorio (basado en la confrontación de demanda y contestación por dos abogados diferentes), en el aumento de creatividad a la hora de adoptar un acuerdo flexible, en la aplicación de la estrategia de la suma positiva o “ganar-ganar” que evita la existencia de vencedores y vencidos y facilita las relaciones futuras, el fomento de la autoestima y la autorresponsabilidad de las personas al devolverles todo el protagonismo en la gestión de la crisis y en la producción de un *deuteroaprendizaje* (capacidad aprendida de solucionar otros conflictos futuros).”¹¹⁴

Con todo esto, las ventajas de la mediación frente a un proceso son:

- a) Es un procedimiento mucho más rápido

El procedimiento de mediación se resuelve en un tiempo mucho menor que el proceso. Así, normas que regulan la mediación establecen, con carácter general, un

¹¹⁴ SUARES, M., *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós Mediación, n° 4, Buenos Aires, 1996, pp. 53-55.

plazo máximo de 6 meses (incluyendo prórrogas)¹¹⁵ para llevar a cabo la misma frente al proceso que se puede demorarse años hasta obtener una resolución firme¹¹⁶.

b) Mayor eficacia en la ejecución

Si se logra el acuerdo es mucho más factible que éste sea cumplido porque será fruto de la voluntad de las partes, frente a la decisión del juez que impone su criterio y respecto a la cual en la práctica nos encontramos con un amplio número de incumplimiento de resoluciones judiciales.

c) Consigue resolver conflictos que no suelen llegar a la vía judicial

En muchas ocasiones nos podemos encontrar con que hay un conflicto pero que éste no llega a la vía judicial porque para el demandante de su derecho le va a resultar más caro el proceso que la satisfacción del mismo. De este modo conseguimos acercar la justicia a estos supuestos. Así ocurre, por ejemplo, en las pequeñas reclamaciones de cantidad.

d) Las partes recuperan el protagonismo

En el proceso un tercero, el juez, y los abogados de las partes son los que adquieren el protagonismo. Las partes se limitan a ser sujetos pasivos que se limitan a observar como otros afrontan sus conflictos. Sin embargo, en la mediación las partes asumen un papel activo, se enfrentan al problema y ellos mismos intentan solucionarlo; lo que es especialmente importante en asuntos de escasa entidad.

¹¹⁵ La duración media de las mediaciones celebradas en el año 2008 en Cataluña en el ámbito familiar se sitúa en 58,7 días (desde la fecha de solicitud de mediación a la fecha del resultado de la mediación. Libro Blanco de la Mediación en Cataluña. Tablas. Capítulo 7, p. 50. <http://www.llibreblancmediacio.com/>

¹¹⁶ Así, el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre “La justicia dato a dato: año 2009” pone de manifiesto que en el año 2009 la duración media de los procesos civiles en los Juzgados de primera instancia e instrucción era de 8,6 meses y de 7,3 meses en los juzgados de primera instancia. <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

Así, el informe de la Xunta gallega sobre “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia” pone de manifiesto que “Habría que salir al paso del uso indebido de los órganos judiciales, pues cabe manejar como cifra aproximada que no menos de la cuarta parte del total de litigios actuales se judicializan indebidamente o reclaman otra vía más sencilla y barata. Eso sucede con los casos de mero trámite; la utilización de los tribunales para labores administrativas; la litigiosidad subsidiada; el elevado porcentaje de sentencias sin contradicción y de sentencias estimatorias; el abuso de la apelación, la casación y el recurso de amparo; la inseguridad jurídica por las sentencias contradictorias, o los asuntos de escasa cuantía, pues aproximadamente una cuarta parte de los asuntos civiles versa sobre cuantías inferiores a mil euros.”

Además, en muchas ocasiones el hecho de que las partes consigan resolver el conflicto evita mayores tensiones entre los implicados. En este sentido el TS señala que “Se trata, pues, de un fuerte enfrentamiento familiar, con la consecuencia jurídica de un largo y enconado proceso y la consecuencia económica, según la sentencia recurrida, de la pérdida de una larga serie de bienes por el demandado donatario que había sido objeto de la mencionada donación. No es baldío tener presente que en éste, como en otros tantos conflictos, tanto familiares, como civiles o mercantiles en general (así, Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica.”¹¹⁷

e) Evitamos el efecto “cadena de conflictos”

En muchas ocasiones los procesos surgen por una mala relación de las partes, que buscan cualquier motivo para demandar a la otra. Sin embargo, si conseguimos llevar a esas personas a la mediación y obtener resultados con ellas hemos podido cortar esa

¹¹⁷ STS 4429/2009, de 3 de julio de 2009, FJ. 1º. Misma idea aparece en las SSTS de 2 de julio de 2009, 17 de septiembre de 2009, 5 de marzo de 2010 y 20 de mayo de 2010.

cadena, no sólo resolver ese determinado conflicto sino evitar otros futuros porque las partes han dejado atrás la “cultura de la confrontación” para dar paso a la “cultura del diálogo”.

Evidentemente, con la mediación no siempre conseguiremos este efecto. Puesto que en muchas ocasiones las partes enfrentadas no querrán someterse a ella, pero aquí entran en juego las dotes del mediador de que sea capaz de transmitir a las partes la importancia del diálogo, de la comunicación y de que sean ellas las que afronten el litigio, sobre todo en materias relacionadas con menores.

Además, debemos tener en cuenta que en ocasiones el proceso tampoco pone fin al conflicto, porque nuevos conflictos surgirán entorno a la sentencia dictada y su ejecución¹¹⁸.

f) Ahorro económico para la Administración

La puesta en marcha de un proceso pone en marcha una mecánica en la que intervienen muchos sujetos y que por ello, tiene un elevado coste. Si se consigue que los casos de menor entidad sean gestionados por las propias partes podemos ahorrar importantes recursos a la Administración Pública¹¹⁹.

¹¹⁸ Así lo pone de manifiesto el magistrado MEJÍAS GÓMEZ, al indicar que en muchos conflictos, sobre todo los de carácter familiar “un juicio sólo es una batalla en el seno de una guerra mucho más larga y prolongada.” MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma...* op. cit. p. 50.

¹¹⁹ En este sentido, el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña estima un importante ahorro económico para la Administración, así establece que “En un escenario medio, y sin contar con un coste de infraestructuras suplementario, con un porcentaje del 10% de los casos de la Jurisdicción Civil llevado a mediación, se estima un ahorro entre 2 y 3 millones de euros al año.” P. 938. <http://www.llibreblancmediacio.com/>

Si los ciudadanos fueran conscientes de lo que cuesta un proceso¹²⁰, no sólo para ellos, sino para toda la sociedad quizá fueran más responsables a la hora de acudir a los tribunales de justicia. Con esto no queremos que se malentiendan estas palabras y que se interprete que estamos negando el art. 24 CE, simplemente apelamos a un uso más racional de los recursos.

En este sentido es interesante la propuesta andaluza de emitir una factura sombra a los ciudadanos tras someterse a operaciones quirúrgicas en el Servicio de Salud andaluz, dicha factura también contendrá los gastos que produce el que un paciente no se presente a una consulta o intervención programada. De este modo los ciudadanos toman conciencia del gasto que supone para la Administración pública este tipo de intervenciones y de este modo conseguir que se haga un uso más racional de los mismos.

Frente a las citadas ventajas muchos autores consideran que los medios autocompositivos, y en concreto la mediación, tienen una serie de desventajas que desaconsejan su uso. De ahí que vayamos analizando las mismas, y para poder así determinar si en realidad suponen un escollo para la práctica de la mediación.

a) La imposición de la mediación

En algunos Estados, parece ser que en el nuestro también será así, la mediación se configura con carácter preceptivo para algunos supuestos. Evidentemente, esta cuestión provoca una gran desventaja, puesto que la mediación, debiera configurarse con carácter voluntario y no como una imposición.

La obligatoriedad de la mediación provoca dos grandes desventajas: en primer lugar, que puede suponer una vulneración del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, y en segundo lugar, que puede convertir a la mediación como un mero trámite a cumplimentar por las partes sin que éstas tengan ninguna intención de solucionar el

¹²⁰ Vid. RAMOS MÉNDEZ, F., “¿Cuánto cuesta un litigio?” en *El sistema procesal español*, Atelier, 2005, pp. 339-356.

conflicto. De ahí que consideremos que la mediación no debe ser en ningún caso obligatoria.

b) Falta de transparencia

Es frecuente utilizar la falta de transparencia o la opacidad de la mediación como crítica a la misma. En este punto, consideramos conveniente explicar cuál es la justificación de la publicidad en el proceso.

La finalidad del principio de publicidad es evitar la denominada “justicia de gabinete”¹²¹. A través de la publicidad se pretende garantizar al ciudadano el correcto ejercicio de la Administración de Justicia frente a manipulaciones gubernamentales. Por tanto, es una garantía para el ciudadano del buen funcionamiento de los Tribunales y de que los Jueces no van a actuar con arbitrariedad.

Sin embargo, en un procedimiento de mediación no es necesaria la publicidad, porque la solución no va a venir impuesta por un tercero, sino que son las propias partes las que van a intentar llegar al acuerdo; por tanto, aquí no tiene sentido evitar la arbitrariedad del Juez, que supone la justificación de la publicidad en el proceso.

La mediación y el proceso son dos métodos distintos de resolución de conflictos, por lo que no debemos hacer extensible los principios de uno al otro, porque no siempre tendrán cabida.

¹²¹ Vid. KERN, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 111, alude a la lucha del liberalismo contra la justicia de gabinete como forma de injerencia arbitraria en la justicia. Se añade, en la p. 113, la estrecha relación que existía entre la justicia de gabinete, la dependencia del juez respecto de las órdenes del monarca, y el derecho del *Landesherr* a sustituir a su antojo a aquel juez que le resultaba “molesto”.

4. Aspectos generales de la mediación

A continuación vamos a analizar una serie de aspectos generales de la mediación que son comunes tanto en su vertiente civil, como en la penal. Así, nos referimos al concepto, los principios rectores, el procedimiento a seguir, el acuerdo, así como el coste de la mediación.

Consideramos que dichos aspectos pertenecen a la esencia de la mediación, por lo que son comunes independientemente del ámbito de aplicación en el que nos encontremos. Posteriormente, en los capítulos dedicados a la mediación civil y penal abordaremos otras cuestiones tales como el ámbito de aplicación o las partes, aspectos en los que consideramos que existen peculiaridades en función de la materia objeto de la mediación.

4.1. Concepto

El término mediación procede del latín *mediatio* y la RAE lo define como la “acción y efecto de mediar”, y a su vez, define mediar como “interponerse entre dos o más personas que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.

Desde luego es una definición bastante precisa y que capta la esencia de la mediación como institución jurídica. Puesto que se aprecia la presencia de dos o más personas en conflicto, la intervención de un tercero que va a procurar que éstas solucionen la controversia y mantengan los lazos que las unían.

A pesar de esta primera aproximación, a lo largo de las próximas líneas vamos a intentar indicar en qué consiste la mediación. Vamos a analizarlo desde una perspectiva

general y posteriormente estudiaremos las peculiaridades propias de la mediación civil y de la penal.

En primer lugar, tenemos que indicar que no contamos con una ley específica de mediación (en ninguno de sus ámbitos) de ámbito nacional. La mediación civil¹²² está regulada de forma muy somera por 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 divorcio¹²³ y por una norma comunitaria, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹²⁴. Si bien es cierto es previsible que en breve se publique una ley al respecto, puesto que ya contamos con un Anteproyecto de Ley de Mediación, presentado en febrero de 2010.

La mediación penal aparece regulada en el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor. Por otro lado, también debemos destacar la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; que nos proporciona un concepto ceñido al ámbito penal.

¹²² La mediación en su ámbito familiar está ampliamente regulada por las Comunidades Autónomas. Hasta la fecha encontramos las siguientes leyes: Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (que derogó la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña), Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar gallega, Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar canaria (que ha sido modificada por Ley 3/2005, de 23 de junio), Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha, Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León, Ley 14/2010, de 9 de diciembre de mediación familiar de las Islas Baleares, Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar de Asturias, Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar de País Vasco, Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹²³ BOE, núm. 163, de 09-07-2005, pp. 24458-24461.

¹²⁴ DOUE de 24-05-2008. Se trata de una Directiva, lo que exige un acto de transposición de nuestro legislador de su contenido para lo cual tiene de plazo hasta el 2011.

En los distintos textos encontramos diversos conceptos de mediación, que a continuación analizaremos.

En la Ley 15/2005 encontramos un concepto de mediación referido al ámbito concreto regulado por la ley; sin embargo en la Directiva 2008/52/CE hallamos un concepto que se puede extrapolar a toda la mediación.

Así, en la Exposición de motivos 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, se define “la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución a los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.”

Como hemos indicado otra definición del término que encontramos en nuestra legislación es la proporcionada por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. El artículo 3 de dicho texto señala que la mediación es “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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.”

Por otro lado, la Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal establece en su art. 1 que se entenderá por mediación en causas penales “la búsqueda, antes o durante del proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente.”

A partir de estas definiciones y de las proporcionadas por la doctrina vamos a ir analizando el concepto de mediación.

En primer lugar, observamos que la ley 15/2005 define la mediación como un “recurso”; sin embargo, consideramos que este término no es el más adecuado puesto que tiene significado específico en el Derecho procesal. Por tanto, hubiera sido más conveniente el uso del término procedimiento, método o cualquier otro sin connotaciones que nos aproximen al proceso.

Sin embargo, no sólo se ha definido la mediación como un recurso sino que incluso se ha conceptualizado como un proceso¹²⁵; otro término obviamente con claro significado en el Derecho procesal, sin perjuicio de las discusiones doctrinales sobre su naturaleza jurídica.

Así algunos textos, sin carácter vinculante, utilizaban el término “proceso” para referirse a la mediación. Un ejemplo de ello es la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹²⁶, que hacía alusión a la mediación como “todo proceso...”¹²⁷; la utilización de este término puede llevar a confusión entre el auténtico proceso, en el que se ejerce la potestad jurisdiccional, y el resto de vías complementarias al mismo.

También el Juez de Primera Instancia nº 7 de Sevilla se refiere a la mediación “como un proceso”¹²⁸.

Cuando encontremos la palabra “proceso” para hacer referencia a la mediación tenemos que entender que se refiere a una consecución de actos; sin embargo, dada la

¹²⁵ VILLAGRASA ALCAIDE, C., y VALLS RIUS, A., “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-109, tomo 3; definen la mediación como “el proceso extrajudicial por el que un profesional imparcial, cualificado y sin poder decisorio, asiste a las partes en conflicto, principalmente para facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de una solución voluntaria, aceptable y duradera.”

¹²⁶ COM (2004) 718 final. 2004/0251 (COD).

¹²⁷ Artículo 2. a: “Todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro.”

¹²⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla nº 184/08.

riqueza de nuestro idioma es mucho mejor dejar el término “proceso” para referirse al estrictamente jurisdiccional y utilizar otros conceptos como procedimiento¹²⁹ para hacer alusión a la mediación y al resto de vías complementarias de resolución de conflictos. Por tanto, es conveniente no utilizar términos procesales que puedan provocar confusión entre dichas instituciones; así por tanto, reiteramos la importancia de referirnos a la mediación como un procedimiento, método, mecanismo... de resolución de conflictos

De este modo, es importante tener presente que la mediación no es un proceso. La mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, en el que las propias partes con la ayuda de un tercero intentan resolver una controversia; mientras que el proceso es un medio heterocompositivo, en el que un juez o tribunal dotado de “potestas” va a resolver un litigio conforme a Derecho.

Por otro lado, la Ley 15/2005 señala que la mediación es un recurso alternativo de solución de litigios familiares; ya hemos puesto de manifiesto la inconveniencia del término “recurso” y quizá el término “alternativo” tampoco sea el más adecuado.

En este mismo sentido se pronuncia el CGPJ al concebir la mediación como un medio alternativo al proceso, así lo hace al establecer un concepto de mediación en el Informe al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En dicho documento el Consejo entiende por mediación “aquel medio alternativo de solución de conflictos que, a través del procedimiento legalmente previsto, se dirige a alcanzar la solución extrajudicial de un conflicto mediante el acuerdo y por la voluntad

¹²⁹ En este punto, es conveniente recordar la diferencia entre los conceptos “proceso” y “procedimiento” para lo cual tenemos presente a MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 204, “aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica, y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso –dentro naturalmente del mundo del derecho– es propio de la actividad jurisdiccional.”

de las propias partes interesadas, con la preceptiva intervención de uno o varios mediadores que no podrán tener funciones decisorias.”

Al usar dicho concepto, parece que se debe elegir entre acudir a la mediación o a otra vía (el proceso); y sin embargo, esto no es así. La mediación es un método de gestión de conflictos que no debe necesariamente cerrar la puerta al proceso; por tanto, lo debemos entender como una opción de las partes de acudir o no; y tanto si se someten a mediación, como si no lo hacen se debe garantizar el acceso a la vía judicial. Dicho derecho está garantizado en el artículo 24.1 de nuestra Constitución. Por tanto, a nuestro juicio, tal y como hemos argumentado en epígrafes anteriores es más conveniente utilizar el término “complementario”, con el que queda más claro que la mediación y el proceso no son excluyentes entre sí.

El anteproyecto de ley proporciona un concepto de mediación y la define como “aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador.” Dicha definición tampoco nos parece muy acertada. En primer lugar, porque alude al término “negociación”, que quizá tampoco sea el más acertado y puede dar lugar a confusión con otras instituciones puesto que la negociación también es un método autocompositivo de conflictos, que se caracteriza por la no intervención de terceros.

LASHERAS HERRERO define la mediación como “aquella intervención del mediador que busca ayudar a las partes a enfrentarse al conflicto, abriendo nuevas vías de diálogo, y a encontrar una solución”¹³⁰; en esta definición centra su atención en la figura del mediador; sin embargo, no consideramos apropiado el concepto; puesto que a pesar de que la figura del mediador es fundamental en un procedimiento de este tipo; la mediación es mucho más que eso. Al fijarse en el mediador obvia otras características de la mediación que consideramos fundamentales, como son la intervención de las

¹³⁰ LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar: Oralidad y principios del procedimiento”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Vol. II. Comunicaciones*, Carpi, F., y Ortells Ramos, M., (editores), *Universitat de València*, 2008, p. 437.

partes, así como algunos de los principios básicos de la mediación, que a nuestro juicio, son fundamentales para conceptuarla.

En el concepto de mediación recogido en la Ley 15/2005 se pone de manifiesto una de sus características más importantes, como es el principio de voluntariedad. Tal principio también aparece recogido en la definición que hace la Directiva 2008/52. La mediación ha de tener carácter voluntario, deben ser las propias partes las que decidan acudir a la mediación; sin ningún tipo de imposición. Sólo cuando las partes acudan de forma libre y voluntaria a la mediación se podrán lograr acuerdos de forma satisfactoria.

Sin embargo, del texto de la Directiva encontramos lo que puede suponer un choque con el principio de voluntariedad; así encontramos por un lado, que el artículo 3 indica que a través de la mediación las partes en litigio “intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio”, lo que supone un claro reconocimiento del principio de voluntariedad; sin embargo, a continuación en el mismo precepto se indica que el procedimiento de mediación “puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”. En principio, es difícilmente compatible el hecho de que sean las partes las que voluntariamente acudan a la mediación con que un órgano jurisdiccional o la propia legislación ordenen acudir a la misma para solucionar un litigio. Por tanto, no configura la voluntariedad con carácter absoluto.

Por tanto, consideramos que un concepto de mediación debe contener el principio de voluntariedad porque como veremos más adelante es clave para que la mediación tenga sentido; por lo menos tal y como la entendemos nosotros.

En la definición contenida en la citada norma también se indica que en dicho procedimiento intervendrá un mediador, imparcial y neutral. Dicha persona será la que intentará que las partes acerquen posturas, las orientará y asistirá para que sean éstas las que finalmente consigan o no llegar a acuerdos en los litigios que les enfrentan. Esta figura es clave para que la mediación funcione de forma efectiva; por lo que

consideramos que un concepto de mediación debe contener los principios básicos de actuación del mediador.

Es determinante precisar la labor del mediador, puesto que su función es ayudar, asistir, orientar a las partes; pero el acuerdo, si se alcanza, debe nacer de la voluntad de las partes, no del mediador. Si es el tercero el que dicta los acuerdos, no estamos ante un procedimiento de mediación.

El concepto de mediación que encontramos en la Directiva 2008/52 se limita a señalar que en la consecución del acuerdo las partes serán ayudadas por un mediador; sin establecer ninguna característica del mismo. Esto es así porque en el apartado b) del artículo 3 se define la figura del mediador¹³¹.

Sin embargo, como hemos señalado consideramos importante que las principales características del mediador también estén contenidas en el concepto de mediación, puesto que ayudan a precisar el término.

Por último, debemos indicar que aunque estemos proporcionando un concepto general de mediación que abarque la misma en sus distintos ámbitos sí debemos poner de manifiesto una diferenciación entre la materia civil y la penal.

En ambas materias el objetivo perseguido es el mismo, es decir, la consecución de acuerdos. Sin embargo, en materia civil los mismos pueden poner por sí mismos fin a la controversia, por el contrario en materia penal dichos acuerdos no deben abstraerse de la actuación de la jurisdicción, así que los mismos deben ser tenidos en cuenta en la sentencia que dicte el Juez; por lo que no debemos hablar directamente de solución del conflicto, como lo hace la Decisión marco.

¹³¹ Artículo 3.b: “Todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.”

Con todo esto, podemos definir la mediación como un procedimiento de carácter voluntario, en el que dos o más partes en conflicto, ayudadas por un tercero imparcial y neutral, intentan lograr acuerdos sobre aquellos conflictos que tengan trascendencia jurídica.

4.2. Características

Una vez que hemos conceptualizado qué es la mediación vamos a analizar sus características actuales en nuestro sistema, puesto que de este modo alcanzaremos una mejor comprensión de la mediación como método complementario de resolución de conflictos.

A continuación, vamos a indicar dichas características y en todas ellas vamos a analizar las similitudes o diferencias que en dicho punto se encuentran entre mediación y proceso.

Los principales elementos que caracterizan la mediación son: la autocomposición, la complementariedad y la extrajudicialidad.

a) Autocomposición

Lo venimos indicando a lo largo de todo el trabajo, la mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, es por tanto, una de sus principales características.

Esto supone que la solución al conflicto nace de las propias partes. Son las partes las que tienen la capacidad de decisión para poner fin a la controversia que las enfrenta. Evidentemente esta característica implica una gran diferencia entre mediación y

proceso, puesto que en este segundo la solución viene impuesta por un tercero (el órgano jurisdiccional).

En un procedimiento de mediación interviene un tercero (el mediador), pero el mismo no tiene facultad decisoria, por lo tanto, él no va a poner fin a la controversia de las partes; deben ser éstas las que por sí mismas resuelvan el conflicto.

b) Complementariedad

Es otra de las notas características de la mediación, ésta se presenta como un complemento a la vía judicial. Consideramos, por tanto, que la mediación no es un sistema alternativo al proceso, ni mucho menos excluyente. Además, tal y como hemos argumentado en líneas precedentes creemos que considerar la mediación de otro modo puede resultar contrario al art. 24 CE, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

De este modo la regulación que se haga de la mediación en nuestro sistema jurídico debe tener en cuenta este precepto y adaptarse a su contenido; de modo que se configure como una opción para el ciudadano, pero que no le quede vedada la tutela judicial que garantiza nuestra Constitución.

Otros autores conciben el acceso a la justicia de un modo distinto, puesto que entienden que el hecho de prohibir la mediación para determinados supuestos puede vedar el acceso al derecho a la tutela judicial efectiva. Así, en ese sentido, la Conclusión Quinta a) del Seminario organizado por el CGPJ en 2007, sobre la “Justicia reparadora: mediación penal y su introducción en el ordenamiento penal español”, pone de manifiesto en relación a la prohibición de acudir a la mediación en supuestos de violencia de género que “el uso de la mediación permitiría aquí dar una mejor protección a los derechos e intereses legítimos de las víctimas, de forma que prohibir indiscriminadamente, en todos los casos, la mediación no hace sino perjudicarlas y desprotegerlas, privándoles de la tutela judicial efectiva que les reconoce el artículo 24

de nuestra Constitución”. Sin embargo, consideramos que se está haciendo una interpretación equivocada de dicho precepto, puesto que lo que el mismo garantiza es el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales para la defensa de los derechos e intereses propios¹³².

A pesar de esto el TS en varias sentencias ha conceptualizado la mediación como una alternativa¹³³.

c) Extrajudicial

La mediación extrajudicial es la que tiene lugar fuera del ámbito del proceso y sin ninguna conexión con éste, por otro lado, encontramos la mediación intrajudicial que se desarrolla en el seno de un proceso.

De ahí que podamos mantener que en nuestro ordenamiento jurídico la mediación se configura como un método extrajudicial de resolución de conflictos, esto es así, porque si analizamos la LOPJ no encontramos en ningún precepto que otorgue competencia alguna en materia de mediación a los órganos jurisdiccionales, ni siquiera se hace alusión a la mediación.

En su origen, se concebía como un método de resolver una controversia fuera del proceso, con independencia de éste o con anterioridad a acudir a la vía judicial.

¹³² STC 102/84, de 12 de noviembre. Esta sentencia definió por primera vez cual era el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo éste el siguiente: “el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho y el de obtener la ejecución de la sentencia” a la que añade que “el contenido normal del derecho fundamental... es el de obtener una resolución de fondo fundada en Derecho, salvo cuando exista alguna causa impeditiva prevista por la Ley que no vaya en contra del contenido esencial del Derecho, que ha de respetar el legislador”

¹³³ SSTS 984/2010, de 5 de marzo de 2010; 2290/2010, de 20 de mayo de 2010.

A pesar de esto, en los últimos tiempos es frecuente en materia familiar y en determinados conflictos penales que los propios Jueces deriven a las partes a un procedimiento de mediación. De este modo, estaríamos ante una mediación intrajudicial¹³⁴ porque una vez iniciado el proceso, las partes acuden a mediación.

Dichos juzgados se han basado en el art. 158.2 CC para derivar a las partes en conflicto a un procedimiento de mediación¹³⁵. Sin embargo, una interpretación amplia de este precepto posibilitaría al juez la remisión a mediación pero sólo en conflictos relacionados con menores.

Por eso, consideramos que hasta la fecha el sistema que opera en nuestro país es la mediación extrajudicial dada la ausencia de regulación de la misma en el mismo. Nuestro TS ha puesto de manifiesto esta característica de la mediación, así ha señalado que se trata de un “procedimiento alternativo de carácter extrajudicial”¹³⁶.

¹³⁴LUQUIN BERGARECHE nos ofrece una definición de mediación intrajudicial, se refiere la autora en la misma al ámbito familiar, así señala que “Podemos definir la mediación familiar intrajudicial como aquel proceso voluntario de resolución de conflictos que tiene lugar en el ámbito del foro, propuesta por ambas o una de las partes de un conflicto o a sugerencia del Juez o Ministerio Fiscal, una vez presentada la demanda que inicia un procedimiento declarativo en materia familiar o de menores o en fase de ejecución de sentencia, y que se lleva a cabo por equipos interdisciplinarios de profesionales expertos en técnicas de mediación, con la finalidad de lograr una solución pactada a los conflictos familiares, en beneficio de la continuidad familiar y del superior interés de los menores, así como la mejora en general de la comunicación y las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto.” LUQUIN BERGARECHE, R., “Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares”, en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, 136-2007, p. 45. En este sentido, DE ELENA MURILLO indica que “cuando hablamos de mediación intrajudicial nos referimos a la introducción de ésta dentro de un proceso judicial ya abierto, bien en la fase declarativa o bien tras la presentación de una demanda ejecutiva por incumplimiento de la sentencia o convenio regulador.” DE ELENA MURILLO, V., “La mediación penal y familiar”, Centro Estudios Jurídicos, 2009, SJ. <http://www.cej.justicia.es/>

¹³⁵ “El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará... las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la patria potestad.”

¹³⁶ STS 984/2010, de 5 de marzo de 2010, FJ. 2º.

Evidentemente, para determinar si la mediación en nuestro país tiene carácter extrajudicial o intrajudicial habrá que estar a la futura ley de mediación. Si bien es cierto, que el anteproyecto deja abierta la posibilidad de una primera sesión obligatoria, por tanto, quedaría configurada como intrajudicial.

Otros Estados, como por ejemplo Francia¹³⁷, configura un sistema mixto de mediación. Por un lado, encontramos la mediación intrajudicial y por otro lado, una mediación extrajudicial que es totalmente independiente del proceso.

A nuestro juicio, a pesar de que en la actualidad consideremos que la mediación esté caracterizada por la extrajudicialidad creemos conveniente que no sea siempre así. En materia civil no hay ningún inconveniente en que la mediación se desarrolle sin que haya un proceso, como tampoco encontramos ningún problema en que se lleve a cabo una vez que éste se ha iniciado, pudiendo las partes de común acuerdo decidir la suspensión de éste y acudir a mediación (siempre que no se perjudique el interés general o derechos de terceros). Sin embargo, en materia penal la cuestión es muy distinta y como más adelante desarrollaremos el sistema debe ser intrajudicial, la mediación debe estar enmarcada en el proceso.

d) Sistema no adversarial

La mediación se caracteriza por ser un sistema no adversarial de resolución de conflictos, es decir huye de la confrontación e intenta afrontar el litigio desde la comunicación y el diálogo de las partes.

Observamos, por tanto, que frente al proceso que se caracteriza por dos posiciones enfrentadas u opuestas nos encontramos aquí con dos partes en conflicto que aunque tienen diversas opiniones y criterios su actitud se caracteriza por la cooperación, porque

¹³⁷ BASTARD/CARDIA-VÒNECHE, *Le divorce autrement: la médiation familiale*, Syros-Alternatives, Paris, 1990, pp. 50 y sigu.

el mero hecho de acudir a la mediación ya presupone al menos una intención de resolver y afrontar por sí mismas el litigio.

De ahí que resulte un método muy adecuado en aquellos supuestos en los que las partes se ven obligadas a mantener relaciones en el futuro, teniendo mucho menos coste emocional que el proceso.

e) Se abordan conflictos con trascendencia jurídica

Consideramos que dicha característica es una nota fundamental de la mediación, al menos tal y como nosotros la entendemos.

En muchas ocasiones se tiende a confundir la mediación con instituciones que a nuestro juicio nada tienen que ver con ella. Así, es tradicional que en materia de familia exista confusión entre la mediación y las terapias de familia. Sin embargo, en la mediación la pareja ha tomado libremente la opción de separarse o divorciarse y debatirán asuntos con trascendencia jurídica tales como régimen de visitas de los hijos, pensiones a los mismos... En contraposición a las terapias de familia que pretenden restablecer los lazos familiares.

También en otras ocasiones encontramos cierta confusión de la mediación “jurídica” con otro tipo de mediadores. Así, por ejemplo, cada vez con más frecuencia se está instaurando la mediación escolar o la mediación intercultural ¹³⁸ e incluso encontramos

¹³⁸ GIMÉNEZ define la mediación intercultural como “una modalidad de la intervención de terceras partes neutrales entre actores sociales o institucionales en situaciones sociales de multiculturalidad significativa, en la cual el profesional tiende puentes o nexos de unión entre esos distintos actores o agentes sociales, con el fin de prevenir y/o resolver y/o reformar posibles conflictos y potenciar la comunicación, pero sobre todo con el objetivo último de trabajar a favor de la convivencia intercultural.”, GIMÉNEZ, C., *El corazón de Madrid. El Servicio de Mediación Social Intercultural. SEMSI*. Madrid, Ayuntamiento de Madrid, Área de Servicios Sociales, 2002, p. 66.

la mediación escolar intercultural¹³⁹. Sin embargo, este tipo de mediaciones en nada interesan al jurista porque su finalidad tiene carácter educativo, pretenden promover la comunicación, el respeto, la responsabilidad; más que conflictos nos encontramos con problemas de convivencia entre distintos grupos.

Así, un problema típico al que se tiene que enfrentar un mediador escolar es el absentismo de los alumnos al centro escolar; asesorar a los alumnos a tramitar matrículas, becas, ayudas, acercar a las familias a los centros escolares, etc¹⁴⁰ ...

En estos supuestos podemos entender que estamos ante un tipo específico de mediación, pero no la que es desarrollada en el presente trabajo, puesto que en el mismo nos referimos única y exclusivamente a conflictos jurídicos.

Por otro lado, al margen de la mediación escolar o la intercultural también es muy frecuente hablar de la mediación penitenciaria¹⁴¹. ¿Qué tipo de mediación es ésta? ¿Pertenece al ámbito judicial o permanece ajena al mismo? A nuestro juicio, la clave para determinar si nos encontramos ante una mediación judicial o no es atender al tipo de conflicto surgido. Así, por ejemplo, una mera discusión fruto de la convivencia

¹³⁹ El Ministerio de Educación define al mediador escolar intercultural como “el encargado de ayudar, en los centros escolares, a los alumnos inmigrantes en el proceso de incorporación al centro y con una clara intención de facilitarles el aprendizaje, haciendo más accesibles los contenidos impartidos. Esta actuación ha de ser llevada a cabo de una manera intencionada y sistemática, de manera que los alumnos alcancen los objetivos fijados, al mismo tiempo que les da la posibilidad no sólo de conocer la cultura en la que le toca vivir, sino que también sea capaz de transmitir al resto de alumnos aspectos propios relacionados con su cultura. Por otra parte, el mediador intercultural sería la persona encargada de dotar al recién llegado de los instrumentos necesarios para desenvolverse como persona y participar de una manera activa en la clase, así como con el fin de que el alumno recién incorporado se sienta un igual entre ellos y, de esa manera, pueda alcanzar más rápidamente el objetivo prioritario, que no es otro que el de su plena integración en el grupo.”

¹⁴⁰ Funciones realizadas por los mediadores escolares de Almería. Memorias informativas 2002-03 (Ayuntamiento de Níjar, Vícar, La Mojónera, Roquetas de Mar, Pulpí y el sindicato UGT).

¹⁴¹ Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., *La mediación penal y penitenciaria*, Colex, 2008. Del mismo autor también puede consultarse para el estudio de esta materia *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*, Colex, 2006.

seguramente no tenga ningún tipo de trascendencia jurídica, que sí tendrá al contrario una pelea surgida entre presos.

Con la mediación penitenciaria en muchos casos se pretenden resolver conflictos¹⁴² de convivencia surgidos entre los presos, por tanto, es evidente que este tipo de problemas no tienen trascendencia jurídica.

Así, por ejemplo, el informe elaborado por la Xunta de Galicia sobre “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia” pone de manifiesto los beneficios que ésta puede acarrear, en este sentido indica que “La introducción de la mediación en el sistema penitenciario revertirá en los reclusos de forma concluyente, tanto para resolver y mejorar su convivencia dentro del propio centro penitenciario, como para producir un efecto fundamental en la resocialización, que se convierte en punto central de la mediación penitenciaria dado el impacto positivo que causa en el comportamiento futuro de los que realizan este tipo de formación.”

¹⁴² El Informe “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia” elaborado por la Xunta de Galicia recoge el clima en el que se considera que surge la mediación penitenciaria, que como podemos apreciar nada tiene que ver con la mediación judicial. “Es bien conocido que las condiciones de vida dentro de una cárcel influyen negativamente en la interrelación personal. El contexto social en el que se enmarcan las relaciones humanas dificulta la adopción de soluciones pacíficas a los conflictos violentos que surgen en el ámbito de un centro penitenciario. Estas características son básicamente la obligada convivencia en un lugar cerrado, la inexistencia de un espacio físico para la intimidad y para la elaboración de procesos de reflexión sobre sentimientos y conductas y la falta de confianza en la Administración penitenciaria para recibir denuncias o quejas. Los internos han de convivir obligadamente en un lugar cerrado, dentro de un espacio reducido y hacinado. Por tanto, la pérdida de libertad para ubicarse en un lugar que se considere seguro, o para buscar personas de referencia que aporten seguridad, dificulta una posible solución pacífica. Las partes enfrentadas han de permanecer conviviendo, en general, en el mismo espacio, salvo en casos de violencia muy grave. Aun en el caso de que una de las partes solicite el aislamiento como autoprotección, o la administración penitenciaria aisle o traslade a una de ellas, o las declare incompatibles, las posibilidades de ejecución de las penas que vuelvan a encontrarse en esa cárcel, o en otra, son elevadas; todo ello sin olvidar la posibilidad de venganza a través de una tercera persona, que puede actuar por lealtad o dinero.” p. 778 y 779.

<http://www.estudiconsultoria.com/documentos/reflexionesgaliza.pdf>

La mayoría de los autores la sitúan en el mismo plano la mediación penitenciaria que otras mediaciones, como por ejemplo, la penal¹⁴³. Sin embargo, nosotros consideramos que la clave debe situarse en el tipo de conflicto surgido.

4.3. Principios rectores

El procedimiento de mediación debe estar presidido por una serie de principios; a lo largo de las siguientes líneas analizaremos su importancia, así como su significado en la mediación¹⁴⁴. Algunos de ellos son principios clásicos del Derecho Procesal, pero que también en esta materia tienen virtualidad. Al margen de estos principios, también encontramos otros, que serán abordados en el epígrafe correspondiente al mediador, porque no son tanto principios del procedimiento, como principios de actuación de áquel. Pero como hemos indicado a continuación nos centramos en los principios¹⁴⁵ del procedimiento. Éstos son: voluntariedad, igualdad de partes, confidencialidad, inmediatez, respeto al Derecho, flexibilidad, buena fe y protección del interés de menores y discapacitados.

De dichos principios consideramos que tienen especial importancia la voluntariedad y la igualdad de partes, este segundo es indebidamente olvidado por parte de la doctrina, pero sin embargo, creemos que es fundamental para garantizar que la mediación sea un método óptimo de resolución de controversias.

¹⁴³ Se están desarrollando experiencias pilotos de mediación penitenciaria desde el 2005 en los centros penitenciarios de Zaragoza, Madrid III, Nanclares de Oca, Málaga y Pamplona. Las mismas tienen como objetivo solucionar conflictos disciplinarios de los internos.

¹⁴⁴ En este sentido, vid. BROWN, H., y MARRIOT, A.L., *ADR. Principles and practice*, Londres, 1999.

¹⁴⁵ SASTRE PELÁEZ, A.J., "Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica", *Diario La Ley*, nº 5478, Año XXII, 8 de febrero de 2002, Ref. D-43, pág. 1752, Tomo 2, contempla los siguientes principios: cooperatividad/no adversidad, autocomposición del conflicto, voluntariedad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, profesionalidad, intervención personalísima y principio de buena fe.

a) Voluntariedad

Es, a nuestro juicio, uno de los principios más importantes que debe estar presente en el desarrollo de la mediación. Las partes en conflicto deben acudir libremente a la mediación, para que a través de ésta se obtengan resultados; si las partes acuden obligadas, la predisposición a acercar posturas y a intentar poner fin a la disputa que les separa se reduce, con lo que se hace más difícil que lleguen a la consecución de un acuerdo satisfactorio.

Este principio debe estar presente a lo largo de todo el procedimiento de mediación; desde su inicio hasta su finalización. Esto es, si las partes acuden de forma voluntaria a la mediación y a lo largo de las sesiones una de ellas decide que no quiere continuar, se debe poner fin al procedimiento. Sin embargo, a nuestro juicio no sólo ellas pueden decidir poner fin al procedimiento de mediación sino que el mediador puede dar por acabado el procedimiento si aprecia falta de colaboración de una de las partes, si no se están respetando los principios básicos o si considera que se está utilizando la mediación con ánimo dilatorio.

Consideramos infructuosa la mediación impuesta tanto por una ley, como por un mandato judicial; deben ser las partes las que de forma libre y voluntaria decidan someterse a mediación. Sólo así se podrán alcanzar acuerdos, puesto que la mediación requiere una predisposición de las partes, se necesita de su colaboración, de su buen ánimo y si llegan a la mediación obligados difícilmente existirá tal predisposición.

Otros autores ponen de manifiesto que la mediación obligatoria va en contra de su propia finalidad y esencia¹⁴⁶.

Sin embargo, algunos autores reducen este principio al logro de acuerdos, BUTTS GRIGGS, abogada mediadora, establece que “el principio de voluntariedad en la

¹⁴⁶ En este sentido, vid. PÉREZ CONESA, C., “La mediación familiar ante las crisis matrimoniales”, *Aranzadi Civil*, núm. 11/2004, Pamplona, 2004, p. 2011 y sigu.

mediación siempre se ha referido a la libertad de llegar a acuerdos y no a si el proceso es obligatorio”¹⁴⁷.

El grupo parlamentario popular introdujo una enmienda para modificar el que era el proyecto de ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio. Dicho texto ha introducido en nuestra legislación la posibilidad de acudir a la mediación. Sin embargo, el grupo popular pretendía que la mediación tuviera carácter preceptivo cuando la materia de conflicto afectase a la custodia de menores¹⁴⁸. Posteriormente, planteó una proposición de ley con la intención de facultar al juez a que pudiera remitir a las partes a una sesión informativa sobre mediación¹⁴⁹.

¹⁴⁷ BUTTS GRIGGS, T., *Respuestas de los expertos, en La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 76, vid. también, ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España...,” “cuando se habla, con carácter general, de la voluntariedad como característica de la mediación se está haciendo referencia al hecho de que la solución del conflicto depende siempre de la voluntad concurrente de las partes, y no puede venir impuesta por el mediador.”, op. cit. p. 66.

¹⁴⁸ “En caso de que existan hijos menores, a la demanda se acompañará el Plan de Responsabilidad Parental aprobado tras la mediación familiar o, si no se ha logrado un acuerdo, el informe de la mediación familiar que versará sobre la evolución de la negociación y de las causas detalladas que han impedido el acuerdo sobre el Plan de Responsabilidad Parental, así como el posicionamiento de ambos cónyuges en la negociación.” Enmienda núm. 20 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP) al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio. 26 de mayo de 2005.

¹⁴⁹ “Asimismo, el juez, de oficio y con suspensión del curso de los autos, en cualquier fase del procedimiento, podrá remitir a las partes a una sesión informativa de mediación, cuando, después de las alegaciones iniciales, no haya sido posible lograr un acuerdo, y siempre que aprecie, en resolución motivada y oídas las partes, que todavía es posible y conveniente, a través de la actuación de un mediador, conseguir una solución negociada del conflicto.” Proposición de Ley de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de mediación familiar presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, a través de la cual se pretendía introducir el citado párrafo al art. 770.7 LEC.

Algunas normas autonómicas contemplan la posibilidad de que la mediación se inicie por indicación de la autoridad judicial; así es el caso de la ley catalana¹⁵⁰. Otras normas contemplan la posibilidad de que sea la autoridad judicial la que proponga a las partes acudir a la mediación; sin embargo lo supedita a lo que establezca la legislación procesal, así lo podemos observar en la ley valenciana¹⁵¹ y asturiana¹⁵². Este es otro de los aspectos que pone de manifiesto la necesidad de una ley que sea de aplicación a todo el territorio y que dé uniformidad y homogeneidad; puesto que no tiene ningún sentido que un juez catalán pueda remitir a las partes a la mediación; mientras que otros no cuenten con un precepto legal para llevarlo a cabo, porque nos encontramos ante normas procesales, que como sabemos sólo el Estado es competente sobre ellas¹⁵³. Como ya hemos manifestado, en el supuesto de que se regulase nos inclinamos a que la mediación sea voluntaria y que al juez se limitase a aconsejar a las partes a que acudan a la mediación, pero nunca con carácter imperativo, como manifiestan otros autores¹⁵⁴.

Sin embargo, nada hay de malo en establecer una sesión informativa previa con carácter obligatorio. La mediación es una institución que goza de gran desconocimiento por parte de la mayoría de la gente, por tanto, puede resultar conveniente obligar a que las partes asistan a una sesión en la que se les informe en qué consiste. Y

¹⁵⁰ Artículo 2.2: “En la mediación realizada por indicación de la autoridad judicial, con suspensión del curso de las actuaciones judiciales, la persona mediadora ha de comunicar a la mencionada autoridad, en el plazo máximo de cinco días desde la finalización de la mediación, si se ha llegado a un acuerdo o no.”

¹⁵¹ Artículo 13: “Dentro de las atribuciones que la legislación estatal procesal establezca, el juez podrá remitir a mediación familiar a las partes en conflicto.”

¹⁵² Artículo 10: “El proceso de mediación familiar se iniciará de mutuo acuerdo, por iniciativa de una parte con el consentimiento de la otra, o a propuesta de la autoridad judicial, en los términos que para ésta deriven, en su caso, de la legislación procesal estatal.”

¹⁵³ Podemos indicar que la mediación no es una materia procesal, sin embargo, determinados aspectos de ella tienen trascendencia procesal que justifican que sólo el Estado pueda regular.

¹⁵⁴ TORRERO MUÑOZ M., “La mediación familiar...”, pone de manifiesto que “si con este tipo de procesos se pretende, entre otros muchos fines, reducir los costes procesales y, por tanto, aliviar a los Tribunales de su carga de trabajo sería conveniente configurarla como un requisito previo a la interposición de la correspondiente demanda de nulidad matrimonial, separación o divorcio o, al menos, que constara la negativa de las partes de acudir a la misma”, op. cit. p. 12.

posteriormente, serán las partes las que decidan si acuden o no a dicha vía para intentar solucionar el conflicto que les enfrenta.

En caso de establecer la sesión informativa como previa debe informarse adecuadamente a los ciudadanos en qué consiste, de forma que no perciban que se les está obstaculizando el acceso a la justicia. Así, por ejemplo, ocurrió en Buenos Aires con la Ley 24.573 de 4 de octubre de 1995, de mediación y conciliación¹⁵⁵.

Este principio está reconocido en la Recomendación N° R (98) 1; y todas las leyes autonómicas hacen expresa mención al mismo.

También nuestra jurisprudencia hace hincapié en este principio; así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 25 de marzo de 2006 establece que “la mediación familiar se ha revelado como un instrumento eficaz de solución de las discordias entre esposos o parejas, si bien nunca puede ser impuesta siendo la voluntariedad de su aceptación un requisito de aquélla”.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, de 20 de junio de 2003 determina que “la mediación familiar ha de respetar el principio de autonomía de la voluntad de los litigantes”; y el principio de voluntariedad supone también que las “partes no solamente son libres de acogerse o no a la mediación, sino también de desistir en cualquier momento”. Dicha sentencia contraria el criterio del Auto del Juzgado de 16 de diciembre de 2002 que acordaba un sometimiento forzoso a la mediación. En este último sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de

¹⁵⁵TAMAYO HAYA, S., “La mediación familiar desde una perspectiva comparada”, en *Estudios de derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2009. Indica la autora, al respecto que “Se pretendió estimular su uso con la obligatoriedad al intento, pero la difusión de la idea no se entendió; de ahí las innumerables críticas. Se pensó que al denominarse “mediación obligatoria” se les obligaba a solucionar sus disputas por una vía no elegida, cuando en realidad lo que se pretendió era exigir el intento.” P. 952.

Madrid de 25 de junio de 2010 que impone a las partes que acudan al Servicio de mediación¹⁵⁶.

Sin embargo, no en todas las legislaciones la mediación aparece presidida por el principio de voluntariedad. Así, si observamos la legislación de otros países europeos encontramos la obligatoriedad con carácter general. En Noruega¹⁵⁷ es obligatorio que los cónyuges acudan a la misma cuando tienen hijos menores de 16 años¹⁵⁸, siendo necesario un certificado expedido por el mediador para admitir a trámite la demanda de separación o divorcio; sin embargo, el mediador puede emitir dicho certificado si una de las partes se niega a acudir a la mediación; por tanto, lo obligatorio no es tanto someterse a un procedimiento de mediación sino acudir a una sesión.

En Portugal, en los procedimientos de familia es obligatoria la conciliación previa. En el mismo sentido se pronuncia la legislación francesa al establecer un acto de conciliación como requisito previo a la interposición de la demanda¹⁵⁹.

En Francia, observamos que la Ley de Divorcio 2004/439, de 28 de mayo concibe la mediación como obligatoria, debiendo las partes acudir a la misma para ser informadas por parte del mediador sobre el objeto y desarrollo de la misma.

¹⁵⁶ SAP de Madrid, de 25 de junio de 2010, “se establece la obligación de Don Ezequias y Doña Adoracion de acudir al servicio de mediación familiar de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Alcorcón y seguir todas las pautas y orientaciones de los técnicos con el fin de procurar la normalización de las relaciones familiares en conflicto y el acercamiento de la menor hacia su padre. Dicho organismo informará a este Juzgado de todas las novedades desfavorable en orden a la normalización, supuesto en el que se dará cuenta al Ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas de protección pertinente respecto de la menor.”

¹⁵⁷ MARTÍN, I., “Mediación comparada breve acercamiento a la experiencia nórdica”, Jornadas sobre mediación y entidades locales, Sevilla 2005. www.todomediacion.com

¹⁵⁸ Ley de Matrimonio de 1993.

¹⁵⁹ Art. 251 Code civil des Français. Dicho precepto establece que “Cuando el divorcio fuera solicitado por cese de la convivencia conyugal o por falta, será obligatorio un intento de conciliación antes de la instancia judicial”

Por otro lado, en Argentina la Ley 24573 de 25 de octubre de 1995 introduce la mediación con carácter obligatorio previa a cualquier proceso, contemplando posteriormente una serie de supuestos en los que decae dicha obligatoriedad¹⁶⁰.

En EEUU, la mediación surge como un método voluntario de resolución de conflictos; pero cada vez más se va estableciendo la obligatoriedad de la mediación con carácter previo al proceso; la llamada *mandatory mediation*. Así, en California la mediación es un requisito obligatorio para poder presentar una demanda de divorcio, es lo que allí se conoce como “mediación imperativa”, que se reguló de este modo cuando se registraron datos de divorcio superiores al 50% de los matrimonios¹⁶¹.

De este modo, es evidente la tendencia hacia la obligatoriedad de la mediación con carácter previo a la interposición de la demanda. En este sentido, parece que también

¹⁶⁰ Artículo 1 de la Ley 24573 de Mediación y Conciliación argentina: “Instituyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, 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.”

A continuación el artículo 2 establece que “el procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos :

1. Causas penales.
2. Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éste. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.
3. Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.
4. Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.
5. Amparo, habeas corpus e interdictos.
6. Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.
7. Diligencias preliminares y prueba anticipada.
8. Juicios sucesorios y voluntarios.
9. Concursos preventivos y quiebras.
10. Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo.”

¹⁶¹ La mediación es desarrollada por la *Family Conciliation Court* (Tribunal de Conciliación Familiar), que está integrado por un Juez que tiene la función de supervisar el procedimiento, así como por un grupo de profesionales.

puede pronunciarse nuestra futura norma sobre mediación, puesto que el anteproyecto de ley establece la voluntariedad de la misma, salvo cuando así lo prevea la legislación procesal¹⁶². Sin embargo, el anteproyecto de ley parece que sólo va a obligar a acudir a una sesión informativa previa¹⁶³.

Por todo lo expuesto, nos manifestamos totalmente de acuerdo con MARTÍN DIZ, que señala que “una mediación no querida, no elegida, una mediación impuesta, ya parte en origen con un vicio insubsanable que posiblemente la inutilice y le haga estéril.”¹⁶⁴

Por último, reiterar que consideramos fundamental que la mediación tenga carácter voluntario; puesto que la obligatoriedad va en contra de su propia esencia y se corre el riesgo de que las partes vean la mediación como un trámite más y no como una auténtica opción para abordar sus conflictos.

b) Igualdad de partes

Como hemos anticipado, este principio es pasado por alto por gran parte de la doctrina y se le hace una mención muy residual en la legislación. Sin embargo, consideramos que es un punto clave y que si no está presente se debe suspender la mediación de forma inmediata.

Este principio implica que a lo largo del procedimiento de mediación las partes deben encontrarse en una situación de equilibrio. Se refiere, por tanto, a la posición de las partes en el proceso, y no tanto al resultado del acuerdo. Este principio no implica que el acuerdo alcanzado sea equitativo sino que las partes hayan gozado de una

¹⁶² Art. 7 Anteproyecto de Ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁶³ Art. 20 Anteproyecto de Ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁶⁴ MARTÍN DIZ, F., “Claves para el éxito de la mediación...”, op. cit. p. 3.

posición de igualdad, y que el acuerdo logrado sea fruto de la voluntad común, independientemente de que beneficie más a una parte sobre la otra¹⁶⁵.

Se trata, por tanto, de garantizar que las partes estén en una situación de equilibrio, de igualdad; que no haya circunstancias que impidan la comunicación entre las partes, que puedan libremente exponer sus puntos de vista y por último, que tengan capacidad para proponer o aceptar las distintas posturas que a lo largo del procedimiento se plantean. El mediador debe observar que las partes están en un plano de igualdad para poder defender sus posturas, entender las de la otra parte y en definitiva, que ambas estén igualmente capacitadas para pactar.

Por tanto, tenemos que fijarnos en que las partes en conflicto tengan plenas capacidades cognitivas y volitivas¹⁶⁶; es decir que tengan tanto capacidad de conocer y entender lo que está ocurriendo, como capacidad de querer tomar o no una serie de decisiones u acuerdos.

En este sentido, SILVESTRI pone de manifiesto que “los instrumentos alternativos llevan consigo el riesgo de perpetuar aquellas desigualdades que, durante años, se han invocado como la causa a la que imputar el hecho de que a muchos les esté negada la posibilidad de hacer valer ante un juez sus propios derechos.”¹⁶⁷

En nuestra opinión, la mediación justamente puede evitar esa desigualdad. En el proceso, en la gran mayoría de los asuntos las partes deben estar defendidas por un

¹⁶⁵ Sin embargo, en contra de la opinión expuesta se manifiesta MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma...*, op. cit. pp. 34 y 35, así indica que “Si una de las partes sacrifica mucho más que la otra no nos encontramos ante un verdadero proceso de mediación... Resulta imprescindible que el acuerdo alcanzado sea equilibrado, lo que implica que los sacrificios y los beneficios sean semejantes, paralelos, parecidos, equivalentes, homogéneos y en esto consiste, precisamente, el principio de equivalencia.”

¹⁶⁶ La capacidad volutiva está íntimamente relacionada con que desde un punto de vista emocional las partes estén en una situación de equilibrio.

¹⁶⁷ SILVESTRI, E., “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de controversias”, *Jueces para la Democracia*, nº 37, 2000, p. 53

abogado¹⁶⁸. Por tanto, la capacidad económica de la parte determina el abogado que pueden contratar, y evidentemente, esto puede tener su reflejo en el resultado del proceso. En la mediación se elimina este factor, las partes se representan y se defienden a sí mismas, abogan por sus intereses frente a la otra y es precisamente esta capacidad la que debe atender el mediador a que esté presente.

Si este principio no está presente, el mediador debe tener la facultad de dar por terminada la mediación.

Tal y como hemos indicado este principio no aparece contemplado en las distintas normas, y sin embargo, consideramos que es fundamental que se garantice la igualdad de las partes en el desarrollo de un procedimiento de mediación y que el mediador esté facultado para darlo por finalizado.

En EEUU, cuando se estaba implantando la mediación como método de resolución de conflictos, los grupos feministas se oponían a la misma porque entendían que en una relación matrimonial no había situación de igualdad entre el marido y la mujer, que ésta era la parte débil y por tanto, no se garantizaba la igualdad¹⁶⁹.

Sin embargo, con los años la mujer ha ido alcanzando grandes cotas de igualdad respecto al hombre. Así, por ejemplo, es impensable que en la España en la que una mujer no podía abrir una cartilla de ahorros sin el consentimiento de su marido, la pareja acudiese a la mediación para resolver un conflicto. Afortunadamente los tiempos han cambiado y la mujer no tiene *per se* esa inferioridad respecto al hombre. No obstante, es tarea del mediador estar atento a este punto y si detecta una situación de desequilibrio

¹⁶⁸ Es clara su importancia en el proceso puesto que dado el carácter técnico del mismo no sería viable que las partes interviniesen por sí mismas, a excepción de los supuestos legalmente establecidos en los que precisamente la simplicidad del caso justifica la posibilidad de que las partes no vayan con la debida postulación (art. 32 LEC).

¹⁶⁹ SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós Mediación, nº 4, Buenos Aires, 1996, pp. 53-55. Esta autora recoge un estudio realizado por Jannet Rijkín que pone de manifiesto que las mujeres alcanzan peores acuerdos cuando acuden a la mediación que con la intervención judicial.

dar por finalizada la mediación, ante la duda de la falta de igualdad entre las partes sería cual conveniente que el mediador pudiera contar con la ayuda de un equipo de psicólogos.

Con esta intención de fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, el art. 4 de la LOMPIVG establece que el sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en igualdad¹⁷⁰, así como el aprendizaje en la resolución pacífica de los conflictos¹⁷¹.

Este principio de equidad entre las partes, algunos autores lo hacen extensible a la figura del mediador. Así, encontramos que hacen alusión al “principio de equidad del mediador”¹⁷².

¹⁷⁰ Art. 4.1: “El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.”

¹⁷¹ Art. 4.2: “La Educación Infantil contribuirá a desarrollar en la infancia el aprendizaje en la resolución pacífica de los conflictos.”

Art. 4.3: “La Educación Primaria contribuirá a desarrollar en el alumnado su capacidad para adquirir habilidades en la resolución pacífica de los conflictos y para comprender y respetar la igualdad entre sexos.

Art. 4.4: “La Educación Secundaria Obligatoria contribuirá a desarrollar en el alumnado su capacidad para adquirir habilidades en la resolución pacífica de los conflictos y para conocer, valorar y respetar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.”

Art. 4.6: “La Enseñanza para las personas adultas incluirá entre sus objetivos desarrollar actividades en la resolución pacífica de los conflictos y fomentar el respeto a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres.”

¹⁷² Este principio implicaría que “el mediador intenta que el acuerdo sea justo para ambos miembros de la pareja, considerándolos a ambos como igualmente importantes de cara a sus hijos, con frecuencia en contradicción con la opinión de algunos tribunales de justicia que de forma automática acostumbra a adjudicar la custodia de los hijos e hijas pequeñas tan sólo a la madre.” RIPOL- MILLET, A., *Familias, trabajo social y mediación*, Paidós, 2001, p. 71.

c) Confidencialidad

El principio de confidencialidad no sólo es un deber que afecta al mediador, sino que es un principio fundamental del procedimiento¹⁷³.

Por tanto, el mediador, las partes y cualquier otra persona que intervenga en un procedimiento de este tipo deben guardar silencio de lo acaecido durante las sesiones de mediación. En este sentido la norma catalana establece en su artículo 13 que “la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renunciar a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también la persona mediadora debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos.”

De esta forma ante la imposibilidad del mediador de intervenir en un futuro proceso y el deber de confidencialidad de las partes, se garantiza que lo acaecido durante las sesiones no va a trascender en un juicio; y así, se acrecienta el sentimiento de confianza de las partes a la hora de abordar diversos aspectos durante la mediación.

Sin embargo, tal y como poníamos de manifiesto ante la ausencia de regulación estatal nos podemos encontrar un problema, puesto que el deber de secreto del mediador no aparece regulado en la legislación procesal. Y consideramos necesaria una reforma legal en este sentido.

De este modo, consideramos necesario regular la confidencialidad y las consecuencias de su incumplimiento. De nada serviría lo contrario. Así, por ejemplo en Francia, el art. 131-14 del Código de procedimiento civil establece la obligación del

¹⁷³ El Defensor del Pueblo en su informe de 2005, indica que “se trata de un principio esencial de toda mediación. Sólo teniendo garantizadas las partes ese deber de secreto que afecta al mediador podrán reconocer de manera clara los problemas que tratan de solucionar mediante la mediación.”
<http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes1.asp>

mediador de guardar secreto, pero no contempla una sanción para el caso de que incumpla dicha obligación.

Algunas normas autonómicas se refieren al principio de confidencialidad para hacer referencia al deber del mediador de guardar secreto y a la reserva para referirse a la obligación de las partes.

Sin embargo, algunos autores encuentran en este principio la oscuridad de la mediación frente a la publicidad del proceso¹⁷⁴. Aunque pueda parecer contradictorio que la mediación se rija por el principio de confidencialidad y el proceso por el de publicidad no lo es.

El principio de publicidad es una garantía del buen funcionamiento de la Administración de Justicia, supone un control para evitar abusos de poder. En este sentido, lo ponen de manifiesto WASSERMANN, GRUNSKY Y AUBI al indicar que: “En efecto, frente al proceso escrito de la época del absolutismo, el movimiento liberal opuso, en primer lugar, la publicidad del procedimiento como seguridad en contraposición a la justicia de «gabinete», en tanto que garantía frente a las manipulaciones gubernamentales y, en un momento posterior, como medio para el fortalecimiento de control popular de la justicia”.

Por tanto, el principio de publicidad en el proceso es fundamental para evitar abusos por parte del Poder. Sin embargo, esta necesidad desaparece en la mediación porque son las propias partes las que deciden y es necesario garantizar la confidencialidad para que las partes encuentren un clima de seguridad y no estén cohibidos porque lo que digan pueda ser posteriormente utilizado en un proceso. Evidentemente, en este punto es fundamental la correcta intervención del mediador para evitar que se produzcan abusos.

¹⁷⁴ SILVESTRI, E., “Observaciones en materia de instrumentos alternativos...”, indica la autora que “otro aspecto bastante poco garantista es la escasa transparencia de los procedimientos, que a menudo imponen un deber de secreto a todos los participantes. Nada más lejano de la publicidad del procedimiento, reiteradamente exaltada como una de las principales garantías aseguradas por los ordenamientos que reconocen entre los derechos fundamentales también el derecho a un *day in court*.” op. cit. p. 53.

De ahí que consideremos que no hay ninguna incoherencia entre la confidencialidad y la publicidad en uno y otro procedimiento.

d) Inmediación

La mediación exige la presencia de las partes y del mediador, no pudiendo delegar su asistencia en terceros¹⁷⁵. La necesidad de la intervención personal de las partes y del mediador es evidente; si son las partes las que van a acercar posturas, llegar a acuerdos es necesario que su intervención sea directa y personal; de lo contrario el acuerdo alcanzado sería de los terceros; por tanto, a nuestro juicio en la mediación no cabe representación.

Aspecto distinto es que acudan a las sesiones terceras personas, como pueden ser los abogados de las partes; en dicho supuesto, su intervención será adicional a la de las partes, nunca sustitutoria.

En contra de este criterio, y a nuestro juicio de forma errónea, se pronuncia la norma que regula en Bélgica la mediación penal, la cual permite la asistencia de los abogados de las partes, e incluso posibilita que éste represente a la víctima y supla su asistencia cuando ésta no quiera o pueda asistir. A nuestro juicio, es necesaria la intervención de la parte, otra cosa es que reciba el apoyo de su abogado, pero no que la presencia de éste por sí sola sea suficiente para desarrollar el procedimiento de mediación.

Otra cuestión es que nos podamos valer de las nuevas tecnologías para sustituir la presencia física de la persona por su presencia virtual. En este sentido, la ley de

¹⁷⁵ Junto a este principio, algunos autores señalan la oralidad como principio básico de la mediación, LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar: oralidad y principios del procedimiento”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (ed. CARPI, F., y ORTELLS RAMOS, M.), Universitat de Valencia, 2008, así “la oralidad refuerza los medios alternativos de solución de conflictos que, como en el caso del procedimiento que estamos viendo, tienen en la inmediación de sus protagonistas su razón de ser.” p. 437.

mediación familiar asturiana, en primer lugar reconoce que las partes deben asistir personalmente, pero a continuación contempla la posibilidad de que se puedan usar medios electrónicos¹⁷⁶.

En este mismo sentido, parece que va a estar regulada la mediación en términos generales en nuestro país. El anteproyecto de ley de mediación dedica un precepto a las actuaciones desarrolladas a través de medios electrónicos¹⁷⁷.

La diferencia entre ambos textos radica en que la norma asturiana lo concibe como algo excepcional, mientras que el anteproyecto de ley no encuentra obstáculo para que se realice con asiduidad. Nos encontramos, por tanto, ante un conflicto entre dos normas que tendrán el mismo ámbito de aplicación (la mediación familiar entre en el ámbito de la mediación civil que regula el anteproyecto y Asturias dentro del ámbito de aplicación de la futura norma).

El anteproyecto de ley realiza una gran apuesta por las nuevas tecnologías, hasta el punto de que para las reclamaciones de cantidad de hasta 300 € es obligatorio acudir a ellas, salvo, nos indica la ley, “que el empleo de éstos no sea posible para algunas de las partes”, seguramente el prelegislador está pensando en personas que no tienen conocimiento en el uso de las nuevas tecnologías.

¹⁷⁶ Art. 8 de la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar asturiana:

1. Las partes y el mediador familiar deben asistir personalmente a las reuniones de mediación, sin que se puedan valer de representantes o intermediarios.”
2. Lo anterior no obsta a que, si las circunstancias así lo requieren y de forma excepcional, puedan utilizarse medios electrónicos en alguna de las reuniones de mediación, siempre que quede garantizada la identidad del mediador familiar y de las partes. La presencia física de las partes deberá producirse, en todo caso, en el momento de la firma de los acuerdos adoptados.

¹⁷⁷ Art. 29 Anteproyecto de ley de mediación. “ Actuaciones desarrolladas por medios electrónicos

1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación se lleve a cabo por medios electrónicos, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta ley.
2. La mediación que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 300 euros se desarrollará por medios electrónicos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para algunas de las partes.”

A nuestro juicio, no debiera configurarse como obligatoria en estos supuestos, hubiera sido más conveniente que en este punto rigiera el principio de flexibilidad y que fueran las partes las que decidieran qué vía se adapta mejor a sus necesidades. De este modo, se hubiera hecho prevalecer el principio de flexibilidad y la libre autonomía de la voluntad. Si bien es cierto, que dada la redacción del texto es muy sencillo huir de la mediación online, puesto que con indicar que no se tiene conocimiento de las nuevas tecnologías parece que sería causa de exclusión de la misma.

Al margen de que consideramos necesaria la intervención de las partes y del mediador de forma inmediata, la mayoría de normas autonómicas consideran que no hay ningún inconveniente en que intervengan terceros a modo de consultores. Si damos cabida a terceros en el procedimiento consideramos conveniente que los mismos estén sujetos a los mismos principios que las partes o el mediador, así especialmente, por el principio de confidencialidad.

e) Respeto al Derecho

Las partes, con la ayuda del mediador, van a intentar alcanzar acuerdos sobre materias con trascendencia jurídica; y la naturaleza de dichos acuerdos exige que en su consecución esté presente el principio del respeto al Derecho.

Esto es, por muy voluntario que sea el dictar un acuerdo contrario a la ley, éstas no lo podrán hacer y aquí es donde el mediador deberá asesorar a las partes si algún punto es contrario al ordenamiento jurídico.

La exigencia de este principio justifica que el mediador deba tener conocimientos jurídicos. Por ello, es necesario que el mediador tenga dichos conocimientos porque él debe ser el encargado de comprobar que los acuerdos alcanzados sean conforme a Derecho. Evidentemente, las partes no tienen por qué conocer nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto debe ser el mediador el que realice dicho control. Cuestión que en el anteproyecto de ley no queda bien hilvanada, puesto que no exige que el mediador

conozca nuestro Derecho y sin embargo, el mediador debe ser quien “comprobará su adecuación a lo pactado por las partes en el acta final y su conformidad con el ordenamiento jurídico.” De ahí, que más adelante argumentemos la necesidad de que el mediador sea una persona con formación específica en Derecho y si no es así, que sea obligatoria la comediación, de modo que un jurista pueda comprobar la legalidad o no de lo pactado por las partes y esté sujeto a un régimen sancionador para el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones.

Los acuerdos alcanzados deben, por tanto, ajustarse a Derecho. No puede utilizarse la mediación con el fin de evitar la aplicación del Derecho, de este modo se violaría otro principio de la mediación, el de la buena fe.

f) Flexibilidad

El procedimiento de mediación se caracteriza por su flexibilidad¹⁷⁸. El procedimiento de mediación debe carecer de formalismos y solemnidades para adecuarse a las necesidades de cada caso concreto.

Aspecto distinto es que podamos destacar una serie de normas o pautas que rigen un procedimiento de mediación pero siempre dejando un amplio margen de actuación a las partes para que de la forma que consideren más oportuna desarrollen un procedimiento de este tipo y que pueda finalizar con la consecución de acuerdos.

Por otro lado, este principio podría ser aplicable hasta en la duración del procedimiento. La mayor parte de las normas autonómicas establecen un plazo para el desarrollo de la mediación, siendo con carácter general de tres meses prorrogables otros tres meses. Sin embargo, quizá resulte más conveniente que la flexibilidad también llegue a este aspecto; y que sea el transcurso de los hechos el que determine su

¹⁷⁸ Así, ÁLVAREZ MORENO, M.T., “La mediación empresarial”, *Revista de Derecho Privado*, 2000, indicaba al respecto que se trata de “un proceso formalmente flexible, que guía y organiza el mediador”, p. 959.

duración. Así, por ejemplo, si al mes el mediador considera que la mediación no tiene sentido es más adecuado que en ese momento se de por finalizada; y si en otros supuestos es necesario un mayor plazo que ésta se alargue según las necesidades del caso, evidentemente siempre que no se utilice la mediación con ánimo dilatorio para lo cual sería conveniente que transcurrido un determinado plazo (el que legal o reglamentariamente se determinara¹⁷⁹) el mediador justificara por qué considera necesario que la mediación se prorrogue en el tiempo.

Este principio opone la mediación al proceso, este último está caracterizado por el formalismo. Ese formalismo puede ser necesario en muchos supuestos, pero en otros muchos casos resulta inoperante y un obstáculo para una resolución ágil del conflicto. De ahí, que sea una ventaja que la mediación se rija por el principio de flexibilidad y que sea un procedimiento mucho más informal que el rígido proceso.

g) Buena fe

El principio de buena fe¹⁸⁰ inspira todo nuestro ordenamiento jurídico¹⁸¹, y por eso consideramos necesario que también esté presente en el procedimiento de mediación y que se haga un reconocimiento expreso del mismo.

¹⁷⁹ Consideramos conveniente que dicho plazo fueran 60 días por concordancia con el plazo de suspensión del proceso previsto en el art. 19.4 LEC.

¹⁸⁰ Para profundizar en el estudio de este principio procesal vid. PICO I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003.

¹⁸¹ Dicho principio aparece reconocido en nuestra legislación, así a modo de ejemplo podemos destacar las siguientes normas:

- Artículo 7 del Código Civil: “Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.
- Artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe”
- Artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia,

Dicho principio implica un deber de honestidad de las partes a la hora de negociar e intentar lograr acuerdos; este principio adquiere una especial importancia en un procedimiento que está basado en la confianza y voluntariedad de los sujetos intervinientes. Este principio es exigible tanto para las partes, como para el propio mediador.

A nuestro juicio, la exigencia de garantizar el principio de buena fe faculta al mediador a dar por finalizado el procedimiento cuando considere que se está utilizando la mediación con ánimo dilatorio.

Se enmarca en este principio la prohibición que contienen algunas normas autonómicas de acudir a un procedimiento de mediación en el plazo de un año, si la anterior finalizó sin éxito.

También, tiene cabida en este principio la idea de impedir que se acuda a la mediación con la intención de lograr acuerdos que no sean válidos en Derecho y de que se utilice la mediación con ánimo dilatorio del proceso. Dichas actuaciones vulnerarían, por tanto, este principio.

h) Protección del interés de los menores y discapacitados

En numerosas ocasiones a lo largo de un procedimiento de mediación se debaten aspectos que afectan directamente a menores o a discapacitados; así por ejemplo, si una pareja se está divorciando se dictarán acuerdos sobre el derecho de visitas, la pensión alimenticia... De ahí, que este principio¹⁸² deba tenerse en cuenta tanto por las partes, como por el mediador¹⁸³.

jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

¹⁸² Así, TENA PIAZUELO, I., “Los efectos colaterales de las reformas. La mediación familiar”, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pone

De hecho uno de los motivos por los que el Juez puede no aprobar el convenio regulador es que su contenido sea dañoso para los hijos¹⁸⁴; por lo que en igual sentido debemos interpretar que el acuerdo de mediación debe proteger a los hijos menores y discapacitados.

La importancia de este principio la pone de manifiesto la propia jurisprudencia¹⁸⁵, así como la existencia de una ley específica sobre protección del menor; se trata de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸⁶.

Si consideramos que el Ministerio Fiscal debe intervenir en los supuestos en los que se decidan cuestiones que afecten a menores e incapacitados, se salvaría este principio. Por otro lado, algunos magistrados consideran que la mediación es un mecanismo adecuado para preservar este principio, así en la Sentencia nº 254/2004 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se pone de manifiesto que “habrá que concordar que quizá sería bueno, en aras a favorecer a ese hijo que se halla en medio de las disputas, que se intente mejorar esa relación entre los progenitores acudiendo a mecanismos tales

de manifiesto que el principal objetivo de la mediación es lograr acuerdos que satisfagan el interés de los niños. Indica que “en cuanto al objeto (la cuestión discutida) de la mediación familiar, creo que conviene advertir que, aunque puedan tratarse con ella problemas distintos en cada caso, frecuentemente se pasa por alto que no tiene por objeto principal resolver el conflicto familiar o matrimonial entre sus más directos protagonistas, sino ante todo proteger el interés superior de los niños (que estuvieran afectados por el problema familiar).”

¹⁸³ Vid. BOLAÑOS CARTUJO, I., *Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*, Ed. Reus, Madrid, 2008.

¹⁸⁴ Artículo 90 Cc.

¹⁸⁵ STS de 17 de septiembre de 1996: “el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.”

¹⁸⁶ BOE nº 15 de 17 de enero de 1996.

como la mediación familiar que, sin duda, pueden solventar rencillas que en último término a quien perjudican o dañan es a ese tercero, convidado de piedra en esta lucha. Partiendo de esta idea que debe presidir cualquier solución que se alcance, se podrán entender todas y cada de las decisiones que se adoptan.”

4.4. Sesión informativa

Tradicionalmente este apartado se enmarca dentro del procedimiento de mediación, sin embargo, consideramos que es más preciso que quede fuera del mismo. La razón radica en que realmente no se ha iniciado la mediación, simplemente las partes toman un primer contacto con lo que ésta significa y supone.

No debemos olvidar que esta institución goza de un gran desconocimiento por parte del público general, lo que hace necesario que se explique a las partes en qué consiste¹⁸⁷. Nadie aceptaría someter la controversia a mediación sin saber antes cómo se desarrolla el procedimiento, qué efectos tiene¹⁸⁸... Por eso creemos necesario, que antes

¹⁸⁷ “La denomina sesión informativa de la mediación, tiene una importancia transcendental en el proceso de mediación intrajudicial. Cuando las partes sean derivadas a la misma por el tribunal, se han de celebrar con carácter inmediato, sin dilaciones ni esperas excesivas. Debe ser realizada, bien en las dependencias del tribunal, o bien en otras de fácil accesibilidad que ofrezcan garantías de independencia, seriedad y confidencialidad, por profesionales cualificados de esta metodología que dispongan de especiales y acreditadas habilidades para transmitir a los ciudadanos las ventajas del sistema. En realidad es una primera sesión de mediación. Al término de la misma es cuando los litigantes van a decidir si continúan con la mediación, y solicitan la suspensión del curso de los autos, o si prefieren seguir el proceso contencioso.” Discrepamos, sin embargo, en que nosotros no consideramos que la sesión informativa sea por sí misma mediación. Conclusión XII de las Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006, en *Alternativas a la judicialización... op. cit.* p. 638.

¹⁸⁸ A este respecto MARTÍN DIZ indica que “cualquier institución jurídica, e incluso más allá del ámbito del Derecho en cualquier otro aspecto de las relaciones sociales y humanas, que no se conozca suficientemente está condenada al ostracismo y a un paulatino olvido y desuso. El empleo de la mediación, por parte de los ciudadanos, no es una excepción a la regla general.” MARTÍN DIZ, F., “Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de administración de justicia”, Ref.

de iniciarse la mediación haya una sesión informativa previa, que en sentido estricto no es mediación¹⁸⁹.

Por eso, en primer lugar, es conveniente que las partes en conflicto acudan a una sesión informativa; en la misma se les indicará en qué consiste la mediación, cuál es la función del mediador, los derechos y deberes del mediador, así como los suyos, se les explicará la validez que tiene el acuerdo alcanzado...

Las partes deben ser informadas de todos estos puntos, para que posteriormente ellas decidan si quieren someter o no su controversia a un procedimiento de mediación. Es fundamental hacer hincapié en la voluntariedad del procedimiento, así como en la posibilidad de que se inicie y posteriormente decidan poner fin al mismo. También es fundamental que se garantice que el procedimiento de mediación suspende los plazos de caducidad y prescripción, de modo que en ningún momento el hecho de acudir a mediación puede suponer que hayan transcurrido los plazos para interponer una demanda y por tanto, se les cierre la vía judicial. La mediación es un método de resolución de conflictos complementario al judicial; pero nunca se ha de concebir como excluyente del proceso. La Constitución Española garantiza el derecho de acceso a la justicia en su artículo 24; por tanto, estas técnicas de gestión de conflictos no pueden vulnerar tal derecho fundamental.

Por otro lado, nos podemos plantear quién debe encargarse de informar a las partes sobre esta sesión. A nuestro juicio, es conveniente que sea el propio mediador el que

revista: newsletter 2/2010. Gabinete para a resolução alternativa de litígios (GRAL). Ministerio de Justicia. 2010, Edición electrónica. www.gral.mj.pt/newsletter, Lisboa.

¹⁸⁹ La ley catalana derogada entendía que la sesión inicial formaba parte de la mediación, así el art. 18 de la ley 1/2001, indicaba que “de la reunión inicial de la mediación familiar, se extiende un acta, en la cual se expresa la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad establecidos por el artículo 13. En la medida en que sea posible, se identifica el objeto de la mediación y el número de sesiones previstas.” Consideramos un error esta regulación, puesto que la sesión informativa debe limitarse a eso, a informar a las partes y posteriormente, una vez que las partes hayan meditado si quieren o no acudir a la mediación ésta se inicie o no. La actual norma catalana no contiene esta previsión.

informe a las partes de en qué consiste la mediación y que lo haga el mediador que en caso de que las partes decidan acudir a esta vía les vaya a asistir. Esto es, porque la mediación es un procedimiento en el que las partes depositan su confianza en el mediador, se van a tratar en ocasiones asuntos de la esfera más privada del individuo; por lo que es importante que ya en la primera sesión informativa las partes entren en contacto con el mediador que en caso de que acepten, les va a asesorar.

Esta sesión informativa puede tener carácter preceptivo; se obligaría a las partes a acudir a una sesión en la que se informase en qué consiste la mediación; pero nunca debería ser impuesta la mediación propiamente dicha. Una vez finalizada la sesión las partes son libres para decidir si acuden o no a la mediación para intentar resolver su controversia¹⁹⁰.

El anteproyecto de ley de mediación configura como obligatorio, cuando así lo prevea la legislación, acudir a una sesión informativa. Lo confunde con la mediación, pero se está haciendo referencia a la antesala de ésta. Así, el Capítulo IV se dedica al procedimiento de mediación y el primer precepto del mismo lleva por título “Información y sesiones previas”, tal y como hemos señalado es habitual que esto ocurra, quizá responda simplemente a una forma de estructurar la norma. Sin embargo, el anteproyecto también indica que “en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas. En tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia.”

Por tanto, con el mero hecho de acudir a una sesión informativa entiende por intentada la mediación.

¹⁹⁰ En este sentido, BERNAL SAMPER, T., *Teoría y práctica de la mediación familiar...* op. cit. p. 315, mantiene que “la remisión inicial por el juez a una sesión de tipo informativo de esta metodología y sus ventajas debería contemplarse y regularse como una fase previa del proceso judicial, y por tanto obligatoria para las partes, en beneficio de la continuidad de la familia y de la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes.”

4.5. El procedimiento¹⁹¹

El procedimiento de mediación debe ser flexible, de modo que se adecue a las necesidades de cada pareja en conflicto y que se pueda ir adaptando a cada caso concreto. A pesar del principio de flexibilidad, es conveniente establecer una serie de pautas que deben estar presentes en el desarrollo de la mediación para garantizar la eficacia del procedimiento.

Así, el procedimiento de mediación¹⁹² puede estructurarse de la siguiente forma: iniciación, desarrollo y finalización. Cuestiones, que a continuación, pasamos a analizar.

4.5.1. Iniciación

La primera cuestión que nos podemos plantear es cuándo se inicia un procedimiento de mediación. Pues bien, la mediación puede iniciarse tanto antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso de éste o una vez concluido por sentencia firme. Sin embargo, también se puede hacer extensible no sólo a los supuestos vinculados con el proceso sino también con el arbitraje; puesto que el artículo 2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje indica que “son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”; al haber compatibilidad en el

¹⁹¹ Haynes estructura la mediación en las siguientes fases:

1. Establecer estructura y confianza, enmarcar la intervención.
2. Búsqueda de los hechos. Recoger y ordenar la información..
3. Creación de opciones y alternativas.
4. Negociación y toma de decisiones.
5. Clarificación y acuerdo final.

Haynes, J.M., *Divorce mediation. A practical guide for therapists and counselors*, Nueva York, Springer, 1981.

¹⁹² En este sentido, vid. GARCÍA PRESAS, I., “El procedimiento de la mediación familiar”, *Actualidad Civil*, nº 8, Quincena del 16 al 30 de abril de 2009, tomo 1.

ámbito de aplicación no hay ningún inconveniente en que la mediación se desarrolle antes, durante o al finalizar un arbitraje.

Si comienza antes de un proceso, las partes tienen una controversia y antes de acudir a la vía jurisdiccional optan por intentar llegar a acuerdos a través de la mediación.

Si las partes acuden a un procedimiento de mediación una vez iniciado un proceso, habrán de acreditar que se ha suspendido dicho proceso de mutuo acuerdo. A continuación, se desarrollará la mediación y una vez ésta haya finalizado, se deberá comunicar al Juzgado el resultado de la misma.

MARTINIÈRE¹⁹³ señala que la mediación “es la intervención en un proceso de separación o divorcio por parte de un profesional cualificado, imparcial y sin ningún poder de decisión, a petición de las partes interesadas y con el objetivo de que ellas mismas negocien decisiones constructivas y estables que tengan en cuenta las necesidades de todo el grupo familiar.” De dicha definición, parece extraerse que para que haya mediación debe haberse iniciado un proceso de separación o divorcio; y una vez iniciado éste, se puede intentar resolver el litigio por una vía complementaria. Sin embargo, consideramos que para iniciar un procedimiento de mediación no debe ser requisito que previamente se haya incoado un proceso de separación o divorcio o de cualquier otro tipo.

Por último, la mediación puede iniciarse una vez concluido un proceso judicial; en este caso se debatirán únicamente aspectos de ejecución de sentencia para favorecer el cumplimiento de lo establecido en la misma, puesto que no debemos olvidar el efecto de cosa juzgada.

Una vez que hemos visto cuándo se puede iniciar la mediación, analizaremos quién puede iniciarla. A nuestro juicio, sólo las partes están legitimadas para iniciar un procedimiento de este tipo. Dada la importancia que tiene el principio de voluntariedad

¹⁹³ Concepto extraído de RIPOL-MILET, en “La evolución de los modelos de mediación familiar...”, op. cit. p. 29-31.

en el desarrollo de estos métodos alternativos de resolución de conflictos, sólo resultarán prácticos si son las partes las que deciden iniciarlo.

Para iniciarse un procedimiento de mediación es necesario que lo pidan ambas partes de mutuo acuerdo, o bien que lo solicite una de ellas con aceptación posterior de la otra; pero sea en la forma que sea, es fundamental contar con el consentimiento de todas las partes en conflicto.

Por tanto, nos manifestamos en contra de la posibilidad de que la mediación se inicie por imperativo legal o por mandato judicial; considerando que su imposición va en contra de la propia esencia de la mediación.

Nuestra legislación de forma tímida recoge ambas posibilidades. Así el artículo 770.7 LEC se refiere únicamente a las partes como los sujetos que pueden iniciar un procedimiento de mediación¹⁹⁴; mientras que el artículo 771.2 LEC abre la posibilidad de que sea el Juez el que cite a las partes a una comparecencia para que lleguen a un acuerdo en lo relativo a las medidas provisionales¹⁹⁵; si bien es cierto, que este segundo precepto no alude a la mediación, pero debemos entender que no hay ningún inconveniente en que el acuerdo se alcance por medio de un procedimiento de este tipo.

Una vez que ha tenido lugar la sesión informativa y las partes deciden someter su controversia a mediación, se llevará a cabo la redacción de un acta; en dicho documento se harán constar las personas que participan, el conflicto que se va a tratar, así como que las personas acuden de forma voluntaria y su obligación de respetar el principio de confidencialidad.

Dicho documento será firmado por todas las partes, quedándose el original el mediador y proporcionando una copia a cada una de las partes.

¹⁹⁴ Artículo 770.7º: “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso... para someterse a mediación”.

¹⁹⁵ Artículo 771.2: “el Tribunal mandará citar a los cónyuges... a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes.”

4.5.2. Desarrollo

A continuación, transcurren las sesiones de mediación, en las que las partes con la ayuda del mediador intentarán solucionar el conflicto que las enfrenta. Durante las mismas, es fundamental que se respete el turno de palabra, que todas las partes puedan manifestar libremente su opinión, el mediador debe garantizar que las partes se respeten entre sí...

De este modo, las partes irán abordando los distintos aspectos de su controversia e intentarán resolverlos. La técnica a seguir es el “ganar-ganar”; es decir, las dos partes deben realizar concesiones, para que finalmente el acuerdo sea adecuado para ambos; que ambos perciban que los dos han conseguido alguno de sus objetivos pretendidos.

En primer lugar, quizá sea conveniente que el mediador tenga una reunión individual con cada una de las partes, para que pueda realizarse una composición de la situación, oír el conflicto de cada parte y escucharles como les gustaría afrontarlo.

Una vez que el mediador ya conoce el conflicto y las posturas de las partes se pueden reunir todos para intentar que éstas lo solucionen; beneficiándose de que el mediador ya conoce con anterioridad a cada parte. De esa primera reunión individual, el mediador puede obtener importantes conclusiones que le serán de gran utilidad en las reuniones colectivas para dirigir el procedimiento.

Nos podemos plantear si el procedimiento de mediación tiene una duración determinada o si al contrario, se puede extender en el tiempo mientras las partes consideren oportuno. Bien, la mayoría de las leyes autonómicas establecen que el procedimiento puede durar como máximo tres meses, y en caso necesario se puede prorrogar otros tres meses más. La justificación del establecimiento de los plazos es evitar que la mediación se alargue en el tiempo sin que sea viable la adopción de ningún tipo de acuerdo. Sin embargo, creemos conveniente que en este punto rija el principio de flexibilidad y que los plazos se adapten a las necesidades del caso concreto.

4.5.3. Finalización

La finalización del procedimiento de mediación puede producirse por decisión de cualquiera de las partes en conflicto, o del mediador.

Las partes, bien de mutuo acuerdo o por iniciativa individual, pueden decidir finalizar la mediación en cualquier momento en que ésta se encuentra. El principio de voluntariedad que rige este procedimiento conlleva esta consecuencia. El hecho de que las partes hayan decidido iniciar una mediación no implica que la deban terminar. Por tanto, las partes están facultadas para dar por acabada la mediación sin tener que exponer causas o motivos tasados.

En líneas anteriores, hemos indicado que las partes gozan de la libertad suficiente como para iniciar la mediación, o darla por acabada en cualquier momento; pero aunque sólo ellas están facultadas para iniciarlo, a nuestro juicio, no son las únicas que pueden ponerle fin, pudiendo el mediador darla por acabada si concurre alguno de las siguientes causas:

- a) Falta de colaboración de alguna de las partes.
- b) Incumplimiento de las condiciones establecidas.
- c) Inasistencia injustificada y reiterada de alguna de las partes.
- d) Si considera que el procedimiento no puede alcanzar la finalidad perseguida.
- e) Cuando considere que el conflicto debe ser abordado desde otra forma de intervención o tratamiento.

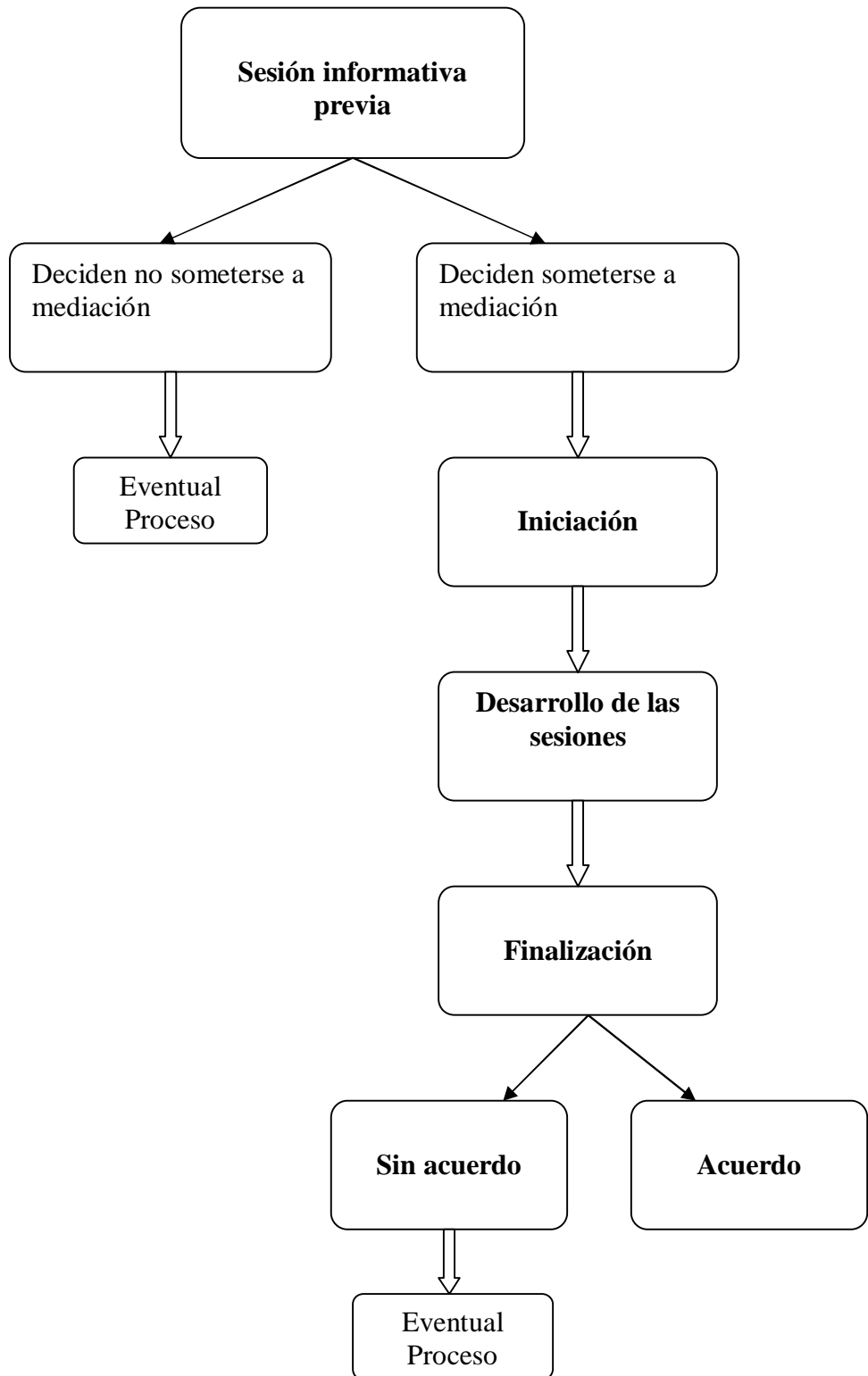
De esta forma, se faculta al mediador a dar por acabado un procedimiento en el que, por una u otra razón, no se van a lograr acuerdos.

Una vez finalizado el procedimiento de mediación se levantará un acta en el que se haga constar los acuerdos alcanzados por las partes, o en su caso la imposibilidad de los

mismos¹⁹⁶. La voluntariedad vuelve a estar presente en este punto, porque las partes pueden llegar a acuerdos sobre todos los puntos en conflicto o bien, sólo sobre algunos de ellos; pudiendo acudir posteriormente a la vía judicial para dirimir aquellos litigios sobre los que ellos no han conseguido el acuerdo.

A continuación, exponemos un esquema del procedimiento de mediación, para que éste resulte más gráfico.

¹⁹⁶ MARTÍN CASALS, M., “La Mediación Familiar en el Derecho Comparado”, Conferencia impartida en el Congreso internacional de Mediación Familiar celebrado en Barcelona en octubre de 1999, *Aranzadi*, Pamplona, 1999, p. 13 “según el alcance de las materias objeto del procedimiento de mediación se puede distinguir entre un modelo de mediación parcial y un modelo de mediación global. El primero es el más extendido y se limita a tratar las materias relativas a guarda de los hijos, el ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas. El segundo... abarca todas las cuestiones relativas a la separación y el divorcio, incluidas las referidas a la liquidación del régimen económico matrimonial, la eventual determinación del derecho de pensión y su cuantía y, en general, todos los aspectos patrimoniales de la ruptura. El criterio fundamental de distinción entre una y otra categoría es, pues, la exclusión o inclusión de los aspectos patrimoniales.”



4.6. El acuerdo

A continuación, vamos a analizar uno de los puntos claves en la regulación de la mediación. Si las partes han conseguido solucionar sus controversias, en todo o en parte, a lo largo del procedimiento de mediación, plasmarán por escrito las soluciones alcanzadas. Estamos, por tanto, ante un acuerdo.

4.6.1. Contenido

El acuerdo debe ser el fiel reflejo de la voluntad de las partes, debe ajustarse del mejor modo posible a lo que las partes han pactado. Debe tener una redacción clara y adecuada para evitar posibles errores interpretativos posteriores. Es conveniente que cada acuerdo logrado sea plasmado en un punto distinto, de forma que sea visible.

De una correcta redacción del acuerdo va a depender en parte su cumplimiento. Si con posterioridad, las oscuridades de la redacción llevan a error, a dudas o discrepancias de las partes ponemos en peligro el cumplimiento de los pactos logrados. Por este motivo, consideramos que la persona más idónea para que se encargue de la redacción del acuerdo es el mediador¹⁹⁷. Sin embargo, el anteproyecto de ley de mediación establece que deben ser las partes las que lo redacten. En otros países, como en Paraguay, es el mediador el que debe llegar a cabo la redacción del mismo y posibilita a los abogados de las partes que le ayuden en esta función.

¹⁹⁷ En este sentido, la norma cántabra considera que debe ser el mediador el que debe redactar el acuerdo. Así lo establece al regular las obligaciones del mediador. Así, el art. 29.g) indica que el mediador debe “redactar, firmar y entregar el documento final del acuerdo, si lo hubiera”.

Una vez que hemos precisado quién debe redactar el acuerdo, vamos a detenernos en cuál debe ser su contenido.

En el acuerdo se deberá reflejar el lugar y la fecha de consecución del mismo, así como otras cuestiones de carácter general como datos personales de las partes, datos de los abogados, en caso de que hayan intervenido. Evidentemente, también deberán constar los datos del mediador, así como su número de registro.

Una vez plasmadas estas cuestiones que son meramente identificativas, se debe dejar constancia escrita de que las partes se suscriben al principio de confidencialidad, que como ya hemos manifestado, obliga tanto a las partes en conflicto, como al mediador.

Posteriormente, se irán reflejando punto por punto los pactos alcanzados por las partes de forma clara y precisa. También es conveniente guardar una sistemática, es decir, si una de las partes ha adquirido varios compromisos y la otra parte ha adquirido otros, que estén redactados de forma correlativa. De modo que con una lectura ordenada del acuerdo las partes tengan presentes a qué se comprometieron cada una.

Las partes y el mediador deberán firmar el acuerdo y cada uno de ellos se debe quedar con una copia del mismo.

4.6.2. Valor jurídico

El acuerdo es uno de los aspectos más relevantes y la eficacia de la mediación depende, al menos en parte, de cómo se regule este aspecto. ¿De qué nos sirve que nuestro sistema jurídico regule y fomente una institución si luego el acuerdo se convierte en papel mojado?

Por tanto, si las partes consiguen solucionar una controversia de forma pactada a través de un acuerdo ¿cuál es su valor jurídico?

En esta materia será necesario hacer una distinción a si nos encontramos ante un conflicto de Derecho privado o bien, un conflicto de naturaleza penal.

En primer lugar, abordaremos el valor del acuerdo en un conflicto civil o mercantil. En estos supuestos mientras no entre en vigor ninguna ley que establezca otra cosa el acuerdo alcanzado por las partes puede tener la misma eficacia que un contrato siempre que reúna los requisitos establecidos legalmente. En este caso, serán válidos y obligarán a las partes como cualquier otro contrato. Por tanto, debemos acudir al Código Civil¹⁹⁸ y a la teoría general de la contratación, y en virtud de esto determinar si el acuerdo dictado reúne o no los requisitos de los contratos; en caso de que reúnan tales requisitos los contratos serán obligatorios. Pero dicho acuerdo no tiene carácter ejecutivo, ni tampoco es oponible frente a terceros.

Algunos autores¹⁹⁹ manifiestan que los asuntos a tratar en mediación (refiriéndose a mediación familiar) son los mismos que en el convenio regulador; por lo que nos podemos preguntar si los dos instrumentos comparten la misma eficacia. En numerosas ocasiones el contenido del convenio y del acuerdo va a ser el mismo, por lo que nos podemos plantear si dichos textos se pueden equiparar y que uno y otro sean equivalentes. A lo que tenemos que responder que ambos documentos no son equiparables entre sí, por el hecho de que el convenio regulador está regulado legalmente y tienen unas consecuencias y eficacia fijadas legalmente; mientras que el acuerdo de mediación carece de regulación legal.

¹⁹⁸ Artículo 1254 y siguientes del Código Civil.

¹⁹⁹ BERNAL SAMPER, T., *La Mediación: una solución...*, op. cit. p. 30 y sigu.

Sobre el alcance del acuerdo de mediación también se ha pronunciado nuestra jurisprudencia²⁰⁰ estableciendo sus diferencias respecto al Convenio regulador del artículo 90 de nuestro Código Civil.

²⁰⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de febrero de 2007, rec. 455/2006 ha establecido que “destaca la doctrina civilista que no puede equiparse el acuerdo de mediación, cuya naturaleza es singular y típica, con ninguna categoría contractual, ni tampoco –mucho menos–, con el convenio regulador, que es un instrumento procesal específico del procedimiento de familia consensuado. Incurre en error la parte recurrente cuando fundamenta su argumentación en este intento de asimilar la mediación a los paradigmas y a las categorías contractuales consolidadas en el derecho civil.

Respecto a su naturaleza, es esencial la impronta que les imprime la intervención del mediador, que confiere al acuerdo una serie de características singulares. En relación con los contratos privados, en la mediación la igualdad y equilibrio entre las partes ha sido garantizada de forma más efectiva por la intervención del mediador neutral e imparcial, por lo que cabe presumir que el análisis de los conflictos abordados y las soluciones alcanzadas han sido asumidas como ventajosas por las dos partes. En cuanto a la libertad de forma que es consustancial al proceso de mediación, es consustancial con el proceso de racionalización que caracteriza todo acuerdo de este tipo, que su eficacia quede condicionada por un período de revocabilidad que las propias partes suelen pactar, dentro del cual los intervinientes en el acuerdo tienen la oportunidad de sopesar todas las circunstancias concurrentes, principalmente las de trascendencia jurídica, que deben ser objeto de asesoramiento específico por los abogados de las partes, como condición necesaria para la garantía de sus derechos.

Junto a los anteriores elementos, el acuerdo de mediación puede contener manifestaciones de voluntad, expresiones de propósitos, menciones o intervenciones de terceras personas.

También el acuerdo puede referirse a una gran variedad de negocios jurídicos posteriores que no se perfeccionan con el acuerdo de mediación... En definitiva, que tales pactos o acuerdos de mediación son del todo extraño a los instrumentos jurídicos clásicos.

De lo hasta ahora analizado resulta que no puede confundirse el acuerdo de mediación alcanzado por las partes, con el Convenio Regulador del artículo 90 del Código Civil. Éste es un instrumento definido en sede procesal, propio del procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo, bien sea con carácter originario o sobrevenido, y su alcance viene determinado en su sentido jurídico, por un específico contenido legal de carácter obligatorio, suscrito siempre por los cónyuges, y exclusivamente por ellos, respecto del cual cualquier adición, declaración, intervención de tercera persona o condición es extraña al mismo.

El acuerdo de mediación, a diferencia del Convenio Regulador, no es un instituto procesal y tampoco está vinculado a los procedimientos del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Puede ser anterior a la judicialización del litigio, posterior al mismo, puede referirse únicamente a aspectos parciales del litigio o insertarse en un proceso contencioso, sin que sea obstáculo para que, respecto al resto de las cuestiones a resolver en una crisis matrimonial, se mantenga la controversia judicial

Como hemos manifestado los acuerdos que reúnan los requisitos de los contratos son obligatorios para las partes; pero lo interesante es que puedan adquirir fuerza ejecutiva. En este sentido, se pronuncia la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, al establecer que los Estados miembros deben garantizar que dichos acuerdos tengan esos efectos²⁰¹.

Así, en virtud de la Directiva, los acuerdos podrán alcanzar carácter ejecutivo a través de una sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. El texto comunitario otorga a los Estados miembros un amplio elenco de posibilidades para que puedan elegir por qué vía los acuerdos pueden alcanzar carácter ejecutivo.

Para que el acuerdo alcance fuerza ejecutiva ¿se efectuará un control de su contenido o sólo de su forma? En principio, puede parecer que el control es simplemente formal, puesto que en el texto de la Directiva no se dice nada al respecto;

contenciosa... El mediador no es un asesor legal, por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea. Esta es la razón por la que acuerdo de mediación y Convenio Regulador son cosas distintas. Aquél es mucho más amplio, puede que mucho más genérico o más específico, pero desde luego, no puede asimilarse su régimen jurídico al del convenio regulador.

Concurre, finalmente, la circunstancia, de que, al margen del referido acuerdo, las partes litigantes han procedido a la enajenación de los derechos que ambos, directa o indirectamente, poseían sobre la finca que constituía el objeto principal de la negociación, repartiéndose entre ambos el precio (502.500 € para cada uno de ellos), con conformidad de las dos partes, pese a lo cual y con cierta incoherencia, el recurrente invoca el motivo de recurso examinado.

En consecuencia con lo anterior, la decisión de la juez de primera instancia de no reconocer efectos al acuerdo de mediación, al considerarlo una mera declaración de intenciones de carácter precontractual, es plenamente acertada y compartida por la Sala, por lo que no es de apreciar el error en la apreciación de las pruebas que, con carácter general, invoca el recurrente.”

²⁰¹ Dicha directiva sólo regula la mediación transfronteriza, es decir, cuando las partes residen en distintos Estados miembros. El artículo 6 de la misma regula el carácter ejecutivo de los acuerdos, contemplando dos excepciones a dicha ejecutividad, así establece que “el contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.”

sin embargo, la citada norma contempla dos supuestos en los que el acuerdo no alcanzará fuerza ejecutiva lo que nos hace pensar que en la práctica habrá un control de fondo del acuerdo. Así la Directiva señala que no alcanzarán carácter ejecutivo los acuerdos que vulneren la legislación del Estado miembro donde se formule la solicitud de ejecutividad, o bien, que dicho Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. Por tanto, habrá un control del contenido del acuerdo.

A nivel comunitario, en materia de reconocimiento son de aplicación los artículos 32 y 34 del Reglamento 44/2001²⁰²; por lo tanto, los acuerdos logrados en un procedimiento de mediación podrán alcanzar carácter ejecutivo siguiendo el procedimiento establecido en tal Reglamento.

Sin embargo, la situación a nivel interno es distinta. La Directiva sólo es de aplicación a situaciones transfronterizas, por lo que no es de aplicación en el ámbito nacional. Las escasas referencias que hacen nuestras leyes a la mediación no se refieren al alcance del acuerdo; y en esta materia las Comunidades Autónomas regulan el acuerdo como un contrato, no pudiendo ir más allá debido a sus límites competenciales; por tanto, sería necesaria una ley de aplicación general que regulase el carácter ejecutivo de los acuerdos. Por otro lado, debemos tener en cuenta que la eficacia del acuerdo es una de las cuestiones claves para el desarrollo y fomento de la mediación.

Por tanto, con la regulación existente hasta la fecha el acuerdo de mediación se puede considerar como un contrato vinculante para las partes; pero no es oponible frente a terceros, y carece de fuerza ejecutiva. Sólo tras una homologación judicial, el acuerdo alcanzará dichas características²⁰³; pero la LEC no regula ningún mecanismo al respecto; por lo que para que un acuerdo alcance fuerza ejecutiva sólo nos queda acudir

²⁰² Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

²⁰³ Art. 517.2.3º LEC: “La resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones.”

al Notario y que el acuerdo de mediación obtenga dicha ejecutividad como documento público, posibilidad contenida en el art. 517.4 LEC.

En nuestra legislación, sólo aparece regulada la eficacia del acuerdo alcanzado tras la conciliación, así el art. 476 de la LEC 1881 establece que lo convenido por las partes tiene plena eficacia ejecutiva²⁰⁴.

El anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria contemplaba la homologación judicial del acuerdo²⁰⁵, texto que no entrará en vigor porque se paralizó su tramitación parlamentaria en la anterior legislatura.

En otros países, en los que se cuenta con mayor tradición en la práctica de la mediación se otorga carácter ejecutivo al acuerdo. Así, la Ley de Justicia Alternativa mexicana establece que el convenio trae aparejada ejecución²⁰⁶. En Francia el artículo 131-12 del Código de Procedimiento Civil establece que “a petición de las partes, el

²⁰⁴ Art. 476 LEC 1881 (en vigor en materia de jurisdicción voluntaria): “Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo Juez ante el que se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juez.”

²⁰⁵ Artículo 39: “1. Si durante la actividad mediadora las partes alcanzaren un acuerdo, total o parcial, se consignarán por escrito los términos del mismo, que firmarán aquéllas con el mediador; y se remitirá inmediatamente por éste al tribunal.

2. Recibido el acuerdo, el tribunal alzará la suspensión y, en todo caso, antes de resolver sobre la aprobación de dicho acuerdo, citará a las partes para que lo ratifiquen, con asistencia de sus letrados, ya intervengan preceptiva o voluntariamente; y dará además audiencia al Ministerio Fiscal cuando éste intervenga en el proceso.

3. Si el acuerdo alcanzado fuere sólo parcial, se procederá de igual manera y, una vez aprobado judicialmente, se dará a los autos el curso que corresponda para resolver sobre el objeto litigioso subsistente.”

²⁰⁶ Artículo 38 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal: “El convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del Director de Área de la materia de que se trate, con las formalidades que señala esta ley, será válido y exigible en sus términos.

El convenio traerá aparejada ejecución para su exigibilidad en vía de apremio ante los juzgados. La negativa del órgano jurisdiccional para su ejecución será causa de responsabilidad administrativa, excepto cuando el convenio adolezca de alguno de los requisitos señalados en el artículo 35 de la presente ley.”

tribunal homologará el acuerdo que éstas le sometan. Esta homologación tendrá la consideración de un acto de jurisdicción voluntaria”. En Portugal, el acuerdo debe ser homologado judicialmente²⁰⁷. En California, el acuerdo alcanzado por las partes debe ser homologado judicialmente²⁰⁸.

Una vez que hemos visto el panorama actual, consideramos que es necesario que al acuerdo de mediación se le otorgue carácter ejecutivo porque de lo contrario el acuerdo sólo tendrá efectos cuando reúna los requisitos exigidos por la teoría general de la contratación. No tiene sentido regular y fomentar la mediación si posteriormente no se otorga al acuerdo de auténtico valor jurídico.

A este respecto ÁLVAREZ SACRISTÁN propone que se modifique el Código Civil en el sentido de proporcionar a la mediación valor de acuerdo transaccional y una posterior modificación de la LEC para reconocer el valor ejecutivo del mismo²⁰⁹.

²⁰⁷ MARTÍN DIZ considera paradójico que se acuda a la homologación judicial para dotar fuerza ejecutiva al acuerdo. A este respecto señala que “Si pretendemos evitar la intervención judicial en el asunto, derivándolo hacia la mediación, tener que acudir a la sede judicial para conferirle un valor jurídico vinculante parece que es como una “vuelta atrás”. Si la apuesta por la mediación es decidida debe hacerse con todas las consecuencias, por ello me decanto por asignarle al mediador esta función.” MARTÍN DIZ, F., “Claves para el éxito de la mediación...”

²⁰⁸ En supuestos de familia interviene la *Family Conciliation Court*. El juez supervisa el procedimiento de mediación y posteriormente, homologa el acuerdo alcanzado por las partes.

²⁰⁹ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “Aproximación a la mediación prejudicial...”, “Sería posible ampliar el artículo 1809 CC añadiendo un párrafo que diga:

«La transacción, tendrá efectos de mediación civil y mercantil, cuando se realice voluntariamente como procedimiento alternativo para la solución de un conflicto entre particulares, se lleve a cabo con intervención de un tercero, y que éste reúna los requisitos legales y profesionales para su intervención.»

Esta propuesta llevaría aparejado una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 517, al que se añadiría:

«También llevan aparejada ejecución:

Los acuerdos en materia civil y mercantil establecidos por escrito entre personas privadas, a través de una mediación, en que intervenga como tercero un mediador que reúna los requisitos legales y personales para su formalización.» “

A nuestro juicio, el acuerdo debiera ser homologado por el mediador, que éste llevara a cabo un control de legalidad de los pactos alcanzados por las partes para comprobar que éste se ajusta a Derecho y una vez realizado dicho control que el acuerdo alcanzase fuerza ejecutiva. A su vez, regular la acción de revisión para anular los acuerdos cuando concurran los motivos que legalmente se establezcan.

Sin embargo, aunque nuestra opinión es la manifestada anteriormente creemos que tal y como se pretende regular la mediación en nuestro país es conveniente que el acuerdo logrado por las partes sea homologado judicialmente. El juez realizará un control de la legalidad de lo pactado por las partes y una vez homologado por éste, el acuerdo alcanzará carácter ejecutivo. Creemos necesario que haya un control judicial de lo pactado por las partes si el mediador no es un profesional del Derecho, puesto que de lo contrario creemos que no está garantizado el control de legalidad de los mismos.

No consideramos conveniente que un acuerdo pactado por las partes que es desarrollado en torno a una institución privada y que puede que no pase ningún control legal pueda adquirir el valor de una sentencia judicial.

Si todo lo anterior es válido en el ámbito del Derecho privado es evidente que es totalmente distinto en materia penal. Como hemos visto, en el ámbito privado no hay ningún inconveniente en que el acuerdo de mediación sea obligatorio para las partes aplicando la teoría general de los contratos, pero esto no es extensible al ámbito penal. En estos casos creemos conveniente que el juez tenga en cuenta en la sentencia la reparación del daño y por tanto, que se ha producido una mediación. En el tercer capítulo abordaremos con mucho más detalle este apartado señalando cómo puede tener virtualidad la mediación celebrada entre las partes.

4.7. Coste de la mediación

Es lógico pensar que la mediación genera un coste económico, y la cuestión que se plantea es ¿quién lo debe asumir?

El artículo 24 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva; y para garantizarlo el artículo 119 establece la justicia gratuita para los supuestos que determine la ley y siempre que se acredite la falta de recursos para litigar.

Nos podemos plantear si el procedimiento de mediación se beneficia de este derecho de asistencia jurídica gratuita. A nuestro juicio, la respuesta varía en función de si se configura la mediación como obligatoria o voluntaria.

Si la mediación se configura como un procedimiento obligatorio previo a la vía judicial, se debe reconocer la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones a las establecidas en la Ley de Asistencia jurídica gratuita. De lo contrario, se estaría limitando el acceso a la justicia, y por tanto, supondría una vulneración del artículo 24 CE; así, si una persona carece de recursos económicos y antes de acudir a la vía judicial se le obliga a someter la controversia a un procedimiento de mediación o cualquier otra vía extrajudicial de resolución de conflictos; el hecho de que no se le reconozca el derecho de asistencia jurídica gratuita en la vía extrajudicial le está vedando la posibilidad de acudir a la vía judicial.

Por tanto, si la mediación se configura como obligatoria se debe garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita para garantizar el artículo 24 de nuestra Constitución. Así, una persona tendrá derecho a dicha asistencia cuando acredite la falta de recursos económicos en virtud del artículo 3 de la Ley de Asistencia jurídica gratuita.

Sin embargo, la situación varía cuando la mediación se configura como un procedimiento voluntario. En este supuesto, el no reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita no supone una denegación del acceso a la justicia; y por

tanto, no hay por qué establecer la gratuidad. Aspecto distinto es que lo consideramos conveniente.

A pesar de esto, la mayoría de las leyes autonómicas de mediación familiar regulan la gratuidad en los mismos términos que los recogidos en la Ley de Asistencia jurídica, lo que supone un auténtico estímulo a favor de la mediación. Otras, como la ley castellano-manchega distingue si la mediación es prestada por los Servicios Sociales Especializados de Mediación Familiar será gratuita, mientras que la prestada por los Colegios Profesionales las partes deberán abonar dichos servicios²¹⁰.

Por tanto, si la mediación es voluntaria es decisión del legislador establecer o no su gratuidad. Sin embargo, puede resultar conveniente que se establezca en los mismos términos que el acceso gratuito a la justicia. De lo contrario, las personas con escasez de recursos no van a acudir a un procedimiento de mediación porque su controversia va a ser solucionada en un juicio en el que sí contarán con la asistencia jurídica gratuita, por tanto, no les va a ser económicamente rentable acudir a la mediación frente al proceso.

Algunas normas autonómicas han dictado órdenes para regular el coste económico de la mediación. En este sentido, lo han llevado a cabo Galicia²¹¹ y Canarias²¹². De este modo se regula quién asume los gastos de la mediación.

Así, por ejemplo, en el caso gallego se establece que cuando las partes tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita la Consejería de Igualdad y Bienestar deberá afrontar los honorarios del mediador, debiendo ser éste como máximo de 360 € si la mediación es total y de 180 € si es parcial. También contempla que dichas cantidades se reducirán a la mitad si sólo una de las partes tiene derecho a la asistencia jurídica,

²¹⁰ Artículo 9 de la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

²¹¹ Orden de 3 de junio de 2008 por la que se fijan las tarifas de la mediación familiar en Galicia.

²¹² Orden de 10 de marzo de 2008, por la que se establecen disposiciones de desarrollo de las actuaciones de mediación familiar y se fijan las tarifas de la mediación familiar en supuestos de gratuidad, regulados por Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar.

puesto que la otra parte en conflicto deberá hacer frente al resto. Por otro lado, si ninguna de las partes tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita, el coste de cada sesión no podrá exceder de 60 €

En algunos países, como en Inglaterra el hecho de que una de las partes no haya querido someterse a un procedimiento de mediación tiene consecuencias en cuanto a las costas procesales, puesto que éstas serán impuestas al que se negó a acudir a la mediación²¹³.

²¹³ CAMPO IZQUIERDO, A.L., “Mediación familiar. Estudio comparativo de la legislación nacional y autonómica”, *Actualidad civil*, Nº 14, 2010.

5. El mediador

El mediador es uno de los principales aspectos a tener en cuenta para que el procedimiento logre buenos resultados, siendo fundamental su actuación. Es una figura totalmente distinta a todas las personas que participan en el proceso, de ahí que consideremos de gran importancia centrarnos en su estudio, para examinar detenidamente en qué consiste su función en el procedimiento.

A continuación vamos a analizar su figura teniendo en cuenta que no hay ninguna regulación de dicha institución; aspecto que consideramos clave para dotarla de seguridad jurídica.

Analizaremos cuestiones tales como el concepto, requisitos, principios de actuación, sus funciones, así como su estatuto jurídico. Así como también prestaremos especial atención a si la mediación debe configurarse como un servicio público o privado.

5.1. Institución privada vs. pública

Otro aspecto importante en torno a la mediación es si ésta debe ser desarrollada por instituciones privadas o públicas. Así, por tanto se trata de determinar si la mediación se debe incardinar como un servicio público dependiente de la Administración o bien como un servicio privado, llevado a cabo por profesionales.

La Recomendación N° R (98) 1 sobre mediación familiar recoge esta doble posibilidad y deja en manos de los distintos Estados el que opten por un sistema u

otro²¹⁴. De este modo encontramos que han optado por enmarcarlo en el sector público, entre otros, Andorra, Noruega, Polonia y Alemania. Sin embargo, otros países como Inglaterra y Austria han optado por la otra posibilidad y lo han enmarcado dentro del sector privado.

A nivel interno encontramos diversidad de criterios, así algunas normas autonómicas configuran la mediación como un servicio público hasta el punto de que no es aplicable la ley a la mediación privada; sin embargo, otras normas configuran la mediación como un servicio privado. Siendo la tendencia mayoritaria configurar la mediación como una institución privada.

Optan por un sistema público País Vasco, Asturias y Madrid. Las Comunidades Autónomas que lo establecen con carácter privado son Cataluña, Galicia, Canarias, Castilla y León, Andalucía. Por otro lado, encontramos normas que reconocen ambas posibilidades, en este sentido se pronuncian las Islas Baleares y Castilla-La Mancha. Por último, encontramos algunas normas que le dan una naturaleza mixta, así el caso de Valencia que establece entidades públicas y los mediadores con carácter privado.

Si analizamos las legislaciones de otros países observamos que regulan de forma distinta la organización de los mediadores.

Así, en Argentina la mediación no está regulada como un servicio público, pero los mediadores deben estar inscritos en el Registro oficial encomendado al Ministerio de Justicia. Por otro lado, en Canadá la mediación se organiza como un servicio público.

A continuación, analizaremos cómo quedaría configurada en virtud de que se optase por un sistema público o privado o incluso un tercer modelo intermedio.

²¹⁴ “Los Estados son libres de organizar y poner en marcha la mediación de la forma que estimen apropiada, bien sea por la vía del sector público o del sector privado.”

5.1.1. Mediación como servicio público

La mediación se puede configurar como un servicio público. Parece lógico que si lo enmarcamos como servicio público se integre dentro del Ministerio de Justicia porque en última instancia, se trata de una institución para resolver conflictos que de otro modo serían resueltos por los Tribunales.

Consideramos conveniente que se configure como un órgano público para fomentar la mediación como complemento a la jurisdicción como método de resolución de conflictos. De este modo, se presenta al ciudadano como una posibilidad más de “hacer justicia” y resolver una controversia, frente al tradicional proceso.

A nuestro juicio, debiera enmarcarse como una institución pública para proporcionar más seguridad jurídica y garantizar una homogénea aplicación en los distintos territorios de nuestro país. Más si cabe, si los acuerdos logrados tienen valor ejecutivo.

De este modo existiría un control para el acceso al ejercicio de la mediación y se exigiría un sistema similar al de la oposición o bien por designación (como sucede con los peritos) para desempeñar la función mediadora. De este modo, se garantiza que los mediadores tengan una adecuada formación, puesto que han pasado los niveles de exigencia de la Administración.

5.1.2. Mediación como servicio privado

La segunda opción que se plantea en la forma de instaurar la mediación, es hacerlo a través de un modelo privado.

De este modo, el mediador sería un profesional liberal, al igual que lo es un abogado o un psicólogo, que dispondría de un despacho en el que desempeñaría la actividad mediadora.

Este modelo resultaría quizá más adecuado si al acuerdo alcanzado no alcanzase carácter ejecutivo, es decir, que tuviera meramente el valor de un contrato privado.

Las partes deciden acudir a la mediación para solucionar un conflicto y si llegan a un acuerdo (y éste reúne los requisitos establecidos al efecto en el Código Civil) será obligatorio para ellos. Sin embargo, consideramos “peligroso” que el acuerdo alcance fuerza ejecutiva en una mediación privada porque no pasa ningún tipo de control público. No creemos conveniente que de forma totalmente privada el acuerdo tenga los mismos efectos que una sentencia, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

El anteproyecto de ley parece configurar la mediación como un servicio privado, sin duda, opta por un sistema que es mucho más económico para las arcas públicas que la configuración de una mediación pública.

5.1.3. Modelo intermedio

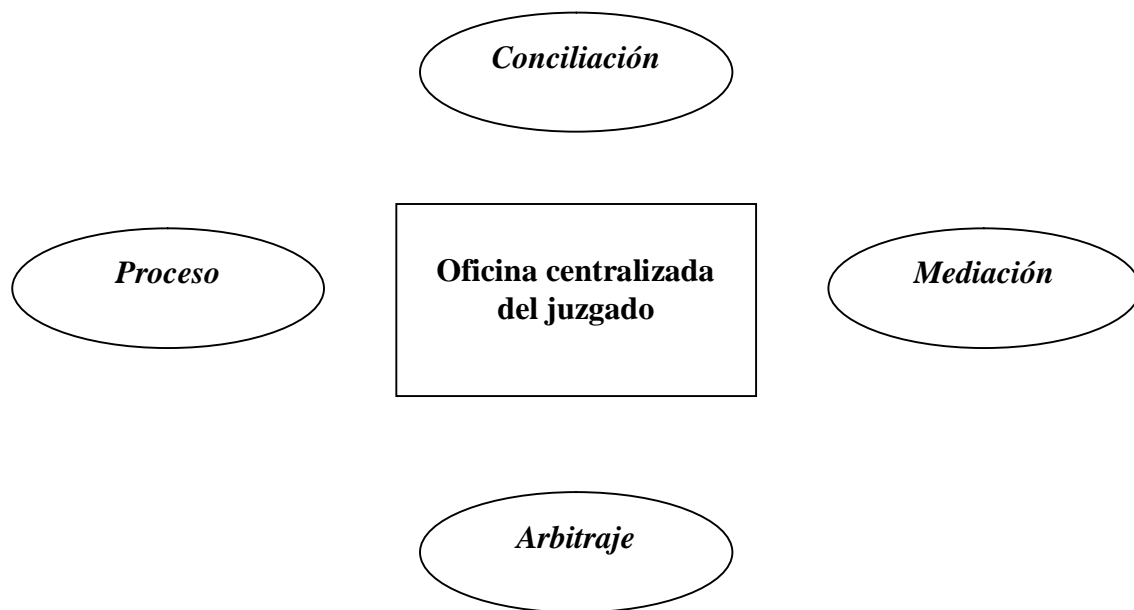
Otra posibilidad es configurar un modelo intermedio entre un servicio público y uno privado, equiparable con la figura del Notario. Tal y como establece el art. 1 del Reglamento Notarial, el notario es un funcionario público y un profesional del Derecho.

Por tanto, podría reconocerse al mediador un status similar al del notario, la razón no sería tanto de fe pública, sino de garantías. De este modo se evitarían los riesgos existentes al ser el mediador un profesional exclusivamente privado.

5.1.4. Tribunales Multipuertas

Junto a las dos opciones planteadas, cabe la posibilidad de implantar en nuestro sistema judicial lo que se denomina Tribunal Multipuertas (*mutidoor courthouse*). Debemos este término a Frank Sander, profesor de la Universidad de Harvard, que en 1976 ofreció un enfoque novedoso en la administración de justicia, al ofrecer varios caminos para resolver conflictos en la propia sede judicial; de ahí su frase “un foro para cada conflicto”.

De este modo, la persona se encuentra, con las siguientes posibilidades: conciliación, mediación, arbitraje o proceso. El esquema, sería el siguiente:



Quizá de este modo consiguiéramos canalizar los conflictos a través del mejor conducto. Así, podríamos conseguir que en el proceso se debatiesen los conflictos más graves, con más enjundia jurídica o los que sería imposible que las partes resolvieran por sí mismas.

¿Cómo funcionaría este sistema?

En los propios Tribunales de Justicia se debiera situar una Oficina centralizada a la que llegase el ciudadano al acceder a los Tribunales. De este modo, su primer contacto con ellos sería esta oficina en la que recibiría información de las distintas vías para solucionar su litigio.

Se pretende que en la sede judicial se encuentre una oficina con personal cualificado que estudien los casos presentados y aconsejen a las partes cuál es la mejor vía para solucionar el conflicto. El personal, atendiendo a la naturaleza del conflicto, informaría a las partes de las opciones que posee para intentar poner fin al mismo, así como le indicaría el mejor método para hacerlo. Sería conveniente que se le informase también de los motivos por los que dicho personal considera que el método propuesto es el mejor, de modo que el ciudadano viese razones de fondo y no apreciara que se le intenta evadir del proceso por unas u otras razones.

Una vez que el personal ha determinado qué método resulta más idóneo para resolver el conflicto, la parte es la que debe tomar la decisión de si acepta este método o bien, prefiere otro.

En caso, por ejemplo, de que a la parte se le haya aconsejado acudir a la mediación y ésta lo acepte, se debiera comunicar a la otra parte en litigio y se la debiera convocar a la sede judicial donde allí mismo recibiera información de dicho método (sería por tanto, una sesión informativa) y que mostrara su consentimiento o no a intentar poner fin a la controversia a través de la mediación. En caso de que aceptase, las partes acudirían a la mediación; si dicha parte no quisiera acudir a un método autocompositivo, pues se podría acudir a la vía judicial. Recordemos que la mediación debe ser consentida por ambas partes, por tanto, si una quiere y la otra no, no se puede canalizar el conflicto a través de ella, por lo que habrá que acudir al proceso.

Evidentemente, nuestro sistema judicial nunca ha concebido la administración de la justicia de este modo, pero quizá sería oportuno introducir este mecanismo a modo de

experiencia piloto, para en el caso de que el mismo funcione se vaya instaurando con carácter general. De hecho, no supone desquebrajar el sistema, sino simplemente facilitar al ciudadano el conocimiento de las vías con las que actualmente cuenta para resolver un conflicto, que reciba información sobre cuál es la más óptima y éste decida. No tiene por qué cambiar nada, simplemente se trata de presentar al ciudadano las distintas opciones y que esté se incline por aquella que considere que se ajusta más a sus necesidades y que le va a ofrecer una situación más satisfactoria.

5.2. Concepto de mediador

Podemos señalar que el mediador es un tercero, neutral e imparcial, que asiste a las partes en la búsqueda de soluciones al conflicto que las separa²¹⁵.

PERDIGUERO BAUTISTA indica que “el mediador propone una solución que podrá ser aceptada o no por las partes, aceptación facultativa ésta que lo distingue del arbitraje en que el laudo se impone a la voluntad de las partes”²¹⁶.

En este mismo sentido se pronuncia MONTERO AROCA, al establecer que “el mediador, además de aproximar a las partes, debe hacer propuestas concretas de solución que aquéllas pueden o no aceptar”²¹⁷.

La norma gallega sobre mediación familiar establece que los mediadores serán expertos en actuaciones psico-sociales “para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja”.

²¹⁵ Vid. PEÑASCO VELASCO, R., “El mediador familiar en el Derecho Civil contemporáneo”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil* nº 50, año 2003, p.5.

²¹⁶ PERDIGUERO BAUTISTA, E., “Mediación, Conciliación y Arbitraje en el Derecho Laboral”, en *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

²¹⁷ MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª edición, Madrid, 1979, p. 92.

La función del mediador no debe ir más allá de la proposición de acuerdos, pero nunca la de imposición de soluciones. Consideramos que deben ser las partes las que tengan la facultad de lograr acuerdos en sus conflictos, con la ayuda del mediador; pero no con la imposición de su criterio.

Cuestión distinta es que el mediador adquiera en el procedimiento un papel activo, ayudando a las partes, exponiéndoles distintos pareceres, abriéndoles distintos puntos de vista, pero siempre dejándoles a éstas la facultad de resolución del conflicto. Si consideramos como virtud de la mediación el hecho de que las partes alcancen sus propios acuerdos porque es más factible que éstos se ejecuten y finalmente es el mediador el que los adopta, está perdiendo virtualidad y sentido la mediación, aproximándose a la solución impuesta por el juez.

En este sentido se manifiesta ROSS al indicar que “la tarea del mediador consiste en encontrar una solución aceptable para ambas partes, en lugar de determinar lo que es justo o injusto de la cuestión.”²¹⁸

Por tanto, es fundamental determinar la figura del mediador para delimitar la mediación y no confundirla con otros métodos resolutivos de conflictos; y por otro lado, consideramos necesario dotar a dicha profesión de un estatuto jurídico, en el que se reconozcan sus derechos y obligaciones para dar seguridad jurídica y favorecer la aplicación práctica de la mediación.

5.3. Requisitos

A continuación, vamos a analizar los requisitos que consideramos que debe reunir el mediador y posteriormente, estableceremos una propuesta de regulación de dicha institución.

²¹⁸ ROSS, W., “Solución de conflictos laborales”, en *Enciclopedia de las Ciencias Sociales*, Madrid, 1977, Tomo X, p. 429.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva relativa a la mediación²¹⁹ establece como requisitos mínimos que debe reunir el mediador, los siguientes: la titulación académica y formación en materias objeto de la mediación, independencia e imparcialidad en relación con las partes litigantes y transparencia y responsabilidad en sus actuaciones.

Partiendo de dicho Dictamen, vamos a exponer los requisitos²²⁰, que a nuestro juicio, debe reunir un mediador:

a. Ha de ser una persona física

El mediador, dada la naturaleza de su función, debe ser una persona física. Su función en el procedimiento es asesorar a las partes, ayudarles a acercar posturas; y tal labor sólo puede ser desempeñada por una persona física.

Así, el anteproyecto de ley indica que “podrán ejercer funciones de mediador las personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidades”²²¹.

Otra cosa es que esta función se desarrolle en torno a una institución jurídica²²². De hecho es habitual que la mediación se despliegue en torno a instituciones, tanto de

²¹⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles COM (2004) 718 final 2004/0251 (COD). DOUE de 17 de noviembre de 2005.

²²⁰ SERRANO, G., LOPES, C., RODRÍGUEZ, D., y MIRÓN, L., “Características de los mediadores y éxito de la mediación”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 16, 2006, pp. 75-88, contemplan las siguientes características del mediador: “imparcialidad, credibilidad, formación profesional, simpatía, firmeza, actitud conciliadora, comprensión, manifestación de satisfacción, control de expresiones hostiles entre las partes, intentos de crear confianza, capacidad de sugerir, ejercicio de presión, clarificación de asuntos importantes.” p. 80.

²²¹ Art. 14 del Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

²²² Al igual que sucede con abogados y bufetes; el que ejerce la defensa es el abogado, independientemente de que éste pertenezca a un bufete.

carácter público, como privado. Así, por ejemplo la Ley de mediación de Castilla-La Mancha configura la mediación como un Servicio Social, e indica que la mediación podrá ser desempeñada por las Administraciones Públicas, las entidades públicas o privadas que se inscriban en el Registro y por personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión. Pues bien, en los dos primeros supuestos la mediación también será desarrollada por personas físicas, aspecto distinto es que se enmarquen dentro de la Administración o en una entidad pública o privada. Siendo ésta una cuestión de organización.

Así, el anteproyecto de ley establece la posibilidad de que la mediación se configure en torno a instituciones²²³.

b. Debe tener una determinada formación

Este es uno de los aspectos más controvertidos en torno a la regulación de la figura del mediador y a nuestro juicio, de las que adquieren mayor importancia.

²²³ Art. 5. “Las instituciones de mediación

1. Tienen la consideración de instituciones de mediación aquellas entidades, tanto de carácter público como de carácter privado, que tengan como fin la mediación, facilitando su acceso y organización, incluida la designación de mediadores. En todo caso estas instituciones garantizarán la transparencia en la designación de mediadores y asumirán la responsabilidad de su actuación. Si estas entidades tuvieran también como fin el arbitraje garantizarán la independencia entre ambas actividades.
2. Los poderes públicos velarán porque las instituciones de mediación que actúen en sus respectivos ámbitos respeten los principios de la mediación establecidos en esta ley, así como por la buena actuación de los mediadores inscritos en sus registros, en la forma que establezcan sus normas reguladoras.
3. Las instituciones de mediación implantarán sistemas de mediación por medios electrónicos, en especial para aquellas controversias que consistan en reclamaciones dinerarias.
4. Las instituciones de mediación, con independencia de la normativa autonómica que les resulte de aplicación, estarán inscritas en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación.”

Varias profesiones están pugnando por el ejercicio de la mediación; al fin y al cabo, dada la ausencia de regulación, la mediación se presenta como un caramelo que varios sectores quieren para sí. Sin embargo, lo determinante será quién realmente está preparado para ejercer como tal, porque del desempeño correcto de la función del mediador puede depender en parte, que la mediación tenga éxito.

Si observamos las distintas leyes vemos que aplican criterios muy diversos; así algunas Comunidades Autónomas establecen un listado de Licenciaturas o Diplomaturas que dan acceso a ejercer como mediador; otras sin embargo, determinan que cualquier título superior o de grado medio es válido para desempeñar dicha función.

Esta diversidad de criterios nos hace plantearnos qué formación debe reunir un mediador para desempeñar su función. En nuestra opinión, sería conveniente una formación específica en mediación.

En primer lugar, es indiscutible que el mediador posea conocimientos jurídicos, puesto que no olvidemos que en mediación se disciernen conflictos con trascendencia jurídica. Pero, además, esta exigencia es aún más necesaria si la mediación se configura tal y como se prevé en el anteproyecto de ley. El art. 28.4 del mismo establece que el acuerdo de mediación produzca efectos de cosa juzgada²²⁴; por tanto, consideramos absolutamente necesario que el mediador sea un Licenciado en Derecho, puesto que es imprescindible que se trate de un profesional con conocimientos jurídicos. De lo contrario, se podría llegar a validar un acuerdo de mediación, y por tanto, que adquiriese valor ejecutivo, siendo contrario a Derecho. El citado artículo en su párrafo tercero²²⁵ indica que el mediador comprobará que lo pactado por las partes se ajusta a Derecho,

²²⁴ Art. 28.4: “El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes y frente a él sólo cabrá solicitar la anulación o la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.”

²²⁵ Art. 28.3: “El mediador comprobará su adecuación a lo pactado por las partes en el acta final y su conformidad con el ordenamiento jurídico, procediendo, en su caso, a su firma en presencia de las partes o sus representantes... Este acuerdo tendrá el valor de título ejecutivo.”

pero si el mediador no posee conocimientos jurídicos ¿cómo va a llevar a cabo dicha comprobación?

De este razonamiento concluimos que es necesario que el mediador sea un Licenciado en Derecho (en el futuro inmediato, Graduado en Derecho), y que una vez finalizados sus estudios realice un curso o postgrado oficial específico sobre mediación. Consideramos que esta formación es la más adecuada para el correcto desarrollo de la mediación²²⁶. Así, por ejemplo en Portugal es requisito para ejercer como mediador familiar haber realizado un curso de mediación familiar reconocido por el Ministerio de Justicia y el mismo requisito se establece para ejercer como mediador penal, siendo el curso recibido sobre dicha materia.

No obstante, la mayoría de normas sobre mediación familiar, así como el anteproyecto de ley son mucho más permisivas que el criterio aquí defendido, estableciendo múltiples estudios universitarios que den acceso al ejercicio como mediador.

Así, a lo largo de dichas normas encontramos que, entre unas y otras, se habilitan a los Licenciados en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, o Diplomados en Educación Social, Trabajo Social o Graduado Social

Incluso encontramos cláusulas que establecen que cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario y por último en otras normas se establece como requisito formativo estar en posesión de un título universitario de grado superior o medio con validez en territorio español.

²²⁶ En este sentido, LANDETE CASA, J., “Aspectos generales sobre la mediación y el mediador”, *Revista de Práctica Jurídica*, n° 2, mayo-agosto 1999, pone de manifiesto que “Si se opta por un modelo que mediación obligatoria, el Estado debería crear un Cuerpo Nacional de Mediadores o un Colegio Profesional en el cual, incluso con un sistema de acceso por oposición, sólo tendrían cabida los licenciados en Derecho en que vayan a ejercer.”

En este último sentido, se pronuncia el anteproyecto de ley sobre mediación, lo que consideramos totalmente incoherente con el valor que el mismo pretende dar al acuerdo. De ahí, que aún sin entrar en vigor la ley, desgraciadamente no le vaticinemos un buen futuro.

Observamos, por tanto, que es muy amplio el elenco formativo que da acceso a la función de mediador, y creemos que con las mismas no se garantiza que los acuerdos sean conforme a Derecho. Evidentemente, esta falta de conocimientos legales se podría suplir con la comediación, estando ayudado el mediador con otro profesional que si posea conocimientos jurídicos. Pero, sin embargo, de una u otra forma consideramos que es necesario que en toda mediación haya un profesional del Derecho.

Sin embargo, para la Audiencia Provincial de Guipúzcoa el mediador debe ser un psicólogo, lo que se desprende de la siguiente afirmación: "Se aconseja igualmente que los padres realicen una mediación familiar con un psicólogo a fin que puedan acordar adecuadamente los pasos a realizar con respecto al menor de forma conjunta sin que las heridas no cerradas en su anterior relación de pareja interfiera en ello."²²⁷

El Consejo de Abogacía Gallega interpuso un recurso de casación al entender que dar entrada a otras profesiones para ejercer como mediador suponía una intromisión en su ámbito profesional. Sobre este punto, el Tribunal Supremo ha manifestado que no hay tal intromisión porque el campo de actuación de la mediación tal y como se concibe en el Decreto recurrido no es estrictamente jurídico²²⁸. Profundizaremos en esta cuestión en el apartado dedicado al análisis de la mediación en el ámbito autonómico.

Por otro lado, también nos podemos plantear la posibilidad de que hubiese una formación específica en mediación²²⁹; esto es, una Licenciatura o Diplomatura

²²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia de 13 de octubre de 2008, rec. 3190/2008.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 junio de 2008, rec. 2693/2005.

²²⁹ En este sentido se pronuncia LUQUIN BERGARECHE al indicar que "La figura del mediador familiar debería, en este sentido, erigirse en profesión autónoma dotada de un estatuto propio y

específica sobre mediación; porque al fin y al cabo, la función del mediador es distinta a la de un abogado, o cualquier otro jurista y también, lo es a la de un psicólogo, trabajador social... Por tanto, si atendemos a que la función es mediador es distinta a la ejercida por los abogados, psicólogos, trabajadores sociales... y por otro lado, que la formación académica de cada uno de estos profesionales por sí sola no es suficiente para ejercer como mediador; quizá lo más adecuado fuera el reconocimiento de una formación específica sobre mediación; bien a través de una Licenciatura o Diplomatura propia o a través de un Postgrado específico profesionalizante.

Así, por ejemplo en Francia, desde el Ministerio de Justicia se impulsó por la creación del Consejo Nacional Consultivo de Mediación Familiar, que se ha ocupado, entre otras cosas, de fomentar la profesionalización del mediador. Dicho Consejo propuso la creación de un Diploma nacional de mediador familiar²³⁰ que recoge la formación que el mediador debe reunir; de este modo se apuesta por una formación específica sobre mediación.

Algunos autores manifiestan que el acceso al ejercicio como mediador debiera ser parecido al acceso a la carrera judicial mediante la superación de pruebas de habilitación²³¹.

encuadrada en el seno de asociaciones profesionales independientes, desvinculadas, en lo posible, de otras profesiones y colegios profesionales interesados en desarrollar programas de mediación familiar. En este sentido, exigir para el acceso a la profesión de mediador en el ámbito de las leyes ciertos años de colegiación previa como abogados, psicólogos, trabajadores sociales, etc., no parece acertado, pues no se favorece, más bien al contrario, la mediación como técnica eficaz desarrollada por profesionales cualificados formados a tal fin. LUQUIN BERGARECHE, R., “Acerca de la necesidad de una Ley estatal de mediación en España”, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 3/2006 (Artículo), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

²³⁰ Dicho título ha sido creado a través del Decreto núm. 2003-1166, de 3 de diciembre de 2003; diploma que otorga el Ministerio de Empleo y Solidaridad.

²³¹ En este sentido, LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, mantiene que “podría considerarse la posibilidad de que fuera el mismo CGPJ el que realizara, de forma paralela y análoga a lo que sucede con Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales, ciertas pruebas de habilitación teórica y práctica de mediadores-as familiares adscritos a los juzgados, en aras de la implantación de servicios de mediación

En Portugal, la mediación es desempeñada por profesionales elegidos por el Ministerio de Justicia²³².

En otros Estados, como por ejemplo, en el estado mexicano de Veracruz se establece como requisito para ejercer como mediador poseer la licenciatura en Derecho²³³.

Por último, indicar que el Foro Europeo de Estándares de Formación en Mediación Familiar, que está compuesto por unas 60 asociaciones de ocho países europeos (entre los que se incluye el nuestro), establece como requisitos mínimos para ejercer como mediador familiar 180 horas de formación teórica y práctica. En dicha formación se incluyen nociones jurídicas básicas, conocimientos fiscales, técnicas de empatía y psicología básica. Pero no debemos olvidar que no tiene carácter preceptivo y que además se limita a la regulación de la formación mínima del mediador familiar.

En este punto, sería conveniente una regulación de dicha institución principalmente por dos razones. En primer lugar, por dar uniformidad de aplicación a todo el territorio nacional de modo que un mediador lo pueda ser en toda nuestra geografía y en segundo lugar, por la conveniencia de que dicha figura esté dotada de un estatuto jurídico que regule su actuación.

profesionales ágiles, desburocratizados e independientes, libres de las sospechas de condicionamiento por intereses políticos, económicos y presiones de tipo corporativo.”, p. 317

²³² <http://www.mj.gov.pt/sections/justica-e-tribunais/resolucao-alternativa-de/mediacao-teste>

²³³ Art. 11.III de la Ley núm. 256 de medios alternativos para la solución de conflictos para el Estado libre y soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave.

5.4. Principios de actuación

Anteriormente, hemos hecho hincapié en los principios que deben presidir la mediación, pero independientemente de éstos también encontramos otros a los que debe someterse específicamente el mediador.

La actuación del mediador debe estar presidida tanto por el principio de imparcialidad, como por el de neutralidad²³⁴; así como por el de confidencialidad.

a) Neutralidad

El principio de neutralidad supone que el poder de decisión lo tienen las partes, debiendo abstenerse el mediador de imponer acuerdos. Este principio obliga al mediador a garantizar la igualdad de las partes en el procedimiento y a que sean éstas las que alcancen los acuerdos.

b) Imparcialidad

El principio de imparcialidad, que es característico del proceso, también se ha extendido a la mediación²³⁵. Pudiéndolo encontrar en todas las normas que regulan la

²³⁴ La Recomendación N° R (98) 1 del Comité de Ministros sobre la mediación familiar considera fundamentales estos dos principios. Indicando que el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes; y es neutral respecto al resultado del proceso de mediación.

²³⁵ REQUENA, M., “La mediación familiar en el ámbito del Consejo de Europa”, *Anuario de Psicología Jurídica*, volumen 9, 1999, indica que “la imparcialidad del mediador supone que éste no toma partido y que no favorece a ninguna de las partes en detrimento de la otra. La neutralidad del mediador supone que éste no impone ninguna solución a las partes y que no las incita a concluir un acuerdo determinado (son las partes las que deciden qué acuerdos concluir y el papel del mediador es el de facilitar el proceso). En realidad, el principio de imparcialidad se aplicaría al mediador mismo y se refiere a su actitud respecto a las partes, mientras que la neutralidad aparece más asociada al proceso de mediación que al mediador mismo.”, p. 181.

mediación, tanto a nivel comunitario, como interno. ¿Cuál es la razón de que un principio esencialmente jurisdiccional aparezca en la regulación de la mediación, que no es un proceso? En realidad, es un principio intrínseco a cualquier medio heterónimo de resolución de conflictos, la cuestión está en determinar por qué debe estar en un procedimiento de autocomposición.

La imparcialidad es un mecanismo para garantizar la objetividad en el proceso y es conveniente que la mediación esté presidida por dicho principio. Por medio de la mediación las partes van a llegar acuerdos que luego van a aplicar a su esfera personal, por lo que es fundamental que en la consecución de esos acuerdos el mediador haya sido imparcial, no pudiendo influir o dirigir a alguna de las partes hacia la consecución de soluciones conforme a su criterio personal, ni imponer soluciones, ni tampoco debe tener interés en la causa.

La mediación no es un proceso, pero se pretende lograr un resultado similar al de una sentencia; en el sentido de obtener un conjunto de pronunciamientos por ejemplo sobre las relaciones personales de las partes (guarda y custodia de los hijos, alimentos, derecho de visitas...), por lo que es importante que en la consecución de los mismos el mediador haya sido un tercero imparcial, para que los acuerdos logrados no estén viciados y alguna de las partes no los entienda como suyos, y por tanto, no los cumpla.

De este modo, por ejemplo, si el mediador ha actuado como abogado de una de las partes en otro procedimiento, no debiera intervenir en la mediación.

La LOPJ en su artículo 217 establece que “El juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse.” La cuestión que se puede plantear es si son aplicables las causas de abstención y recusación contenidas en el art. 219 LOPJ a los mediadores; a este aspecto intentaremos dar contestación en las siguientes líneas.

El juez y el mediador son dos instituciones distintas, siendo diferente su naturaleza y su función; por lo que no podemos mantener que el régimen jurídico aplicable al juez lo sea por analogía al mediador.

Sin embargo, debemos analizar cuál es el sentido de dichas instituciones, y así la profesora CALVO SÁNCHEZ sostiene que “la abstención, al igual que la recusación, constituye un instrumento procesal a través del cual el ordenamiento jurídico, en este caso el proceso, trata de garantizar un derecho fundamental que conforme una de las características básicas de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, cual es la imparcialidad.” Por tanto, la abstención y la recusación se configuran como un mecanismo para garantizar la imparcialidad en el proceso, configurado como un derecho fundamental que, si bien el TC encuadraba en un principio en el derecho constitucional al juez predeterminado por la ley²³⁶, actualmente considera que es una manifestación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías²³⁷ (contenido por tanto, en el art. 24.2 CE).

Si entendemos que la finalidad de la abstención y de la recusación es garantizar la imparcialidad, sería conveniente su aplicación a la figura del mediador; puesto que uno de los principios básicos que debe presidir el procedimiento de mediación es la imparcialidad.

Por tanto, al mediador se le debieran aplicar las causas de abstención, o en su caso otorgar el derecho a las partes de recusarle. La siguiente cuestión que se plantea es determinar cuáles son dichas causas de abstención, o en su caso, de recusación. En este sentido, podrían ser de aplicación algunas de las causas contenidas en la LOPJ²³⁸.

²³⁶ STC 47/1982, de 12 de julio.

²³⁷ STC 145/1988, de 12 de julio.

²³⁸ Art. 219 LOPJ:

1. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.
2. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

Sin embargo, determinadas causas no podrían ser aplicables, en particular consideramos que las siguientes:

- a) Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia. Evidentemente esta causa se circunscribe exclusivamente al ámbito de jueces y tribunales, por lo que no es de aplicación al mediador.
- b) En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1ª a 9ª, 12ª, 13ª y 15ª de este artículo. Esta causa requiere que una de las partes sea la

-
3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.
 4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiere terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.
 5. Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.
 6. Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.
 7. Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.
 8. Tener pleito pendiente con alguna de éstas.
 9. Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.
 10. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.
 11. Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.
 12. Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercicio profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.
 13. Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.

Administración pública, sin embargo, en los supuestos de mediación familiar nunca se puede dar este supuesto.

- c) El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso. Esta causa no se puede extender a los supuestos de mediación. El mediador, dada su condición, no ha podido dictar resolución, ni cualquier otra actividad en un proceso.

Por tanto, si concurriese alguna de las causas citadas el mediador debería abstenerse de intervenir en el asunto, y si no lo hiciera las partes tendrían el derecho a recusarle para apartarle del procedimiento, y así lograr la pretendida imparcialidad. Cuestión ésta que sería necesario regular por una norma de carácter general para establecer los supuestos en los que cabe llevar a cabo la recusación y el procedimiento a seguir. De lo contrario, nos encontramos, como a continuación veremos, con una diferente regulación de dicha institución y que en la práctica puede acarrear una importante diferencia de aplicación entre las distintas CCAA.

En este sentido, la enmienda del grupo parlamentario popular en el Senado al Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria²³⁹, establecía que “el mediador debe ser neutral e imparcial, siéndole de aplicación las causas de abstención y recusación de Jueces y Magistrados previstas en la legislación procesal”. De este modo se intentaba dar una solución unitaria, aunque hay que tener presente, como ya hemos indicado, que no todas las causas de abstención y recusación podrían ser extensibles a los mediadores.

El anteproyecto de ley no opta por la opción presentada por el grupo popular sino que establece la obligación del mediador de revelar cualquier circunstancia que pueda

²³⁹Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 11 de junio de 2007, Núm. 109-26.

http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/maestro/index_A_109-26.html

afectar su imparcialidad²⁴⁰, a la vez que establece dichas circunstancias, que son las siguientes:

- Todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes.
- Cualquier interés directo o indirecto, en el resultado de la mediación.
- Que el mediador, o un miembro de su empresa, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En estos tres motivos se podrían integrar todas las posibles causas que condicionasen la imparcialidad del mediador.

A continuación, se establece que el mediador podrá continuar con el procedimiento si considera que a pesar de la causa puede ser imparcial y siempre y cuando las partes lo consientan.

Dicha regulación ha sido extraída del Código de Conducta de Conducta Europeo para Mediadores²⁴¹, puesto que tanto el principio como las causas aparecen reflejadas en el mismo sentido.

²⁴⁰ Art. 16.3 Anteproyecto de ley sobre mediación.

²⁴¹ Art. 2.1. Independencia y neutralidad

Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador debe revelar toda circunstancia que pueda afectar a su independencia o suponer un conflicto de intereses. Esta obligación persistirá a lo largo de todo el proceso.

Tales circunstancias son:

- todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes.
- cualquier interés financiero u otro, directo o indirecto, en el resultado de la mediación, o
- que el mediador, o un miembro de su empresa, hubieren actuado para una de las partes en cualquier cometido, con excepción de la mediación.

En estos casos el mediador sólo puede aceptar o continuar la mediación a condición de estar seguro de poderla realizar con total independencia y neutralidad para garantizar la completa imparcialidad y siempre que las partes lo consientan explícitamente.”

c) Confidencialidad

Además de los citados principios el mediador deberá guardar silencio de todo lo acaecido durante el procedimiento. Las partes depositan su confianza en el mediador, durante la sesiones pueden tratarse temas referentes a los aspectos más íntimos de la vida de las personas que allí acuden y, lógicamente, éstas no depositarían su confianza en un tercero si no hubiese garantías de que lo dicho durante la mediación vaya a quedar entre ellos.

De hecho, el principio de confidencialidad está reconocido en todos los textos comunitarios que hacen alusión a la mediación; así como en todas las legislaciones sobre mediación de las distintas Comunidades Autónomas; estableciéndose como infracción grave o muy grave su vulneración.

Pero como ningún principio es absoluto, en determinados supuestos debe ceder en la mediación. En cuanto a las excepciones a este principio, son adecuadas las recogidas en la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que contempla los siguientes²⁴²:

- Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público.
- Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

A estas dos causas el anteproyecto de ley incluye otros dos nuevos motivos que suponen una excepción al principio de confidencialidad. Éstos son los siguientes:

- Cuando las partes de manera expresa acuerden otra cosa en el acta inicial.
- Cuando así lo establezca la legislación procesal.

²⁴² Artículo 7 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En cuanto a las manifestaciones del principio de confidencialidad en las numerosas leyes autonómicas de mediación familiar algunas de esas merecen especial atención.

Así, la norma gallega establece como excepción al deber de confidencialidad que el Juez o el Ministerio Fiscal requiera información sobre el procedimiento de mediación²⁴³. Pero el hecho de que las partes sepan que lo sucedido en las sesiones puede ser conocido por el Juez o el Ministerio Fiscal puede dificultar la confianza que las partes deben depositar en el procedimiento y por tanto, obstaculizar que se desarrolle de la forma más efectiva.

La norma valenciana configura la confidencialidad como un deber del mediador de no desvelar los hechos conocidos en el curso de la mediación, y dicha reserva alcanza al supuesto de que el mediador sea citado como testigo. Sin embargo, nada se dice del supuesto de que el mediador sea citado como perito, por lo que en principio y si atendemos a la letra de la ley este deber no afecta al perito²⁴⁴. Y por otro lado, el consentimiento de las partes permite que el mediador pueda acudir como testigo en el proceso judicial.

Algunas leyes autonómicas recogen con carácter general el principio de confidencialidad sin establecer límites, ni excepciones. Por tanto, nos podemos encontrar que un mediador que ponga en conocimiento de las autoridades competentes que la mujer que está acudiendo a mediación es víctima de malos tratos vulnera este deber y de no hacerlo, aparte del reproche moral que se le puede realizar, violaría la

²⁴³ Artículo 13: “Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los siguientes supuestos:

- a) La información relativa a un procedimiento de mediación en curso requerida por el Juez.
- b) Toda información requerida por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.
- c) La consulta de datos personalizados para fines estadísticos.”

²⁴⁴ Artículo 9: “Dicha reserva alcanzará también al supuesto de que la persona mediadora fuera citada como testigo, si las partes han renunciado previamente al derecho de proponer lo tratado en la mediación en una prueba testifical.”

obligación de comunicar la comisión de un hecho delictivo contenida en el artículo 262 LECr²⁴⁵.

La mayoría de las normas autonómicas recogen excepciones al principio de confidencialidad. Sin embargo, consideramos necesario que una norma con carácter general recogiese este deber y las excepciones al mismo. Por otro lado, la regulación de este principio requiere una modificación de la LECrim. puesto que en la misma no se contempla al mediador como una de las personas que están dispensadas de la obligación de declarar, por tanto, nos podríamos encontrar ante la situación de que un juez llamase a un mediador a declarar a un proceso, y éste no tendría base legal para negarse a testificar; por tanto es necesaria una regulación en este sentido; y hasta que ésta llega, será el buen hacer del juez el que determine que no debe llamarles al proceso.

5.5. Funciones

A lo largo del trabajo hemos manifestado en reiteradas ocasiones que las partes son las auténticas protagonistas de un procedimiento de mediación, que son ellas las que deben resolver el conflicto. Sin embargo, esto no quiere decir que el mediador adquiera un papel pasivo en el desarrollo de la mediación.

El mediador no tiene capacidad decisoria, no debe imponer soluciones. Su función es ayudar, asistir, orientar, acercar las posturas de las partes; para que sean éstas las que logren o no poner solución al conflicto que las separa²⁴⁶.

²⁴⁵ Artículo 262: “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuviere noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.”

²⁴⁶ 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*, nº 40, pp. 31-54. Así, determina que el papel del mediador en los procedimientos de mediación familiar relativos a la separación o divorcio es el siguiente: “fortalecer el

El mediador no es un juez, no juzga a las partes; no es un abogado, no las defiende, tampoco es un procurador, por lo que no las representa. Ocupa, por tanto, una función totalmente distinta a las personas que tradicionalmente forman parte de un proceso. Tampoco debemos confundir sus funciones con las de un terapeuta, que intenta abordar el problema desde una vertiente emocional.

El mediador debe encargarse de dirigir el procedimiento, dar la palabra a unos y otros, guardar que se respete el turno de palabra, calmar los ánimos cuando éstos se exaltan, cuidar que las partes se mantengan el respeto y no se produzcan insultos, debe facilitar la comunicación y comprensión entre ellas, así como informarles que es necesario velar por los intereses de los menores e incapacitados, también deberá poner en conocimiento de las partes si algún punto o acuerdo que pretendan alcanzar contraviene la legislación²⁴⁷.

El mediador debe fomentar que las partes escuchen la posición del otro, a exponer sus opiniones sin provocar a la otra parte. Debe hacerles ver los puntos que tienen en común, intentar que las partes abandonen sus rígidas posiciones y flexibilicen su punto de vista en aras de lograr un acuerdo.

El CGPJ recoge un listado de mensajes que el mediador debe hacer llegar a las partes, en aras del buen funcionamiento de la mediación. Así establece que “los mensajes que, con carácter mínimo, se les han de transmitir son: (1) las ventajas del mantenimiento de las relaciones futuras pacíficas; (2) el beneficio que van a obtener los hijos; (3) la eliminación de los riesgos de perder el juicio y el abaratamiento de los

equipo parental, ayudando a los progenitores a conservar o en su caso a recuperar la competencia como padres y a contraponerla y diferenciarla de la relación de excónyuges... La pareja parental y la conyugal se han imbricado en la vida ordinaria. Un trabajo de mediación ha de estar orientado, a través de los acuerdos, a deslindar la una de la otra, favoreciendo el distanciamiento en relación con aquella situación en la que ambos padres permanecen cerrados, pillados en la trampa de los rencores recíprocos.” p. 51.

²⁴⁷ BOLAÑOS CARTUJO, I., “El mediador familiar”, en *Mediación y orientación familiar*, vol. II, (coord., J. H. BOUCHÉ PERIS y F.L HIDALGO MENA,), Dykinson, Madrid, 2004, p. 166 y sigu. indica como funciones del mediador: facilitar la comunicación entre las partes, la negociación, la toma de decisiones y el equilibrio de poder.

costes; (4) la rapidez de la resolución, lo que significa que deba existir un compromiso en cuanto a las fechas; (5) la adaptabilidad del proceso a sus necesidades, señalando en la agenda las siguientes sesiones; (6) el llamamiento a la responsabilidad en la autogestión de sus problemas, haciéndoles ver que tienen capacidad para resolverlo por sí mismas de forma mucho más satisfactoria; (7) el compromiso de colaboración futura y en consecuencia, la evitación de problemas en la ejecución; (8) la tranquilidad que les ofrece el hecho de que los acuerdos han de ser redactados después por sus abogados y homologados por el tribunal; (9) el compromiso de mantener la confidencialidad de todo lo que se hable en el entorno de la mediación; (10) el mantenimiento en todo caso del carácter voluntario de la decisión de estar y permanecer en el proceso de mediación.”²⁴⁸

Al margen de estos aspectos cuestión más debatida es la de si el mediador puede o no proponer acuerdos; este aspecto ya le tratamos anteriormente puesto que habíamos puesto de manifiesto que para un sector de la doctrina la diferencia entre mediación y conciliación radica en la facultad del tercero de proponer o no acuerdos.

Bien, algunos autores se manifiestan a favor de que el mediador pueda proponer acuerdos; otros sin embargo, consideran que no debiera hacerlo²⁴⁹.

¿Cuál es nuestra opinión al respecto? Bien, pensamos que lo primordial es que el acuerdo sea fruto de la voluntad de las partes. Consideramos que el mediador podría plantear propuestas atendiendo a todo lo expuesto y planteado por las partes a lo largo de las sesiones. A nuestro juicio, la clave está en que sean finalmente las partes las que decidan adoptar como propia esa solución.

²⁴⁸ Conclusión XIII de las Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006, *Alternativas a la judicialización...*, op. cit. p. 638.

²⁴⁹ MARTÍN DIZ, F., “Claves para el éxito de la mediación...”, op. cit. p. 7. A este respecto señala el autor que “El mediador no debe, nunca, decantarse ni tomar postura por ninguna de las partes en el conflicto, ni siquiera, en mi modo de entender la mediación *strictu sensu*, debe sugerir o plantear posibles soluciones.”

Al margen de estas funciones de “dirección” del procedimiento, consideramos que el mediador debiera tener como cometido la redacción del acuerdo final, llevándolo a cabo de una forma clara y fiel a la voluntad de las partes.

No se debe confundir, por tanto, el hecho de que no tenga capacidad decisoria con que sea un tercero inactivo en el procedimiento. Su función y su participación en el desarrollo de la mediación es muy importante y se requiere que tenga un papel activo, lo que no hay que confundir con el hecho de dotarle de la capacidad de dictar el mismo los acuerdos.

5.6. Estatuto jurídico

Una vez que hemos analizado el concepto del mediador, así como los requisitos para ejercer como tal, sus principios de actuación y sus funciones creemos conveniente analizar el estatuto jurídico que debe regir para estos profesionales. En algunos países europeos, como por ejemplo en Reino Unido, cuentan con una verdadera regulación de la figura del mediador, así la Ley de Derecho de Familia de 1996 introduce un auténtico estatuto jurídico del mediador y le da una gran importancia a esta figura.

Sin embargo, en nuestro país la mediación cuenta con mucha menos tradición, por lo que todavía no contamos con una normativa que contemple los derechos y deberes del mediador; sí lo encontramos en muchas normas autonómicas que regulan estos aspectos, pero no con carácter general para todo el territorio nacional.

Sería importante, por tanto, que la institución del mediador estuviera dotada de un estatuto jurídico en la que se recogieran estos aspectos²⁵⁰. En 1990, en el Primer

²⁵⁰ El primer código deontológico que regula la figura del mediador fue elaborado por la Asociación para la Mediación Familiar de Ontario en 1986. DAHAN, J., y THEAULT, M., “La mediación familiar: su inserción en Europa”, *Infancia y Sociedad*, nº 16, 1992.

Congreso Europeo de mediación, celebrado en Caen (Francia) se elaboró un Código deontológico, que establecía unas normas mínimas de actuación de los mediadores.

Por tanto, podemos indicar que el conjunto de derechos y obligaciones de un mediador serían los siguientes:

a) Derechos

El mediador en el desarrollo de un procedimiento de mediación goza de los siguientes derechos:

- Dar por acabada la mediación en el momento que aprecie en alguna de las partes falta de voluntad o exista una incapacidad manifiesta para llegar a un acuerdo, o que la continuidad de la mediación no sea eficaz.
- Percibir los honorarios que correspondan por su actuación profesional.
- Actuar con plena libertad e independencia en el ejercicio de su actividad profesional.
- Obtener de las partes en conflicto el oportuno respeto a sus actuaciones.
- Recibir de las partes en conflicto una información veraz y completa.

b) Deberes

El mediador en el ejercicio de sus funciones está sujeto a una serie de obligaciones propias del desempeño de su actividad. Dichos deberes son los siguientes:

- Reunir los requisitos que legalmente se establezcan para el desempeño de la profesión.
- Informar a las partes, previamente al inicio del procedimiento de mediación, de las características y finalidad del mismo, así como de su coste económico aproximado cuando no proceda la gratuidad de la prestación.
- Realizar personalmente la actividad mediadora.
- Facilitar la comunicación y comprensión entre las partes.

La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos

- Velar para que las partes tomen las propias decisiones y dispongan de la información y el asesoramiento suficientes para lograr los acuerdos de una manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.
 - Mantener la imparcialidad en su actuación.
 - Ser neutral, ayudando a conseguir acuerdos sin imponer ni tomar parte por una solución concreta.
 - Mantener el secreto profesional respecto de los hechos conocidos en el curso de la mediación.
 - Garantizar la igualdad y equilibrio en las posiciones negociadoras de las partes.
 - Mantener la lealtad en el desempeño de sus funciones y en relación con las partes.
 - Ejercer la actividad mediadora conforme a la buena fe y a la adecuada práctica profesional.
 - Velar por el cumplimiento de los principios propios de la mediación.
 - No abandonar, una vez iniciada, la mediación sin causa justificada.
 - Facilitar la comunicación entre las partes.
 - Asegurarse de que las partes tengan suficiente información para valorar y decidir sobre la controversia.
 - Recabar la colaboración de terceros cuando considere que es necesario para suplir sus deficiencias formativas.
 - Redactar las actas de las sesiones, así como redactar el acta final, firmarla, recabar la firma de las partes y entregarles un ejemplar, conservando otro en su poder.
 - En ningún caso debe tomar decisiones.
 - Velar por que los acuerdos adoptados contemplen disposiciones adaptadas a Derecho y que respeten nuestro ordenamiento jurídico.
 - Finalizar el procedimiento de mediación, en cualquier momento, cuando considere que su continuación puede perjudicar a cualquiera de las partes o cuando por cualquier otra razón considere que la mediación no va a obtener resultados.
 - Facilitar la actuación inspectora o de seguimiento de la Administración, teniendo en cuenta los deberes de secreto profesional y confidencialidad.
 - Comunicar a la Administración competente los datos de cada mediación a efectos estadísticos.

- Utilizar el procedimiento de mediación como vía para que las partes adopten soluciones aceptables en el marco de la legalidad.

c) Responsabilidad

Al margen de los derechos y deberes que un mediador tiene en el ejercicio de sus funciones, tampoco podemos olvidar que de su actuación negligente, doloso o por mala fe se genera una responsabilidad.

Dicha responsabilidad emana de la comisión de infracciones; infracciones que es necesario que estén reflejadas en la pertinente ley estableciendo su cualificación (leves, graves y muy graves), así como los tipos de sanciones para cada infracción cometida.

Esta responsabilidad emanará del incumplimiento de sus obligaciones y es necesario que la ley determine las sanciones impuestas para cada tipo de infracción. La mayoría de las normas autonómicas sobre mediación familiar contienen un apartado destinado al régimen sancionador, en el que se contemplan los hechos constitutivos de infracción (se tratarán del incumplimiento de sus obligaciones como mediador), los tipos de infracciones, así como los tipos de sanciones.

Sin embargo, el anteproyecto de ley de mediación no contiene un apartado dedicado a este efecto, simplemente se limita a establecer que el mediador debe contratar un seguro de responsabilidad civil para responder de los posibles daños que pueda causar. Por otro lado, se limita a establecer que si el mediador no cumple fielmente con las obligaciones de su cargo está sujeto a responsabilidad por los daños y perjuicios que cause dolosamente, por imprudencia grave o por mala fe. No se establece, por tanto, un baremo de infracciones (según sean éstas leves, graves o muy graves), ni tampoco de sanciones. De lo que podemos concluir que la regulación que se pretende dar al régimen de responsabilidad del mediador es muy insuficiente y poco garante para las partes.

5.7. Mediador vs. sujetos del proceso

A continuación, vamos a contraponer la figura del mediador con la de los sujetos que tradicionalmente intervienen en el proceso, para establecer sus diferenciaciones y evitar confusiones entre unos y otros.

Por tanto, vamos a contraponer la figura del mediador con la del Juez, el Ministerio Fiscal y los abogados de las partes.

5.7.1. Mediador vs. Juez

El Juez desempeña una función totalmente distinta a la ejercida por el mediador. La figura del Juez está regulada de forma pormenorizada por la ley, ésta recoge cuál es su función, así como sus derechos y obligaciones. El Juez ejerce la función jurisdiccional y por ello, está perfectamente delimitada su actuación y su estatuto jurídico.

La función jurisdiccional está regulada en la propia Constitución Española, el Capítulo VII de la misma regula el Poder Judicial. Como ya sabemos, no sólo está regulado por la Constitución sino también por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, ya hemos visto que la figura del mediador no cuenta con una regulación tan detallada. Mientras que la función del juez está perfectamente delimitada, la del mediador se encuentra actualmente en fase de concreción.

Pero no sólo encontramos diferencias entre la regulación de una y otra institución, sino que también son claras sus divergencias funcionales. El mediador no tiene ningún poder para resolver el conflicto, ni siquiera éste es otorgado por las partes frente al juez que ejerce la función jurisdiccional y el art. 117 CE le obliga a “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Vemos, por tanto, que mientras uno no puede resolver el conflicto, el otro está obligado a ello, hasta tal punto que el art. 1.7 CC establece el principio de la

prohibición del *non liquet*, que implica que un juez no puede dejar sin solución una cuestión que se le plantee.

Por tanto, el mediador no puede actuar como juez; ni el juez como mediador. Ejercen dos funciones totalmente distintas.

Sin embargo, el art. 5.2 de la Directiva europea sobre mediación establece que se “incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio” ¿a qué se está refiriendo el legislador comunitario en este apartado?

El citado precepto faculta a que un juez desempeñe funciones de mediación, pero siempre y cuando no esté conociendo de un procedimiento judicial vinculado al mismo.

Debemos indicar que en ningún caso, en nuestra opinión, debe actuar el mismo sujeto como mediador y posteriormente como juez²⁵¹. Nos manifestamos totalmente en contra de esta participación del juez en la mediación porque supondría un grave quebrantamiento del principio de confidencialidad característico del procedimiento de mediación. Las partes deben estar tranquilas de lo que ha ocurrido en las sesiones no va a salir de él. Sin embargo, ¿qué pasa cuando el juez tiene conocimiento de todo lo desarrollado en las sesiones de mediación? ¿no podría suponer una vulneración del principio de imparcialidad?

Cuestión distinta, es que sea el juez el que atendiendo a las peculiaridades del conflicto aconseje a las partes acudir a un procedimiento de mediación. Pero debemos

²⁵¹ Aún con el riesgo de vulnerar el principio de imparcialidad, algunos autores contemplan la posibilidad de que el juez actúe en la doble faceta de mediador y de juez. Así, MEJÍAS GÓMEZ establece “El juez, en el caso de que se trate del mismo que debe enjuiciar y sentenciar, si la mediación no sale bien deberá resolver, y si no ha sido muy escrupuloso en el proceso de mediación puede verse afectada su apariencia de imparcialidad.” A pesar de contemplar esta posibilidad el autor se manifiesta con preferencia a que “el proceso de mediación lo realice uno o varios jueces que no son los que tienen que dictar sentencia”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho editores, 2010, p. 27.

tener en cuenta, que ésta no será desarrollada por el juez. Así, es frecuente encontrar sentencias en las que los jueces aconsejan a las partes someterse a un procedimiento de mediación. En este sentido se pronuncia la Sentencia nº 254/2004 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca donde se pone de manifiesto que “habrá que concordar que quizá sería bueno, en aras a favorecer a ese hijo que se halla en medio de las disputas, que se intente mejorar esa relación entre los progenitores acudiendo a mecanismos tales como la mediación familiar”.

Al margen de los tradicionalmente llamados “jueces de carrera” nuestro sistema jurídico reconoce otra figura, que a pesar de que se denominen jueces no ejercen la potestad jurisdiccional. Se trata de los jueces de paz. Son personas que ejercen sus funciones en aquellos municipios donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, estamos hablando, por tanto generalmente de pequeños pueblos. La ley les confiere la facultad de resolución pequeños conflictos surgidos tanto en materia civil, como en materia penal.

Sin embargo, tampoco es equiparable la figura del mediador a la del Juez de Paz²⁵². No olvidemos, que éste último también tiene facultad decisoria.

Creemos, por tanto, que cuando el legislador reguló la figura del Juez de Paz no estaba pensando en la mediación. Son dos instituciones distintas y que sus funciones son distintas. Sin embargo, algunos autores consideran que al Juez de Paz se le debieran dar competencias en materia de mediación²⁵³. A nuestro juicio, resulta difícil pensar en

²⁵² Sin embargo, algunos autores no comparten nuestra opinión. Así, ROLDÁN BARBERO indica que “la más antigua figura de mediación es el juez de paz. La singularidad de este atípico mediador reside en ser miembro del estamento judicial. Es el único órgano jurisdiccional que en su día nació con el fin de procurar la avenencia y la conciliación entre los vecinos. Su condición de *hombre bueno*, su implícito ascendiente sobre toda la población, la creencia incluso de que en el medio rural era posible utilizar una justicia menos formal, permiten considerarlo, al menos en teoría, como un genuino mediador judicial.” ROLDÁN BARBERO, H., “La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, *Revista penal*, nº 11, enero 2003, pp. 118-137.

²⁵³ “Considero que debe formarse a los jueces de paz y a todo el personal de esos juzgados en materia de mediación, al objeto de que apliquen la mediación para la resolución de conflictos vecinales, de tierras, de

la conversión de los jueces de paz en mediadores porque en primer lugar, para ejercer como mediador se debe reunir una determinada formación que en principio no hace falta para ser juez de paz y por otro lado, porque consideramos que cada uno cumple su papel.

Hemos analizado el papel del juez en la mediación, a continuación vamos a comprobar cuál es la opinión de nuestros jueces y magistrados sobre la misma. Puesto que en la V Encuesta a la Carrera Judicial, junio 2010 contempla la visión de los jueces en lo relativo a la mediación intrajudicial en los distintos órdenes jurisdiccionales.

De este modo, a la cuestión “Es usted partidario/a de potenciar la mediación intrajudicial –que alguno de los asuntos que entran en los juzgados pueden ser derivados, si las partes lo quieren, a un servicio de mediación- para la resolución de conflictos en alguno de los siguientes órdenes jurisdiccionales. Siempre bajo la tutela judicial” observamos las siguientes respuestas:

	%					
	Civil	Familiar	Mercantil	Penal	Laboral	Contencioso
<ul style="list-style-type: none"> • Soy muy partidario/a, la considero muy conveniente o necesaria en muchos casos 	66	71	48	37	56	32
<ul style="list-style-type: none"> • No soy partidario/a, la considero innecesaria o de escasa utilidad o generadora de problemas 	8	4	6	28	5	16

reclamaciones de cantidad, de carácter escolar, entre otros. Ya he explicado que la mediación es una técnica mucho más compleja que la conciliación y que garantiza mucho mejor las posibilidades de éxito, es decir, de finalizar el litigio con un acuerdo equilibrado, proporcionado y justo, que sea cumplido voluntariamente por las partes. En definitiva, estoy convencido que la supervivencia de los Juzgados de Paz depende de que se conviertan en auténticos centros de mediación.”, p. 114. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, 2010.

• No tengo una posición clara y general	9	6	18	18	14	25
• Prefiere no contestar	16	19	27	17	25	27

Fuente: V Encuesta a la Carrera Judicial elaborada por el CGPJ, junio 2009

Observamos, por tanto, que con carácter general los jueces consideran acertada la introducción de la mediación intrajudicial en nuestro sistema jurídico. La materia que más controversia causa es la penal en la que un 28 % se considera contrario a la introducción de la mediación frente al 37 % que se manifiestan a favor. Sin embargo, en el resto de órdenes jurisdiccionales es más evidente que consideran la mediación como un buen mecanismo de resolución de conflictos, llegando al punto de que en conflictos familiares el 71 % de los jueces se manifiestan a favor de la mediación.

5.7.2. Mediador vs. Fiscal

La Constitución Española otorga al Ministerio Fiscal la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social (art. 124 CE). Por otro lado, el art. 456.3 LOPJ le atribuye competencias en materia de conciliación, “llevando a cabo la función mediadora que le sea propia”.

Viendo las funciones que tiene atribuidas el Fiscal ¿tiene cabida en un procedimiento de mediación?

Para abordar esta cuestión, vamos a referirnos en primer lugar al ámbito civil y posteriormente al penal.

Al Ministerio Fiscal le es atribuida la función de intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando pueda afectar a personas menores, incapacitadas o desvalidas²⁵⁴.

En cuanto a la mediación, el anteproyecto de ley de mediación no hace ninguna alusión a la posible intervención del Fiscal en estos supuestos. Por otro lado, las legislaciones autonómicas sobre mediación familiar tampoco hacen referencia a este hecho; sin embargo, parece lógico porque las Comunidades Autónomas no tienen competencia para otorgarle dicha función.

Sin embargo, podría ser conveniente que interviniese, o al menos que se le diera traslado de lo acordado por las partes en aquellas materias que afecten a menores de edad no emancipados y a incapacitados.

Esta intervención nos parece tanto más necesaria si el acuerdo alcanzado por las partes adquiere por sí sólo carácter ejecutivo sin pasar ningún control judicial. Por tanto, si la mediación se configura en este sentido creemos necesario una intervención del Fiscal para comprobar que se respetan los derechos e intereses de menores e incapacitados²⁵⁵. Es más, encontramos jurisprudencia que niega la posibilidad de acudir a medios extrajudiciales para resolver conflictos cuando intervienen menores o incapaces²⁵⁶; sin embargo, consideramos que si se garantizan sus derechos con un

²⁵⁴ Artículo 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

²⁵⁵ En la práctica, encontramos que si hay un control del acuerdo alcanzado por las partes en las materias que afectan a menores, así la Fiscal VÁZQUEZ PRESENCIO indica que “si la mediación es previa a la vista, nuestra intervención se limitará a dar nuestro beneplácito al Convenio Regulador, siempre que el interés del menor se encuentre respetado.” VÁZQUEZ PRESENCIO, M.P., “2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos en el ámbito del derecho de familia. Postura del Fiscal”, en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, 136-2007, p. 93.

²⁵⁶ Sentencia de la AP de Málaga 5/2002, de 29 de enero, se argumenta que “en toda rectificación tabular relativa a las relaciones paterno filiales, resulta inexcusable la interdependencia de que la presencia del Ministerio Fiscal vele por la incolumidad de intereses de tal suerte y de reglas como la inadmisibilidad del arbitraje y la conciliación.”

control del Fiscal no tiene por qué quedar vedada la posibilidad de acudir a mediación en estos supuestos.

De este modo, podría ser conveniente que interviniese, o al menos que se le diera traslado de lo acordado por las partes en aquellas materias que afecten a menores de edad no emancipados y a incapacitados. Quizá fuese conveniente que se le diera traslado del acuerdo y que éste comprobase que se respetan los derechos e intereses de dichas personas²⁵⁷.

Se debe garantizar por igual los derechos de menores e incapaces independientemente del método de resolución de conflictos por el que se opte.

En segundo lugar, abordamos la necesidad o no de que intervenga el Fiscal en materia penal²⁵⁸.

Hasta la fecha, la única regulación que disponemos de la mediación en materia penal la encontramos en menores. El art. 19 de la LORPM atribuye al Fiscal la facultad de desistir de continuar el expediente para que las partes acudan a un procedimiento de mediación. Una vez celebrada ésta, si las partes alcanzan un acuerdo y éstos se cumplen, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará al juez que dicte el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

El equipo técnico que se encargue de la mediación debe informar al mediador de los acuerdos alcanzados y de su grado de cumplimiento.

²⁵⁷ El CGPJ en el Protocolo para la implantación de un sistema de mediación familiar señala que el Ministerio Fiscal “tiene también un papel importante en la mediación, especialmente en determinadas casuísticas, como las de protección de menores y separación o divorcio con hijos menores o discapacitados. Puede tener la iniciativa para trabajar con la mediación y proponer la derivación a esta metodología en casos concretos en que considere que es beneficio para los menores.”

²⁵⁸ Vid. OLAVARRÍA IGLESIA, T., “El Ministerio Fiscal en los procesos de mediación penal”, http://www.cej.justicia.es/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/MEDIACION_PENAL_CEJ_PONENCIA.pdf.

Por tanto, observamos la necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal en estos supuestos, y de que se le tenga informado de la marcha de la mediación.

Por otro lado, el art. 51.2 de la LORPM contempla la posibilidad de que se deje sin efecto la medida impuesta al menor si éste se ha conciliado con la víctima. Dicha propuesta puede llevarla a cabo el Fiscal.

En menores, por tanto, encontramos una intervención del Fiscal. Como ya es sabido en materia de adultos no encontramos ninguna previsión legal que permita acudir a la mediación. Sin embargo, en determinados juzgados se están poniendo en marcha experiencias piloto.

En dichos procedimientos el Fiscal interviene, al igual que también lo hacen los magistrados, secretarios judiciales y abogados.

En dichos supuestos, le corresponde al Juez, previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal o del abogado defensor, derivar a mediación aquellos supuestos que considere que pueden ser satisfactoriamente resueltos por este método. Por tanto, el Fiscal debe mostrar su conformidad con el que asunto se vaya a tramitar a través de la mediación.

Su intervención no se limita a proponer los supuestos que se van a encauzar a través de la mediación sino que el Juez y el Fiscal son los encargados de garantizar que el acuerdo alcanzado por las partes respeta la dignidad de la persona y el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, tal y como hemos indicado, la mediación penal en adultos no está contemplada en nuestra legislación, por tanto, no aparece regulada la función del Fiscal en estos supuestos. Pero, en cualquier caso, en aras de garantizar la legalidad debería ser necesaria su intervención.

5.7.3. Mediador vs. Abogado

El abogado es un profesional que interviene en la gran mayoría de causas por imperativo legal. Su papel en el proceso es el de defender a una de las partes. Por tanto, nos podemos plantear cuál será su papel, si es que lo tienen, en un procedimiento de mediación²⁵⁹.

En primer lugar, debemos indicar que la mediación se caracteriza por el protagonismo de las partes. Son ellas las que van a intentar poner fin al conflicto; a diferencia del proceso, en el que a cada abogado le importa que “gane” su defendido.

En principio, no hay ningún impedimento en que intervengan los abogados de las partes, siempre y cuando éstas hayan consentido su asistencia y asuman un nuevo rol en el procedimiento. Pero, en nuestra opinión, es más conveniente que éstos no intervengan, puesto que los abogados y el procedimiento de mediación buscan distintos resultados²⁶⁰. Así, el abogado quiere lograr el mejor resultado para su cliente a costa de la otra parte; sin embargo, en la mediación se pretende que las dos partes hagan cesiones, pero que finalmente “ganen” los dos y que el resultado que impere sea el acuerdo alcanzado por las partes; por tanto, *a priori*, no parece muy necesaria la intervención de los abogados.

Consideramos, por tanto, más conveniente que los abogados de las partes no participen porque si intervienen es más fácil que eliminen protagonismo a las partes e intenten tener un papel activo en el asunto a resolver en detrimento de la participación

²⁵⁹ En este sentido, vid. GÓMEZ FONTANIL, Y., FERNÁNDEZ VALDIVIA, M.T., y EZAMA GARCÍA-CIAÑO, E., “Los abogados ante la mediación. Un estudio exploratorio en el Principado de Asturias”, *Anuario de Psicología Jurídica*, nº 7, 1997, pp. 121 a 149.

²⁶⁰ Sin embargo, algunos autores se manifiestan a favor de la presencia de los abogados en un procedimiento de mediador, así SORIA VERDE, M.A., “Conflictos y mediación familiar”, en *Mediación familiar. Conflictos: técnicas, métodos y recursos*, (coords. M.A. SORIA VERDE, C.VILLAGRASA e I. ARMADANS), Bosch, Barcelona, 2008, señala que “aunque las partes demanden la mediación por mutuo acuerdo, es necesario consultar a un abogado para que les asesore sobre el acuerdo a firmar, o que esté presente durante el proceso.”

de los sujetos en litigio, además los intereses de las mismas siempre van a estar garantizados; no debemos olvidar dos principios fundamentales de actuación del mediador como son la imparcialidad y la neutralidad; por tanto, si dichos principios se respetan y teniendo en cuenta la función del mediador en un procedimiento de este tipo el equilibrio entre las partes y el respeto a sus intereses está garantizado.

Sin embargo, esta opinión no es ni mucho menos unánime y algunos autores consideran que la abogacía tiene un papel fundamental para garantizar el éxito de la mediación²⁶¹ e incluso que es imprescindible su intervención²⁶². En algunos países, como en Paraguay, es obligatoria la intervención del abogado para garantizar el asesoramiento a cada parte y que no se adopten acuerdos que contravengan la legislación²⁶³.

²⁶¹ UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La mediación familiar”, *Revista Baylio*, edición electrónica. “Creo que superados iniciales recelos, el futuro pasa porque los abogados en los procesos de familia puedan ofrecer a sus clientes la mediación familiar como una alternativa más dentro del abanico de posibilidades que se abren a un conflicto de este tipo, articulando esa oferta no como un servicio exclusivo externo, ajeno o distante, sino como propio del despacho, garantizando así de una parte una mayor satisfacción de su cliente y de otra el mantenimiento de las lógicas expectativas profesionales.” P. 14. Vid. también, GALEOTE MUÑOZ, M.P., “La necesidad de un método profesional de mediación. La importancia de la intervención del abogado en este proceso”, *IE Working Paper Derecho*, WPED05-04, abril 2005.

²⁶² MORALES MORENO, A.L., “La mediación familiar...”, op. cit. p. 5. Indica al respecto que “Es necesario destacar el papel del letrado, imprescindible para el éxito o fracaso de la mediación; cuando existe un conflicto familiar las partes van acudir al letrado para asesorarse, si el letrado propicia la posibilidad de que las partes cedan posiciones a fin de llegar a un acuerdo, será un paso adelante para derivar el proceso a mediación, por el contrario, si el letrado evita llegar a acuerdos, dialogar con la otra parte, se va hacer difícil derivar el proceso a mediación porque se opondrá incluso a que su cliente acuda a las sesiones de mediación. Se hace imprescindible implicar a los letrados en la práctica de la mediación, que se informen sobre las ventajas que esto supone, que en ningún caso supone prescindir de su asesoramiento, si no que por el contrario su intervención como jurista es necesaria en el propio desarrollo de la mediación y en la fase final debiendo asesorar jurídicamente a las partes en el acuerdo.”

²⁶³ Art. 3inc. C) del Anexo a la Acordada 198/2000 Reglamento del Servicio de Mediación de Paraguay: “Las partes deben concurrir personalmente a los actos que integran el procedimiento de mediación, acompañadas de sus abogados, no pudiendo cumplimentarse este procedimiento a través de apoderado.” Por último, también podemos destacar a BOLAÑOS CARTUJO, I., “Mediación familiar en contextos judiciales”, en *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Poyatos García, A. (coord.)

El CGPJ considera necesaria la intervención del abogado en la mediación intrajudicial, debiendo asesorar a la parte y redactar el acuerdo de mediación²⁶⁴.

En todo caso, donde mayor sentido podría tener la intervención del abogado es en el momento de firmar el acuerdo, para constatar que los intereses de su cliente han sido respetados y que el resultado final le es beneficioso. Y es en esta fase del procedimiento donde en la práctica suelen intervenir; aunque como ya hemos manifestado no hay ningún problema en que no tengan participación en un procedimiento de mediación.

Al margen de esto, debemos indicar que la mediación se caracteriza por ser un procedimiento que puede resultar más económico que el proceso. Sin embargo, si damos entrada a los abogados vamos encareciendo el procedimiento con un gasto que quizá no sea necesario.

Publicaciones de la Universidad de Valencia, Nau llibres, Valencia, 2003 donde pone de manifiesto que “Tampoco sustituye a los abogados, imprescindibles en el asesoramiento legal de sus clientes y en la formalización de los acuerdos logrados. Simplemente permite hacer reversible la pirámide de poder decisorio que se ha ido generando y colocar a cada elemento del sistema en el nivel que le corresponde, el más facilitador del funcionamiento de la propia esencia familiar”, op. cit. p.

²⁶⁴ “Los abogados y la mediación. Desde luego, lo que la práctica en el derecho comparado muestra, y las experiencias piloto realizadas corroboran de forma unánime, es que para el éxito de la derivación a la mediación, el tribunal ha de contar con la colaboración de los abogados. Si la propuesta del tribunal de derivar a la mediación se produce de forma sorpresiva para el letrado, es lógico que éste la perciba como una inmisión a su quehacer profesional. Es importante por ello evitar las quejas que puedan generarse en este sentido y procurar en todo momento la complicidad de los abogados con el tribunal, en el momento de proponer a sus clientes que acudan a un proceso de mediación. De alguna forma, mientras la abogacía no perciba que existen dos modelos metodológicos para intentar solucionar el litigio, uno el contencioso clásico, y el otro la mediación, y que sea él quien en cada caso aconseje al cliente, según las circunstancias del caso, las ventajas de uno y otro sistema, la mediación no se implantará. Como es obvio, el papel y la función del abogado ha de quedar definida por igual en uno y otro caso, su intervención como asesor y, especialmente como redactor de los acuerdos o convenios, debe quedar salvaguardada, y garantizada, así mismo la remuneración de su trabajo.” Conclusión VIII de las Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2006, en *Alternativas a la judicialización...*, op. cit. 635.

Sin embargo, algunos autores mantienen una opinión muy distinta a la aquí defendida e incluso consideran adecuado que los propios abogados ejerzan de mediadores²⁶⁵. Algo que consideramos un error porque su función por definición es distinta, asumen diferentes roles.

5.7.4. Mediador vs. Procurador

Al igual que el abogado, el procurador interviene en la gran mayoría de causa por imperativo legal. Su papel en el proceso es representar a la parte.

El papel del abogado en la mediación puede resultar más o menos discutible, aunque nosotros hemos manifestado que consideramos preferible que no intervenga. Sin embargo, parece más evidente que el procurador no tiene cabida en la mediación.

Hemos indicado que el procurador representa a las partes y también hemos puesto de manifiesto que la mediación se caracteriza por el protagonismo de las partes y por su carácter personalísimo; es decir, es necesaria la presencia de las mismas. Por tanto, parece que no tiene sentido la intervención del procurador en la mediación.

²⁶⁵ ACEVEDO BERMEJO, A., “El abogado y la mediación como fórmula de gestión de conflictos”, *Abogados de Familia*, nº 44, *La Ley*, primer trimestre 2007. Indica al respecto que “Y éste es el nuevo reto que los Abogados debemos afrontar -sin recelos ni complejos- en el futuro: asumir la Mediación Familiar como sistema más adecuado para solucionar el conflicto de la familia, liderando esta nueva técnica de gestión, donde el Abogado represente el canal para ejercer la labor mediadora en beneficio de la familia y dé la solución más adecuada para un problema que afecta a los aspectos legales e íntimos del ser humano, y ello sin rechazar valiosas aportaciones de otros sectores profesionales ni permitir nuestra exclusión de la Mediación, que algunos abogados llevamos ejerciendo durante años con un talante «mediador» en el propio desarrollo de nuestro oficio en la resolución de conflictos.”

CAPÍTULO 2

MEDIACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

1. Ámbito de aplicación

Cuando en los últimos años hablamos de mediación básicamente nos estamos refiriendo a mediación familiar. En la práctica como método de resolución de conflictos aparece fuertemente vinculado a los problemas surgidos en torno a una separación o divorcio y a la necesidad de darles solución. De hecho, si damos un vistazo a los países que ponen en funcionamiento la mediación, observamos que en todos aparece ligada a los conflictos familiares.

No sólo podemos indicar que aparezca fuertemente vinculada la mediación a los conflictos matrimoniales sino que también podemos señalar que si analizamos los distintos países en los que la mediación es aplicada, encontraremos que en todos ellos la mediación surge para resolver este tipo de conflictos. Posteriormente, cuando se consolida la mediación familiar, los distintos legisladores aprecian que la mediación puede ser un método óptimo de resolución de conflictos y extienden su ámbito de aplicación mucho más allá de los conflictos familiares.

España no es una excepción a esta regla, así en nuestro país la mediación ha adquirido gran importancia en su aspecto familiar, donde observamos que la mayoría de las Comunidades Autónomas han legislado sobre la misma.

Sin embargo, no es la única materia en la que la mediación puede resultar una vía óptima de resolución de conflictos. De hecho, en los últimos años Cataluña ha modificado su ley de mediación familiar y ha ampliado su ámbito de aplicación, pasando a regular la mediación en el ámbito del Derecho privado.

De hecho el anteproyecto de ley sobre mediación, regula la misma en materia civil y mercantil; por tanto, supone una apuesta por este método de resolución de conflictos.

El anteproyecto de ley recoge en el art. 2 el que se prevé que sea el ámbito de aplicación de la norma, en el que se contempla la mediación en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos. La norma contempla una serie de exclusiones, que son las siguientes:

- La mediación penal, lo que resulta obvio puesto que el anteproyecto pretende regular la mediación civil y mercantil, por lo que, a nuestro juicio, no era necesario excluir expresamente la mediación penal.
- La mediación laboral.
- La mediación en materia de consumo.

En cuanto a dichas exclusiones, es evidente que se deje al margen la mediación penal puesto que ésta queda fuera del ámbito de aplicación de la mediación civil.

Lo mismo ocurre con la materia laboral, puesto que tampoco es materia civil. Sin embargo, a pesar de quedar al margen de la mediación civil en los conflictos laborales los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos cuentan con gran arraigo en nuestro ordenamiento jurídico. Así, goza ya de tradición en nuestro ordenamiento jurídico la conciliación laboral.

La última de las exclusiones, la materia de consumo, es a nuestro juicio más controvertida. Dicho ámbito es perfectamente encajable dentro de la materia civil y mercantil, sin embargo, el anteproyecto de ley pretende dejarlo fuera, quizá sea intención del legislador darle una regulación autónoma. Sin embargo, a nuestro juicio también debiera aplicarse a estos supuestos, siendo además un gran número de litigios los que podrían encontrar una solución a través de la mediación²⁶⁶. Esta cuestión será desarrollada en líneas posteriores cuando analicemos el ámbito de aplicación de la mediación mercantil.

Tal y como hemos indicado es en la materia familiar en la que encontramos mayor tradición en su aplicación en nuestro país²⁶⁷. Por tanto, en primer lugar, vamos a analizar el ámbito de aplicación de la mediación en su vertiente familiar y a continuación, trataremos el resto de materias de índole civil en las que la mediación puede utilizarse como mecanismo de resolución de conflictos.

Debemos indicar que algunos autores vinculan el ámbito de aplicación de la mediación (tanto en su vertiente civil, como en la penal) a que las partes deban seguir manteniendo relaciones en el futuro porque en caso contrario no sería adecuado²⁶⁸. Así,

²⁶⁶ ORDEÑANA GERUZAGA, I., “La mediación de consumo: la alternativa a la alternativa”, *Diario La Ley*, 9 de junio de 2010.

²⁶⁷ La mediación aplicada al ámbito familiar es la que cuenta con más arraigo en nuestro país, a pesar de esto, debemos indicar que en nuestro país se viene poniendo en marcha este procedimiento a partir de la primera norma catalana de 15 de marzo de 2001.

²⁶⁸ A este respecto, ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR)...”, indican al respecto que “únicamente está indicada su utilización en los casos en los que los ciudadanos implicados en un litigio han de seguir manteniendo en el futuro una relación personal. Si circulamos por una carretera y un energúmeno comete una infracción, no tenemos por qué perder un solo minuto en clarificar lo acaecido, pues no nos volveremos a encontrar con él en la vida, y si está a nuestro alcance lo denunciaremos para que caiga sobre él el peso de la ley. Pero si el conflicto lo tenemos con un compañero de trabajo o de profesión, con un socio de la empresa, con el vecino del rellano de la escalera, con el mecánico del taller, con el médico que nos ha operado o con un miembro de la familia, un hermano, un cliente o un proveedor habitual del negocio, el problema no lo va a solucionar el peso de la ley, ni el castigo, ni la multa impuesta por un tribunal (suponiendo que se dicte en un plazo razonable)” pp. 12 y 13.

ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA ponen de manifiesto “la mediación ofrece en estos casos una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores, ni vencidos, es un medio para que los unos escuchen las razones de los otros y para que, en lo posible, pacten razonablemente una salida viable al problema en el que se encuentran.”

1.1. Especial referencia a la mediación familiar

Un gran sector de la doctrina, que trata de estudiar la mediación, lo hace desde su perspectiva familiar. Con carácter general, y seguramente debido a la proliferación de normas autonómicas sobre la mediación familiar son abundantes los estudios centrados en este ámbito, siendo menores en otras ramas del Derecho Civil.

La mediación aplicada al ámbito familiar es un método de gestión de conflictos que puede facilitar la resolución de los mismos a través de la comunicación y el diálogo de las partes y con la ayuda del mediador; sin embargo, la mediación ¿es adecuada para cualquier conflicto familiar? ¿Cuándo podemos acudir a la mediación familiar?

Para determinar cuándo se puede acudir a la mediación para resolver un conflicto familiar, lo primero que debemos hacer es determinar qué es una familia porque según el concepto de familia que manejemos, el ámbito de aplicación de la mediación será uno u otro.

Hasta hace unos años, por familia se entendía el grupo formado por un matrimonio y sus hijos. Sin embargo, con el paso de los años y debido a los cambios sociales actualmente el concepto de familia es mucho más amplio²⁶⁹; así encontramos la familia monoparental formada por personas viudas o solteras y sus hijos; también podemos encontrar la familia formada como consecuencia de una ruptura de pareja y la posterior

²⁶⁹ MATA DE ANTONIO, J. M., “La mediación familiar ante las formas familiares atípicas”, *Acciones e investigaciones Sociales*, 19 de marzo de 2004, pp. 85-126.

unión de otra pareja con los respectivos hijos que aporten cada uno... De hecho, el artículo 39 de nuestra Constitución regula la protección de la familia; y en el mismo se hace un reconocimiento de la familia, más allá de lo que tradicionalmente se venía entendiendo como tal, puesto que hace alusión a que todos los hijos tendrán los mismos derechos y que es independiente del estado civil de la madre ²⁷⁰.

Por tanto, cuando surja un conflicto en torno a cualquiera de estos modelos de familia se podrá acudir a la mediación para intentar poner solución al mismo ²⁷¹. Y en este sentido, se manifiestan la mayoría de las normas autonómicas ²⁷².

²⁷⁰ “Art. 39 CE:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

²⁷¹ Sin embargo, esta opinión no es unánime y encontramos autores que restringen el ámbito de aplicación de la mediación familiar; así TORRERO MUÑOZ M., “La mediación familiar...”, op. cit. 4 señala que “la mediación familiar se extiende, y, por tanto, comprende los conflictos originados en el seno de una familia, entendida como aquella que tiene su origen en el matrimonio y, por ende, aquella que existe entre personas unidas por lazos de parentesco, ya sea por consanguinidad o afinidad.” En lo referente a las parejas de hecho, la autora distingue entre si éstas tienen o no hijos. Así, establece “mención especial merecen las uniones de hecho, dada la problemática que comportan en términos jurídicos. Si de tal unión existe descendencia común es innegable la extensión de la mediación familiar a las mismas, pues de todos es sabido que la única relación jurídica que se deriva de tales parejas es la relación paternofamiliar. Cuestión distinta es si no existen hijos. Si se parte de que uno de los fines de la mediación es lograr la reconciliación entre los sujetos del conflicto y, en consecuencia, ayudar a las personas, en su condición de tales, a la resolución de sus controversias, necesariamente las uniones de hecho deben quedar incluidas... pero sí quiero poner de relieve que no por entender que la mediación familiar comprenderá la conflictividad que surja en el seno de tales parejas, se está afirmando que las uniones de hecho se integran en el concepto más consolidado de familia.”

²⁷² La ley catalana, en el artículo 5, se refiere a las personas “que formen una unión estable de pareja” (unión que debe estar regulada por la Ley 10/1998, de 15 de julio), y de “las, que sin formar una unión estable de pareja, tienen hijos comunes”; la norma gallega, en el artículo 4, hace alusión a las personas

Por otro lado, nos podemos plantear si se entiende la familia desde un punto de vista estricto o amplio; es decir si nos referimos a la familia formada por padres e hijos (familia en sentido estricto) o si nos referimos a personas unidas entre sí por vínculos de parentesco (familia en sentido amplio).

En un primer momento, se aplicaba la mediación familiar a los conflictos surgidos en torno a la familia entendida ésta en su acepción más restringida; es decir se aplicaba a los conflictos surgidos en torno a la pareja y su repercusión respecto a los hijos. Una pareja se quería separar o divorciar y podía acudir a la mediación para lograr acuerdos sobre las controversias surgidas en torno a la separación o divorcio.

Y esta concepción es aún mantenida por una parte de la doctrina y contemplada en numerosas leyes.

PERRONE²⁷³ reduce el ámbito de aplicación a los conflictos surgidos tras la ruptura de la pareja, así entiende la mediación como “una manera formal de ayudar en la gestión

“unidas por vínculo matrimonial”, así como “aquellas personas que, habiendo formado una unión estable de pareja, entren en una situación de crisis de convivencia”. De forma más confusa también hace el mismo reconocimiento la norma valenciana, no en el propio articulado sino en la Disposición adicional segunda, así establece que “las uniones de hecho constituidas conforme a lo dispuesto en la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Generalitat Valenciana por la que se regulan las Uniones de Hecho, podrán acogerse a la mediación regula en la presente Ley para resolver sus conflictos de carácter personal o patrimonial, siempre que la legislación específica que sea de aplicación así lo establezca.” La ley canaria, en el artículo 3, se refiere a los conflictos que surjan entre “parejas de hecho (estables o no)”; también se refiere a “las parejas de hecho” el artículo 3 de la norma castellano-manchega; al igual que la Ley de Castilla y León y la norma madrileña, que hacen alusión a las “uniones de hecho” (artículo 3 y 8 respectivamente). La norma balear, al establecer los requisitos de capacidad para contratar, establece que “para los sujetos que forman pareja estable –que para constituirse requieren la misma capacidad que exige la Ley autonómica 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables” (artículo 5). La norma asturiana permite acudir a la mediación “en el seno de las parejas de hecho, siempre que hayan decidido romper su convivencia” (artículo 3). Por último, el artículo 5 de la norma vasca se refiere a “las que constituyan pareja de hecho o grupo convivencial”.

²⁷³ PERRONE, L., *Seminario de Mediación Familiar*, Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Salamanca, marzo 1999.

de conflictos y no en la resolución, en la que las partes son los padres que se separan y que son ayudados por terceros no implicados en el proceso conflictivo, que colaborará con las partes a la búsqueda de soluciones en interés de los hijos, salvaguardando las responsabilidades parentales, finalizando el proceso, sin acuerdo, bien con acuerdo escrito que deberá ser homologado por el juez”; vemos, por tanto, que también limita la mediación familiar a la resolución de las controversias surgidas en la separación o divorcio.

Así, BERNAL SAMPER²⁷⁴ establece que los temas a tratar durante las sesiones son los recogidos en el artículo 90 CC, por lo que lo reduce a los siguientes aspectos:

- Cuestiones relativas al cuidado de los hijos.
- Atribución de la vivienda y el ajuar familiar.
- Contribución a las cargas del matrimonio y alimentos.
- Liquidación del régimen económico matrimonial.
- Pensión compensatoria.

En este mismo sentido se pronuncia la ley gallega, al establecer que la mediación familiar se puede aplicar a “aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja”²⁷⁵.

Sin embargo, consideramos que reducir el ámbito de aplicación de la mediación a esta esfera es restringir demasiado su uso, dejando fuera múltiples supuestos en los que la mediación puede ser una vía adecuada de gestión de conflictos.

Por tanto, consideramos que la mediación puede aplicarse a conflictos surgidos en torno a una separación o divorcio, pero también en muchos otros supuestos. Así, la mediación puede ser un método adecuado de resolución de conflictos surgidos alrededor de miembros de una misma familia; entendida ésta en sentido amplio.

²⁷⁴BERNAL SAMPER, T., *Mediación: una solución a los conflictos...*, op. cit. p. 13.

²⁷⁵ Artículo 2 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar.

Esto nos obliga a precisar qué entendemos por “familia” en sentido amplio. Dicho concepto no aparece en nuestra legislación. Pero, podemos determinar que las personas que acudan a la mediación para solucionar conflictos familiares deberán estar unidas por un vínculo de parentesco, bien por consanguinidad, afinidad, o por adopción hasta el cuarto grado²⁷⁶. El hecho de optar por el cuarto grado y no por otro, es por seguir el criterio utilizado en algunas ocasiones en el Código Civil²⁷⁷. Evidentemente, a estos sujetos se suman los ya mencionados; es decir, personas unidas por vínculo de matrimonio o situación análoga.

De esta forma se podrían solucionar litigios surgidos entre hermanos como consecuencia del cuidado de sus progenitores, o los surgidos entre tíos y sobrinos derivados de una herencia... Abriéndose el campo de aplicación de la mediación a múltiples supuestos.

Es requisito imprescindible para que se pueda acudir a la mediación, que la materia objeto de litigio sea disponible para las partes. A través de la mediación, las partes intentan lograr acuerdos sobre determinados aspectos, por lo que es lógico que tengan libre disposición sobre las materias objeto de controversia. Así, en el Código Civil encontramos normas imperativas que reconocen materias excluidas del ámbito de la libre disponibilidad de las partes²⁷⁸. Así, por ejemplo, se reconoce la indisponibilidad de las partes sobre el estado de las mismas; por tanto, nunca por mediación u otra vía

²⁷⁶ La norma andaluza lo reduce al tercer grado, tal y como establece el art. 3, que se refiere a “personas unidas por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.”

²⁷⁷ Así, a modo de ejemplo, el artículo 954 CC establece en materia de sucesión intestada como posible heredero a los parientes hasta el cuarto grado: “No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato.”

²⁷⁸ Ejemplos de estos supuestos, son los siguientes preceptos:

- Artículo 151 CC: “No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.”
- Artículo 1814 CC: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros.”

complementaria de resolución de conflictos se puede llevar a cabo la incapacitación de una persona, ni tampoco la disolución de un matrimonio. Deben tratarse, por tanto, de materias de derecho dispositivo.

Si bien es cierto, la norma catalana abre la posibilidad de acudir a la mediación a materias no disponibles para las partes, puesto que el art. 19 al regular el valor del acuerdo establece en su párrafo primero que los acuerdos que versen sobre materias y personas que necesitan una protección especial o sobre materias de orden público tienen carácter de propuestas y necesitan aprobación judicial²⁷⁹.

Sin embargo, consideramos que sería conveniente que en mediación se debatiesen aspectos disponibles para las partes, dejando al juez aquellas materias de derecho imperativo. De hecho si se trata de normas de orden público, es decir, normas imperativas e indisponibles para las partes, no comprendemos qué virtualidad práctica tiene el que las partes pueden someter la controversia a mediación.

El anteproyecto de ley de mediación establece que las materias objeto de mediación deben ser disponibles para las partes²⁸⁰.

Además de que dichas materias sean disponibles para las partes, consideramos necesario que éstas tengan trascendencia jurídica. De esta forma evitamos que se confunda la mediación con las llamadas terapias de familia, que persiguen la reconciliación de la pareja y el mantenimiento de los lazos familiares. En la mediación, sin embargo, se busca lograr acuerdos que pongan fin a las controversias surgidas.

²⁷⁹ Art. 19.1: “Los acuerdos respecto a materias y personas que necesitan una especial protección, así como respecto a las materias de orden público determinadas por las Leyes, tienen carácter de propuestas y necesitan, para su eficacia la aprobación, de la autoridad judicial.”

²⁸⁰ Art. 8.1: “Pueden someterse a mediación todos los conflictos que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre que surjan dentro de una relación civil o mercantil, siempre que las partes pueden disponer libremente de su objeto.”

A pesar de esto, encontramos algunas legislaciones y autores²⁸¹ que otorgan a la mediación la función de recomponer el matrimonio, cuando esto sea posible. En este sentido, se pronuncia la *Family Act Law* inglesa, que dispone que los mediadores familiares que desarrollen su actividad contratados por la Junta de Asistencia Jurídica deberán adoptar las medidas necesarias para que las partes durante el procedimiento consideren la posibilidad de reconciliación. Algo que consideramos un error y una mala interpretación de la mediación.

En igual sentido, se pronuncia la Ley de Divorcio de Canadá, de 1985, que indica que si a lo largo del procedimiento se muestran indicios de reconciliación se deberá suspender éste y remitir a las partes a un servicio de orientación familiar. De hecho, cuando se crearon los servicios de mediación familiar tenían como objetivo fundacional evitar las rupturas matrimoniales y actualmente el Servicio de Mediación Familiar de Montreal sigue teniendo dicho interés.

También en la legislación chilena encontramos estos tintes de mediación como terapia de familia²⁸².

²⁸¹ ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación familiar*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 2001. El autor vincula, a nuestro juicio erróneamente, la mediación con un método de resolución del conflicto matrimonial con el fin de restablecer el vínculo, así indica que “antes de nacer la instancia judicial (c. 1517) (se refiere el autor al Código de Derecho Canónico), es decir antes de nacer la relación procesal; y, aun en un momento anterior, antes de aceptar el juez la causa, sí cabe todo intento de mediación conciliatoria, siempre que el convenio al que se llegue no atente contra la esencia del matrimonio y los derechos de la familia, y tengo por objeto la reconciliación y el restablecimiento de la comunidad conyugal o los bienes sobre los que las partes pueden disponer.”, p. 102.

²⁸² Art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil, Ley n° 19.947 señala que la conciliación y la mediación tendrán el objetivo de “examinar las condiciones que contribuirían a superar el conflicto de la convivencia conyugal y verificar la disposición de las partes para hacer posible la conservación del vínculo matrimonial.”

A nuestro juicio, estas regulaciones conciben de forma errónea la mediación y le dan una función que no le corresponde.

Por tanto, consideramos importante que el conflicto tenga trascendencia jurídica. La mayoría de las leyes autonómicas no hacen alusión expresa a que el conflicto deba tener trascendencia jurídica; e incluso algunas de ellas abren la posibilidad a que se pueda acudir a la mediación para resolver crisis de pareja. En este sentido se pronuncia, como ya hemos indicado, la ley gallega al señalar que las partes pueden acudir a la mediación para poner solución “a su problemática matrimonial o de pareja.”²⁸³

El anteproyecto de ley tampoco hace un reconocimiento expreso de que el conflicto deba tener trascendencia jurídica, pero consideramos conveniente interpretar este requisito como necesario porque lo contrario consideramos que va en contra del espíritu de dicha institución.

Algunas de estas leyes, en concreto la valenciana²⁸⁴, la canaria²⁸⁵ y la andaluza²⁸⁶ incluyen en el ámbito de aplicación de la mediación la adopción²⁸⁷. Así, la ley valenciana establece que se podrá acudir a un procedimiento de mediación para poner en contacto a las personas adoptadas con su familia biológica; y la ley canaria determina que a través de la mediación se pueden resolver conflictos familiares; y entiende como

²⁸³ A lo que debemos añadir que la Exposición de Motivos de la ley indica que la mediación se presenta como “un instrumento eficaz de solución de las discordias entre esposos o pareja y, a la vez, como un dispositivo idóneo para solventar, con soluciones apropiadas, la problemática que, en el ámbito particular de las relaciones paterno-materno-filiales, surge con motivo de esos conflictos familiares.”

²⁸⁴ Artículo 13.1 “Podrán solicitar la mediación familiar que regula esta Ley:

- b) Las personas adoptadas y su familia biológica cuando quieran ponerse en relación entre ellas, una vez aceptada la invitación de encuentro por las partes.”

²⁸⁵ Artículo 3: “Podrán ser objeto de mediación familiar, cualquier conflicto familiar...; entendiéndose por conflicto familiar aquel que surja entre cónyuges, parejas de hecho (estables o no), entre padres e hijos, entre hijos, o los que surjan entre personas adoptadas y sus familias biológicas o adoptivas.”

²⁸⁶ Artículo 1.2.f): “Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, el hijo o hija adoptado y la familia biológica en la búsqueda de orígenes de la persona adoptada”.

²⁸⁷ En este sentido, vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *La mediación familiar en sede de adopción*, Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Febrero, 2005.

conflicto familiar el surgido entre las personas adoptadas y sus familias biológicas o adoptivas.

En este sentido, en la Exposición de motivos de la norma andaluza se establece que “un nuevo fenómeno está apareciendo de forma masiva en los últimos años, y es el deseo de los hijos e hijas adoptados de buscar sus orígenes, pudiendo ser la mediación el vehículo idóneo para posibilitar el contacto entre ambas partes, a través de un procedimiento que prepare a la familia adoptiva, al hijo o hija adoptado mayor de edad y a la familia biológica para afrontar este encuentro de forma óptima, dejando a la voluntad de las partes que inicien un procedimiento en el que se conjuguen el derecho a conocer a su familia biológica y el derecho a la intimidad.”

Sin embargo, consideramos que esta materia no cabe dentro de la mediación familiar por varios motivos que a continuación exponemos.

En primer lugar, debemos poner de manifiesto que en virtud del artículo 178 CC²⁸⁸ la adopción rompe los lazos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica; por tanto, los conflictos que puedan surgir entre las personas adoptadas y sus familias naturales no pertenecen al ámbito familiar, por lo que, a nuestro juicio, no tienen cabida en la mediación familiar.

En segundo lugar, la pretensión de la ley valenciana es muy imprecisa; puesto que, ni siquiera hace alusión a la existencia de un conflicto sino que se limita a señalar que a través de la mediación dichas personas se pueden poner en relación. Sin embargo, en la Disposición adicional primera indica que “para el conocimiento de los orígenes biológicos y lograr el encuentro entre las personas adoptadas y su familia biológica”, la consejería competente debe dictar una orden regulando tal procedimiento. A nuestro juicio, esta materia no pertenece al ámbito de aplicación de la mediación. Por un lado, se refiere a la búsqueda de los orígenes biológicos con lo que se está confundiendo la institución de la mediación con una especie de detective y por otro lado, hace alusión al

²⁸⁸ Artículo 178 CC: “La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior.”

encuentro entre personas adoptadas y su familia biológica. Consideramos que una cuestión es que se deba prestar asistencia a dichas personas en virtud del principio de libre investigación de la paternidad, y otra muy distinta que la vía para hacerlo sea la mediación.

Por último, debemos señalar que es muy cuestionable que la materia relativa a adopción pertenezca al ámbito del derecho disponible, y en cuanto no lo sea, no tendría cabida la mediación.

Así, compartimos el criterio establecido en lo referente al ámbito de aplicación de la mediación familiar en la Orden Foral 147/2007, de 23 de julio, de la Consejería de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar que establece que “en ningún caso se entenderá la mediación familiar en términos de orientación jurídica, social o psicológica, ni como terapia de pareja o familiar”.

Algunos autores²⁸⁹, consideran que no sólo puede aplicarse a la adopción, sino también al acogimiento²⁹⁰; a lo que también nos manifestamos contrarios por las mismas razones que las expuestas en materia de adopción.

²⁸⁹ TOSCANO GIL, F., “La conflictividad judicial del acogimiento de menores: el caso de los niños Iván y Sara”, *Diario La Ley*, 6 de febrero de 2004, “partimos aquí de una perspectiva extensiva del objeto de la mediación familiar, defendemos la utilización de esta institución en el mayor número de campos posibles. Creemos que debe avanzarse en este sentido, con el convencimiento de que es necesario abrirse a nuevos ámbitos en los que explorar la utilidad de la aplicación de la mediación familiar. Por ello, postulamos la utilización de la mediación familiar en cuanto problema pueda surgir en sede de acogimiento. No podemos negar que también se pueden plantear algunos problemas y dudas jurídicas sobre la disponibilidad de la materia relativa a menores, dentro de la que se encuentra el acogimiento, por razón de su consideración como objeto de la mediación familiar. Pese a ello, como una propuesta de mínimos, creemos que no por ello dejaría de ser posible utilizar la mediación familiar en materia de acogimiento, al menos como procedimiento dirigido a acercar las posiciones de las partes en lo relativo a la elaboración del documento de formalización del acogimiento al que se refiere el art. 173.2 del Código Civil. Sería éste un buen modo de evitar posibles conflictos futuros sobre algunos de los aspectos recogidos en dicho documento. De este modo, no sólo las posibles reformas de la normativa de protección de menores,

Al margen de estas cuestiones debemos considerar que la mediación en el ámbito de familia puede ser una vía muy adecuada de resolución de determinados conflictos. El TS se manifiesta proclive a la misma, así establece que “El presente caso se presenta como un simple tema de propiedad, como declaración del dominio o como un ejercicio de opción de compra, pero presenta un trasfondo del conflicto familiar, que se vislumbra, pero no aparece con prueba suficiente para decidir sobre una u otra de las dos acciones contradictorias entre sí. Podría haber algo más que un simple contrato de arrendamiento urbano, que podría llevarse a una mediación, si las partes hubieran querido o una ley lo hubiera previsto, aunque no la hay, si bien todo apunta a una corriente favorable a la misma, como indica la Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 mayo de 2008; este caso se ha llevado al órgano jurisdiccional, cuya solución debe inexorablemente basarse en hechos probados.”²⁹¹

1.2. Resto de materias de ámbito civil

El auge de la mediación familiar, se puede deber, entre otros factores a que las personas en conflicto debido al vínculo que las une o las ha unido deben seguir manteniendo relaciones entre ellas, bien por el bien de sus hijos, padres... Esto puede propiciar que las personas prefieran acudir a la mediación antes que al proceso que es un método mucho más dañino, frío y distante para las relaciones familiares. Esta misma razón puede justificar que en otras muchas materias en las que las partes están llamadas a mantener una relación duradera en el tiempo la mediación también pueda resultar una vía óptima de resolución de conflictos; así por ejemplo la mediación puede resultar útil

estatal y autonómica, sino también las futuras leyes de mediación familiar, sean de alcance estatal o autonómico, deberían contemplar, al menos, esta posibilidad.”

²⁹⁰ En este sentido, se pronuncia la norma andaluza en el art. 1.2.g) al establecer dentro del ámbito de aplicación de la mediación “los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica”.

²⁹¹ STS 4455/2009, de 2 de julio de 2009, FJ 3º.

en los conflictos vecinales²⁹², conflictos en torno a un bien de varios propietarios, cualquier litigio surgido entre partes por el cumplimiento de alguna cláusula de un contrato privado entre ellos, conflictos entre un casero y su inquilino, problemas en el cobro de dinero, etc.

Al margen del ámbito familiar, la mediación puede resultar, por tanto, un mecanismo adecuado para resolver otro tipo de conflictos de índole civil; y en este sentido se manifiesta la Ley 15/2009, de 22 de julio de mediación en el ámbito del derecho privado (ley catalana), así como el anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La norma catalana además, de especificar a qué conflictos familiares se puede acudir a la mediación, indica que también se podrá acudir a mediación para resolver “cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro”, y a continuación, indica expresamente una serie de conflictos que son propicios para resolverse a través de esta vía. Entre los cuales, indica los conflictos surgidos en asociaciones y fundaciones, en materia de propiedad horizontal, en los conflictos de convivencia ciudadana, así como cualquier otro conflicto de carácter privado en los que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción.

²⁹² En este sentido, vid. CERDÀ HERRERO, M., y GIRÓ PARÍS, R.M., “Mediación comunitaria. Una experiencia de mediación ciudadana”, en *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, (coord. POYATOS GARCÍA, A.), Nau Llibres, Universidad de Valencia, 2003, p.

1.3. Materias de ámbito mercantil

Como ya hemos indicado, el anteproyecto de ley incluye en el ámbito de aplicación de la ley la materia mercantil.

Nos encontramos ante otro ámbito en el que la mediación puede resultar una vía óptima de resolución de múltiples conflictos. Así, a través de este mecanismo se podrían resolver conflictos surgidos entre consumidores y usuarios, desacuerdos contractuales, problemas entre miembros de un equipo de trabajo, incumplimiento de plazos de ejecución de obra, conflictos entre socios, así como también tienen aquí cabida los conflictos surgidos en empresa familiar.

Por tanto, se pone de manifiesto que en conflictos de escasa entidad o en los que las partes deban seguir manteniendo relaciones en el futuro la mediación se plantea como una vía adecuada de resolución de conflictos por ser más adecuada al caso concreto y a las necesidades de las partes, por ser más económica y porque al propiciar el acuerdo consigue mejorar la relación entre las partes en conflicto.

Dentro del ámbito mercantil, consideramos que la mediación también debiera aplicarse a conflictos surgidos en torno a la materia de consumo. Los criterios que justifican la mediación tienen en esta materia todo su sentido. En muchas ocasiones el proceso va a resultar mucho más caro, que la reclamación pretendida, a lo que hemos añadido en líneas precedentes que la Administración de Justicia en muchos casos es muy lenta y no se ajusta a la perfección a las peculiaridades del caso concreto. A lo que debemos adicionar que en materia de consumo cada vez son más frecuentes las compras a través de Internet²⁹³, por lo que en caso de conflicto se agravan los problemas en

²⁹³ En este sentido, BUENO DE MATA se manifiesta a favor de acudir a la mediación *online* para resolver los conflictos surgidos en la red, así establece que “los litigios que surgen en el comercio electrónico cada día son más frecuentes. El creciente volumen de transacciones realizadas en la economía digital provoca la necesidad de una justicia más ágil, por lo que no cabe duda de que la Administración de Justicia deberá otorgar un espacio cada vez más amplio a las ODR”, (*Online dispute resolutions*), BUENO DE MATA, F., “Mediación online: ¿La mediación del futuro?”, en *La mediación en materia de*

cuestiones tales como ¿quién es el tribunal competente? ¿cuál es la ley aplicable?. De modo que, para evitar estos problemas la mediación puede resultar un mecanismo muy adecuado para resolver este tipo de controversias.

En países, como en EEUU, estas técnicas de resolución de conflictos en materia de consumo cuentan con un gran arraigo y se presentan como una respuesta rápida, eficaz y económica ante muchos de los conflictos surgidos.

A pesar de que no es nada nuevo en los últimos años, encontramos que ya en Europa se está fomentando la resolución extrajudicial de los conflictos de consumo. Así, podemos destacar la Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE)²⁹⁴ y la Recomendación relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE)²⁹⁵.

Además de los textos señalados, no debemos olvidar el ya comentado art. 51 CE que legitima el establecimiento de procedimientos eficaces y seguros que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios.

Por otro lado, aunque el anteproyecto de ley de mediación deja al margen la materia de consumo, si bien es cierto que ya se vienen aplicando otros métodos extrajudiciales de resolución de conflictos a este tipo de litigios. Así, es el caso del arbitraje de consumo que ya cuenta con gran arraigo en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero no sólo se está aplicando el arbitraje en materia de consumo sino también otros medios alternativos de resolución de conflictos, como es la mediación, objeto de nuestro

familia y derecho penal. Estudios y análisis, (MARTÍN DIZ, F., coord.), Andavira, Santiago de Compostela, 2010, p. 96.

²⁹⁴ DOL 115 de 17 de abril de 1998.

²⁹⁵ DOL 109 de 14 de abril de 2001.

estudio. Algunos autores consideran muy adecuado que la mediación de consumo se lleve a cabo *on line*²⁹⁶.

Precisamente en esta normativa dedicada a la regulación del arbitraje encontramos también una referencia a la mediación, sin embargo, tampoco aparece regulada. Así, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo contempla en su artículo 38 la posibilidad de que las partes acudan a mediación²⁹⁷. En Cataluña, se está regulando en materia de mediación y consumo. Así, el Proyecto de Ley de Código de Consumo dedica el Capítulo II del Título III a la mediación²⁹⁸.

²⁹⁶ FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Resolución extrajudicial de conflictos on line: Una nueva posibilidad para la defensa del consumidor”, *Práctica de Tribunales*, Nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010, Editorial LA LEY. “En contra de lo que pudiera parecer, puesto que la mediación se basa en acercar a las partes, y para ello pareciera que la presencialidad debiera ser una nota esencial, lo cierto es que la práctica, sobre todo de países como Estados Unidos, se ha ido generalizando la práctica de la mediación *on line*. Como se ha señalado se trata de un mecanismo muy adecuado para el entorno virtual por su falta de formalismo, así como por la libertad a la hora de encontrar soluciones que satisfagan a las partes. Además, del mismo modo que el arbitraje virtual, puede desarrollarse todo el procedimiento de la mediación *on line*, o bien, alguna de las fases, normalmente la del comienzo cuando las partes se conocen, de forma presencial.”

²⁹⁷ Art. 38: Mediación en el procedimiento arbitral

1. 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.
2. La mediación se regirá por legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiente, no obstante, al Secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.
3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidas a los árbitros.

²⁹⁸ En este sentido, vid. MARCOS FRANCISCO, D., “Las Alternative Dispute Resolution en el Proyecto de Ley del Código de Consumo de Cataluña”, *Revista General de Derecho Procesal* 22, 2010.

2. Las partes

Este aspecto, a priori, podía haber sido tratado en el capítulo primero, dedicado a los aspectos generales, sin embargo, hemos optado por tratar el apartado de las partes en cada uno de los restantes capítulos y abordarlo de forma independiente para la mediación civil y para la mediación penal, para así destacar directamente sus particularidades.

Al referirnos a las partes en un procedimiento de mediación hacemos alusión a la existencia de dos o más personas entre las que surge una controversia y que deciden acudir a dicho procedimiento para intentar solucionar dicho conflicto.

Consideramos, por tanto, necesaria la presencia de todas las partes en conflicto para poder hablar de un procedimiento de mediación.

Sin embargo, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Nules, de 30 de diciembre de 2005 se establece que el padre se deberá someter a un procedimiento de mediación y “si así lo exige para el desempeño adecuado de sus funciones el SPAM²⁹⁹, la hija y la madre en la medida en que sean requeridas para ello”; es por tanto, manifiesto que confunde la mediación con una atención psicológica porque según se extrae de la lectura de la sentencia la intervención de la madre sólo será necesaria si así lo establece el Servicio de Psicopedagogía de Atención al Menor; y sin embargo, en la mediación es necesaria la intervención de todas las partes en conflicto; y en el supuesto mencionado, en principio, sólo se contempla la presencia del padre. Por tanto, el juez está remitiendo a una terapia de carácter psicológico, pero no a un procedimiento de mediación, por lo menos no a la mediación tal y como la concebimos nosotros en la que deben estar presentes las partes e intentar poner fin al conflicto que les separa.

²⁹⁹ Servicio Psicopedagógico de Atención al Menor.

Hemos indicado que es necesaria la presencia de todas las partes en conflicto, pero ¿cualquier persona puede acudir a la mediación en la búsqueda de soluciones a un litigio? Si analizamos la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁰⁰ y la Ley de Enjuiciamiento Civil observamos que la capacidad para ser parte en un proceso es muy amplia³⁰¹, y nos podemos preguntar si los mismos entes que tienen capacidad para ser parte en un proceso, la tienen en un procedimiento de mediación. En principio, nada tiene que ver la capacidad en un supuesto y en otro.

La capacidad para ser parte en un proceso se puede definir como la “aptitud jurídica para ser titular de los derechos o de las obligaciones de carácter procesal que a las partes se refieren”³⁰²; dicha capacidad es tan amplia por exigencias del artículo 24 de nuestro texto constitucional que propugna que “todas las personas tienen derecho a obtener la

³⁰⁰ Artículo 7.3: “Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.”

³⁰¹ Artículo 6. Capacidad para ser parte.

1. “Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

1º Las personas físicas.

2º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.

3º Las personas jurídicas.

4º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.

5º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte.

6º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.

7º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

8º Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.”

³⁰² GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo 1, Madrid, 1977, p. 173.

tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Por tanto, la capacidad para ser parte en un proceso debe garantizar el acceso a la justicia de todos los que quieran defender sus derechos e intereses. Como hemos visto, por vía legal dicha capacidad ha sido ampliada, incluyendo a otros muchos entes que no son personas físicas.

Sin embargo, la capacidad para ser parte en un procedimiento de mediación es algo distinto. Aquí se trata de la facultad de solucionar un conflicto, o al menos, intentarlo. Por lo que, a nuestro juicio, las partes deben reunir una serie de requisitos, y la exclusión de determinados supuestos no supone una dejación de justicia, porque siempre queda abierta la vía judicial.

2.1. Presupuestos

En cuanto a los requisitos que deben reunir las partes, nos podemos plantear si es suficiente la capacidad general para contratar³⁰³. Dicha capacidad exige que las partes consientan libremente su realización; no pudiendo prestar consentimiento los menores no emancipados, ni los incapacitados³⁰⁴ y por otro lado, se entiende que el consentimiento es nulo si se ha prestado por error, violencia, intimidación o dolo³⁰⁵.

³⁰³ Artículo 1261 Código Civil:

“No hay contrato sino concurren los requisitos siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca”

³⁰⁴ Artículo 1263 Código Civil:

“No pueden prestar consentimiento:

1. Los menores no emancipados.
2. Los incapacitados.”

³⁰⁵ Artículo 1255 Código Civil: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

En principio, podemos entender que dicha capacidad es suficiente para que las partes puedan someterse a un procedimiento de mediación. La exclusión de los menores e incapacitados parece lógica, puesto que estamos hablando de supuestos en los que las partes van a tomar decisiones de forma libre y consciente e intentarán llegar a soluciones; por lo que es necesario que tengan la capacidad suficiente para ello; capacidad que, *a priori*, no poseen ni los menores, ni las personas incapacitadas³⁰⁶. Ante un supuesto distinto nos encontramos con los menores emancipados, a los cuales el ordenamiento jurídico les permite actuar “como si fueran mayores” en determinados ámbitos³⁰⁷. Por tanto, en dichos aspectos debemos entender que el menor también podría someterse a un procedimiento de mediación para intentar poner fin a una determinada controversia.

Aspecto distinto es que, a pesar, de que no participen como partes en conflicto en un procedimiento de mediación, sí se les otorgue el derecho a ser oídas, para que también se tenga en cuenta su opinión y se pueda resolver el conflicto de la mejor manera posible para todas las personas que se vean afectadas por el mismo. Evidentemente, en este punto habrá que tener en cuenta la edad del menor o el estado del incapacitado.

Así, por ejemplo, en un conflicto en torno a la custodia de un menor, parece lógico que se le oiga, que exponga su opinión puesto que este hecho puede enriquecer y mejorar el acuerdo que puedan alcanzar sus padres y que se adapte de una forma más satisfactoria al deseo de todas las partes afectadas. Si el mediador escucha al menor, puede ayudar a reconducir la postura de sus padres para que éstos en sus criterios también tengan en cuenta los de su hijo. Además, tenemos que tener presente el art. 9.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que establece que “el

³⁰⁶ La norma cántabra sobre mediación contempla la posibilidad de que intervengan menores en el procedimiento, en este sentido establece que “Los menores podrán intervenir en la mediación en la medida en que conforme a la legislación sustantiva ostenten capacidad para disponer del objeto del conflicto” (art. 21).

³⁰⁷ Art. 323 CC: “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.”

menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.” A lo que añade que “las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.”

En este sentido, la norma balear establece que los menores de edad que tengan suficiente juicio y en todo caso, los mayores de 12 años pueden intervenir en aquellos procedimientos de mediación que les afecten.

También debemos excluir la mediación en los supuestos en los que la persona no tenga control sobre su propia voluntad. Así, cuando una de las partes no pueda adquirir compromisos debido a alcoholismo, drogadicción, trastornos mentales... la mediación no se presenta como una vía adecuada de gestión de conflictos.

Por otro lado, la previsión que considera nulo el consentimiento prestado por error³⁰⁸, violencia³⁰⁹, intimidación³¹⁰ o dolo³¹¹ también es aquí extensible; se debe garantizar que las partes acudan voluntaria y libremente para que el acuerdo final, si éste se logra, sea el resultado de la voluntad de ambas partes, no de la imposición de uno sobre otro. Y lógicamente, cuando media uno de estos supuestos una de las partes no es libre en la toma de decisiones.

³⁰⁸ Para que el error invalide el consentimiento, éste “deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo”. Artículo 1266 CC

³⁰⁹ “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”. Artículo 1267 CC

³¹⁰ “Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”. Artículo 1267 CC.

³¹¹ “Hay dolo cuando, con palabras o manipulaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Artículo 1269 CC.

Sin embargo, la referencia del Código Civil a la violencia se refiere a que ésta sea ejercida en el momento de prestación del consentimiento; sin embargo, consideramos que debe extenderse la prohibición de acudir a la mediación cuando concurra la violencia independientemente de cuándo se haya ejercido. Así, por ejemplo en mediación familiar, a las partes les une un vínculo conyugal o de parentesco, que si ha habido violencia coloca a la parte que la haya padecido, en una situación de desequilibrio; que hace, a nuestro juicio, que no sea conveniente acudir a la mediación porque siempre prevalecerá la opinión, y por tanto, la solución del que ejerza esa superioridad sobre el otro.

Es fundamental, en nuestra opinión, que haya un equilibrio entre las partes; que éstas dispongan de las mismas armas en la búsqueda de soluciones, estando en una situación de igualdad.

A nuestro juicio, en los supuestos en los que exista un importante desequilibrio de fuerzas, el mediador debería poder poner fin al procedimiento; puesto que cuando se da esta situación la mediación no puede alcanzar la finalidad perseguida.

Por otro lado, debemos poner de manifiesto que la intervención personal de las partes es obligatoria. Una vez que éstas han decidido acudir de forma libre y voluntaria a un procedimiento de mediación su intervención en el mismo debe ser personal; no pudiendo delegar en terceros su asistencia.

2.2. Estatuto jurídico

Una vez que hemos analizado quiénes pueden intervenir en un procedimiento de mediación vamos a estudiar cuáles son los derechos y deberes de las partes en el mismo.

Evidentemente, las partes disfrutan de una serie de derechos y están sometidos a una serie de obligaciones. Sin embargo, este aspecto no ha sido abordado por la mayoría de

las normas que regulan la mediación. Así, el anteproyecto de ley sobre mediación no dedica ni un solo precepto a este punto y las normas autonómicas sobre mediación familiar, en su gran mayoría tampoco.

Desde nuestro punto de vista, es importante establecer un elenco de derechos y deberes para garantizar el buen funcionamiento de la mediación.

a) Derechos

En cuanto a los derechos de los que gozan las partes en un procedimiento de este tipo encontramos los siguientes:

- Recibir información sobre la mediación: en qué consiste, cuál es su procedimiento...
- Acceder a la mediación en los términos que legalmente se establezcan.
- Desistir del procedimiento de mediación en cualquier momento.
- Disfrutar de la mediación gratuita en los mismos términos que los establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita.
- Conocer, con carácter previo al inicio de la mediación, el coste máximo del procedimiento.

b) Deberes

En cuanto a las obligaciones que tienen durante el desarrollo de un procedimiento de mediación, éstas son las siguientes:

- Respetar los principios de la mediación.
- Asumir los costes de la mediación y los honorarios de los mediadores, salvo que se tenga derecho a la mediación gratuita.

- Cumplir los acuerdos adoptados en el procedimiento de mediación.
- Abstenerse de solicitar la declaración del mediador como testigo o perito en un posterior proceso.

3. Experiencias de mediación intraprocésal

Anteriormente hemos indicado que la mediación se caracteriza por configurarse como un sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Manteníamos tal afirmación porque nuestro ordenamiento jurídico no concibe la mediación dentro del proceso. Sin embargo, y a pesar de esto cada vez con más frecuencia encontramos que se llevan a cabo la implantación de programas piloto en distintos Juzgados de nuestro país. Tal y como hemos indicado la clave está en determinar si la mediación se produce o no de forma ajena al proceso, de ahí que prefiramos recurrir al término mediación intraprocésal, al comúnmente utilizado “mediación intrajudicial”, que parece dar a entender que es desarrollado por el propio juez.

Algunas normas autonómicas ya contemplan la posibilidad de la mediación intraprocésal, al contemplar que la misma puede llevarse a cabo una vez iniciado un proceso.

La puesta en práctica de este tipo de mediación en nuestro país se hace a través de programas pilotos³¹². Así, por ejemplo, podemos destacar la Resolución JUS/196/2010,

³¹² En nuestro país la mediación intrajudicial nace en los juzgados de familia por parte de un grupo de profesionales de Barcelona, ciudad en la que la Obra Social de La Fundación La Caixa cofinanció en 1992 dos servicios de mediación: *Genus e Intres*. También, en Barcelona se llevan a cabo mediaciones que tienen su origen en la derivación de los juzgados de familia.

El primer reconocimiento formal de la mediación intrajudicial tiene lugar en las Primeras Jornadas Nacionales “Persona, Sociedad y Ley”, celebradas en Madrid y organizadas por equipos técnicos de la Administración de Justicia.

Desde la publicación de la Recomendación R (98) 1, sobre mediación familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998, se toma a la mediación como un mecanismo a tener en cuenta para resolver conflictos familiares.

De este modo, desde finales de los noventa se han ido desarrollando experiencias piloto en distintos juzgados de España (así, podemos destacar las experiencias que han tenido lugar en juzgados de Cataluña,

de 28 de enero, de implantación del Programa piloto de mediación en ámbitos del Derecho civil distintos del Derecho de familia al amparo de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado.

Dichas experiencias se han puesto en práctica porque se considera que la mediación es un método adecuado que puede servir de apoyo a la función jurisdiccional. Sus partidarios señalan al respecto que no se pretende judicializar la mediación, algo que obviamente no tendría ningún sentido sino que se trata de garantizar al máximo la tutela efectiva como derecho de los ciudadanos³¹³.

En el marco de un proceso la mediación puede iniciarse durante el transcurso del mismo o bien, una vez que éste ha finalizado. A continuación, analizaremos brevemente ambos supuestos.

También pueden las partes acudir a la mediación en la fase de las medidas provisionales.

Al margen de estos casos, las partes también pueden acudir a un procedimiento de mediación tras la finalización del proceso, con la intención de que se cumplan las medidas fijadas por el juez en la sentencia.

A continuación, analizaremos con más profundidad cada uno de estos momentos de iniciar el procedimiento de mediación una vez iniciado el proceso.

País Vasco, Valencia, Andalucía y Navarra). Con lo que el juez, atendiendo al caso concreto, derivaba a las partes en conflicto a mediación.

Esto ha derivado en la creación de servicios de mediación en los propios Juzgados de Familia, como ocurre en el Juzgado nº 22 de Madrid.

³¹³ En este sentido se manifiestan ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR)...”, op. cit. p. 45.

3.1. Mediación estando pendiente un proceso

Las experiencias de mediación intrajudicial llevadas a cabo en nuestros Tribunales han propiciado que una vez iniciado el acto del juicio las partes, en los casos que así lo deseen se sometan a un procedimiento de mediación. Generalmente estas experiencias han sido desarrolladas en el marco de los conflictos familiares. Así, en estos supuestos, cuando el Juez considera que las partes podrían resolver el conflicto por sí mismas las remite a mediación. De ahí, que como hemos indicado, prefiramos utilizar el término “mediación intraprocesal”, puesto que lo contrario parece dar a entender que es el juez el que lleva a cabo la mediación, y sin embargo, esto no es así. Se limita a remitir a las partes a la misma.

Un procedimiento de mediación puede instarse estando pendiente un proceso. En este supuesto, el juez una vez iniciado un proceso puede remitir a las partes a un procedimiento de mediación y éstas decidir acudir al mismo para intentar resolver la controversia.

En este caso, el juez podrá acordar la suspensión del proceso para que tenga un lugar el procedimiento de mediación, si éste se desarrolla y las partes no alcanzan acuerdos se reanudará el proceso y será el juez el que imponga una solución al conflicto surgido.

En el caso de que ésta sea desarrollada y las partes hayan alcanzado algún acuerdo, éste es aprobado por el Juez. Cuando nos encontramos ante un procedimiento de separación o divorcio, éste es transformado de proceso contencioso a consensual.

3.2. Mediación en la fase de ejecución

Otra posibilidad de practicar la mediación en el seno de un proceso, lo encontramos en la fase de ejecución de las resoluciones³¹⁴.

Es frecuente, y más aún en conflictos familiares, el número de incumplimiento de resoluciones judiciales. También es muy habitual que una vez dictada una sentencia surjan nuevos conflictos en torno al contenido de la misma. Por eso, en esta fase del proceso encontramos que algunos Juzgados están dando cabida a la mediación para que se lleve a cabo el cumplimiento de lo dictado por el Juez. En este sentido, MORALES MORENO pone de manifiesto que “no sólo se hace necesaria una respuesta rápida al conflicto matrimonial sino también una solución satisfactoria a la ejecución de las medidas adoptadas en sentencia (de nada sirve tener una solución al conflicto, si éste surge con el incumplimiento de las medidas adoptadas).”

³¹⁴ MORALES MORENO, A. L., “La mediación familiar...”, op. cit. pp. 1-35.

4. Situación de la mediación en nuestro país

En este epígrafe se hace necesario comentar brevemente cuál es la situación a nivel general, así como en las Comunidades Autónomas.

Por tanto, vamos a analizar la gran cantidad de normas autonómicas existentes en la materia, así como la futura norma que a nivel general va a regular la mediación en nuestro país. Debiendo tener presente también las normas comunitarias al respecto, que evidentemente tienen una trascendental importancia en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, antes de abordar esta cuestión vamos a plantearnos si es necesaria una ley que regule la mediación o bien si no lo es, dados los principios que la rigen: la autonomía de la voluntad de las partes y el principio de flexibilidad.

4.1. ¿Es necesaria una ley sobre mediación?

Nuestro país no cuenta con gran tradición en materia de mediación, que en cambio sí encontramos en el caso de otros métodos autocompositivos de resolución de litigios, como por ejemplo con la conciliación.

De hecho, cuando en nuestro país se empezaba a regular el divorcio, otros países ya contaban con normas sobre mediación y se empezaba a fomentar su uso. Así, observamos que cuando en otros países se empezaba a consolidar la mediación como un método de resolución de conflictos derivados de las crisis familiares³¹⁵, en nuestro país

³¹⁵ En la mayoría de los Estados, también ocurre lo mismo con el nuestro, la mediación aparece vinculada en sus inicios a los conflictos familiares.

empezaban a surgir dichas crisis familiares; siendo la vía judicial prácticamente el único método de resolverlos.

Sin embargo, en los últimos años observamos una tendencia cada vez mayor a acudir a la mediación para resolver este tipo de conflictos. Esto ha provocado una masiva proliferación de normas autonómicas sobre mediación. Desde el año 2001 hasta la actualidad, doce CCAA han regulado la mediación en sus respectivos territorios; diez de ellas ciñendo su ámbito de aplicación a los conflictos familiares.

A este conjunto de normas autonómicas, se unen normas europeas, como la Directiva europea sobre determinadas materias de la mediación civil y mercantil y el anteproyecto de ley estatal que previsiblemente en poco tiempo entrará en vigor.

Ante esta abundante legislación, tal y como hemos adelantado se nos plantea la cuestión de si es necesaria una ley de mediación. Como también hemos indicado, nos encontramos en una materia que está regida por dos principios esenciales, como son: la libre autonomía de la voluntad y el principio de flexibilidad. De ahí, que se plantee la citada cuestión.

En primer lugar, debemos recordar que la mediación no es más que un método autocompositivo de conflictos. Es decir, que son las propias partes en conflicto las que van a intentar llegar a una solución. Sin disponer de una norma sobre mediación, ya encontrábamos en nuestro ordenamiento jurídico algunos preceptos que permitían la resolución del litigio por las propias partes. Así, el art. 1809 de nuestro Código Civil regula la transacción como “un contrato en virtud del cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”³¹⁶.

De este modo, se está contemplando la posibilidad de que sean las propias partes las que intenten poner fin a la controversia sin la intervención judicial. Vemos, por tanto,

³¹⁶ Art. 1809 CC.

que la transacción se nos presenta como un resultado, mientras que la mediación es un procedimiento para conseguir dicho resultado.

Al margen de la transacción, otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico permiten a las partes que pongan por sí mismas solución al litigio. Así ocurre, con los tradicionalmente llamados “métodos anormales de conclusión del proceso” o también conocidos como “crisis procesales”³¹⁷ que no son más que vías por las que las partes no continúan con el proceso y no resolviendo el juez el conflicto de fondo.

Dentro de dichos métodos anormales de conclusión del proceso encontramos la renuncia, el desistimiento, la transacción judicial y el allanamiento.

Con todo esto, se pone de manifiesto que la posibilidad de que las propias partes resuelvan el conflicto de forma distinta a la vía judicial no es nada nuevo en nuestro ordenamiento jurídico y en aquellas materias que son disponibles para las partes no hay ningún obstáculo para ello.

De este modo, podemos indicar que no es necesaria una regulación de la mediación para darle cabida en nuestro ordenamiento jurídico porque ésta ya podía tener lugar a través de las figuras mencionadas anteriormente.

Por tanto, en materia civil y para aquellas materias que son disponibles no es necesario que la ley permita expresamente la mediación puesto que ésta ya es viable en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, aunque no sea necesaria una ley de mediación para poner en práctica la misma, cuestión distinta es que resulte conveniente o no regularla. Si la mediación está regida por la libre autonomía de la voluntad y por el principio de flexibilidad ¿es conveniente que una norma regule la mediación?

³¹⁷ GUAPS utiliza este término para referirse a aquellas alteraciones que experimenta el proceso respecto a lo que constituiría el desarrollo normal del mismo.

A pesar de que dichos principios pueden hacernos pensar que no es necesario regular la mediación y que ésta sea dejada a la voluntad de las partes consideramos conveniente que determinados aspectos de la misma estén determinados y precisados. La razón es clara: proporcionar seguridad jurídica, y que se sepa con claridad cuáles son las consecuencias de acudir a un procedimiento de mediación.

Por otro lado, determinados aspectos de la mediación pueden tener efectos en el proceso, como por ejemplo, puede suponer la suspensión del proceso y es conveniente que estas cuestiones sean reguladas.

Así, a modo de conclusión debemos indicar que no es necesaria una ley que regule la mediación para poderla aplicar en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, y a pesar de esto consideramos conveniente una norma sobre mediación para proporcionar seguridad jurídica³¹⁸.

³¹⁸ En este sentido el Informe elaborado por el CGPJ al anteproyecto de ley pone de manifiesto que “aunque algunas voces sostienen la falta de necesidad de dotar a esta figura de un régimen legal, debe considerarse plausible la gestación de una ley específica sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues es de suponer que ello traerá consigo un mayor índice de seguridad jurídica en el empleo de este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Esta regulación legal se revela de singular importancia en todo lo que tiene que ver con las conexiones entre mediación y proceso judicial. Se da la circunstancia, además, de que el Gobierno estaba constreñido por la disposición final 3.^a de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la cual le ordenaba remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación, y de que asimismo resulta necesario incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. El fomento de la mediación, como medio de solución de conflictos alternativo a la vía judicial, que puede redundar en una reducción del número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales, constituye un objetivo tanto del Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión de 12 de noviembre de 2008. En este segundo caso, además, son ya muchos los proyectos de mediación intrajudicial puestos en marcha en los últimos años, que cuentan con protocolos pautados de actuación y con resultados tangibles, tanto en el ámbito de familia como en el ámbito penal.”

No sólo es conveniente una norma que regule la mediación, sino que además ésta tenga carácter estatal, independientemente de las normas que las CCAA en virtud de sus competencias puedan desarrollar en sus respectivos territorios.

¿Qué razones justifican que sea positiva una norma con carácter estatal?

El primer motivo que justificaría una legislación sobre esta materia es la conveniencia de establecer una serie de principios generales en su aplicación. Si bien es cierto que el procedimiento debe estar presidido por el principio de libre autonomía de las partes, hay determinados aspectos que sería adecuado regularlos. Así, por ejemplo en lo relativo a la formación que debe reunir un mediador, el régimen sancionador, los costes económicos. Una cosa es que las partes tengan libertad para decidir si inician el procedimiento, cuándo lo finalizan, para lograr o no acuerdos y otra que en determinados aspectos sea conveniente una regulación.

En segundo lugar, la mayoría de las Comunidades Autónomas han legislado sobre mediación familiar. Al no existir una ley estatal, cada Comunidad ha regulado la materia como ha considerado oportuno y esto puede ocasionar importantes diferencias prácticas entre unos lugares y otros. Así, cada CCAA establece unos estudios y formación específica para ejercer como mediador; con lo que nos podemos encontrar que una persona puede ser mediadora en Valencia, pero no en Madrid. Así, como el hecho de que se creen registros públicos, son aspectos de naturaleza administrativa que es conveniente que sean regulados por una ley que sea aplicable para todo el territorio. De ahí, que nos inclinemos por la existencia de una ley estatal que regulase estos aspectos, y así conseguir la homogeneidad entre las distintas Comunidades Autónomas.

De cómo entendamos la mediación dependerá que la competencia para regular este apartado sea estatal o autonómica, así si la mediación se configura como un servicio público, entendemos que debiera ser el Estado el que regulara el acceso a la mediación

por exigencias del art. 18 puesto que los mediadores serían funcionarios³¹⁹, por otro lado, si se configura una formación específica y autónoma del mediador también debiera ser el Estado el que lo regulase en función del art. 149.30 CE³²⁰.

Por otro lado, algunas Comunidades Autónomas no han legislado sobre mediación, y sin embargo, en todas se viene aplicando; sin embargo, no disponen de bases jurídicas. Si hubiera una legislación estatal al respecto, se salvaría este punto y habría mayor seguridad jurídica en su aplicación.

También debemos indicar que el artículo 770.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil posibilita que se suspenda el proceso y que las partes se sometan a mediación para la resolución del conflicto; al hacer la legislación estatal alusión a la mediación sería conveniente que ésta fuese regulada. De lo contrario, se ocasiona gran inseguridad jurídica sobre todo en las Comunidades Autónomas donde no hay legislación al respecto, ni se está aplicando.

También debemos destacar que determinados aspectos inciden directamente en cuestiones propias del Derecho Procesal, y por tanto, influir en la legislación procesal y al ser ésta una competencia estatal las Comunidades Autónomas no podrán legislar al respecto; con lo que se produce un importante vacío legal. Así, por ejemplo, ocurre con la atribución de carácter ejecutivo al acuerdo, las reglas que garanticen la confidencialidad del procedimiento o bien la facultad del juez de derivar a una

³¹⁹ Art. 149.18 CE: “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.”

³²⁰ Art. 149.30 CE “Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.”

mediación³²¹. De este modo, si al acuerdo de mediación se le dota de carácter ejecutivo será necesario introducir un nuevo párrafo en el art. 517 LEC y que en el mismo conste que el acuerdo de mediación lleva aparejada ejecución. Por tanto, no tiene sentido que en una CCAA el acuerdo tenga carácter ejecutivo y no en otra.

Por último, conviene señalar que la mediación familiar versa sobre cuestiones que son reguladas por leyes estatales, tanto por el Código Civil, como por la Ley de Enjuiciamiento Civil; por lo que sería conveniente que para guardar la coherencia y uniformidad en esta materia, la mediación fuese regulada por la legislación estatal.

Las distintas Comunidades Autónomas regulan la mediación en virtud del artículo 148.1.20º de nuestra Constitución que les otorga competencia en materia de asistencia social y algunas de ellas hacen alusión a que dichas normas no atribuyen efectos procesales, siendo ésta una competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.6º CE que impide que las Autonomías legislen al respecto.

En el mismo supuesto nos encontramos ante la posibilidad de que el juez remita a las partes a un procedimiento de mediación, dicha previsión exigiría una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por tanto, carece de sentido que una CCAA permita tal remisión y otra CCAA no.

Si la competencia de las Comunidades Autónomas se puede justificar en que la mediación es una institución que se enmarca en la asistencia social; no debiera quedarse sólo en eso y se la debieran otorgar una serie de efectos. Para ello es conveniente una regulación que afecte a normas procesales, por lo que sería el Estado el que debiera legislarlo.

³²¹ Nos hemos manifestado a favor de que las partes acudan a un procedimiento de mediación de forma voluntaria; sin embargo la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles contempla la posibilidad de que sea el juez el que proponga a las partes la mediación; por tanto dichos aspectos deberían estar regulados por una norma de aplicación a todo el Estado.

Con independencia de que una serie de aspectos es más conveniente que sean regulados por una ley de ámbito estatal para evitar disparidad de criterios, las materias que acabamos de mencionar deben ser reguladas necesariamente por una norma del Estado porque así lo establece el artículo 149.1.6° de nuestro texto constitucional, puesto que inciden directamente en cuestiones procesales.

4.2. Ámbito estatal

En primer lugar, debemos destacar que no disponemos de ninguna norma que regule la mediación de manera unificada para todo el territorio español³²². Tan sólo encontramos alguna referencia en determinadas leyes. Si bien es cierto que está en marcha el anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de febrero de 2010), lo que hace pensar que en breve dispondremos de una regulación legal de la mediación para todo el territorio nacional³²³.

Sin embargo, hasta que dicho anteproyecto adquiera el carácter de ley nos vamos a centrar en la normativa que en la actualidad regula la mediación en nuestro país.

Podemos considerar que la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio introdujo la mediación en nuestra legislación³²⁴; aunque en ningún momento hace uso de este término.

³²² Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L., *Situación de la mediación familiar en España: detección de necesidades, desafíos pendientes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administración y Publicaciones, D.L. Madrid, 2007.

³²³ Si bien es cierto que tampoco sería el primer anteproyecto de ley que no ve la luz.

³²⁴ Esta normativa ha sufrido importantes modificaciones como consecuencia de la promulgación 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; que ha hecho desaparecer la separación y divorcio causales de nuestro ordenamiento jurídico.

Cuando los cónyuges solicitan la separación o el divorcio de mutuo acuerdo deben presentar un convenio regulador. Dicho convenio aparece regulado en el artículo 90 Código Civil³²⁵; se trata de un documento pactado por las partes en el que toman decisiones relativas a los hijos, la vivienda, el régimen económico y las pensiones que procedan. Los acuerdos alcanzados por las partes serán aprobados por el Juez, salvo que perjudique a los hijos o afecte gravemente a uno de los cónyuges.

Así pues, cuando los cónyuges se quieren separar o divorciar de mutuo acuerdo deben presentar una propuesta de convenio regulador que contenga previsiones sobre los hijos, la vivienda, la liquidación del régimen económico, pensiones... Por esta razón, hemos indicado que se introduce la mediación en nuestra legislación. La mediación no es más que el intento de solución por las propias partes del conflicto que las separa.

³²⁵ “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso.

La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

La pensión que, conforme al artículo 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este caso, los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.”

Por tanto, de forma indirecta se contempla la mediación en el ámbito familiar; puesto que se insta a las partes a alcanzar acuerdos sobre determinados aspectos. Y aunque no se regule la institución, ni en ningún momento se haga alusión a ella, podemos considerar que es un reconocimiento de la misma y de su introducción en nuestra legislación.

Con el transcurso de los años, se puso de manifiesto desde diversos órganos la conveniencia de regular estas vías alternativas de resolución de conflictos; así en el año 1997, el Consejo General del Poder Judicial, en el Libro Blanco de la Justicia destacaba la necesidad de fomentar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos³²⁶, entre ellos, mencionaba expresamente la mediación.

Años más tarde, una modificación de la regulación de la separación y el divorcio reconoce expresamente la institución de la mediación. Así, 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 divorcio³²⁷ establece en su Exposición de motivos que “las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.” Y posteriormente señala que “se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.”

La citada ley en su Disposición final primera introduce una modificación al artículo 770.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que queda con la siguiente redacción: “Las

³²⁶ Así, se indica que “la formación en técnicas de mediación es aún la asignatura pendiente cuya aprobación no es posible retrasar.”, Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pp. 196 a 199.

³²⁷ Vid. LORCA NAVARRETE, A.M., y DENTICI VELASCO, N., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley del Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, Instituto vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005

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.”

Por otro lado, algunos autores³²⁸ consideran que el art. 158.3 CC³²⁹ es base legal para que el juez remita a las partes a un procedimiento de mediación; puesto que dicho precepto permite al Juez dictar aquellas disposiciones que considere oportunas en beneficio del menor o para evitarle perjuicios.

Por otro lado, la Disposición final tercera determina que el Gobierno debe remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación. Dicho proyecto se ha de basar en los principios de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad; tal y como establece la Recomendación R 1 (98)³³⁰.

4.2.1. Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación

a) Breve repaso comunitario

En el ámbito de la Unión Europea encontramos desde hace unos años un impulso de la mediación. Así, vamos a realizar un breve repaso por esta trayectoria europea.

³²⁸ ROMERO NAVARRO, F., “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica...”, op. cit. p. 40. Dicho autor señala entre las situaciones en las que se puede mediar “cuando el propio juez considere oportuno indicar la mediación en beneficio del menor, apoyándose en el artículo 158.3 del Código Civil... El peligro del menor, al que se refiere el citado artículo, puede ser de índole psicológica y provenir del enfrentamiento grave entre los progenitores, por lo que puede ser recomendable la mediación.”

³²⁹ Art. 158.3 CC: “En general, las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro, o de evitarles perjuicios.”

³³⁰ <http://www.mediacionenfamilia.com/download/RecomendacionConsejoEuropa.pdf>

Como hemos indicado la mediación aplicada al ámbito civil no es algo nuevo desde el punto de vista europeo, ya en 1986 se dictó la Recomendación nº 12/1986, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia, que si bien es cierto no se dedica a regular la mediación, sí la contempla, entre otros, como un método alternativo a la vía judicial para la resolución de conflictos. Por tanto, se pone de manifiesto la preocupación desde instancias comunitarias de evitar en algunos supuestos la judicialización de los conflictos con la finalidad de reducir la sobrecarga de los tribunales.

Unos años más tarde, en 1998, se dictó una recomendación referida en exclusiva a la mediación, la Recomendación Nº R (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Mediación Familiar³³¹. Esta Recomendación³³² tiene fundamentalmente dos objetivos:

- Instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente;
- Adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la promoción y la utilización de la mediación familiar como método de resolución de los conflictos familiares.

Por lo tanto, se dirige tanto a los Estados miembros con legislación sobre la mediación, como a aquellos que no la tienen. Debiendo fomentar y promover la práctica de la mediación aquellos Estados que cuentan con normativa al respecto e instituirlos aquellos que no la contemplan en sus legislaciones. Debemos tener en cuenta que es una Recomendación, por lo que no obliga a los Estados, sólo se pone de manifiesto la tendencia hacia la difusión de estos medios extrajudiciales de solución de conflictos.

Ese mismo año se publica otra recomendación, en esta ocasión en materia de consumo; se trata de la Recomendación 98/257/CE y en el año 2001 se vuelve a dictar otro texto al respecto, la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de

³³¹ Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros.

³³² Vid. REQUENA, M., “La mediación familiar en el ámbito...”, op. cit. pp. 173-187.

2001. Tras estas Recomendaciones, llega en 2000 una Directiva que ya obliga a los Estados miembros a adaptarse a sus prescripciones. De esta forma, es evidente la tendencia comunitaria de fomentar y desarrollar los métodos alternativos de solución de conflictos.

El Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instaurasen métodos alternativos de carácter extrajudicial y un año más tarde, adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de resolución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que indicó que la definición de unos principios aplicables a dichos métodos es fundamental para que su desarrollo y funcionamiento sea correcto.

En el año 2002, es publicado el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil³³³, que hace especial hincapié en la importancia de la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR³³⁴), entre los que se encuentra la mediación; contemplando estos métodos tanto en el marco de los procedimientos judiciales, como al margen de cualquier procedimiento (ADR convencionales)³³⁵.

En enero de 2003, es publicada la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; en el Considerando (21) de la misma se establece que la justicia gratuita debe reconocerse en las mismas condiciones ya se trate de procedimientos judiciales o de procedimientos extrajudiciales, entre los que se encuentra la mediación. Sin embargo, para que el acceso a estas vías extrajudiciales sea gratuito es necesario que

³³³ COM (2002) 196 final.

³³⁴ Los métodos de resolución de conflictos son conocidos bajo el acrónimo ADR, *Alternative Dispute Resolution*.

³³⁵ Vid., Informe sobre observaciones al Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, en septiembre de 2002.

sea obligatorio acudir a ellas, bien por imperativo legal, o bien, por mandato de un órgano jurisdiccional.

Un año más tarde, en julio de 2004 se decidió crear un Código de Conducta de los mediadores, que fue aprobado por mayoría en octubre de ese mismo año.

En octubre de 2004, encontramos un nuevo impulso a la mediación, puesto que se dicta una Propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles³³⁶. Al igual que con la Recomendación, la Propuesta de Directiva no es una norma vinculante, pero sí pone de manifiesto la tendencia comunitaria hacia la regulación y puesta en práctica de la mediación³³⁷.

Con esta Propuesta de Directiva se rompe la tendencia a la regulación sectorial que se podía venir apreciando; así la Recomendación (98) 1 regulaba la mediación familiar, posteriormente se dictó una Recomendación y una Directiva en materia de consumo; y sin embargo, esta Propuesta de Directiva abarca la materia civil y mercantil en general³³⁸.

En el Considerando (7) de la misma se reconoce la necesidad de una legislación marco al respecto, para asegurar tanto el uso de la mediación, como un marco jurídico fiable; siendo necesaria una cierta compatibilidad de las normas procesales civiles de los distintos Estados miembros en aspectos tales como la regulación de los plazos de caducidad y de prescripción, reconocimiento y ejecución de los acuerdos alcanzados...

³³⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. COM (2004) 718 final.

³³⁷ ANDRÉS CIURANA, B., "La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España...", op. cit. pp. 60-69.

³³⁸ En este sentido, vid. MARTÍN DIZ, F., "Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: Perspectivas comunitarias", *Diario La Ley*, Número 6480, mayo de 2006.

En febrero de 2008, el Consejo elabora una Posición Común³³⁹ con vistas a la adopción de una Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; cuyo texto es exactamente igual a la Directiva, que a continuación analizaremos.

Y finalmente, en mayo de 2008 se aprobó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁴⁰. Estamos ante una norma comunitaria que regula con carácter vinculante un modo de solución de los conflictos sin intervención judicial.

La Directiva regula la mediación como un método de solución de conflictos sin intervención judicial; pero el propio título de la Directiva nos anticipa que no aborda la mediación desde un punto de vista global, sino que se limita a tratar determinados aspectos de la misma³⁴¹, se limita a regular unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos de carácter civil y mercantil.

Hasta la entrada en vigor de la Directiva la legislación de los países sobre mediación versaba, en su mayoría, sobre mediación familiar a excepción de Austria, Bélgica y Francia que disponen de leyes de mediación general.

³³⁹ Posición Común (CE) N° 11/2008 aprobada por el Consejo el 28 de febrero de 2008, con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ... sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

³⁴⁰ PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, *Diario La Ley*, Número 6958, junio de 2008.

³⁴¹ Así lo pone de manifiesto su enunciado, “sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”

b) *Análisis de la Directiva comunitaria*

En primer lugar, la Directiva establece cuál es la finalidad perseguida³⁴², que no es otra que facilitar el acceso a medios alternativos de solución de conflictos y fomentar la solución amistosa de algunos de ellos. A estos objetivos se unen otros contenidos en los Considerandos, así podemos destacar los siguientes:

- Mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde se garantice la libre circulación de personas; y para conseguirlo es necesario adoptar medidas de cooperación judicial que son necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.
- Asegurar un mejor acceso a la justicia.
- La mediación puede proporcionar una solución económica y rápida a los conflictos³⁴³.
- Mayor probabilidad de que se cumplan los acuerdos y de que se mantenga una relación amistosa y viable entre las partes.

También establece la necesidad de una legislación marco sobre la mediación para que las partes puedan acudir a la misma para solucionar los litigios; y es precisamente la intención de esta Directiva proporcionar un marco jurídico que sea común a todos los Estados miembros.

En segundo lugar se delimita el ámbito de aplicación, pudiéndose recurrir a la mediación tanto para conflictos civiles como mercantiles. Sin embargo, la Directiva

³⁴² En este sentido, CASO SEÑAL, M., “Mediación. Signo distintivo de Europa”, *Diario La Ley*, núm. 7046, 31 de octubre de 2008, pone de manifiesto que “El objetivo de la Directiva es claro; la Unión Europea quiere mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas. Ello exige medidas de cooperación judicial en materia civil para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Y asegurar un mejor acceso a la justicia debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios.”

³⁴³ CASO SEÑAL, M., “Mediación. Signo distintivo...”, op. cit. p. 3, indica que “estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos en los que la pluralidad de ordenamientos jurídicos, concurrencia de foros judiciales y diferencias procesales, hacen más difícil una resolución rápida de los litigios.”

convenientemente contempla algunas excepciones, supuestos en los que no cabe acudir a la mediación para solucionar el litigio; limitación que no encontramos en la Propuesta de Directiva³⁴⁴. Por tanto, no podrán someterse a mediación aquellos asuntos que versen sobre derechos y obligaciones sobre los que las partes no tengan libre capacidad de decisión en virtud de la pertinente legislación. Así, una pareja podrá tomar acuerdos sobre la atribución de la vivienda familiar, custodia de los hijos... pero no se puede someter a mediación la disolución de su matrimonio. Por otro lado, también se excluye su aplicación para asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a los *acta iure imperii*. El Considerando (11) señala que tampoco debe aplicarse la mediación a las negociaciones precontractuales, ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales.

Quizá hubiera sido conveniente que la Directiva no sólo contuviese criterios materiales de exclusión de la mediación, sino también personales. Con esto, queremos decir que en los supuestos en los que hay un gran desequilibrio entre las partes no es conveniente que se acuda a la mediación para resolver un litigio porque siempre prevalecerá la opinión, y por tanto, la solución del que ejerza esa superioridad sobre el otro.

La clave de la mediación, así como del resto de medios extrajudiciales de solución de conflictos, es que sean las partes las que tomen sus propias decisiones, que lo hagan libremente y que ambas estén en situación de igualdad para poder lograr los acuerdos. De modo que, si una parte ejerce poder o superioridad sobre la otra se rompe el equilibrio necesario para que el acuerdo sea fruto de la voluntad común y la mediación pierde su sentido. Un claro ejemplo de este desequilibrio entre partes, es la violencia doméstica³⁴⁵.

³⁴⁴ Artículo 1.2 de la Propuesta de Directiva: “La presente Directiva se aplicará a los asuntos civiles y mercantiles.”

³⁴⁵ El artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género prohíbe expresamente la mediación cuando se ejerce este tipo de violencia sobre las mujeres.

Se aplicará, por tanto, a asuntos civiles y mercantiles siempre y cuando tengan carácter transfronterizo. En los anteriores textos comunitarios no se hacía tal limitación; sin embargo, con la redacción dada a la Directiva sólo se obliga a los Estados miembros a adaptarse a la misma en los supuestos en los que una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado al que pertenece la otra parte³⁴⁶. A nuestro juicio, hubiera sido más conveniente una regulación más amplia de la mediación para proporcionarle un mayor impulso; no limitándola a supuestos transfronterizos que cuantitativamente son mucho menores que los conflictos que puedan surgir entre nacionales de un mismo Estado miembro. Así, la Directiva impone a los Estados la obligación de dictar una normativa que prevea la mediación en este sentido y no tiene obligación de regular la mediación para solucionar los conflictos surgidos entre sus nacionales³⁴⁷. Si bien es cierto que el Considerando (8) abre la posibilidad de que los Estados miembros apliquen estas disposiciones en procedimientos de mediación de carácter nacional; pero simplemente con carácter opcional³⁴⁸.

³⁴⁶ En este sentido, la Directiva precisa en el art. 2 que estamos ante un litigio transfronterizo "...cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que:

- las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o
- un tribunal dicte la mediación,
- sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o
- a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes de un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c)".

³⁴⁷ MUÑOZ, P., "El proyecto de Directiva europea sobre mediación", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 5, 2005, indica que "si desde Europa se van a exigir unos mínimos de calidad en la prestación de los servicios en el derecho interno se tendrán que adoptar las medidas necesarias para tal fin, porque es absurdo pensar que para las mediaciones con elemento transfronterizo se exijan unos requisitos, y para las que se realicen en España se exijan otros.", op. cit. p. 15.

³⁴⁸ ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., "Aproximación a la mediación prejudicial...", "la Directiva prevé algo que, a nuestro entender, tiene una gran importancia, nos referimos a la expresión del artículo 12: *En el informe se examinará en particular, el impacto de la presente Directiva sobre el desarrollo de la*

En este punto, radica la mayor diferencia entre la Propuesta de Directiva y la propia Directiva, ya que en la Propuesta no se limitaba la aplicación a las situaciones transfronterizas y se preveía para todos los supuestos en los que hubiese un conflicto de naturaleza civil o mercantil independientemente del lugar de domicilio o residencia de las partes. Esta limitación va en contra del sentimiento que venía manifestando la Comisión en otros instrumentos, lo cierto es que si leemos la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva y la propia Directiva parece imposible que ambos textos tengan el mismo origen; así en la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva se establece que “la Comisión considera que introducir la condición explícita de una implicación transfronteriza invalidaría los objetivos de la Directiva propuesta y sería contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado interior. Por tanto, la Directiva debe aplicarse a todas las situaciones independientemente de la presencia de elementos transfronterizos en el momento de la mediación o en el momento de los procesos judiciales.”

A modo de ejemplo, indicamos otro párrafo que pone de manifiesto el sentimiento contrario de las instituciones comunitarias a limitar la mediación a supuestos transfronterizos: “Promover la mediación solamente para los conflictos que presentan un elemento transfronterizo sería, por tanto, arbitrario y podría introducir un riesgo de discriminación, puesto que los órganos jurisdiccionales propondrían la mediación solamente a algunas partes en función de su domicilio. Una restricción de este tipo también implicará indudablemente una reducción sustancial del impacto práctico de la Directiva propuesta.”

La justificación a este límite podría ser la voluntad del legislador comunitario de respetar las distintas normas que se han dictado en los Estados miembros; puesto que en

mediación en casos tanto transfronterizos como internos. Con esta expresión se nos saca de la duda que surge con el artículo 3, esto es, el ámbito de aplicación. Por consiguiente, independientemente del campo de aplicación, nos atrevemos a proponer una extensión –mejor introducción de tales características- en nuestro derecho interno, tal como en varias ocasiones –aunque tímidamente- se refiere la norma y recomendación europea”, op. cit. p. 5.

esta cuestión muchos países han legislado y encontramos normas muy diferentes entre sí. A nuestro juicio, debería haber sido más ambicioso y regular la mediación para todos los supuestos, al menos determinar una serie de principios generales para dar una mayor seguridad jurídica en aspectos tales como plazos, eficacia del acuerdo...

Si continuamos con el análisis de la Directiva encontramos un concepto de mediación³⁴⁹. Se define 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. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.”³⁵⁰

La Directiva emplea correctamente el término “procedimiento” para referirse a la mediación, así no cabe duda de que mediación y proceso son dos instituciones distintas que no deben confundirse entre sí. Sin embargo, distintos instrumentos comunitarios³⁵¹ venían utilizando el término proceso para referirse a la mediación; y adecuadamente en la Directiva aparece el término “procedimiento”. Este matiz, que *a priori* puede parecer una cuestión meramente terminológica, es fundamental. Como ya hemos indicado, no

³⁴⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P., “El proyecto de Directiva europea...”, op. cit. p. 10, “se va a dejar a la competencia de cada uno de los Estados la definición del modelo de mediación por el que se opta, sin condicionar que ésta sea de naturaleza pública o privada, que se desenvuelva en el ámbito extrajudicial o que esté vinculada a la actividad de los tribunales de justicia, al ámbito empresarial o sindical, o a las administraciones públicas estatales, autonómicas o municipales. Lo que si que van a quedar excluidas son las intervenciones del defensor del pueblo o de instituciones análogas, el arbitraje en todas sus manifestaciones, y la actividad conciliatoria que pueden desempeñar los jueces.”

³⁵⁰ Artículo 3.a).

³⁵¹ Encontramos definida la mediación como proceso en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y también en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (COM (2004)0718-C6-0154/2004-2004/0251(COD)).

debemos confundir el proceso con los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos³⁵².

Estamos, por tanto, ante un procedimiento que tiene carácter voluntario, por el que las partes con la ayuda de un tercero intentan poner solución a un litigio que les enfrenta y dicho procedimiento podrá ser iniciado por:

- Las partes

Las partes en conflicto pueden acudir por sí mismas a la mediación para intentar solucionar el conflicto que las separa.

A nuestro juicio, es la forma más efectiva y conveniente de que se inicie la mediación.

- Un órgano jurisdiccional

El órgano jurisdiccional puede proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio.

Pero, no sólo lo puede proponer sino que también el órgano jurisdiccional podrá ordenar que se acuda a la mediación, cuando así lo prevea la legislación nacional. Esta previsión es, a nuestro juicio, contraria al espíritu de la mediación. La mediación debería ser un procedimiento totalmente voluntario porque es la única forma de garantizar su esencia y de que tenga auténtica funcionalidad; sin embargo, la Directiva ha recogido la posibilidad de que la mediación sea impuesta seguramente para respetar las legislaciones internas que prevén supuestos de obligatoriedad.

El artículo 4 prevé la posibilidad de que el juez pida a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación; esta previsión nos parece adecuada en el sentido de que tenga un mero carácter informativo, puesto

³⁵² Vid., CALVO SÁNCHEZ, M.C., “El proceso y sus alternativas...”, op.cit. pp. 213-244.

que a nivel popular es una institución que se caracteriza por su gran desconocimiento. La clave está en que sólo sea una sesión informativa y posteriormente, las partes decidan si quieren o no acudir a la mediación para resolver el litigio que las enfrenta.

- El Derecho de un Estado miembro

La tercera vía por la que puede iniciarse un procedimiento de mediación es por imperativo de la legislación de un Estado miembro. Sin embargo, para que esta vía sea posible es necesario que el Derecho nacional no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial³⁵³ porque de lo contrario estaríamos cercenando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Así, la Directiva respeta las legislaciones internas que prevean supuestos de obligatoriedad y garantiza que la mediación nunca va a suplir al proceso; que la vía judicial siempre quede abierta.

En este punto debemos hacer la misma precisión que acabamos de formular sobre la inconveniencia de que se instaure la mediación como obligatoria. Además, encontramos un cambio de criterio, puesto que a pesar de que observamos que se hace alusión al principio de voluntariedad, está condicionado o al menos atenuado. Sin embargo, la Recomendación abogaba por la voluntariedad, no reconociendo supuestos de obligatoriedad de la misma.

La mediación no sólo es lo anteriormente expuesto sino que se “incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio”; de este modo el artículo 3. a) abre la posibilidad siempre y cuando lo permita la legislación de los Estados miembros de que un juez actúe como mediador siempre que no participe en un proceso judicial relacionado con

³⁵³ Artículo 5.2.

las cuestiones objeto de litigio. A continuación, el mismo precepto establece que “no incluye 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 este litigio”. Por tanto, no se debe confundir la actuación de un juez al margen de un proceso, que puede ser mediación con la actuación del juez en el mismo que no es mediación.

Una vez visto qué se entiende por mediación, vamos a analizar el concepto de mediador. Dicho término también aparece definido en el artículo 3, entendiéndose como mediador “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.”

El concepto utilizado en la redacción de la Directiva es muy parco; así se establece que un mediador es un tercero que lleva a cabo la mediación. El mediador es, por tanto, una persona física que podrá organizarse en torno a una persona jurídica tal y como establece el art. 4 que se refiere a los mediadores y a las organizaciones que prestan dichos servicios. Por tanto, la mediación podrá ser ejercida tanto por una o varias personas físicas, como por organizaciones³⁵⁴.

Continuando el análisis del término de mediador que nos facilita la Directiva vemos que no se determina cuál es su función en el procedimiento; puesto que se limita a señalar que el mediador es quien lleva a cabo la mediación. Sin embargo, podemos ampliar esta definición con la que la Directiva proporciona de mediación, ya que en la misma se señala que las partes intentarán alcanzar por sí mismas un acuerdo con la ayuda de un mediador; por tanto el mediador es una persona que bajo los principios de

³⁵⁴ La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles definía al mediador como “toda tercera persona” de esta forma se ceñía exclusivamente a personas físicas. Como hemos visto, la redacción final incluye el término “todo tercero”.

eficiencia, imparcialidad y competencia ayudará a las partes a intentar solucionar un conflicto.

El tercero que ejerza dicha actividad será un mediador independientemente de su denominación o profesión en cada Estado miembro; de este modo la Directiva no entra a valorar qué formación se requiere para ejercer dicha actividad; dejando este terreno tan pantanoso a las legislaciones internas. El legislador comunitario debería haber sido algo más preciso y no haberse limitado a señalar que el mediador es quien lleve a cabo la mediación.

A la Directiva le preocupa la formación que reciban los mediadores, por lo que establece que los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de los mediadores para garantizar que la mediación se lleva a cabo bajo los principios antes mencionados. Además, los distintos Estados elaborarán códigos de conducta voluntarios y fomentarán su adhesión a los mismos de los mediadores y las organizaciones que presten tales servicios. El referente comunitario lo encontramos en el Código de Conducta Europeo para mediadores³⁵⁵, aprobado en julio de 2004 y que contiene previsiones sobre la competencia y designación de los mediadores, los principios que deben presidir el procedimiento, el acuerdo alcanzado y sobre los honorarios; aunque hay que tener presente que este Código no tiene carácter vinculante.

A lo largo de la Directiva se van citando una serie de principios que deben estar presentes en el procedimiento de mediación. Dichos principios son los siguientes:

- Voluntariedad³⁵⁶

Este principio se ha de entender en el sentido de que las legislaciones internas no impidan el acceso de los ciudadanos a la justicia. Así, queda patente que el legislador comunitario entiende la mediación como un complemento a la vía judicial, pero nunca como una forma de exclusión de la misma.

³⁵⁵ *European Code of Conduct of Mediator.*

http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm

³⁵⁶ Artículo 3.a)

- **Imparcialidad**

El mediador actuará en todo momento de forma imparcial, y se comprometerá a servir con igualdad a ambas partes. Debiendo asegurar que todas las partes pueden participar de forma efectiva en el proceso.

- **Confidencialidad**

El mediador tiene la obligación de guardar silencio de lo acaecido en las sesiones transcurridas, debiendo estar exentos de declarar en un posterior proceso judicial. Sin embargo, hay dos supuestos en los que decae este principio, cuando sea necesario por razones de orden público o cuando el conocimiento del contenido del acuerdo sea necesario para aplicarlo o ejecutarlo³⁵⁷.

Aquí encontramos otra de las diferencias entre la Propuesta de Directiva y la Directiva. La primera configura este apartado bajo la rúbrica “Admisibilidad de las pruebas en los procesos judiciales”, haciendo una vinculación entre la mediación y su posible validez como medio de prueba. Establece que los mediadores “no darán testimonio ni presentarán pruebas en procesos judiciales civiles en relación con ninguno de los siguientes extremos:

- a. la propuesta de una parte de recurrir a la mediación o el hecho de que una parte estuviera dispuesta a participar en la mediación;
- b. opiniones expresadas o sugerencias propuestas por una parte en una mediación relativas a una posible solución del conflicto;
- c. declaraciones o confesiones hechas por una parte en el curso de la mediación;
- d. propuestas del mediador;
- e. el hecho de que una parte hubiera manifestado su deseo de aceptar una propuesta de solución del mediador;
- f. documentos elaborados a los solos efectos del mediador.”

³⁵⁷ La Propuesta de Directiva añadía otro supuesto en el que la información podría ser utilizada en un proceso, siempre y cuando las partes y el mediador estuvieran de acuerdo se podría divulgar tal información.

Si la información anterior es presentada como prueba, ésta será inadmitida salvo que fuese necesaria para la ejecución del acuerdo o por razones de orden público o, por último, que el mediador y las partes estuvieran de acuerdo en ello.

En el último párrafo del artículo se establece que aquellas circunstancias que se puedan canalizar como otro medio de prueba, serán admisibles.

Sin embargo, en la Directiva se configura la confidencialidad como un principio general que ha de estar presente tanto para el mediador, como para el resto de personas que participan en el procedimiento, estando exentos de declarar en un proceso, salvo en los supuestos antes mencionados.

Otro de los aspectos a los que la Directiva presta especial atención es al acuerdo logrado por las partes. Los Estados miembros deben asegurar que el acuerdo pueda lograr fuerza ejecutiva, puesto que considera que sería inútil acudir a la mediación si no hubiese garantías de cumplimiento de lo pactado. Lógicamente, se exceptúa de otorgar carácter ejecutivo al acuerdo en el supuesto de que el contenido del mismo sea contrario a la legislación nacional; con lo cual se deberá hacer un control del fondo del acuerdo para proceder a su homologación. Son varias las formas por medio de las que el contenido del acuerdo puede adquirir fuerza ejecutiva, bien a través de sentencia, resolución o acto auténtico proveniente de una autoridad competente.

Una vez que el acuerdo haya adquirido fuerza ejecutiva en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, para lo que será aplicable el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁵⁸ y el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad

³⁵⁸ DO L 12 de 16 de enero de 2001, p.1. Reglamento modificado en último lugar por el Reglamento (CE) nº 1791/2006 (DO L 363 de 20 de diciembre de 2006, p.1.)

parental³⁵⁹. En este sentido, el Reglamento 2201/2003 establece que los acuerdos logrados por las partes deberán adquirir fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para que puedan ser ejecutivos en otros Estados miembros; por lo que en materia familiar si un acuerdo no tiene fuerza ejecutiva en el Estado de origen tampoco la podrá tener en los demás Estados miembros.

La eficacia del acuerdo es uno de los aspectos más importantes a la hora de regular la mediación. El desarrollo de estos métodos extrajudiciales de resolución de conflictos depende, entre otros factores, de que los acuerdos a los que se llegue tengan efectos. Por tanto, es fundamental que se garanticen mecanismos para que adquieran valor ejecutivo, de lo contrario ¿para qué acudir a la mediación, si no hay ningún tipo de garantía de que se cumpla lo acordado?

Además, los Estados miembros deben garantizar que el hecho de que las partes decidan acudir a la mediación no les impida posteriormente iniciar un proceso; por lo que las legislaciones nacionales deberán adaptar las normas referentes a plazos de caducidad o prescripción a este respecto. De lo contrario, nadie acudiría a las vías extrajudiciales por temor a que si no se resuelve el conflicto de común acuerdo se hubiese agotado el plazo para acudir a la vía judicial.

La Propuesta de Directiva era más garantista y taxativa en este aspecto, puesto que no dejaba en manos estatales el control de los plazos sino que determinaba el momento de inicio del cómputo, así como el final³⁶⁰. El transcurso de todo plazo de caducidad o

³⁵⁹ DO L 338 de 23 de diciembre de 2003, p.1. Reglamento modificado por el Reglamento (CE) n° 2116/2004 (DO L 367 de 14 de diciembre de 2004, p. 1).

³⁶⁰ Artículo 7. Suspensión de la caducidad y la prescripción

“El transcurso de todo plazo de caducidad o prescripción relativo a la demanda objeto de la mediación se suspenderá a partir del momento en que, tras el surgimiento del conflicto:

Las partes acuerden recurrir a la mediación;

El órgano jurisdiccional ordene recurrir a la mediación; o

Sea obligatorio recurrir a la mediación de conformidad con el Derecho nacional de un Estado miembro.

prescripción relativo a la demanda se suspenderá a partir del momento en que las partes acuerden recurrir a la mediación, el órgano jurisdiccional ordenará recurrir a la misma o cuando fuera obligatorio recurrir a ella por imperativo de la legislación nacional. Cuando la mediación termine sin lograrse un acuerdo, el plazo volverá a contar desde el momento del término de la mediación sin acuerdo, a contar desde la fecha en que una o ambas partes o el mediador den por terminada la mediación. Esta regulación es más adecuada por ser más garantista, pudiendo evitar que la desidia de algún Estado conlleve perjuicios para algún ciudadano.

Como estamos viendo, una de las cuestiones más determinantes para que la mediación tenga éxito es que se contemple la suspensión de los plazos de caducidad y prescripción de manera que no se impida a las partes recurrir a los tribunales.

El sometimiento de una controversia a un procedimiento de mediación supone que durante un lapso de tiempo las partes no van a acudir a los tribunales porque van a intentar solucionar el conflicto por sí mismos por lo que es necesario que dicho plazo no compute a efectos procesales. De lo contrario, podemos correr el riesgo de que trascurren los plazos legalmente previstos y no se pueda abrir la vía judicial. En este sentido, MARTIN DIZ mantiene que “parece más razonable decantarse por el criterio de aplicación que tendría como consecuencia la suspensión de la prescripción, y llegado el caso de que las partes no logren solventar el conflicto por la vía extrajudicial la prescripción retomaría su curso a partir de la fecha de notificación al órgano jurisdiccional por parte del tercero que asume el medio de resolución sobre el fin de su misión.”³⁶¹

Cuando la mediación termine sin lograrse un acuerdo de solución, el plazo volverá a correr desde el momento del término de la mediación sin acuerdo de solución, a contar desde la fecha en que una o ambas partes o el mediador declaren terminada la mediación o se retiren efectivamente de ella. El plazo se ampliará en cualquier caso al menos un mes a contar desde la fecha de su reanudación, salvo cuando sea un plazo en el que se deba ejercitar una acción para evitar que una medida provisional o similar deje de surtir efecto o se revoque.”

³⁶¹ MARTÍN DIZ, F., “Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos”, en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, (coord. M.S. VELARDE ARAMAYO), *Ratio Legis*, Salamanca, 2006.

De ahí que la regulación de la mediación requiere la modificación de nuestra legislación en materia de prescripción y caducidad para evitar esta consecuencia. Y se ha de llevar a cabo por dos razones:

- 1) Lo contrario podría suponer una vulneración del artículo 24 CE, que garantiza el derecho de acceso a la justicia.
- 2) Si no se modifica la norma en materia de plazos, la mediación está abocada al fracaso. Nadie va a querer someter su controversia a un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos si corre el riesgo de que posteriormente no pueda acudir a la vía judicial.

Por tanto, esta Directiva obliga a los Estados miembros a que adecuen sus normas sobre plazos a los procedimientos de mediación. Pero no debemos olvidar que esta Directiva sólo se refiere a los litigios transfronterizos. El problema radica en que la regulación de la Directiva no establece el momento de inicio y de terminación del cómputo de los plazos.

La Directiva también establece que los Estados deben fomentar el acceso a la mediación, para lo que deben informar al público de su funcionamiento; y para ello se pueden servir de medios de difusión como Internet. Es fundamental para que estas vías de solución de conflictos tengan difusión y que el público en general las conozca; y así puedan elegir si para resolver un determinado conflicto es mejor acudir a la mediación o a la vía judicial.

Los Estados miembros tienen como plazo hasta mayo de 2011 para adaptar su normativa a esta Directiva y para noviembre de 2010 debieran haber dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 10³⁶².

Una vez analizada la Directiva, podemos señalar que el texto comunitario se ha limitado a dar un concepto, delimitar el ámbito de aplicación, los efectos del acuerdo, la

³⁶² “La Comisión hará accesible públicamente, por los medios que considere oportunos, la información sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes que le hayan comunicado los Estados miembros de conformidad con el artículo 6, apartado 3.”

confidencialidad del procedimiento y la suspensión de los plazos; siendo éstos un porcentaje muy pequeño de todos los asuntos que se podrían haber abordado. Así se han quedado muchos puntos sin tratar, como los aspectos relativos al procedimiento de mediación, a la designación o acreditación de los mediadores, derechos y deberes de los mediadores, duración, los costes económicos del procedimiento, el régimen sancionador...

Por tanto, nos podemos plantear si hubiera sido adecuado que tratase alguno de los aspectos que no han sido regulados. A continuación, analizaremos la conveniencia o no de que dichos aspectos hubieran sido incluidos en el texto comunitario.

Respecto a la figura del mediador, ya hemos visto que la norma comunitaria se limita a darnos un concepto sin regular un estatuto jurídico sobre su figura. Aspectos tan importantes como su formación, derechos, obligaciones, incompatibilidades no son abordados. La figura del mediador es una de las claves para que la mediación llegue a buenos resultados, por lo que hubiera sido conveniente que la Directiva regulase una serie de principios que fuesen la base en todos los Estados miembros y así homogenizar las distintas legislaciones al respecto.

Otro apartado que tampoco es desarrollado en la norma son los aspectos relativos al procedimiento de mediación. Así, hemos visto que la iniciación sí aparece regulada, de forma equivocada a nuestro juicio por contemplar supuestos de obligatoriedad. En cuanto al desarrollo, no es un aspecto esencial a legislar, ya que aquí debe primar la voluntad de las partes, pudiendo éstas organizarlo de la forma que estimen más conveniente para lograr la finalidad del procedimiento, que no es otra que la consecución de un acuerdo. Por último, en lo referente a la finalización del procedimiento las partes también deben ser libres para darlo por terminado en cualquier momento; lo que pone de manifiesto el poder de disposición de las partes en el procedimiento. Pero quizá hubiera sido conveniente recoger que el mediador puede dar por terminada la mediación si entiende que la consecución del acuerdo es imposible por falta de colaboración de alguna de las partes o por incumplimiento de algún principio básico del procedimiento, porque de lo contrario podría ser una forma fraudulenta de

prolongar los plazos a efectos de la prescripción. De esta forma se evita que la mediación se convierta en una prolongada lucha entre las partes que no llegue a ningún resultado.

La cuestión económica tampoco ha sido abordada en la Directiva, siendo éste un tema muy controvertido. Hemos indicado que la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios contiene en el Considerando (21) la previsión de que la justicia gratuita debe reconocerse en las mismas condiciones tanto en los procedimientos judiciales como en los extrajudiciales. Añadiendo posteriormente que para que tal acceso sea gratuito es necesario que sea obligatorio acudir a estas vías por mandato legal o jurisdiccional.

Por lo tanto, si una persona tiene acceso gratuito a la justicia por cumplir una serie de requisitos, también deberá tener acceso gratuito a la mediación si ésta es obligatoria por imperativo legal o jurisdiccional; y es que no podía ser de otro modo porque si una persona puede acogerse a la justicia gratuita, no sería lógico que se la obligase a acudir a una vía extrajudicial, como puede ser la mediación, y tuviese que asumir los gastos de la misma. Esta previsión está contenida en el artículo 46 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Sin embargo, nada se dice de los supuestos en los que la mediación no es impuesta; la única referencia al respecto la encontramos en el Considerando (17) donde se indica que los Estados miembros deben definir mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, pero que no están obligados a aportar financiación para ello. Por lo que serán los Estados miembros los que deberán regular este aspecto a su libre criterio. Esta ausencia de regulación puede conducir a importantes diferencias entre unos Estados miembros y otros. Así, en Portugal es gratuita la mediación ejercida por los Servicios

Públicos de mediación y en Alemania, por norma general deberá ser asumida por las partes³⁶³.

Por tanto, en este apartado hubiera sido conveniente una regulación comunitaria para evitar estas diferencias prácticas y homogenizar las distintas legislaciones sobre mediación.

Por otro lado, en lo referente al establecimiento de un régimen sancionador hemos visto que tampoco hay ninguna previsión al respecto en la Directiva. En este punto, también hubiera sido conveniente establecer una serie de principios que determinasen cuándo entra en juego la responsabilidad del mediador y en qué medida; independientemente de que luego cada Estado estableciese unas u otras sanciones.

En los últimos diez años, se han sucedido diversos textos comunitarios que presagiaban una regulación sobre la mediación, finalmente ésta llegó con la Directiva 2008/52/CE, pero ¿era el texto esperado? A nuestro juicio, la Directiva no es el texto esperado por dos motivos:

1. El hecho de que los Estados miembros deban regular la mediación sólo en los supuestos en los que haya un elemento transfronterizo reduce su aplicabilidad en gran medida. Con esta redacción se ha conseguido establecer dos regímenes distintos, el aplicable a supuestos internos en los que la regulación de la mediación depende de cada Estado y el aplicable a supuestos transfronterizos en los que se debe instaurar la mediación como un método alternativo de resolución de conflictos.

Si la intención de las normas comunitarias es armonizar las distintas legislaciones, esta finalidad no se ha obtenido con esta Directiva. Por lo que consideramos que la Directiva debería haberse aplicado a todas las situaciones independientemente de la existencia o no del elemento transfronterizo.

³⁶³ http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_gen_es.htm.

2. Se limita a regular básicamente tres puntos: el acuerdo, los plazos y la confidencialidad. Hubiera sido conveniente que otros aspectos, a los que en líneas precedentes nos hemos referido, hubiesen sido regulados en la Directiva.

Aunque la propia esencia de la mediación exija libertad de actuación y de forma para que se consigan los acuerdos, es conveniente acotar ciertos puntos en aras de la seguridad jurídica e igualdad de aplicación de los distintos Estados.

4.2.2. Anteproyecto de ley sobre mediación

Fruto de la Disposición Final tercera de Ley la 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 determina que el Gobierno debe remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación y de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles³⁶⁴ es el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de febrero de 2010).

Previsiblemente dentro de poco dispondremos de una norma con rango de ley que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles en nuestro país.

Debemos tener en cuenta que nuestro legislador podía haber optado por modificar los distintos textos normativos que se pudieran ver afectados con la introducción de la mediación en nuestro sistema jurídico (así, por ejemplo el Código Civil, la Ley Enjuiciamiento Civil...) o bien por redactar un texto único que regule la mediación en su conjunto, que como sabemos, es la opción elegida por nuestro legislador

³⁶⁴ PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, *Diario La Ley*, Número 6958, junio de 2008.

A nuestro juicio, es más conveniente dictar una ley sobre mediación que la introducción de dicha institución en la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la LEC tiene como función regular el proceso, y como la mediación no es parte del proceso sería más conveniente legislarla de forma independiente.

De ahí que a la hora de analizar una ley de mediación debemos tener en cuenta que se trata de una regulación interdisciplinar; y que encontremos artículos que regulan cuestiones de Derecho civil, procesal y administrativo.

Así, por ejemplo, como norma de Derecho civil encontramos los requisitos que debe reunir el acuerdo, como norma de Derecho procesal, la eficacia del mismo y como norma administrativa aquellos preceptos que regulan la figura del mediador.

Una vez hechas estas precisiones, vamos a iniciar el análisis del Anteproyecto de Ley sobre mediación.

a) Concepto

En primer lugar, se nos proporciona un concepto de mediación, y puede que en el mismo ya encontremos la primera imprecisión de la norma. Así entiende por mediación “aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan alcanzar voluntariamente por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador.”

Vemos, por tanto, que define la mediación como una “negociación estructurada”, no siendo éste el término más adecuado, puesto que la negociación es otro mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos. Quizá hubiera sido conveniente eludir dicho término y definir la mediación como un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.

El CGPJ, en el Informe realizado al Anteproyecto, pone de manifiesto que el concepto proporcionado en el texto es impreciso y que se debiera cuidar más este aspecto, más si cabe cuando el acuerdo alcanzado va a adquirir fuerza ejecutiva³⁶⁵. Proponiendo la siguiente definición: “A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquel medio alternativo de solución de conflictos que, a través del procedimiento legalmente previsto, se dirige a intentar alcanzar la solución extrajudicial de un conflicto mediante el acuerdo y por voluntad de las propias partes interesadas, con la preceptiva intervención de uno o varios mediadores que no podrán tener funciones decisorias.”

b) Ámbito de aplicación

A continuación, en el artículo 2 se determina el ámbito de aplicación de la mediación. Siendo éste la materia civil y mercantil, haciendo alusión a una serie de ámbitos que quedan expresamente excluidos. Así, se exceptúa del ámbito de aplicación de esta ley la mediación penal, la laboral y en materia de consumo. Exclusiones, que salvo la expresada en materia de consumo, quizá no hubieran sido necesarias porque se trata de materias que no pertenecen al ámbito del derecho civil, ni mercantil.

El citado precepto se debe poner en relación con el art. 8, en el que se indica que es requisito para poder someter la controversia a mediación que los conflictos sean disponibles para las partes.

El Consejo General del Poder Judicial tiene dudas de si el ámbito familiar queda o no incluido en el ámbito de aplicación de la norma³⁶⁶ y así lo plantea en su Informe del

³⁶⁵ “Lo cierto es que el concepto de mediación que se ofrece en el artículo 1 “a los efectos de esta Ley” resulta algo impreciso y debería ser enmendado para perfilar mejor los contornos de la figura; lo cual resulta esencial si, como sabemos, los acuerdos de mediación alcanzados conforme a lo previsto en esta ley van a gozar de fuerza ejecutiva equivalente a la de una sentencia firme de condena.”

³⁶⁶ “La puntualización ateniende a que el objeto del conflicto debe constituir una materia disponible para las partes es, sin duda, la clave de la definición del ámbito de aplicación, y entronca con lo dispuesto en el

texto. Sin embargo, a nuestro juicio no cabe ninguna duda al respecto puesto que estamos ante una materia civil y no aparece en el listado de exclusiones contenidas en el art. 2. Por tanto, en aquellas materias disponibles para las partes que pertenezcan al ámbito de los conflictos familiares consideramos que la futura ley de mediación será aplicable.

No sólo aparece regulado el ámbito de aplicación de la norma en su vertiente material sino también en la espacial, puesto que hace expresa mención a que se aplicará a los conflictos transfronterizos. Cuestión que se deriva de la exigencia de la Directiva europea.

artículo 1.2 de la Directiva, que exceptúa de su aplicación a los litigios que tengan por objeto “derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente”, los cuales – puntualiza el Considerando (10)- “son especialmente frecuentes en los ámbitos de Derecho de familia y del Derecho laboral”. Esto no quiere decir que todos los asuntos de Derecho de familia sean indisponibles, siendo buen ejemplo de ello la posibilidad de que los interesados pacten un convenio regulador en el contexto de una crisis matrimonial. Por consiguiente, no debe concluirse que la Directiva excluya de su ámbito de aplicación todos los conflictos de familia. En este sentido, resulta significativo que su Considerando (22) aluda a los acuerdos resultantes de la mediación en el ámbito del Derecho de familia, y que el Considerando (21) señale que los acuerdos de mediación que hayan adquirido fuerza ejecutiva en un Estado miembro puedan ser reconocidos y ejecutados en otro Estado miembro de conformidad con el Reglamento CE n.º 2201/2003 del Consejo, 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. Por ello, sería deseable que el Anteproyecto aclarase explícitamente si la mediación en asuntos de familia cae dentro o fuera de su ámbito de aplicación, aunque a falta de exclusión explícita habrá que concluir lo primero, dado que de “asuntos civiles” hablamos, y siempre que se trate naturalmente de materias disponibles. La aclaración se hace tanto más necesaria si se piensa en la existencia de las ya mencionadas leyes autonómicas sobre mediación familiar, las cuales disciplinan, cada una dentro de su ámbito territorial de aplicación, la posibilidad de alcanzar acuerdos de mediación en una serie de materias pertenecientes a la órbita de las relaciones familiares. Ello no significa que el Estado deba renunciar a disciplinar legalmente esa clase de mediación, pero sí sería adecuado que, en trance de hacerlo, la ley estatal emplease mecanismos explícitos de definición de su ámbito de aplicación e incluso se refiriese expresamente a la posibilidad o no de su cohabitación con todas esas leyes preexistentes.”

c) Prescripción y caducidad

La siguiente cuestión que se aborda, quizá con una sistemática no muy correcta, es la prescripción y caducidad. Cuestiones que tienen gran importancia en la práctica de la mediación. Se determina que la iniciación³⁶⁷ de la mediación supone la suspensión o prescripción de acciones. Desde este momento las partes tienen 15 días para firmar el acta inicial, puesto que si transcurre dicho plazo sin firmar el acta, los plazos procesales vuelven a computar.

La suspensión se prorrogará hasta la firma del acuerdo, hasta que se firme el acta final, o bien cuando finalice el plazo máximo legalmente establecido para llevar a cabo la mediación.

En este sentido, consideramos acertada la regulación de la prescripción y caducidad porque determina de forma concreta el momento en que los plazos se paralizan y cuando éstos vuelven a contar. De esta forma se otorga seguridad jurídica y se evita que transcurran los plazos procesales por el hecho de que las partes se sometan a un procedimiento de mediación.

d) Instituciones de la mediación

A continuación, el anteproyecto regula las instituciones de la mediación y el registro de mediadores. En cuanto a las instituciones de mediación señala que éstas pueden tener carácter público o privado, y se realiza una apuesta por las nuevas tecnologías, puesto que se insta a implantar medios electrónicos para resolver controversias, sobre todo, aquellas que versen sobre reclamaciones dinerarias.

³⁶⁷ Además se precisa en qué momento se entiende que se ha iniciado la mediación. Siendo éste “la presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso ante la institución de mediación.” Art. 4.

También se hace alusión a la creación del Registro de mediadores, cuya gestión corresponderá al Ministerio de Justicia, permitiendo dicha inscripción el ejercicio de la mediación en todo el país. El problema radica en que cada CCAA legisla de forma independiente a las demás los requisitos para ejercer como mediador, de modo que nos podemos encontrar con que una persona puede cumplir los requisitos establecidos en una CCAA, pero no en otra. Por tanto, a pesar de esta previsión del anteproyecto no parece que un mediador pueda ejercer por todo el territorio nacional.

e) Principios informadores

Tras analizar estas cuestiones el anteproyecto dedica el Capítulo II a los principios que informan la mediación. De este modo dedica especial atención a los siguientes principios: voluntariedad, principio dispositivo, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad

De los mismos merece atención el principio de voluntariedad, observamos que se hace un reconocimiento del mismo y, con posterioridad, se precisa que la mediación puede ser obligatoria cuando lo imponga la propia ley o la legislación procesal. Aspecto, que anteriormente, hemos criticado.

En dicho precepto parece abrirse la puerta a la mediación obligatoria; sin embargo, cuando se regula el procedimiento de mediación se determina que lo que será obligatorio es una sesión informativa, no el hecho de someterse al procedimiento de mediación. En este sentido, el artículo 19 del anteproyecto señala que “en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas. En tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia.”

Por tanto, parece que no es tanto que la obligación esté en someterse a la mediación, sino en acudir a una sesión informativa.

Sin embargo, discrepamos con el sentido del anteproyecto. A nuestro juicio la sesión informativa no forma parte en sentido estricto del procedimiento de mediación, porque las partes no han consentido todavía acudir a la misma, simplemente se trata de un primer contacto en el que se informa sobre en qué consiste este procedimiento. Sin embargo, el citado precepto entiende que celebrada dicha sesión “se podrá tener por intentada la mediación”. Desde nuestro punto de vista la mediación en esta fase ni siquiera habría empezado, ni se habría intentado.

Por otro lado, el prelegislador es impreciso porque utiliza el término “se podrá tener”, que tiene carácter facultativo. Si con la sesión informativa quiere dar por salvada la obligatoriedad debiera haber dicho “tendrá”, por lo que no sabemos a qué se debe esta imprecisión que abre la puerta a que en determinados supuestos la sesión informativa no sea suficiente para entender cumplido este trámite de obligatoriedad.

Atendiendo a este precepto, un juez al que le llega una causa que la ley precisa que requiere mediación previa, entienda que con la sesión informativa no es suficiente y les obligue a practicar la mediación.

Esta cuestión adquiere gran relevancia porque evidentemente no es lo mismo que se obligue a acudir a una sesión informativa, que a un procedimiento de mediación por lo que consideramos que el legislador debiera ser más claro y preciso, para evitar futuras arbitrariedades.

Por otro lado, y ya de forma muy somera encontramos otros principios, como son: flexibilidad, igualdad, contradicción y buena fe. Evidentemente, estos principios tienen gran importancia en la mediación, pero uno de ellos consideramos que tiene un papel fundamental. Se trata del principio de igualdad, como ya hemos expuesto en líneas precedentes, por eso consideramos que la norma le debiera dedicar mayor atención y no básicamente pasarlo por alto. Si en la mediación no está garantizada la igualdad entre las partes, ésta no debe seguir adelante, creemos que la norma debiera contener algún pronunciamiento en este tipo.

f) El mediador

El tercer capítulo pretende regular la figura del mediador y utilizamos el término “pretende” porque consideramos que la norma lo intenta, pero no lo logra. A continuación, exponemos los motivos.

En primer lugar, el art. 13 lleva por título “concepto de mediador”, sin embargo, por más atención que prestamos a leer el mismo, no encontramos ningún concepto. Se limita a indicar que se trata de “aquella persona inscrita como tal en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación del Ministerio de Justicia, a quien se solicite que preste sus servicios para llevar a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial, neutral y competente, con respeto al principio de confidencialidad y que cumpla con las condiciones exigidas en el artículo 14”. Por tanto, define el mediador como la “persona inscrita como tal” y a continuación, contempla los principios bajo los cuales debe actuar el mediador.

A continuación establece los requisitos que debe reunir el mediador, materia que aquí nos limitamos a recoger puesto que ya en el apartado pertinente al mediador hemos hecho las oportunas precisiones. Por tanto, para ser mediador se requiere ser una persona natural que se encuentre en pleno disfrute de sus derechos civiles, que posean un título, al menos, de grado universitario y que se halla inscrito en el pertinente Registro.

Siguiendo con la figura del mediador el anteproyecto de ley recoge un elenco de derechos y obligaciones del mismo. Sin embargo, en el precepto sólo encontramos un listado con sus deberes: facilitar la comunicación entre las partes, velar por que dispongan de información y asesoramiento, desarrollar una conducta activa en el procedimiento, revelar las causas que afecten a su imparcialidad.

En cuanto a los derechos, debemos eliminar el plural del que hace gala el título del precepto, puesto que sólo encontramos uno. Se trata de la posibilidad de renunciar a desarrollar la mediación en los supuestos que expresamente determina la ley.

Por tanto, o se modifica el título del precepto o bien, se incluyen los derechos de los que goza el mediador. Quizá lo más conveniente sería regular en un precepto los derechos y en otro los deberes, estableciendo un listado más detallado de los mismos que los que actualmente encontramos.

Otro de los aspectos que es regulado en el anteproyecto es el relativo al coste de la mediación. Se establece que éstos serán distribuidos de forma proporcional entre las partes. Pero ¿en qué proporción? La norma no lo dice, lo lógico es pensar que se deba distribuir en partes iguales, pero hacemos hincapié en que el anteproyecto no lo precisa.

La sistemática del anteproyecto no es adecuada, puesto que dedica un precepto para regular el coste de la mediación (dentro del capítulo que regula al mediador) y posteriormente, en un capítulo distinto y regulando el procedimiento encontramos que, casi de forma casual, se regula la gratuidad de la mediación en un supuesto.

Por tanto, para analizar los costes de la mediación debemos tener en cuenta el art. 18 que lleva por título “coste de la mediación” y el art. 19 que se denomina “información y sesiones informativas”. Este segundo precepto establece que “en los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas. En tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia.”

Consideramos que la regulación económica de la mediación es un error. En primer lugar, para las personas que tuvieran derecho a la asistencia jurídica gratuita la mediación no se presenta como una vía adecuada de solución de conflictos. Por un lado, tendría el proceso que no le supondría costes, por otro lado la mediación que sí. Por tanto, si estamos ante una persona con falta de recursos se puede decir que le estamos prácticamente vedando la posibilidad de acudir a la mediación.

En segundo lugar, el anteproyecto abre la posibilidad a mediaciones impuestas, con lo que nos encontramos la posibilidad de que una persona que tenga derecho a la

asistencia jurídica gratuita tenga que acudir con carácter preceptivo a una mediación previa. Dicha sesión informativa será gratuita pero no el resto del procedimiento en caso de que decida continuar con el mismo. Podemos llegar al sin sentido de que la ley exija acudir a una sesión informativa previa con carácter preceptivo, (que sí será costeada por la Administración Pública) pero las partes que tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita decida no continuar porque el proceso no le va a costar nada, mientras que la mediación sí. Por tanto conseguimos un doble efecto negativo. Por un lado, desincentivamos acudir a la mediación porque, salvo la sesión informativa, cuesta dinero, mientras que el proceso no. Por otro lado, la Administración Pública está invirtiendo, en estos supuestos, dinero público de forma ineficiente porque tiene que asumir el gasto de la sesión informativa que es obligatoria y cumplido este obligado trámite la persona que tiene derecho a la justicia gratuita acudirá al proceso.

Creemos que estas cuestiones tienen gran importancia y que salvo que se hiciera un reconocimiento legal en este sentido podemos convertir a la mediación en una institución abocada al fracaso.

Al margen de lo ya expuesto, en materia del coste de la mediación también otro apartado llama nuestra atención. Así el párrafo tercero del artículo 18 establece que “cuando la mediación no impida el planteamiento de un ulterior proceso con idéntico objeto, en caso de condena en costas de alguna de las partes se incluirá el coste de la mediación, con sujeción a los límites establecidos en el apartado tercero del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Nos encontramos con que la mediación que tiene carácter extrajudicial se va a incluir dentro del concepto de costa procesal, y sus costes van a ser asumidos por quien sea condenado en costas.

En primer lugar, resulta muy dudoso en términos jurídicos que dentro del concepto de costas procesales se obligue a una parte a asumir unos gastos extraprocesales por el sometimiento a un procedimiento de mediación, que dicha parte, pero también la otra, decidieron asumir voluntariamente. El art. 241 LEC nos da un concepto de costas y en

ninguno de ellos tiene cabida la mediación³⁶⁸. Además si leemos dicho precepto nos damos cuenta que siempre que determina un gasto que tiene cabida en el concepto de gasto nos hace alusión a que el mismo sea necesario. Así, por ejemplo se refiere a la “preceptiva” intervención de abogado, inserción de anuncios que deban hacerse “de forma obligada”... Por tanto, no tiene ningún sentido, que todos estos gastos sean preceptivos, y que la mediación entre como uno de ellos cuando ésta es voluntaria.

En el único caso que podría tener virtualidad es cuando la mediación tuviera carácter preceptivo.

Por otro lado, encontramos otro desincentivo a acudir a la misma. Si una persona percibe que el hecho de acudir a la mediación (si ésta no se salda con un acuerdo) puede acarrearle una posible condena en costas, evidentemente prescindirá de aquello que sea facultativo, como es precisamente de acudir a la mediación.

Estamos, sin duda, ante otro punto criticable en la regulación de la mediación en cuanto a sus costes económicos, y no nos engañemos, para los ciudadanos éste es un aspecto fundamental, y si falla un aspecto fundamental puede que todo el resto del sistema de la mediación.

³⁶⁸ Dentro del concepto de costas procesales, encontramos gastos que están realizados con el desarrollo del proceso, éstos son los siguientes:

- Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas.
- Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.
- Depósitos necesarios para la presentación de recursos.
- Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso.
- Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos.
- Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

g) Procedimiento de mediación

Cambiando de aspecto el anteproyecto de ley dedica el capítulo IV al procedimiento de mediación. Estructurándolo en información y sesiones informativas, acta inicial, duración del procedimiento y su finalización.

De todas estas cuestiones vamos a centrar nuestra atención en aquellos aspectos que consideramos más relevantes, así es el caso del acuerdo.

En primer lugar, nos detenemos en un asunto que quizá sea de menor entidad, pero que puede alcanzar su relevancia. El precepto indica que el acuerdo será redactado por las partes o por sus representantes³⁶⁹, sin embargo, consideramos que no habría ningún problema en que el acuerdo fuera redactado por el propio mediador, evidentemente limitándose a ser un mero compilador de lo pactado por las partes. El motivo de que consideremos que se debe facultar al mediador a redactar el acuerdo es el siguiente: si el procedimiento se ha llevado a cabo con la intervención del mediador y las partes, y éstas no se encuentran preparadas para poner por escrito lo que verbalmente han pactado (pongamos por ejemplo, dos personas mayores sin estudios que cometen faltas de ortografías al escribir) ¿quién redacta el acuerdo? ¿debemos dar cabida a representantes de las partes para que redacten algo cuando no han tenido ningún papel en el procedimiento? Evidentemente, es una cuestión menor, pero quizá el anteproyecto debiera haber obviado este punto o bien, haber facultado al mediador a redactar el acuerdo.

Al margen de esta cuestión, el mediador debe comprobar la adecuación de lo pactado al ordenamiento jurídico. Es por este motivo por el que consideramos en epígrafes anteriores que un mediador debe ser un licenciado en Derecho. ¿Cómo puede otro profesional comprobar la adecuación de lo pactado a nuestro ordenamiento jurídico si no es conocedor del mismo? De ahí que consideremos que ya sea un único mediador

³⁶⁹ Art. 28.2 del anteproyecto: “El acuerdo de mediación se redactará por las partes o sus representantes y deberá firmarse por todas ellas y se presentará al mediador en el plazo máximo de diez días desde la firma del acta final.”

o a través de la comediación es requisito indispensable, a nuestro juicio, contar con un jurista.

Sin embargo, el prelegislador parece no haber pensando en esta cuestión porque no hace ninguna alusión al respecto.

Por tanto, consideramos que esta cuestión puede generar importantes problemas en la aplicación práctica de la mediación.

A continuación, exponemos un ejemplo que refleja la problemática que estamos manifestando. Imaginemos que surge un conflicto en torno a la repartición de una herencia, las partes en conflicto deciden acudir a la mediación para intentar resolverlo y llegan a un acuerdo en el que la repartición de los bienes no respeta los derechos de legítima que nuestro Código Civil establece³⁷⁰. El acuerdo se firma y adquiere efectos de cosa juzgada. Evidentemente, todos sabemos que hay normas que no tienen carácter dispositivo, por tanto, los sujetos deben adaptarse a su contenido; pero si el mediador no tiene conocimientos jurídicos y evidentemente, las partes no tienen por qué tenerlos podríamos llegar a la aberración de que un pacto que violara nuestro ordenamiento jurídico, nuestro orden público adquiriese efectos de cosa juzgada. De ahí que consideremos este aspecto como fundamental y que el legislador debe prever y evitar.

Además, ¿se podría exigir responsabilidad al mediador? Sinceramente, creemos que no. Porque entre las obligaciones que marca la ley no se encuentra la del conocimiento de nuestro ordenamiento jurídico; conocimiento que sí se presume de los Licenciados en Derecho.

³⁷⁰ Art. 808 CC: “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.”

h) El acuerdo

Como ya hemos anticipado, el anteproyecto de ley otorga al acuerdo carácter ejecutivo y producirá efectos de cosa juzgada³⁷¹. Por tanto, se prevé una modificación de 517.2 de la LEC en el sentido de incluir la mediación como título que lleva aparejada ejecución.

Consideramos que hubiera sido conveniente introducir un mecanismo de homologación judicial del acuerdo de mediación. Que dicho acuerdo llegara al Juez y éste hiciera una comprobación de que el mismo se ajusta a Derecho, más si cabe, si como hemos visto no existe un control previo de la legalidad de lo pactado y si la mediación se configura como una institución privada.

Creemos que es un error que el acuerdo alcance de este modo carácter ejecutivo y sería conveniente un control público de dichos actos.

El anteproyecto de ley indica que el acuerdo logrado tras la iniciación de un proceso, las partes deberán solicitar la homologación judicial del mismo a través de un auto. A continuación, añade que no se podrá homologar, ni adquirirá carácter ejecutivo si el acuerdo es contrario a Derecho. En este punto, evidentemente no hay ningún problema porque el juez hará un control del mismo, por tanto, comprobará que el acuerdo respeta nuestro ordenamiento jurídico.

De este modo, el control de homologación viene del mediador³⁷², pero dado que el mediador no es una institución pública, ni tampoco es un experto en Derecho consideramos esta previsión un error.

³⁷¹ Art. 28 Anteproyecto de ley: "... Este acuerdo tendrá valor de título ejecutivo... El acuerdo de mediación produce efectos de cosa juzgada para las partes y frente a él sólo cabrá solicitar la anulación o la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes."

³⁷² En este sentido se pronuncia el CGPJ en su Informe al anteproyecto de ley al establecer que "en estos casos en los que, no obstante haberse servido del mediador para el desarrollo del procedimiento las partes prescinden en cambio de él para la formalización final del acuerdo, no es sólo que el acuerdo en cuestión

El sentido de esta regulación seguramente radique en intentar descargar de trabajo a los Jueces, respondiendo así al mismo criterio que establece la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que deja en manos de los Secretarios Judiciales funciones que eran competencia de los Jueces y Magistrados. Sin embargo, si nuestros Jueces tienen una sobrecarga de trabajo habrá que buscar la solución al problema a través de otras vías, pero no con la merma de garantías.

Por último, debemos indicar que creemos que la regulación del acuerdo no respeta plenamente las garantías establecidas por la Directiva europea que exige una homologación de los acuerdos a través de un órgano jurisdiccional o de otra autoridad pública³⁷³.

i) Valoración final del anteproyecto

Los que nos dedicamos al estudio de la mediación como método complementario de resolución de conflictos llevamos tiempo esperando y pidiendo una ley de mediación. Bien, es posible que dentro de poco tiempo dispongamos de ella.

Aunque, debemos mencionar que la mediación ya era regulada en el anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, posteriormente fue eliminada del mismo y finalmente se

carecerá de ejecutividad directa sino que tampoco será de aplicación lo dispuesto sobre la acción de anulación del acuerdo de mediación. Y es que, en definitiva, este tipo de acuerdo no homologado por el mediador parece que no producirá los efectos de cosa juzgada (excepto que los merezca a título de transacción, conforme al artículo 1816 CC), al no constituir un “acuerdo de mediación” en los términos en los que se refiere a él el artículo 28.4 del Anteproyecto.”

³⁷³ Art. 5: “Los Estados miembros asegurarán que, a petición de las partes, el acuerdo alcanzado tras una mediación pueda ser confirmado por una resolución, sentencia, o instrumento auténtico o de cualquier otra forma por un órgano jurisdiccional o entidad pública que haga ejecutorio el acuerdo de manera similar a una resolución judicial en virtud del Derecho nacional, siempre que el acuerdo no sea contrario al ordenamiento europeo ni al ordenamiento nacional del Estado miembro donde se formule la solicitud.”

retiró el proyecto y no llegó a convertirse en ley. Quizá resultase conveniente que con el anteproyecto de ley de mediación pasara lo mismo.

En este momento, el lector de este trabajo probablemente se sienta contrariado. En primer lugar, se anhela una ley de mediación y en el párrafo siguiente se sugiere que el anteproyecto de ley no vea la luz. Evidentemente, somos conscientes de que puede resultar contradictorio, pero creemos que en realidad no lo es tanto. El por qué es fácil de indicar creemos que la ley puede acabar con la mediación y claro para eso es mejor quedarnos como estamos.

A continuación, exponemos los motivos por los que, a nuestro juicio, consideramos que el anteproyecto de ley de mediación no regula de forma adecuada la misma.

Hemos hecho especial hincapié en la importancia del mediador, consideramos que es una de las piezas claves de la misma. Sin embargo, la ley lo regula de forma muy deficitaria. No establece un verdadero elenco de derechos y obligaciones, a pesar de que el texto aparenta hacerlo. Por otro lado, ya hemos manifestado nuestra contrariedad a que el mediador lleve a cabo el control de legalidad del acuerdo sin la exigencia de que tenga formación jurídica; lo que en la práctica puede dar lugar a problemas.

Tampoco se deja claro si en la mediación obligatoria es suficiente acudir a una sesión informativa, porque como hemos puesto de manifiesto la redacción es ambigua y confusa. Dependiendo de la aplicación práctica de este aspecto podemos convertir, en estos supuestos, en un mero trámite a pasar para poder interponer la demanda.

En cuanto al acuerdo consideramos un error que pueda adquirir carácter ejecutivo sin que haya ningún tipo de control público de su contenido, y no olvidemos que pasará a tener los mismos efectos que una sentencia dictada por un Juez.

Para fomentar el uso de la mediación, se debiera haber regulado la gratuidad de la misma en los mismos términos que la asistencia jurídica gratuita; de otro modo

consideramos que los ciudadanos optaran por el proceso sobre cualquier otro método de resolución de conflictos.

En las líneas precedentes, hemos resaltado solamente aquellos aspectos negativos del anteproyecto, evidentemente también tiene cuestiones positivas. Sin embargo, consideramos que dada la importancia de algunos de los primeros, la ley no va a suponer un impulso de la mediación y ésta se aplicará en los mismos términos en los que ya se venía empleando en las distintas Comunidades Autónomas.

4.3. Ámbito autonómico

Las Comunidades Autónomas, en su mayoría, han apostado por la mediación como método de resolución de conflictos³⁷⁴. La ausencia de normativa estatal ha podido propiciar el auge de las legislaciones autonómicas. De las diecisiete CCAA, hasta la fecha, once han legislado sobre mediación³⁷⁵.

Si bien es cierto que la mayoría lo ha suscrito al ámbito familiar. En principio, todas las Comunidades que legislaron sobre mediación lo hicieron sólo sobre mediación familiar. En 2009, Cataluña dictó una nueva normativa que deroga la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado es la norma que actualmente regula la mediación en Cataluña, y tal y como se puede apreciar por su título ha extendido su ámbito de aplicación a la materia civil y mercantil.

³⁷⁴ Vid. NAVAS NAVARRO, S., “La mediación familiar en el Derecho autonómico” en *Libro homenaje al Profesor Manuel Alvadalejo García, vol.2.* (coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.), 2004, pp. 3501-3520.

³⁷⁵ Las Comunidades Autónomas que han legislado sobre la materia son: Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Islas Baleares, Asturias, Madrid, País Vasco y Andalucía.

Debemos indicar que el contenido de las mismas no dista mucho de unas a otras. Con carácter general podemos señalar que llevan a cabo una regulación del concepto (a nuestro juicio unas con más acierto que otras), las características de la mediación, el desarrollo del procedimiento, la figura del mediador y el régimen sancionador.

A continuación, vamos a realizar un breve análisis de las leyes autonómicas sobre mediación, que como hemos indicado en su gran mayoría se reducen al ámbito familiar. Dicho estudio, junto al anteriormente realizado, nos servirá para comprender cuál es la situación de la mediación en nuestro país.

a) Cataluña

Tal y como hemos indicado, Cataluña ha sido la primera CCAA que ha legislado sobre mediación familiar. La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña ha sido la primera norma autonómica al respecto. Sin embargo, la misma ha sido recientemente derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado; norma en la que nos vamos a centrar; sin perjuicio de hacer alguna alusión a la normativa anterior.

Tres factores han propiciado la nueva normativa: la experiencia obtenida con la implantación del sistema, la publicación de textos comunitarios al respecto y por último, la modificación de la LEC introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

La norma actual elimina connotaciones existentes en la anterior legislación, que a nuestro juicio, proporcionaban una idea equívoca de la mediación. Así, la exposición de motivos³⁷⁶ y el propio articulado³⁷⁷ de la norma derogada daba a entender que la

³⁷⁶ El Preámbulo de la Ley 1/2001, establece que “si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos”. De esta forma, se estaba confundiendo la institución de la mediación como método extrajudicial de resolución de conflictos con las terapias familiares. El texto indicaba que “actualmente se orienta más” al logro de los acuerdos; de esta forma deja entrever que también podía orientarse a la reconciliación o a la terapia

mediación familiar podía estar encaminada a la reconciliación de la pareja; confundiendo así la mediación con las terapias de familia.

Como el propio título de la norma indica, la ley no limita su ámbito de aplicación a la materia familiar; sino que va mucho más allá. Se contempla para conflictos familiares, así como para cualquier cuestión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro.

También encontramos variaciones en la regulación de la figura del mediador. Así en la norma derogada se establecía un listado de profesiones que posibilitaban ejercer como mediador, siempre y cuando se acreditase una formación específica. Sin embargo, en la regulación actual se establece que puede ejercer como mediador cualquier persona física que posea un título universitario y que acredite una formación específica. Esta modificación consideramos que es un desacierto frente a la anterior; puesto que abre el abanico a profesionales que no han tenido una formación al respecto y que sin embargo, esa ausencia de formación se va a suplir con un curso específico; y puede que siendo tan generosos con el acceso a la figura del mediador no se formen auténticos profesionales.

Por otro lado, se contempla la posibilidad de que el mediador cuente con la ayuda de colaboradores para que intervengan como expertos; algo que sin duda, es fruto de la regulación tan amplia de la figura del mediador y de la necesidad de que en algún momento necesite de un colaborador que le asesore en aquellas cuestiones que desconozca. También permite la participación de comediadores. Sin embargo, consideramos que estas colaboraciones no serían necesarias si el mediador tuviese una buena formación, puesto que de este modo, no necesitaría la ayuda de terceros para

familiar; y esto suponía mezclar dos instituciones que no tienen nada que ver entre sí y que persiguen finalidades distintas.

³⁷⁷ Así, se definía la mediación 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.”

desempeñar su función. Por tanto, consideramos que lo importante es dotar de una buena formación al mediador, no tanto de rodearle de terceros que le ayuden en sus tareas.

A continuación, se establecen los principios rectores de la mediación; siendo éstos los siguientes: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, carácter personalísimo³⁷⁸ y buena fe.

Posteriormente, regula el desarrollo del procedimiento; el cual está limitado a un período máximo de un mes, prorrogable por otro mes más; lo que supone una gran restricción temporal frente a la anterior normativa y al resto de normas autonómicas, en las que se establece con carácter general un plazo de tres meses, prorrogable por otros tres meses más. Además, establece que por vía reglamentaria se determinará el número de sesiones, dicho número no podrá superarse con independencia de si se finaliza o no con acuerdo. Algo que consideramos no debiera estar tan delimitado, y que debiera estar informado por el principio de flexibilidad; puesto que cada conflicto es distinto y se debiera estar más a las necesidades del caso que a plazos totalmente determinados.

Respecto a los acuerdos alcanzados, se hace una diferenciación en virtud de la materia objeto de conflicto. Así, los acuerdos que versen sobre materias y personas que necesitan de una protección especial, materias relativas a orden público tienen valor de propuestas y necesitan para su eficacia, la aprobación de la autoridad judicial. De este modo, parece que la norma abre la puerta a que se debatan cuestiones que no solo son de Derecho dispositivo, algo que supone una auténtica novedad respecto al resto de legislaciones. Sin embargo, debemos tener en cuenta que nuestra legislación actual no lo permite, puesto que el art. 19 de la Ley Enjuiciamiento Civil pone de manifiesto el

³⁷⁸ En la regulación de este principio encontramos una novedad, fruto de los avances tecnológicos. Así el art. 8.1 establece que las partes y el mediador deben asistir personalmente a las reuniones; no obstante “en situaciones excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, pueden utilizarse medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación.” Y por otro lado, establece la posibilidad de que se designen portavoces para que representen los intereses de los colectivos implicados. Esta previsión es fruto de la ampliación del ámbito de aplicación, así por ejemplo a los conflictos surgidos entre vecinos; en los que resultaría inoperativa una mediación entre multitud de personas.

carácter dispositivo, si bien es cierto que lo limita a los supuestos en los que la ley no lo prohíba o bien que no establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. De hecho el citado precepto contempla la homologación judicial del acuerdo alcanzado por las partes, pero siempre y cuando se trate de una materia disponible y con los límites anteriormente señalados.

Por tanto, creemos que hay problemas de compatibilidad entre la legislación procesal y lo establecido en la norma catalana.

Por otro lado, se establece que el acuerdo alcanzado puede ser incorporado al convenio regulador o al documento o protocolo correspondiente, para que se incorpore al proceso judicial en curso o para que se inicie, para su ratificación y, si procede su aprobación.

b) Galicia

En mayo de 2001 fue la Comunidad gallega la que legisló sobre mediación; así encontramos la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar que ha sido desarrollado por el Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita³⁷⁹.

Dicha ley entiende la mediación³⁸⁰ como la intervención de los profesionales especializados, que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas

³⁷⁹ En este sentido, vid. ESPÍN ALBA, I., “Mediación familiar: Reflexiones al hilo de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia”, *Revista Xurídica Galega*, nº 32, 2001, pp. 295-316.

³⁸⁰ Artículo 2: “Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente Ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Éstos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en

que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja. Así, el artículo 7 reconoce la facultad del mediador de proponer soluciones a las partes, que los sujetos podrán o no aceptar.

De la definición dada, vemos que el mediador puede ofrecer una solución a las partes; sin embargo, tal y como está redactado el precepto da a entender que el mediador tiene un cierto matiz de terapeuta. Si atendemos a la literalidad del precepto, observamos que se indica “una solución pactada a su problemática o de pareja”, hubiera sido mucho más oportuno indicar “una solución pactada a su conflicto”. De otro modo, parece que el mediador puede proponer soluciones para el problema matrimonial, y no para el conflicto jurídico³⁸¹. Por tanto, hubiera sido más conveniente no dejar abierta y esta puerta y no confundir instituciones, que son de distinta naturaleza y nada tienen que ver entre sí.

Una vez que hemos visto cómo entiende la mediación dicha ley, a continuación vamos a analizar para qué supuestos es contemplada. La norma nos ofrece un listado pormenorizado de los supuestos que son mediables. En función del tipo de vínculo que une a las partes encontramos qué supuestos concretos se pueden resolver por medio de dicho procedimiento.

De dicho precepto establecemos dos consecuencias:

- a) El vínculo que debe unir a las partes es el matrimonial o situación asimilable.
- b) Los conflictos que pueden ser resueltos por mediación giran en torno a problemas surgidos entre dichas personas con anterioridad a la incoación

funciones de cooperación y auxilio familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja.”

³⁸¹ SASTRE PELÁEZ, J.A., “Principios generales y definición de la mediación familiar... op. cit. p. 14 En este sentido, mantiene que “una de las mayores críticas que se puede hacer al legislador gallego es precisamente el haber confundido terapia y orientación familiar con mediación familiar” y a continuación señala que “es muy peligrosa la referencia expresa que hace el legislador gallego a un supuesto de intervención en mediación familiar para la reconstrucción del vínculo [art. 4.1 a) de la ley gallega] «...mediante el ofrecimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura...».”

de un proceso, conflictos planteados en los procesos judiciales de separación, divorcio o nulidad que se encuentren en trámite y por último, los problemas surgidos en una crisis de convivencia; en especial sobre los aspectos relacionados con los hijos.

Vemos, por tanto, que ciñe en gran medida el ámbito de aplicación de la mediación; incluso en su vertiente familiar.

Pero no sólo se contempla la mediación para este tipo de conflictos, sino que el artículo 3 establece que se puede acudir a la mediación en los conflictos surgidos en la convivencia; con lo que volvemos a encontrar un matiz de mediación como terapia familiar.

En cuanto a la figura del mediador, ésta aparece regulada de forma muy vaga³⁸², haciendo especial hincapié en que éste debe ser un experto en actuaciones psico-socio-familiares y remitiendo a la vía reglamentaria el mayor desarrollo del mediador.

Esta figura ha sido regulada por el Decreto 159/2003, que en su art. 3 establece los requisitos³⁸³ para ejercer como mediador. Siendo uno de ellos que la persona esté en

³⁸² Art. 5. La figura del mediador. “En cada actuación de mediación intervendrá una persona que esté inscrita en el Registro de Mediadores. A estos efectos, dichas personas deberán reunir los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establezcan reglamentariamente, pero en todo caso serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares.”

³⁸³ Art. 3. Requisitos de habilitación para la inscripción en el Registro de Mediadores Familiares de Galicia.

1. Para el ejercicio de la actividad de mediación familiar regulada en la Ley 4/2001, de 31 de mayo, y en el presente decreto, es necesario estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Galicia.
2. Para obtener la correspondiente habilitación para la inscripción en el registro deberán reunirse los siguientes requisitos:
 - a) Ser titulado en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o en educación social.
 - b) Haber desarrollado, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de habilitación para la inscripción, actividades profesionales en el campo psico-socio-familiar.
 - c) Estar en posesión de las licencias o autorizaciones pertinentes para el ejercicio de su actividad profesional y, en su caso, inscrito en su colegio profesional.

posesión del título de Derecho, Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Trabajo social o Educación social.

El Consejo de la Abogacía Gallega interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 159/2003, por considerar que dicho texto normativo supone una vulneración de sus competencias, puesto que suponía una intromisión en su ámbito profesional. A este respecto, llegado el asunto al TS, éste decidió que no había lugar al recurso por entender que no hay tal invasión de competencias porque el Decreto no configura la figura del mediador desde un perfil estrictamente jurídico³⁸⁴.

La ley gallega establece un amplio elenco de principios que deben estar presentes en el procedimiento de mediación, encontramos los siguientes: voluntariedad, rogación, antiformalismo, flexibilidad, inmediatez, confidencialidad, secreto, imparcialidad, neutralidad y por último, respeto al interés superior y bienestar de los niños y niñas.

En cuanto a los costes económicos, reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita para aquellas personas que en virtud de la Ley 1/1996 acrediten la falta de recursos económicos.

³⁸⁴ STS de 9 de junio de 2008. “Llevaría razón la Corporación recurrente si la mediación familiar que se contempla en el Decreto se circunscribiera al campo estrictamente jurídico; mas no es así, al contrario, ninguna actividad judicial se permite al mediador familiar salvo que éste goce, a su vez, de la cualidad de Abogado, al ser esta una facultad reservada por la Ley a los profesionales integrados en este colectivo. Si damos la vuelta al argumento esgrimido, atendida la finalidad psico-socio-familiar de la figura del Mediador, en los términos en que aparece regulada, podríamos concluir que igual intromisión puede producirse por parte de los Abogados (no se olvide que estos, como licenciados en derecho que son, cumplidos otros requisitos, pueden obtener igualmente la habilitación para inscribirse en el Registro de Mediadores Familiares) en la esfera de la asistencia psicológica, pedagógica, social o familiar, aun cuando quepa presumirles menos conocimientos en la materia que a los psicólogos, pedagogos, trabajadores o educadores sociales.” FJ. nº 1.

c) *Valencia*

En diciembre de 2001, es publicada la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana³⁸⁵. Dicha norma es desarrollada por el Decreto 41/2007, de 13 de abril, del Consell, por el que se desarrolla la Ley 7/2001.

Esta ley configura la mediación³⁸⁶ como un procedimiento voluntario, que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en el seno de la familia, en el que las partes se verán asistidas por uno o más profesionales.

Una vez visto como se concibe la mediación, vamos a analizar para qué supuestos es contemplada. Esta ley, al igual que la gallega, hace un listado de supuestos en virtud de la relación que une a las partes. Por tanto, podrán acudir a mediación:

- d) Las personas unidas por vínculo conyugal, o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad para resolver cualquier conflicto surgido en la familia. El precepto establece un listado detallado de conflictos que dan acceso a un procedimiento de mediación, sin embargo el precepto finaliza con una cláusula general permitiendo la mediación ante cualquier conflicto familiar. En este punto, quizá hubiera sido conveniente que la norma hiciera alusión a que el conflicto debiera tener trascendencia jurídica, puesto que la redacción del mismo es bastante imprecisa y volvemos a encontrar vestigios de mediación como terapia de familia³⁸⁷.

³⁸⁵ Vid. LLOPIS GINER, J.M. (coord.), *Estudios sobre la ley valenciana de mediación familiar*, Editorial *Práctica de de Derecho*, Valencia, 2003.

³⁸⁶ Artículo 1: “La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.”

³⁸⁷ Vid., HERNÁNDEZ PÉREZ, J., “El Derecho y la Mediación Familiar: a propósito de la ley valenciana”, *Diario La Ley*, Año XXIV.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que esta cláusula de cierre tiene un límite, como no podía ser de otro modo, ya que las materias indisponibles no pueden ser objeto de un procedimiento de mediación; esta precisión aparece recogida en el art. 21 de la ley.³⁸⁸.

- d) Las personas adoptadas y su familia biológica cuando quieran ponerse en relación entre ellas. Así, el artículo 2 establece que se podrá recabar siempre y cuando el ordenamiento jurídico lo permita, información sobre la filiación e identificación de la familia biológica y de los hijos adoptados mayores de edad, para posibilitar su encuentro.

Como hemos podido ver, el ámbito de aplicación de la ley valenciana es amplísimo. Hace una regulación tan amplia, que incluso el texto puede ir en contra de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el apartado referido a la modificación de medidas establecidas por resolución judicial, se establece que éstas se pueden variar porque circunstancias sobrevenidas lo hagan conveniente o porque lo decidan los interesados. Pues bien, el artículo 775.1º LEC establece que “el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.” La LEC exige una modificación sustancial de las circunstancias para que se puedan variar las medidas adoptadas. Por tanto, será el tribunal el que modifique las medidas, siempre que se acredite esa modificación sustancial de circunstancias; y en ningún caso, será por la mera voluntad de las partes.

A nuestro juicio, la ley valenciana está infringiendo el artículo 775 LEC; y no debemos olvidar que en materia procesal el Estado tiene competencia exclusiva³⁸⁹, debiendo las Comunidades Autónomas respetar dicha normativa.

³⁸⁸ Artículo 21.2: “Que las cuestiones que se sometan a la mediación familiar no podrán referirse a materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición.”

³⁸⁹ Artículo 149.1.6º CE.

El precepto también se refiere expresamente a que se puede acudir a la mediación en los conflictos surgidos en la empresa familiar. El término “empresa familiar”³⁹⁰ no es un concepto jurídico determinado, no es usado por nuestra legislación; lo que puede llevar a ciertas dudas de cuando estamos ante una empresa familiar.

Otro ámbito de aplicación que nos llama la atención es el que hace referencia a la adopción; esta ley posibilita que se acuda a la mediación para que se puedan poner en contacto las personas adoptadas con su familia biológica. La Disposición Adicional primera de esta ley establece que este supuesto deberá ser desarrollado por la consellería competente en materia de familia y adopciones; y con la Orden que se promulgue se aprobará el procedimiento a seguir para preparar a las partes, en las mejores condiciones, antes del posible encuentro. Quedando en suspensión la aplicación de este supuesto hasta que se haya desarrollado normativamente. A nuestro juicio, esta previsión no tiene cabida en una ley de mediación, porque no tiene nada que ver con dicha institución. Es loable que el legislador quiera preparar a las partes que se vayan a encontrar, prestarles apoyo, pero esto desde luego no tiene sentido en un procedimiento de mediación.

En cuanto a la figura del mediador, éste deberá tener formación universitaria en Derecho, Psicología, Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social, y haber obtenido una formación específica de postgrado. Pero posteriormente, se indica que podrán ejercer la mediación otros licenciados universitarios superiores, siempre que hayan recibido una formación específica. Quizá la ley valenciana es demasiado permisiva, ya que básicamente posibilita que cualquier licenciado universitario pueda ejercer de mediador. Puesto que en la práctica esto puede ocasionar deficiencias en la formación del mediador; y si la cadena falla en un eslabón, acabará desvirtuándose la mediación por completo.

³⁹⁰ En este sentido, vid. GARCÍA QUINTANA, A., “Aproximación a un concepto de empresa familiar”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 43, 1998, pp. 17-34 y LETE ACHIRICA, C., “La noción de empresa familiar y sus implicaciones fiscales”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 9, 1999, pp. 9-20.

Posteriormente, la ley regula el desarrollo del procedimiento; y si éste finaliza con un acuerdo, el mismo será válido y obligatorio para las partes si reúne los requisitos necesarios para la validez de los contratos. Por tanto, equipara el acuerdo de las partes a un contrato celebrado conforme el artículo 1254 y siguientes del Código Civil.

Respecto a quién asume los costes económicos, la ley establece la gratuidad cuando la persona tenga derecho a la asistencia jurídica gratuita y en los demás supuestos, las partes abonarán los servicios de mediación. En esta cuestión, se nos puede plantear un problema. Hemos indicado que la ley valenciana abre la puerta a cualquier conflicto familiar, por lo que un conflicto sin trascendencia jurídica podría someterse a mediación; ¿en ese caso si la persona reúne los requisitos establecidos en la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita también será la mediación gratuita?

La ley valenciana, al igual que la catalana regula el régimen sancionador, estableciendo un listado de infracciones y las sanciones que éstas acarrearán.

d) Canarias

La mediación en Canarias es regulada por la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar; que ha sido modificada por Ley 3/2005, de 3 de junio.

Dicha ley contiene una definición de mediación³⁹¹ bastante precisa; así establece que la mediación es un procedimiento voluntario de resolución de conflictos familiares, en el que un tercero sin poder decisorio asiste a las partes en la búsqueda de acuerdos justos, duraderos y estables, con la finalidad de evitar el planteamiento de procesos judiciales o poner fin a los iniciados o reducir su alcance.

³⁹¹ Artículo 2: “La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales, contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos.”

La definición proporcionada es, a nuestro juicio, bastante precisa al establecer la mediación como un método voluntario de resolución de conflictos, así como por el concepto que proporciona de mediador. Sin embargo, discrepamos de uno de los objetos que tiene la mediación en dicha ley; en concreto, del segundo de ellos: “evitar el planteamiento de procedimientos judiciales, contenciosos”. En nuestra opinión, el objeto de la mediación ha de ser que las partes lleguen a soluciones pactadas en los conflictos que los separan; si esto es así, lógicamente disminuye el número de procedimientos judiciales. Pero el objeto de la mediación debe ser lograr acuerdos, que las partes resuelvan ellas mismas sus controversias y no solucionar uno de los mayores problemas de la justicia, como es la sobrecarga de casos³⁹². Evidentemente, si prospera la mediación, se consigue disminuir la sobrecarga judicial; pero no debemos confundir el fin, con uno de los resultados obtenidos; no podemos pretender solucionar con la mediación los problemas de la justicia³⁹³.

Esta ley configura la mediación para la resolución de cualquier conflicto familiar, que verse sobre una materia sobre la que las partes tengan libre disposición, o en su caso, que pueda ser homologada judicialmente. A continuación, señala que un conflicto es familiar cuando surge entre cónyuges, parejas de hecho (estables o no), entre padres e hijos, entre hijos, o los que surjan entre personas adoptadas y sus familias biológicas o adoptivas.

Los principios bajo los que se debe actuar son básicamente los ya mencionados en otras leyes: voluntariedad, rogación, flexibilidad, antiformalismo, inmediatez, carácter personalísimo, confidencialidad, secreto profesional, imparcialidad, neutralidad y reserva de las partes.

³⁹² En este sentido reproducimos las palabras de la catedrática Dra. M.C. CALVO SÁNCHEZ que refiriéndose al arbitraje señala que “puede ser una válida alternativa, pero lo que no es bueno es que se quiera potenciar desde la crisis de la administración de la justicia y no desde la libertad de la autonomía de la voluntad y de la confianza de los ciudadanos en la eficacia de la institución.” “El proceso y sus alternativas...”, op. cit. p.243.

³⁹³ Vid. FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva”, en *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*, Salamanca, Ratio Legis, 2006.

En cuanto al mediador, éste deberá tener formación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología o Trabajo Social y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, así como en el Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma de Canarias. También señala, que si el mediador no es licenciado en Derecho, deberá contar con asesoramiento legal para el ejercicio de sus funciones.

La ley establece que el mediador puede ser un licenciado en Derecho, pero realmente está pensando en abogados o procuradores, puesto que requiere que esté colegiado; y sin embargo como ya sabemos no todos los Licenciados en Derecho deben estar colegiados, y atendiendo a la ley éstos quedan excluidos de ejercer como mediadores.

Una vez finalizado el procedimiento y si se han logrado acuerdos, éstos serán válidos si reúnen los requisitos de validez exigidos para los contratos.

A continuación, regula aspectos tales como la duración, el procedimiento en sí mismo, el régimen sancionador...

m) Castilla-La Mancha

La mediación en esta Comunidad es regulada por la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar³⁹⁴.

Esta ley sólo se aplica a la mediación realizada por los Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, no aplicándose cuando la mediación es realizada por personas mediadoras en el libre ejercicio de su profesión, que no estén inscritas en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras de Castilla-La Mancha; y tampoco se aplicará a la mediación desarrollada por los Colegios Profesionales no inscritas en el ya mencionado Registro.

³⁹⁴ BOE de 25 de agosto de 2005.

De hecho, esta ley configura la mediación³⁹⁵ como un servicio social especializado, y dentro de éste se configura como un método extrajudicial de resolución de conflictos familiares.

La norma regula un amplio elenco de conflictos familiares que permiten acudir a la mediación; entre los que destacan: los conflictos surgidos en torno a las medidas personales y patrimoniales derivadas de la separación, divorcio y nulidad; la ejecución de las medidas judiciales adoptadas en un procedimiento de separación, divorcio o nulidad, la modificación de las medidas establecidas en un convenio regulador y los conflictos surgidos en torno al derecho de alimentos entre parientes, a las relaciones personales del menor con sus parientes y allegados y al ejercicio de la patria potestad o de la tutela o curatela.

Por otro lado, la ley también regula la mediación internacional e indica que la misma se regula por el contenido de esta norma. Es demasiado ambicioso pensar que una ley de rango autonómico pueda regular la mediación internacional; en esta materia debemos estar a las prescripciones contenidas en la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En cuanto a la figura del mediador, éste deberá estar en posesión del título de Licenciado en Derecho, Pedagogía, Psicología, Psicopedagogía o Sociología, o de la Diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social y abre la puerta a que se establezca una titulación específica sobre mediación; y en su caso para ejercer como mediador habrá que poseer dicho título. Además, deberán estar inscritos en el respectivo

³⁹⁵ Artículo 1: “Objeto de la Ley:

La presente Ley tiene por objeto la regulación de la mediación familiar como servicio social especializado en Castilla-La Mancha, constituyéndose como un método de resolución extrajudicial de los conflictos familiares, en interés de los menores y de la familia.

A los efectos de esta Ley, la mediación familiar consiste en la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y profesional que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar.”

colegio profesional si la colegialidad tiene carácter obligatorio, y por último, deberá estar inscrito en el Registro de Personas y Entidades Mediadoras.

A continuación, la ley indica los principios que deben darse en la mediación, citando los siguientes: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y profesionalidad.

Para garantizar uno de estos principios, en concreto el de imparcialidad la ley establece que el mediador deberá abstenerse de intervenir en el asunto si concurre alguna de las causas contempladas en el artículo 12; considerando la vulneración del principio de imparcialidad como una infracción grave; con la consecuente sanción que esto acarrea.

Esta ley introduce una variación respecto a las otras leyes ya comentadas, en materia de costes económicos. Así, el resto de normas autonómicas señala que la persona que tenga derecho a la justicia gratuita, también gozará de este derecho en un procedimiento de mediación. Sin embargo, en los demás supuestos las partes deberán abonar estos servicios. Pues bien, la ley castellano-manchega indica que la mediación prestada por los Servicios Sociales de Mediación es gratuita.

Es destacable la regulación que hace del acuerdo alcanzado por las partes, puesto que la norma no le proporciona por sí mismo validez; sino que lo supedita a que las partes lo utilicen para redactar el convenio regulador y es entonces, una vez aprobado por el Juez, cuando tendrá eficacia.

Por lo demás, la norma regula otros aspectos como el Registro de Personas y Entidades Mediadoras, el régimen sancionador, y otros aspectos relativos al procedimiento de mediación.

m) Castilla y León

La mediación es regulada en esta Comunidad por la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León³⁹⁶, así como por el Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2006, de mediación familiar.

Esta ley determina que la finalidad de la mediación³⁹⁷ es evitar la apertura de procesos, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance. A este respecto, debemos hacer la misma crítica que la realizada a la ley canaria³⁹⁸.

Esta ley recoge una serie de supuestos en los que se puede acudir a la mediación en virtud de la relación que une a las partes; del listado que establece el artículo podemos sustraer las siguientes materias: búsqueda de soluciones satisfactorias y acuerdos para todos los miembros de la unidad familiar; la ejecución de las sentencias de nulidad, separación o divorcio, los supuestos de variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptarse resoluciones judiciales firmes y otros conflictos familiares entre personas con capacidad de obrar y que tengan entre sí una relación de parentesco para poner fin a un litigio.

A nuestro juicio, no tiene mucho sentido establecer de forma pormenorizada una lista con los supuestos en los que se puede acudir a la mediación, haciendo distinción entre la relación que une a las partes, si finalmente se concluye con una cláusula que establece que cualquier conflicto familiar puede ser objeto de mediación. Hubiera sido

³⁹⁶ BOE de 3 de mayo de 2006.

³⁹⁷ Artículo 1: “Es objeto de la presente Ley regular la mediación familiar que se desarrolle en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León. Se entiende, en este sentido, por mediación familiar la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa.”

³⁹⁸ Como ya hemos indicado, el objeto de la mediación debe ser lograr acuerdos, que las partes resuelvan ellas mismas sus controversias y no solucionar uno de los mayores problemas de la justicia, como es la sobrecarga de casos.

más conveniente establecer que para acudir a la mediación las partes deben estar unidas por relación de parentesco o bien, por matrimonio o análoga relación o bien, para personas que tengan hijos en común.

Dicha norma, como ya hemos indicado, concluye con una cláusula general que establece que cualquier conflicto familiar puede ser sometido a mediación; siempre y cuando a través de dicho procedimiento se prevenga, simplifique o ponga fin a un litigio. Con esta redacción, se elimina la posibilidad de que se acuda a la mediación para supuestos sin trascendencia jurídica, como sí ocurre en otras normas autonómicas.

La norma recoge un elenco de principios muy similares al resto de normas. Para garantizar la imparcialidad, la ley prevé una serie de causas de abstención, o en su caso, de recusación. Estando considerada como infracción muy grave la no abstención del mediador si hubiese causa para ello.

En cuanto a la figura del mediador, éste deberá ser titulado universitario en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario. También se requiere acreditar la formación en mediación familiar (un mínimo de 300 horas) y estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares. Vemos, por tanto, que el abanico de posibilidades para ser mediador es muy amplio; pudiendo acceder desde licenciaturas o diplomaturas muy diversas, que poco tienen que ver entre sí.

Otros aspectos que son regulados en la ley son cuestiones relativas al registro de mediadores, al desarrollo de la mediación, el régimen sancionador³⁹⁹ ...

³⁹⁹ Un análisis más detallado de la ley lo podemos encontrar en *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*, BELLOSO MARTÍN, N., (coord.), Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006.

m) Islas Baleares

Recientemente ha entrado en vigor la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar que ha derogado la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar; por la cual se regulaba la mediación en la Comunidad Balear.

La norma actual rompe con el sistema anterior y se acerca a las regulaciones de las restantes normas autonómicas. Así, la norma derogada, a diferencia del resto de normas, regulaba la mediación como un contrato y toda la regulación se realizaba en torno a dicho contrato; así se establecían las materias sobre las que podía versar el contrato, los requisitos de capacidad de las partes, la forma y el contenido, las obligaciones del contrato, los acuerdos y por último, la extinción del mismo. Por tanto, configuraba la institución de la mediación como un contrato.

Sin embargo, como ya hemos indicado, la normativa actual es similar a las restantes leyes reguladoras de la mediación y llama la atención que siga limitando su ámbito de aplicación a los conflictos familiares; puesto que en la actualidad la tendencia se dirige hacia una regulación mucho más amplia de la mediación, no limitándolo a los conflictos familiares, como lo ponen de manifiesto el anteproyecto estatal, la norma catalana o el anteproyecto cántabro.

Entrando en el análisis de la norma, llama la atención que el art. 1 haga un reconocimiento del derecho a la mediación familiar⁴⁰⁰; novedad que no encontramos en ninguna legislación de este tipo. Evidentemente, dicho derecho hay que circunscribirlo en la propia norma y dentro de los límites de la misma, por tanto, siempre que las materias sean disponibles para las partes.

A pesar de que consideramos que el legislador podía haber ampliado el ámbito de aplicación, aprovechando el cambio de normativa, creemos muy adecuada la previsión

⁴⁰⁰ Art. 1: “Esta Ley tiene por objeto regular la mediación familiar, las actuaciones de los mediadores y las mediadoras, y el reconocimiento del derecho a la mediación familiar y el deber de las administraciones públicas de las Illes Balears de establecer servicios de mediación familiar.”

de que los conflictos que se aborden en mediación deben tener trascendencia jurídica, así se pone de manifiesto en el art. 4 al establecer la exigencia de que las materias “sean susceptibles de ser planteadas judicialmente”.

En los restantes aspectos encontramos grandes similitudes con el resto de normas en lo relativo a los principios, la regulación del mediador y el acuerdo.

m) Asturias

La mediación en esta Comunidad es regulada por la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar.

El concepto de mediación⁴⁰¹ que proporciona la ley la configura como un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos sobre los que las partes tengan libre disposición, o que en su caso puedan ser homologadas judicialmente. Dichos conflictos pueden surgir entre personas vinculadas por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado; en las parejas de hecho que hayan decidido romper su convivencia; entre los titulares de tutela y los responsables de acogimientos familiares con los familiares de los tutelados o acogidos; en las relaciones entre adoptados, el padre o madre adoptivos y las familias biológicas y en relación con la obligación de alimentos entre parientes.

Entre los principios que deben presidir la mediación, encontramos los siguientes: voluntariedad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, inmediatez y buena fe.

⁴⁰¹ Artículo 2: “La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario creado con la finalidad de solucionar los conflictos que se puedan originar en el ámbito definido en el artículo siguiente, en el que interviene un tercero imparcial debidamente acreditado y sin poder de decisión y ayuda a las partes en conflicto para facilitar el diálogo y la búsqueda de un acuerdo duradero y estable con el fin de evitar un procedimiento judicial, poner fin al iniciado o reducirlo.”

Para garantizar uno de estos principios, el de imparcialidad, la ley configura un régimen de abstención y recusación. El mediador deberá abstenerse de intervenir en el asunto si concurre alguna de las causas citadas en la norma que pongan en peligro su imparcialidad; en caso de que no lo haga, las partes pueden presentar su recusación ante la Consejería competente.

Esta norma posibilita que la mediación se inicie de mutuo acuerdo o bien, a propuesta de la autoridad judicial. Si bien es cierto, que en caso de que se incoe por esta segunda vía se deberá atender a la legislación procesal estatal. Viendo que no disponemos de una regulación estatal sobre la mediación, y que la legislación procesal sólo contempla la posibilidad de suspensión del proceso para acudir a la mediación, esta posibilidad queda sin regulación.

En cuanto a la formación que debe reunir el mediador, éste debe tener titulación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología, Trabajo Social o Educación Social; así como acreditar una formación específica en materia de mediación familiar; estar inscrito en el Registro de Mediadores y reunir cualquier otra exigencia recogida en la legislación vigente.

A continuación, la norma regula otros aspectos relativos a la organización de la mediación, al régimen sancionador...

m) Madrid

La mediación es regulada por la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid⁴⁰².

⁴⁰² BOE de 27 de junio de 2007.

Esta norma configura la mediación⁴⁰³ como un procedimiento voluntario de resolución de conflictos dirigida a prevenir o minimizar los conflictos familiares, a evitar la apertura de procedimientos judiciales, poner fin a los ya iniciados o reducir sus consecuencias negativas, y facilitar el cumplimiento de las sentencias judiciales. En este sentido, debemos de hacer la misma crítica que ya hemos puesto de manifiesto en otras leyes autonómicas; y no debemos confundir una de las consecuencias de la mediación con su finalidad.

La mediación, tal y como aparece configurada en la norma, debe llevarse a cabo bajo los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad, buena fe, actuación personal y protección de los intereses de los menores y personas dependientes.

En cuanto al ámbito de aplicación, la norma madrileña lo configura atendiendo a los sujetos que intervienen en el procedimiento, así podrán solicitar y someterse a la mediación las personas unidas por vínculo matrimonial o unión de hecho; las personas unidas por parentesco hasta el cuarto grado; la familia acogedora, los acogidos y la familia biológica; la familia adoptante, los adoptados y la familia biológica y las personas con menores a su cargo no incluidas en las anteriores párrafos y posteriormente, indica los conflictos familiares en cada vínculo familiar.

En algunos de los apartados, la norma incide en que se puede acudir a la mediación para evitar o simplificar un litigio judicial⁴⁰⁴. Esta previsión no es necesaria, puesto que en el artículo 3 de la norma deja bien claro que es una de las finalidades de la mediación. Y si dicho artículo es de carácter general es innecesario que posteriormente se vuelva a hacer hincapié en que se puede acudir a la mediación con tal objeto.

⁴⁰³ Artículo 1: “La mediación familiar desarrollada en esta Ley es un procedimiento voluntario de gestión o resolución positiva de tensiones o conflictos familiares en el que las partes solicitan y aceptan la intervención de un mediador, profesional imparcial, neutral y sin capacidad para tomar decisiones por ellas, que les asiste con la finalidad de favorecer vías de comunicación y búsqueda de acuerdos consensuados.”

⁴⁰⁴ Así lo encontramos en el b) y e).

Por otro lado, el precepto indica que se puede acudir a la mediación para solucionar conflictos de convivencia⁴⁰⁵, hubiera sido conveniente hacer alusión a que los conflictos de convivencia deben tener trascendencia jurídica.

La norma de la Comunidad de Madrid, al igual que la valenciana, hace alusión a que se puede acudir a mediación para buscar los orígenes del adoptado y facilitar un eventual encuentro. Por tanto, debemos hacer la misma crítica que la ya expuesta.

Por otro lado, el mediador tiene la potestad de excluir la mediación si considera que el conflicto o la cuestión deba ser abordada por otra forma de intervención, ya sea psicológica, psiquiátrica o de otra índole. Esta previsión puede dar lugar a cierta discrecionalidad, y que puede ser aplicada de forma distinta por unos u otros mediadores al no establecer la norma pautas para determinar cuándo el mediador puede excluir la práctica de la mediación. Para evitar dicha discrecionalidad y conseguir el propósito de la norma, hubiera sido más conveniente ceñir la mediación a aquellos conflictos familiares con trascendencia jurídica.

Respecto al mediador, es una de las leyes más permisivas en cuanto a las existencias para ejercer como tal. Puesto que requiere estar en posesión de un título universitario de grado superior o medio y acreditar formación teórico-práctica en mediación; así como inscribirse en el Registro de Mediadores. A nuestro juicio, es criticable esta regulación por su falta de determinación y puede conllevar que no se formen verdaderos profesionales.

A diferencia del resto de leyes ya comentadas, en ésta no encontramos un listado de principios que deban estar presentes en el procedimiento de mediación. Observamos un reconocimiento indirecto del principio de imparcialidad al establecer una serie de causas de abstención. Sin embargo, no se configura un régimen de recusación para los supuestos que teniendo el mediador obligación de abstenerse, no lo hiciera.

⁴⁰⁵ Así, lo podemos observar en los apartados a), b) y c).

m) País Vasco

Esta materia es regulada en el País Vasco por la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar.

La mediación⁴⁰⁶ se ha de referir a conflictos surgidos entre personas unidas por vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado, parejas de hecho o grupo convivencial⁴⁰⁷ sobre materias de Derecho privado sobre las que las partes tengan libre disponibilidad, o en su caso, posibilidad de homologación judicial. Posteriormente, la ley establece en el artículo 5 un listado con supuestos que pueden ser sometidos a mediación, aunque no es un *numerus clausus*.

Entre los supuestos recogidos en el artículo 5 encontramos que también posibilita la mediación para supuestos en los que las personas adoptadas quieran ejercer su derecho al acceso a la información de su filiación biológica; por tanto, volvemos a insistir en la inconveniencia de reconocer la posibilidad de acudir a la mediación en este tipo de supuestos.

Sin embargo, encontramos un límite a la aplicación de la mediación. Está excluida cuando hay violencia o maltrato sobre la pareja, hijos o cualquier miembro de la unidad familiar, o cuando concurra cualquier otra actuación que pueda ser constitutiva de infracción penal. Encontramos dos supuestos, en primer lugar la violencia doméstica o maltrato donde esta previsión nos parece adecuada porque cuando se dan este tipo de supuestos hay un fuerte desequilibrio entre las partes, a lo que debemos añadir la carga

⁴⁰⁶ Artículo 1.2: “La mediación familiar es un procedimiento voluntario en el que uno o más profesionales con cualificación en mediación, imparciales y sin poder decisorio, ayudan y orientan a las partes en cuanto al procedimiento dialogado necesario para encontrar soluciones aceptables que permitan concluir su conflicto familiar.”

⁴⁰⁷ La norma entiende por unidad convivencial “las personas unidas por una relación permanente análoga a la conyugal que deberá ser acreditada fehacientemente, así como a las personas que, no estando unidas entre sí por alguno de los vínculos previstos anteriormente, viven juntas en una misma vivienda o alojamiento durante un periodo de tiempo continuado igual o superior a un año, debido a situaciones de necesidad constatables por los servicios sociales.”

emocional que se deriva del vínculo existente entre las partes en conflicto; lo que va a imposibilitar que la parte sobre la que se ha ejercido la violencia puede tomar acuerdos de forma libre y voluntaria. Y en segundo lugar, se prohíbe la mediación cuando concurra entre dichas personas cualquier otra actuación que pueda ser constitutiva de infracción penal; de esta forma se prohíbe la mediación cuando las partes están unidas por vínculo conyugal o de parentesco y se haya producido un ilícito penal.

En cuanto a los principios que deben regir la mediación, encontramos los siguientes: voluntariedad, confidencialidad, transparencia, respeto al Derecho, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, debate contradictorio, inmediatez, buena fe, colaboración y mantenimiento del respeto entre las partes.

Esta ley menciona expresamente un principio fundamental, como es el respeto al Derecho, que supone que los acuerdos alcanzados deben ser siempre conforme a Derecho y que la mediación no puede ser utilizada para contravenir la legislación o evitar fraudulentamente su aplicación. Además, en ningún caso puede limitarse el acceso a la justicia.

Para garantizar el principio de imparcialidad, establece un régimen de abstención y recusación.

Los requisitos que establece la ley vasca para poder actuar como mediador son: ser Licenciado en Derecho, Psicología, Pedagogía o Diplomatura en Trabajo Social o en Educación Social, y abre la posibilidad de que por vía reglamentaria se establezcan otras titulaciones. Además, debe haber recibido formación específica sobre mediación familiar y estar inscrito en el Registro de Personas Mediadoras.

A continuación, regula cuestiones tales como el Registro de las Personas Mediadoras, aspectos procedimentales, el régimen sancionador...

m) Andalucía

En esta Comunidad tenemos un Anteproyecto de Ley reguladora de la mediación en general en Andalucía⁴⁰⁸, de 2003; dicho texto ha sido aprobado por el Consejo de Gobierno el pasado mes de julio.

Sin embargo, este texto no fue aprobado y recientemente se ha publicado la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, norma que se encuentra en el período de *vacatio legis*, y que entrará en vigor transcurridos seis meses desde su publicación en el BOJA.

Dicha norma configura la mediación⁴⁰⁹ como un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos no violentos, para poner fin al conflicto a través de la toma de decisiones consensuadas de las partes, con la ayuda de un tercero.

En cuanto al ámbito de aplicación, lo reduce a los conflictos típicos que pueden surgir tras una separación o divorcio (derecho de alimentos, patria potestad, tutela, régimen de visitas), así como los problemas surgidos tras la disolución de una pareja de hecho.

También contempla la previsión de que se pueda acudir a un procedimiento de mediación para resolver los conflictos surgidos entre la familia adoptante, el adoptado y la familia biológica en la búsqueda de los orígenes de la persona adoptada; así como en los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y su familia

⁴⁰⁸ Este texto abarcaría la mediación en el ámbito penal, familiar, mercantil, social, administrativo, comunitario y escolar.

⁴⁰⁹ Artículo 2: “ A efectos de la presente Ley, se entiende por mediación familiar el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto.”

biológica. Con anterioridad nos hemos manifestado en contra de que estos supuestos puedan ser desarrollados a través de un procedimiento de mediación.

Por otro lado, se puede acudir a un procedimiento de mediación para resolver aquellas cuestiones relativas al cuidado de personas en situación de dependencia, conforme a la definición reflejada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia. Sin embargo, consideramos que tal previsión se debería realizar para todos aquellos supuestos en que surjan este tipo de conflictos relacionados con los mayores, independientemente de que la ley reconozca o no su situación de dependencia.

La norma abre la mediación a aquellos supuestos que versen sobre “las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras”⁴¹⁰. No consideramos que sea adecuada la redacción del artículo, puesto que resulta ambiguo; no se hace alusión a que deba haber un conflicto. Por tanto, dada la redacción parece indicar que un menor que tenga una mala relación con su progenitor puede acudir a un procedimiento de mediación; lo que a nuestro juicio es un error. La mediación debe iniciarse cuando ha surgido un conflicto y las partes intentan ponerle solución al mismo. De lo contrario los adolescentes andaluces, atendiendo a la redacción antes indicada, podrán acudir a un procedimiento de este tipo para determinar la hora de llegada a casa el fin de semana, si pueden o no acudir a un concierto... porque todas estas cuestiones forman parte de la relación de padres e hijos.

En lo relativo a la legitimación, la ley establece, con carácter general, los criterios de sus antecesoras. Sin embargo, la reduce a las personas unidas por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. A nuestro juicio, la extensión al cuarto grado sería más conveniente porque abarca un mayor elenco de supuestos en los que debido a las relaciones familiares pueden surgir conflictos.

⁴¹⁰ Art. 1.2.c).

Al igual que el resto de normas, la andaluza, reconoce el principio de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, carácter personalísimo, buena fe y flexibilidad.

Para garantizar el principio de imparcialidad la norma regula en el artículo 17 la abstención y la recusación; debiendo desarrollarse por vía reglamentaria el procedimiento para llevar a cabo la recusación. Sin embargo, a nuestro juicio, dada la importancia de estas figuras hubiera sido conveniente que su desarrollo se hubiera realizado en la misma norma y no que se haya relegado su regulación a un reglamento.

Por último, la norma recoge el procedimiento y contraprestación de la mediación (siendo gratuita en los supuestos reconocidos en la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita), así como el régimen sancionador.

m) Cantabria

Cantabria es la primera que ha presentado un proyecto de ley tras el anteproyecto de ley de ámbito estatal. Quizá por este motivo no se limita a regular la mediación familiar, como hemos observado en la mayoría de las restantes normas autonómicas.

Aunque todavía no esté en vigor vamos a profundizar en su estudio porque posee varios aspectos muy llamativos, el más importante de ellos, como más adelante veremos, es que incluye en su ámbito de aplicación la mediación penal.

La norma ofrece, al igual que el resto de normas autonómicas, una definición de la mediación⁴¹¹. Se configura como un método voluntario para resolver un conflicto o

⁴¹¹ Art. 2. A los efectos de la presente Ley, se entiende por mediación aquel procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un conflicto o litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su controversia con la asistencia de un mediador profesional.

litigio. De este modo, observamos que hace una diferenciación entre los términos conflicto⁴¹² y litigio⁴¹³.

Consideramos que la norma cántabra pretende ser genérica y evitar que por utilizar un término u otro se queden al margen determinados asuntos por el mero hecho de que se les tilde como conflictos o litigios.

La primera cuestión que nos llama la atención es la relativa al ámbito de aplicación. El precepto dedicado a regular este aspecto indica que se puede acudir a la mediación para resolver “aquellas materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación” (art. 4). Sin embargo, tras la lectura de todo el texto parece que amplía en gran medida el ámbito de aplicación y va mucho más allá de las materias disponibles.

De este modo, en la Exposición de motivos el legislador recoge aquellas normas del ordenamiento jurídico español que considera que están dando cabida a la mediación⁴¹⁴. Así, encontramos, por ejemplo, que menciona el 787 LECrim. como

⁴¹² pPara ALCALÁ ZAMORA el conflicto debe tener “transcendencia jurídica”, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso...* op.cit., p. 18.

⁴¹³ CARNELUTTI define el litigio como “el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los intereses y la resistencia del otro”, Estudios sobre... op. cit. p. 294.

⁴¹⁴ “El Estado Español, sensible a esa realidad social y normativa, ya en la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, prevé, en su artículo 414, dentro de la regulación del Procedimiento Ordinario, que la Audiencia Previa al Juicio se lleve a efecto “para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso” y en el 770, dentro de los Procesos de Separación y Divorcio, que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso (...) para someterse a mediación”.

En esta misma línea, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, en un ámbito tan poco propicio al principio dispositivo de las partes, la institución de la conformidad, no sólo al inicio del Juicio Oral – artículo 787 de la Ley-, sino incluso durante la instrucción en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos –artículo 800 del mismo texto legal-, afectando el posible acuerdo no sólo a cuestiones civiles accesorias al delito sino también a la propia pena a imponer al condenado.

La Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tampoco es ajena a esta posibilidad de finalización convencional del procedimiento y así, su artículo 88, bajo la rúbrica “terminación convencional” dispone que «las Administraciones Públicas

precepto que posibilita que se llegue a un acuerdo no sólo en las cuestiones civiles accesorias al delito sino también a la propia pena.

A estas disposiciones tenemos que unir la lectura del art. 44 del proyecto cántabro. Dicho precepto regula los efectos de los acuerdos adoptados en un procedimiento de mediación, señalando el párrafo 3 que “los acuerdos alcanzados en el ámbito penal deberán ser trasladados al procedimiento penal en cuyo caso se adopten para surtir efectos, en caso de existir procedimiento en curso”.

De este modo tras la lectura de los arts. 4, 44 y de la Exposición de motivos podemos concluir que la ley de mediación en Cantabria posibilita acudir a la misma incluso en la materia penal.

Sin embargo, no debemos olvidarnos que nos encontramos con una norma de rango autonómico, por tanto, debe acogerse a los límites competenciales establecidos en los arts. 148 y 149 de nuestro texto constitucional. Opinión distinta mantiene el CGPJ puesto que en el Informe realizado al proyecto de ley pone de manifiesto que “para legislar sobre la mediación no es preciso tener competencia para hacerlo sobre todas

podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin».

Y la Ley de Procedimiento Laboral también prevé esa posibilidad de finalización convencional del procedimiento cuando el artículo 84, dentro de la regulación del Procedimiento Ordinario, establece, como primera misión del acto de conciliación la de intentar la conciliación entre las partes, advirtiendo a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles y sin prejuzgar el contenido de la Sentencia, añadiendo que dicho acuerdo se llevará a cabo por los trámites de ejecución de las Sentencias. Y, aunque estemos ante una institución diferente, el artículo 63 del mismo cuerpo legal establece, como requisito previo para la tramitación del proceso, un intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones con las excepciones que señala el artículo 64. Esta Legislación estatal y el propio Anteproyecto de Ley de Mediación elaborado por el Estado de modo específico para este ámbito y actualmente en tramitación da pie al juego de esta institución.”

aquellas materias a las que puedan referirse los conflictos sometidos a mediación.” Si bien es cierto, que a continuación matiza esta idea e indica que “Ahora bien, las leyes sobre mediación –y el Proyecto sometido a informe no es una excepción– suelen regular diversos aspectos del procedimiento de mediación, lo que inevitablemente suscita cuestiones como la paralización de plazos procesales o la suspensión del proceso judicial ya iniciado, o el posible valor de cosa juzgada de los acuerdos de mediación eventualmente alcanzados, y por añadidura su ejecutividad en sede jurisdiccional. En otras palabras, la regulación del procedimiento de mediación inevitablemente envuelve una cierta regulación, en mayor o menor dosis, de las zonas de contacto entre dicho procedimiento y el proceso judicial. Desde este punto de vista no cabe duda de que puede haber una afectación de la competencia estatal en materia de legislación procesal.”

De este modo la regulación de la norma cántabra la debiéramos reducir a aquellos supuestos en los que la parte tiene disponibilidad sobre el objeto del proceso en materia penal, por tanto, habrá que reducirlo a los delitos de injurias y calumnias. Sin embargo, aún en este caso consideramos desafortunada la pretensión de la ley; puesto que la misma establece que el acuerdo alcanzado será trasladado al procedimiento penal y las CCAA no son competentes para regular estos aspectos. Nos encontramos ante un sistema jurídico en el que la mediación penal en adultos no tiene ninguna virtualidad legal, ningún precepto hace mención a ella ni determina sus efectos y consecuencias, por lo que la norma cántabra debiera haber obviado este aspecto. Los únicos supuestos en los que la mediación penal se está llevando a cabo es a través de experiencias pilotos autorizadas por el CGPJ; por tanto, no encontramos sentido que la norma cántabra les de cabida cuando consideramos que no tiene competencias para ello. Puesto que el art. 149.1.6º CE otorga las competencias en materia penal con carácter exclusivo.

Por otro lado, la norma toma como base para instaurar la mediación penal el art. 787 LECrim., sin embargo, debemos tener en cuenta que no creemos que el mismo pueda servir como base para regular la mediación penal en el ámbito nacional, pero desde luego nunca podrá serlo a nivel autonómico, puesto que esta materia consideramos que

no puede ser abarcada por las CCAA, tanto la legislación procesal como la penal son competencia única y exclusiva del Estado.

Una vez aclarado este punto, vamos a profundizar en el análisis del ámbito de aplicación, puesto que el modo de regularlo dista mucho de la redacción que nos hemos encontrado en las distintas normas autonómicas y del propio anteproyecto de ley de mediación estatal.

Por tanto, podremos acudir a mediación para intentar poner fin a las controversias que sean disponibles para las partes en materia civil, mercantil, laboral, de consumo... De este modo, la norma autonómica es más ambiciosa que el anteproyecto estatal.

Al margen de esta cuestión, la norma recoge un elenco de principios del procedimiento. Llama especial atención que no dedica un precepto para regular el principio de igualdad, sin embargo, al recoger otros principios se refiere al mismo. Así, al regular el principio de voluntariedad excluye la mediación en los supuestos en los que no está garantizada la igualdad⁴¹⁵. Por otro lado, el procedimiento de mediación debe consistir en un debate contradictorio, en el que cada parte puede rebatir y expresar sus opiniones e ideas; y al recoger este aspecto de la mediación el legislador vuelve a hacer hincapié en que se debe garantizar un equilibrio entre las partes⁴¹⁶.

Respecto al resto de principios, debemos llamar la atención que la ley posibilita la intervención de terceros en el proceso a modo de consultores, debiendo estar los mismos sujetos a los principios referidos a las partes y al mediador.

⁴¹⁵ Art. 5: “Asimismo, se excluyen de la mediación los supuestos en que, a juicio del mediador o profesional competente las partes no se encuentren en un plano de igualdad, los cuales deberán ser abordados, previamente, desde otras formas de intervención o tratamiento, ya sea psicológico, psiquiátrico o de cualquier otra índole.”

⁴¹⁶ Art. 11: “A lo largo del procedimiento de mediación las partes deben sentirse libres para expresar sus puntos de vista sobre la situación conflictiva. La persona mediadora debe potenciar un trato equitativo entre las partes, garantizando una intervención equilibrada entre ellas en el transcurso de la mediación.”

También es destacable la regulación de la abstención y en su defecto, la recusación. Con carácter general el resto de normas autonómicas que regulan la materia contemplan una serie de causas propias de abstención. Sin embargo, en ésta encontramos un listado de causas muy similar a las recogidas en el art. 219 LOPJ para los jueces y magistrados.

Otro aspecto llamativo de esta norma lo encontramos en que otorga audiencia a los terceros que se puedan ver afectados por el contenido del acuerdo, determinando posteriormente que el mediador deberá informar a las partes de las consecuencias procesales de no cumplir con este trámite. Sin embargo, no se precisa de qué consecuencias se trata.

m) Resto de CCAA⁴¹⁷

El resto de CCAA no disponen de normativa autonómica sobre mediación. Sin embargo en la mayoría de los casos ésta se viene aplicando en su vertiente social y familiar.

En su gran mayoría son servicios dependientes de la Consejería que ostenta competencias en materia de familia y asuntos sociales, los cuales suelen ceñir su ámbito de aplicación a conflictos surgidos en torno a la separación o el divorcio y abordar las controversias suscitadas sobre los mismos.

Hemos indicado que estas CCAA no disponen de normativa sobre mediación, si bien es cierto, que en Navarra varias leyes hacen referencia a la mediación⁴¹⁸ y en base a ellas se está aplicando en dicha Comunidad. Por otro lado, destaca la Orden Foral 147/2007, de 23 de julio, de la Consejería de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se clasifica el Servicio de Mediación Familiar. Dicha Orden a pesar de no tener

⁴¹⁷ Aragón, Extremadura, La Rioja, Murcia y Navarra.

⁴¹⁸ La Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista y la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002 de 2 de julio para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista

rango de ley, lo que hace es legitimar la mediación familiar en Navarra; puesto que no se limita a crear un Servicio de Mediación Familiar tal y como parece desprenderse por el título de la Orden, sino que hace un reconocimiento y desarrollo de lo que es la mediación.

A través de dicha Orden se crea, por tanto, un Servicio de Mediación Familiar que tiene el carácter de Servicio Social Especializado.

De este modo encontramos una definición de mediación familiar, los objetivos que se persiguen con su implantación, el tipo de conflictos que son mediables, las personas que pueden acudir, así como también indica aspectos relativos al mediador y al lugar donde deben desarrollarse las sesiones de mediación.

5. Modelo legislativo planteado

En las líneas precedentes hemos analizado la mediación civil desde sus aspectos generales, siendo éstos comunes con la mediación penal, así como sus particularidades. A continuación, hemos realizado un estudio de la situación legislativa en nuestro país, para lo que hemos analizado la situación autonómica, así como la estatal, no pudiendo olvidar en nuestro repaso legislativo la Directiva comunitaria que regula determinados asuntos de la mediación civil y mercantil.

Una vez que hemos visto todas estas cuestiones, ahondamos un poco más en la mediación civil y proponemos un modelo legislativo. En algunas cuestiones claves dista mucho de la propuesta planteada por el Ministerio de Justicia como anteproyecto de ley; sin embargo, consideramos que este trabajo es el lugar adecuado para ser críticos y exponer las ideas propias.

Por tanto, vamos a analizar aquellas cuestiones que, a nuestro juicio, son claves para el buen funcionamiento de la mediación⁴¹⁹. Entre dichos aspectos trataremos algunos

⁴¹⁹ MARTÍN DIZ recoge las diez claves que considera fundamentales para garantizar el éxito de la mediación. Éstas son:

- 1º Información y difusión pública de la mediación.
- 2º Implementación de la cultura del diálogo y el acuerdo.
- 3º Libertad, voluntariedad e igualdad.
- 4º La mediación como sistema reglado legalmente.
- 5º La mediación como sistema público e institucional.
- 6º La mediación como exigencia comunitaria.
- 7º El mediador.
- 8º El acuerdo de mediación.
- 9º Calidad y control de la mediación.
- 10º ¿Tribunales multipuertas?

aspectos que consideramos fundamentales de la mediación como son la voluntariedad, el mediador, así como el valor del acuerdo.

5.1. Exposición de motivos

Toda ley está acompañada por su respectiva Exposición de motivos, donde creemos que es necesario que se conciba la mediación como un mecanismo complementario a la vía judicial, en ningún caso como una alternativa. En el primer capítulo ya hemos analizado qué diferencias hay entre configurar la mediación de una forma u otra y consideramos que su plasmación legal debe llevarse a efecto como un complemento del proceso. No pretendemos, por tanto, sustituir a la Justicia sino simplemente fomentar el uso de un método que para muchos conflictos puede ser más adecuado que los propios Tribunales.

También, quizá, sería conveniente que se dejara constancia escrita que a través de la mediación no se pretenden resolver los problemas de la justicia, porque no es ésta su finalidad, pero evidentemente puede ayudar a paliar uno de sus grandes males como es la sobrecarga de los tribunales. Si conseguimos canalizar los conflictos más leves a través de la mediación, los jueces verán cómo les llegan menos asuntos.

5.2. Concepto

Teniendo esto en cuenta, el modelo legislativo planteado debiera iniciarse con un concepto de mediación. Entendiendo ésta como un procedimiento de carácter

MARTÍN DIZ, F., “Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de administración de justicia”, Ref. revista: newsletter 2/2010. Gabinete para a resolução alternativa de litígios (GRAL). Ministerio de Justicia. 2010, Edición electrónica. www.gral.mj.pt/newsletter, Lisboa.

voluntario, en el que dos o más partes en conflicto, ayudadas por un tercero imparcial y neutral, intentan lograr acuerdos y así poner fin a aquellos conflictos que tengan trascendencia jurídica y que versen sobre materias disponibles para las partes.

5.3. Principios

Posteriormente, sería conveniente recoger el elenco de principios que deben estar presentes en un procedimiento de mediación, donde quizá sería oportuno hacer una distinción entre principios en sentido estricto de la mediación y principios de actuación del mediador.

En cuanto a los principios del procedimiento, creemos que merecen especial relevancia el principio de voluntariedad, e igualdad de partes. Debiendo establecerse con posterioridad otro precepto destinado a otros principios como la inmediación, respeto al derecho, a la flexibilidad y a la buena fe.

La mediación debe establecerse en todo caso como un procedimiento voluntario de resolución de conflictos. Es, a nuestro juicio, uno de los principios más importantes que debe estar presente en el desarrollo de la mediación. Las partes en conflicto deben acudir libremente a la mediación, para que a través de ésta se obtengan resultados; si las partes acuden obligadas, la predisposición a acercar posturas y a intentar poner fin a la disputa que les separa se reduce, con lo que se hace más difícil que lleguen a la consecución de un acuerdo satisfactorio.

Este principio debe estar presente a lo largo de todo el procedimiento de mediación; desde su inicio hasta su finalización. Esto es, si las partes acuden de forma voluntaria a la mediación y a lo largo de las sesiones una de ellas decide que no quiere continuar, se debe poner fin al procedimiento. Sin embargo, a nuestro juicio no sólo ellas pueden decidir poner fin al procedimiento de mediación sino que el mediador puede dar por acabado el procedimiento si aprecia falta de colaboración de una de las partes, si no se

están respetando los principios básicos o si considera que se está utilizando la mediación con ánimo dilatorio.

Nos manifestamos, por tanto, a favor de que la mediación sea siempre y en todo caso voluntaria. Aspecto distinto es que se obligue a las partes a someterse a una sesión informativa previa. La sesión previa sólo tiene carácter informativo, en la que se explica en qué consiste la mediación, cómo funciona, qué valor tiene el acuerdo si éste se alcanza... y esta sesión adquiere sentido debido al desconocimiento general de esta institución. Se presenta por parte como un mecanismo para dar publicidad a dicho método, para que las partes conozcan su existencia y así opten por el método que consideren más conveniente para su conflicto, ya sea éste la mediación o el tradicional proceso.

El anteproyecto de ley, es a nuestro juicio, contradictorio⁴²⁰. Por un lado, declara la voluntariedad del procedimiento y por otro lado, abre la posibilidad de que por ley se establezcan supuestos de iniciación obligatoria. Es por tanto, contradictorio que el sometimiento a mediación sea voluntario y que la ley pueda obligar a iniciarlo. Sin embargo, a continuación establece que la obligatoriedad queda salvada con acudir a una sesión informativa⁴²¹. Por tanto, parece confundir la sesión informativa previa, que en sentido estricto no es mediación, con la propia mediación.

Si queremos regular la mediación como un mecanismo útil de resolución de conflictos creemos que ha de ser voluntario. De lo contrario, se puede convertir en un mero trámite que las partes consideran que deben pasar para poder acudir a la vía judicial, por tanto no va a ser efectiva, tampoco más económica, ni más rápida. De

⁴²⁰ Art. 7: “El sometimiento a mediación es voluntario, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inicio cuando lo prevea esta ley o la legislación procesal. Nadie está obligado a concluir un acuerdo ni a mantenerse en el procedimiento de mediación.”

Art. 8.2: “Las partes implicadas en un conflicto pueden voluntariamente iniciar y finalizar un procedimiento de mediación en cualquier momento. No obstante, el sometimiento a mediación será obligatorio cuando así lo establezca la legislación procesal.”

⁴²¹ Art. 19: “En los supuestos de mediación obligatoria las sesiones informativas serán gratuitas. En tal caso, se podrá tener por intentada la mediación y cumplida la obligación legal justificando la asistencia.”

hecho, el sometimiento obligatorio a mediación sólo puede tener sentido si se pretende desvirtuar su esencia, con el mero objetivo de “desatascar” las estadísticas judiciales.

5.4. El mediador

En cuanto a la figura del mediador, ya la hemos abordado con mayor detenimiento en el capítulo primero. Sin embargo, consideramos necesario volver a hacer hincapié en que, a nuestro juicio, es uno de los elementos fundamentales para que la mediación prospere.

Es necesario que contemos con un auténtico profesional que sepa cuál es su función y cómo debe desempeñarla, de ahí que nos hayamos manifestado muy contrarios a la mayoría de las regulaciones autonómicas, así como al anteproyecto de ley⁴²².

Creemos que es necesario formar a un auténtico profesional. Por tanto, consideramos que el perfil del mediador es un Licenciado en Derecho que realice un posterior máster especializado en la materia u otro tipo de actividad que acredite formación y capacitación específicas en dicha materia. No nos olvidemos que estamos ante conflictos con trascendencia jurídica y por eso es fundamental la formación legal del mediador. Sobre todo si la ley va a configurar el acuerdo como título ejecutivo ¿cómo un acuerdo va a tener valor ejecutivo si no hay ningún experto legal que le de su visto bueno?

Tampoco es comprensible que en otro método de resolución de conflictos, como es el arbitraje, se exija un abogado⁴²³ y como mediador pueda ejercer básicamente

⁴²² Art. 14: “Podrán ejercer funciones de mediador las personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que posean, como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado y que se encuentren inscritas en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación.”

cualquier persona (en espera de los requisitos que establezca el Registro de mediadores y de instituciones de mediación).

Esta postura es muy radical y deja al margen a gran parte de profesionales que ya están ejerciendo la mediación, pero, quizá, al menos se debiera acotar las ramas que den acceso al ejercicio como mediador y siempre con una formación específica posterior sobre mediación.

El art. 4 de la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles aboga por la calidad de la mediación haciendo especial hincapié en la figura del mediador⁴²⁴; sin embargo, consideramos que para disponer de una mediación de calidad es necesario tener unos mediadores de calidad suficientemente preparados y formados.

5.5. Acuerdo

Como ya hemos indicado en otros epígrafes, el acuerdo es un elemento esencial en el desarrollo de la mediación, y de su adecuada o no regulación va a depender en parte el éxito o fracaso de la misma.

⁴²³ Art. 15.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje: “En los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.”

⁴²⁴ Art. 4. “Calidad de la mediación:

1. Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.
2. 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.”

A nuestro juicio, es necesario dotar de fuerza ejecutiva al acuerdo. De este modo, dotamos de seguridad jurídica a las partes porque sabrán que el contenido del mismo puede ser exigible ante los tribunales al igual que una sentencia.

Sin embargo, consideramos necesario que haya un control de legalidad del acuerdo y debiera ser el mediador el que lo llevara a cabo. Siempre y cuando el mediador, como hemos defendido, tenga formación jurídica.

Llevaría a cabo un control de lo pactado por las partes, de modo que las distintas cláusulas se ajusten a Derecho; sin entrar a analizar si el acuerdo es más ventajoso para uno o para otro. Se limitaría, por tanto, a comprobar que el acuerdo se ajusta a Derecho.

5.6. Reformas legales necesarias para implantar la mediación

A pesar de que consideramos conveniente que la mediación se regule en una ley autónoma de las restantes de nuestro ordenamiento jurídico, si bien es cierto que su implantación afectaría a otras normas.

Así, por ejemplo, la legislación procesal debiera hacer un reconocimiento expreso de la posibilidad de suspensión del proceso, si éste ya se había iniciado, para que las partes lleven a cabo un intento de mediación. En la actualidad, esta previsión se limita a los conflictos derivados de la separación y el divorcio, tal y como establece el art. 770 LEC. Si bien es cierto, que dicha reforma no se hace necesaria, sino simplemente conveniente porque nuestro ordenamiento jurídico ya prevé la posibilidad de suspensión del proceso para que las partes intenten un acuerdo extraprocésal, tal y como establece el art. 19.4 LEC⁴²⁵.

⁴²⁵ Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días.

A nuestro juicio, debiera introducirse un nuevo párrafo en ese precepto y que se estableciera la posibilidad de suspensión del proceso para que las partes se sometieran a un procedimiento de mediación y que dicha suspensión se pudiera mantener mientras quedase acreditada la pendencia de un procedimiento de mediación, de este modo, hacemos valer el principio de flexibilidad y no el límite de 60 días, que para casos complejos, o en los que las partes vayan avanzando lentamente en la consecución de acuerdos puede ser escaso. Para evitar un uso fraudulento de la mediación con ánimo dilatorio del proceso, el mediador debiera remitir al juzgado un escrito en el que manifieste que de forma activa se está intentando llegar a la resolución del conflicto de modo que se evite la consecuencia del archivo provisional de la causa por transcurso del plazo sin actuación de las partes.

Por otro lado, también sería necesario modificar el art. 517 LEC y contemplar el acuerdo de mediación como título que lleva aparejada ejecución. Dicha previsión la condicionamos a que el mediador tenga formación jurídica y haga un control de legalidad del acuerdo.

CAPÍTULO 3

MEDIACIÓN PENAL

1. Justicia restaurativa y sus aplicaciones

La justicia restaurativa es una vía de intervención en conflictos penales, que promueve la participación de las partes afectadas. Centra su atención en la reparación del daño producido a la víctima más que en el castigo al autor.

De hecho la justicia restaurativa nace en la década de los 70 del siglo pasado porque desde ciertos sectores se considera que en muchos casos la justicia penal no da una resolución satisfactoria a los problemas surgidos. Uno de sus principales promotores fue ZEHR, que elaboró un trabajo sobre la justicia restaurativa, se trata del *Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm*⁴²⁶, en 1985.

⁴²⁶ ZEHR, *Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm*, New Perspectives on Crime and Justice, Akron, PA: Mennonite Central Committee Office of Criminal Justice, September, 16p. 1985.

MARSHALL define la justicia restaurativa como el “proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro.”⁴²⁷

De este modo, la justicia restaurativa se asienta en la rama de las ciencias criminológicas, que se conoce bajo el nombre de Victimología⁴²⁸, que centra su atención en la víctima.

Al sistema penal convencional siempre se le ha tachado de olvidar a la víctima. Evidentemente, no se trata de que recupere el protagonismo que en otros momentos de la Historia ha adquirido, etapas⁴²⁹ en las que la venganza era el modelo de hacer justicia sino simplemente de tenerla en cuenta en el desarrollo de las actuaciones, y que no se convierta en un sujeto pasivo que ve como otros abordan el conflicto que se ha suscitado en torno a su figura y de este modo evitar lo que se conoce como victimización secundaria⁴³⁰.

En este sentido, son llamativas las palabras de ROXIN acerca de la posición de la víctima en el proceso. Así indicaba que “Todo parece indicar que nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, a pesar de que sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en

⁴²⁷ Citado por LARRAURI PIJOÁN, E., “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, en *Serta. In memoriam A. Baratta*, (Pérez Álvarez, Ed.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 443.

⁴²⁸ Este término fue acuñado por WERTHAM, en 1949 en su libro *The show of violence*. WERTHAM, F., *The show of violence*, M.D. New York: Doubleday & Co., 1949.

⁴²⁹ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, 2005. El autor recoge las distintas etapas por las que ha atravesado la víctima a lo largo de la historia.

⁴³⁰ FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima...* “cuando se habla de victimización secundaria se hace referencia a los efectos que el paso por el proceso tienen en la víctima, en concreto a los daños e inconvenientes que la relación con los sistemas de control formal producen en la víctima y que se añaden a las consecuencias perjudiciales derivadas de la victimización primaria, que pueden verse potenciadas tras el contacto con el sistema penal.”

situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer⁴³¹. Sin embargo, debemos indicar que aunque estas palabras puedan ser ciertas en muchos países, no lo son tanto en el nuestro, puesto que no debemos olvidar que nuestro ordenamiento jurídico contempla la acusación particular.

A esto hay que unir que no sólo no se tiene en cuenta a la víctima, sino que también se pone de manifiesto, que en muchas ocasiones, el Derecho Penal no cumple algunos de sus principales fines, como la resocialización, por lo que se acude a otros métodos que se considera que pueden conseguir ambos objetivos: tener en cuenta a la víctima y ayudar a la resocialización y reinserción social del infractor.

HEIKE y MARSHALL⁴³² contemplan las razones que propician el nacimiento de la justicia restaurativa. Éstas son las siguientes:

Orígenes	Objetivos
1. Acceso a la justicia	Permitir a las personas participar más directamente a controlar las infracciones: acercar a las instituciones judiciales a la población.
2. Movimiento de las víctimas	Satisfacer las necesidades de las víctimas en el ámbito material y psicológico.
3. Abolicionismo	Liberar del dominio del Estado y de la burocracia y, en particular, suprimir las prisiones.
4. Descentralización y control por la comunidad local	Crear espacios e instituciones comunitarias para tratar los enfrentamientos surgidos en la comunidad.
5. Justicia participativa	Hacer partícipe a la población en la regulación de las infracciones penales para sacar partido de los recursos de la sociedad.
6. Profesiones sociales	Reducir el número de delitos:

⁴³¹ ROXIN, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en *De los delitos y de las víctimas*, (coord. J. MAIER), Ad-hoc, Buenos Aires, 2001, p. 140.

⁴³² HEIKE, J., y MARSHALL, T., *La mediation. Remarques liminaires*, Strasbourg, 1997, citado por GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., “La mediación y la reparación: aproximación a un modelo”, en *Justicia i Societat*, (director ROSSNER, D.), Barcelona, 1999, p. 19.

	<ul style="list-style-type: none"> - animando la responsabilidad social de los delincuentes; - haciendo participar a su familia o a otros miembros de su entorno; - atenuando los estigmas de la represión.
7. Algunos miembros de las profesiones jurídicas y diversos grupos de presión liberales	Encontrar medios más eficaces para reducir la criminalidad y que al mismo tiempo sean medios más humanos y que se fundamenten menos en la sanción.
8. Número de casos tratados y crisis de recursos en justicia penal	Encontrar métodos menos costosos y que tengan como objetivo la calma para tratar la criminalidad.
9. Privatización	Reducir la responsabilidad del Estado favoreciendo las fuerzas del mercado.
10. Movimiento de la regulación de los enfrentamientos (ADR)	Aplicar técnicas constructivas de regulación de conflictos y de los problemas para conseguir soluciones más duraderas.
11. Justicia rehabilitadora	Sintetiza lo anterior.

Así, observamos que la justicia restaurativa centra su atención en la víctima, recuperando ésta un protagonismo perdido; de modo que al cobrar especial interés la víctima también se convierte en pilar de este sistema la reparación del daño a la misma⁴³³.

En los procesos de carácter penal es el Estado el que se encarga de la gestión del conflicto⁴³⁴. Evidentemente, la entrada del Estado en estos supuestos ha dotado al

⁴³³ Vid. MACKAY, R.E., "Ethics and good practice in Restorative Justice", en *Victim-offender mediation in Europe, making Restorative Justice Work*, Leuven University Press, 2000.

⁴³⁴ En este sentido, creemos conveniente traer a colación las siguientes palabras de BOVINO, "hacer justicia es ofrecerse a quien pide ayuda para encontrarle sentido a la vejación que vivió. No reducir sus palabras a lo que se sabía antes de escucharlas. No especular con ellas en busca de provecho propio, así este éste enrolado en causas nobles. Hace justicia la persona que acepta aprender de otra. Quien no la escucha parado en la puerta sino que la invita a pasar a la sala, arrellanarse en el sillón más cómodo, mientras ella misma se acomoda para resistir el dolor que le inflija el dolor ajeno... Ésta es la ética a tener con las víctimas." BOVINO, A., "La composición como reparación en los delitos de agresión sexual", en

sistema de grandes garantías y ha dejado de lado la venganza privada. Sin embargo, no podemos olvidar que la víctima es la persona que ha padecido y ha sufrido las consecuencias del hecho ilícito, por eso resulta conveniente, por no decir necesario tenerla en cuenta y darle otras posibilidades al margen de la posibilidad de tener entrada en el proceso a través de la acusación particular.

En este sentido, creemos acertado traer las palabras de CARNELUTTI referidas al testigo, así mantenía “No conozco un aspecto de la técnica penal más preocupante que el que se refiere al examen y hasta, en general, al trato del testigo. También aquí la exigencia técnica termina por resolverse en una exigencia moral: si la debiese resumir en una fórmula, colocaría en el mismo plano el respeto al testigo y el respeto al imputado. En el centro del proceso, en último análisis, no están tanto el imputado o el testigo cuanto el individuo”⁴³⁵.

De hecho, en los últimos tiempos los distintos legisladores están siendo conscientes de que es necesario tener presente a la víctima, así por ejemplo, a nivel comunitario debemos tener en cuenta la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto europeo de la víctima en el proceso penal, de 21 de marzo de 2001, que centrándose en la víctima recoge un verdadero estatuto jurídico, en el que se contempla un elenco de derechos de la víctima. Situación que difiere de la que tenemos en la legislación interna⁴³⁶ en la que debemos ir analizando las distintas normas para sustraer los derechos de las mismas.

Derecho, Proceso Penal y Victimología, (dir. REYNA, L.M.), Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, p. 265.

⁴³⁵ CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, Monografías jurídicas, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 49.

⁴³⁶ Así, en la legislación interna no disponemos de una norma que contenga los derechos de la víctima, sino que tenemos que ir buscándolos entre las siguientes:

- Ley Enjuiciamiento Criminal.
- Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos.
- Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Por tanto, se observa un cambio de tendencia y una mayor preocupación por las víctimas.

La justicia restaurativa al centrarse en la víctima y en la reparación del daño está cumpliendo con uno de los objetivos más importantes del Derecho Penal, como es con lo establecido en el art. 25 CE, que contempla que tanto las penas como las medidas de seguridad impuestas deben orientarse hacia la reeducación y resocialización. Así, cuando el infractor se responsabiliza de los hechos y lleva a cabo actuaciones para paliar el daño ocasionado es más fácil que sea consciente de la ilicitud de su actuación y de que esto le sirva para evitar volver a realizar actuaciones similares, con lo que se fomenta su reeducación y resocialización⁴³⁷. Fines que la mediación penal ayuda a conseguir, muchas veces de mejor modo que con las penas más tradicionales.

Si el autor de los hechos se disculpa ante la víctima y adopta medidas para reparar el daño, no sólo estamos consiguiendo una reparación efectiva del caso concreto sino que podemos conseguir que el autor de los mismos sea consciente del daño causado, y quizá esto le sirva para no provocar situaciones similares en el futuro. Encontrando una situación que dista bastante de la actual, en la que el imputado pretende evitar las consecuencias jurídicas del proceso y en el que lejos de responsabilizarse de los hechos, o no los reconoce (puesto que le ampara el derecho a no declarar contra sí mismo), o incluso a mentir⁴³⁸.

-
- Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de ayuda a las víctimas del terrorismo.
 - Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.
 - Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.
 - Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

⁴³⁷ Como más adelante iremos viendo, estos objetivos no se conseguirán siempre. A lo que debemos añadir, que como también veremos tampoco creemos que en todos los supuestos deba tener cabida la mediación penal.

⁴³⁸ Sobre la discrepancia entre la existencia del “derecho a no declarar” frente al “derecho a mentir” encontramos opiniones discrepantes por parte de la doctrina. A favor de la primera opción encontramos a GIMENO SENDRA quien opina que “si bien existe impunidad frente a la falsa declaración, esa impunidad no puede llevar a sostener un derecho a mentir”, GIMENO SENDRA, V., MORENO

Como iremos viendo la viabilidad de la mediación la encontramos enmarcada en el proceso, puesto que no debemos olvidar que el Estado tiene el *ius puniendi*, así como no debemos correr el riesgo de volver a etapas pasadas de nuestra Historia en la que se privatizaba el Derecho Penal.

Por todo esto, la justicia restaurativa, y como manifestación de la misma, la mediación penal puede resultar muy beneficiosa en determinados supuestos. A modo de resumen, podemos resumir los siguientes beneficios como pilares de la justicia restaurativa⁴³⁹:

- Evita la victimización secundaria.
- Favorece la reeducación y la reinserción social del infractor.

De hecho, en el primer caso de mediación penal moderno observamos claramente que se cumplen ambos beneficios. Nos remontamos a 1974, en Canadá, dos jóvenes

CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho penal procesal*, 3ª edición, Madrid, Colex, 1999, p. 390 y avalando la segunda tesis podemos situar a RUIZ-JARABO COLOMER quien considera que “en este sentido se ha de concluir que la quiebra del principio de probidad constituida por el derecho a mentir del imputado está fundada precisamente en la inviolabilidad del derecho de defensa, que se ha de reconocer a todo acusado en un juicio penal cuando su libertad y su vida están en trance de ser menoscabados y tal cercenamiento puede depender de su declaración en el proceso, con una clara base en el Derecho Natural, pues a nadie se le puede imponer la obligación de decir la verdad, constriéndole a que renuncie realmente a la defensa de su libertad y de su vida”, RUIZ-JARABO COLOMER, D., “El derecho del inculpaado a no declarar y a no decir la verdad”, *Poder Judicial*, nº 6, marzo 1983, pp 28. Al margen de este debate doctrinal, debemos tener en cuenta la jurisprudencia existente al respecto y en este sentido, el TC en varias ocasiones ha reconocido este derecho en asuntos relativos a la enervación de la presunción de inocencia contando únicamente con el testimonio de los coimputados, así ha indicado que “el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 de la CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa”, STC 129/1996, STC 197/1995 y STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto “Funke”, a. 256-A.

⁴³⁹ ZEHR, H., *The little book of Restorative Justice*, The little books of Justice & Peacebuilding, Ed. Goodbooks, Intercourse, 2002. Indica que los tres pilares de la mediación son: el daño causado, asumir que dichos daños causan obligaciones y por último, el compromiso en su reparación. P. 19 y sigu.

bajo los efectos de las drogas producen destrozos en 22 vehículos. La legislación vigente no contemplaba ninguna medida de este tipo, sin embargo, el juez al dictar sentencia contempló, a propuesta del oficial de libertad condicional, que se responsabilizaran de los hechos. Transcurridos tres meses, dichos jóvenes se responsabilizaron de los hechos ante las 22 víctimas y llegaron con ellas a acuerdos para reparar los daños causados. De este modo, tanto las víctimas como la sociedad en general percibieron la responsabilización y reparación de los daños de un modo más efectivo que el que se hubiera conseguido con el castigo tradicional⁴⁴⁰.

Por último, nos gustaría resaltar que con la justicia restaurativa no se pretende volver a privatizar el Derecho Penal, mucho más allá de la realidad. El objetivo que consideramos que debe buscarse es que la víctima adquiera un protagonismo distinto y que sea un eslabón más a tener en cuenta en el proceso penal y que el resultado de la mediación tenga efectos en el posterior proceso. De ahí que no compartamos la postura defendida por ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA que caracterizan la justicia restaurativa bajo tres términos: deslegalización, desjudicialización y desjuridificación⁴⁴¹, puesto que consideramos que nuestra forma de entender la mediación es perfectamente compatible con la legalidad, lo judicial y por último, lo jurídico.

⁴⁴⁰ Podemos de manifiesto este ejemplo porque consideramos que recoge perfectamente la esencia de la mediación, y los beneficios de ésta. Sin embargo, el sistema no es directamente extrapolable a nuestro Derecho, debemos tener en cuenta que el ordenamiento jurídico canadiense posibilita estas prácticas porque se asienta en el Common Law y por tanto, en el principio de oportunidad a diferencia del nuestro, que está basado en el principio de legalidad.

⁴⁴¹ ORTUÑO MUÑOZ, HERNÁNDEZ GARCÍA, “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110/2007 del Laboratorio de Alternativas, Fundación Alternativas, Madrid, 2007. Así, ponen de manifiesto que “la mediación se desarrolla sobre tres ejes: a) la deslegalización, puesto que la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión; b) la desjudicialización, toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por los órganos judiciales; y c) la desjuridificación, ya que el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparativo.” P. 8.

La mediación como vía complementaria de resolución de conflictos

En nuestra opinión y como se irá viendo a lo largo del presente trabajo la ley debe contemplar la mediación para dar así seguridad jurídica en la práctica de la misma; no puede dejarse al margen a los órganos jurisdiccionales y por último, el acuerdo de mediación debe ser tenido en cuenta por nuestro legislador.

2. La mediación y los principios procesales

El art. 24 de nuestra Constitución es el precepto de cabecera para los procesalistas, debe estar siempre presente porque el mismo recoge un elenco de derechos y garantías fundamentales en el proceso.

En materia penal es imprescindible tener en cuenta el art. 25 CE, que recoge el principio de legalidad, así como los fines que deben perseguirse en el establecimiento de las penas.

Al referirnos a la mediación penal es necesario tener en cuenta dichos principios y garantías procesales que podrían verse afectados por acudir a un procedimiento de este tipo. De ahí que, en las próximas líneas, analicemos dichos principios y su compatibilidad o no con nuestro sistema jurídico.

2.1. La mediación y la presunción de inocencia

Uno de los primeros aspectos a tratar es si la mediación puede vulnerar una garantía básica de nuestro Estado como es la presunción de inocencia. Se podría entender que el hecho de que la persona acuda a un procedimiento de mediación supone una aceptación tácita de su culpabilidad, y que ello por tanto, vulneraría dicha garantía fundamental del imputado.

A continuación, expondremos el razonamiento que nos lleva a concluir que la mediación no tiene por qué vulnerar dicha garantía constitucional, aún cuando la misma finalice sin acuerdo de las partes.

En primer lugar, no debemos olvidar que el procedimiento de mediación es confidencial, por lo que lo acaecido en las sesiones de mediación no puede tener ninguna trascendencia en el futuro proceso. Y por tanto, no se puede tomar en cuenta que la persona haya decidido someterse a mediación como un reconocimiento de culpabilidad y mucho menos que tenga consecuencias jurídicas en el proceso.

Por otro lado, el mediador está obligado por el secreto profesional, de modo que no podrá ser llamado como testigo o perito en un ulterior proceso para que cuente lo ocurrido en la mediación.

Debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico exige dos garantías básicas que juegan aquí una fundamental importancia para entender que la mediación no supone ninguna vulneración de la presunción de inocencia. Así, la sentencia que contenga la culpabilidad de una persona debe estar motivada y en dicha motivación el juez debe contemplar aquellas pruebas que le han servido para desvirtuar la presunción de inocencia. Por tanto, el juez para condenar al infractor debe tener en cuenta única y exclusivamente las pruebas presentadas en el juicio oral y motivar que a través de ellas se ha conseguido enervar la presunción de inocencia. Si esto es así, en ningún caso el hecho de acudir a la mediación puede suponer una vulneración de la presunción de inocencia porque como hemos indicado, lo ocurrido en un procedimiento de mediación no puede trascender debido al principio de confidencialidad.

En este sentido, PICÓ I JUNOY pone de manifiesto que “el derecho a la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuado cuando el juicio de culpabilidad se apoya en pruebas legalmente practicadas en el acto del juicio oral bajo los principios de contradicción, igualdad, publicidad, oralidad e inmediatez.”⁴⁴²

Debemos poner de manifiesto que en nuestro ordenamiento jurídico ya encontramos algún mecanismo que también podría suponer una aceptación tácita de la culpabilidad y sin embargo, no se presentan problemas, ni dudas sobre si vulnera o no la inocencia de

⁴⁴² PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, 1997, Barcelona, p. 156.

una persona. Se trata del art. 21.5 del Código Penal. El art. 21 CP contempla aquellas circunstancias que atenúan la responsabilidad penal; entre ellas debemos destacar el párrafo 5 “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”

De este modo, podemos observar que el presunto autor de los hechos también lleva a cabo un reconocimiento tácito de su culpabilidad porque con carácter previo al juicio oral va a llevar a cabo una actividad con objeto de reparar el daño y que le sea tenido en cuenta por el juez como circunstancia atenuante.

En igual sentido funciona la conformidad a la que llega la defensa con el Ministerio Fiscal y la acusación, sin que por ello, nos encontremos ante una vulneración de la presunción de inocencia. En este sentido, debemos traer a colación la STS 75/2007, de 16 de abril que declara nula la sentencia en la que no se rebajó la pena solicitada por el Ministerio Fiscal el cual alegaba que “si hubieran reconocido los hechos, o al menos no hubieran negado los más evidentes, y no hubieran obligado a hacer un juicio larguísimo se justificaría el que se tratara con más magnanimidad.”⁴⁴³ Observamos, por tanto, un reconocimiento expreso de que la conformidad, y lo debemos hacer extensible a la mediación, en ningún caso pueda suponer una vulneración de garantías procesales, como en este caso, el derecho a no declarar contra sí mismo.

⁴⁴³ Sigue argumentando el Tribunal “y es de señalar, muy destacadamente, que la justificación de la pena impuesta en el hecho de que el acusado, en ejercicio de sus derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE), no se conformara con la pena solicitada por la acusación y negara los hechos más evidentes según la apreciación judicial, resulta a todas luces manifiestamente irrazonable y constitucionalmente inadmisibles, por lesiva de los citados derechos fundamentales... En efecto, existe una consolidada doctrina de este Tribunal que considera que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable guardan una estrecha conexión con la presunción de inocencia y con el derecho de defensa. En virtud del derecho a la presunción de inocencia la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación.”

A continuación, vamos a analizar lo que la jurisprudencia entiende qué es el principio de presunción de inocencia, y por tanto, si en estos casos puede haber una vulneración del mismo.

Así, el TS ha indicado al respecto que “Ésta (se refiere a la presunción de inocencia) supone el derecho constitucional imperativo de carácter público, que ampara al acusado cuando no existe actividad probatoria en su contra”⁴⁴⁴. A lo que debemos añadir que “el derecho a la presunción de inocencia alcanza sólo a la total carencia de prueba”⁴⁴⁵.

Si tenemos en cuenta, como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional observamos que “el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECrim. supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia ... para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado”.⁴⁴⁶

Partiendo de que la prueba de cargo es "una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado"⁴⁴⁷ y, que para desvirtuar la presunción de inocencia "se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que, en él, tuvo el acusado"⁴⁴⁸ de modo que "la inocencia de que habla el art. 24 de la Constitución, debe entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él"⁴⁴⁹. En el análisis de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia "es necesario verificar si ha existido o no esa

⁴⁴⁴ STS de 20 de marzo de 1991.

⁴⁴⁵ STS de 26 de septiembre de 2003.

⁴⁴⁶ STC 31/1981, FJ. 3º.

⁴⁴⁷ STC 174/1985, FJ. 5º.

⁴⁴⁸ STC 82/1992, FJ. 2º; STC 173/1997, FJ 2º; STC 68/1998, FJ 5º

⁴⁴⁹ STC 141/1986, FJ 2º.

actividad probatoria que pueda estimarse de cargo y contenga elementos incriminatorios respecto de la participación del acusado en los hechos, dado que por más que el órgano jurisdiccional de instancia sea soberano en la libre apreciación de la prueba, sin que pueda este Tribunal entrar a conocer acerca de la valoración efectuada por el Juez o Tribunal ordinario, la función del Tribunal Constitucional cuando se alega la presunción de inocencia consiste, precisamente, en verificar si ha existido esa actividad probatoria suficiente de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado"⁴⁵⁰.

Por tanto, la presunción de inocencia está íntimamente relacionada con la actividad probatoria⁴⁵¹. Nada tiene que ver con que previamente las partes hayan acudido a un procedimiento de mediación, puesto que para enervar dicha presunción es necesaria una aportación de hechos probatorios que sean suficientes por sí mismos para lograr el convencimiento del juez de que la persona es autora de los hechos imputados y además es necesario que dicha actividad probatoria se lleve a cabo en el seno del proceso (no al margen del mismo, como ocurre con la mediación) dado que en la mediación rige el principio de confidencialidad, no puede desprenderse que la mediación suponga un reconocimiento tácito de responsabilidad penal.

De este modo la mediación debe funcionar de igual manera que lo hace un intento de conformidad⁴⁵² entre el abogado y el Fiscal, que luego no prospera. Dicho intento no puede ser utilizado por el juez como elemento probatorio para desvirtuar la presunción de inocencia.

⁴⁵⁰ STC 51/1995, FJ 3º.

⁴⁵¹ En lo relativo a esta materia es imprescindible la lectura de MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, 1997 en donde realiza un detallado estudio de aquella actividad probatoria que es exigida para destruir la presunción de inocencia. Vid. También VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

⁴⁵² Respecto a la presunción de inocencia y la conformidad vid. DE DIEGO DÍEZ, L.A., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 195-201 y BUTRÓN BALIÑA, P., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 197-204; ambos argumentan que la conformidad no viola la presunción de inocencia y que además éste es un derecho renunciable por su titular.

Si en un determinado momento se legisla sobre mediación penal consideramos adecuado que se contenga expresamente la prohibición de que el juez lo tenga en cuenta en su valoración, a pesar de que como hemos indicado no consideramos que en ningún caso pudiera afectar a dicha verdad interna a la que llamamos presunción de inocencia; pero sería conveniente para evitar posibles malas interpretaciones judiciales de dicho principio y diera lugar a posibles vulneraciones de tal derecho fundamental.

Así, a modo de conclusión, debemos indicar que para garantizar el principio de presunción de inocencia es necesario que en ningún caso pueda ser introducido en la fase probatoria de un ulterior proceso el hecho de que las partes hayan o no acudido a un procedimiento de mediación penal y que se garantice que el mediador no pueda testificar en un ulterior proceso.

2.2. La mediación y los principios de legalidad-oportunidad

Para dar o no cabida a la mediación penal en nuestro sistema jurídico tenemos que tener en cuenta dos principios. Debemos valorar el respeto absoluto al principio de legalidad o bien, decantarnos por una flexibilización y dar entrada al principio de oportunidad.

A continuación, vamos a explicar qué supone cada uno de ellos y su virtualidad en la mediación.

a) Principio de legalidad

El principio de legalidad es una de las mayorías garantías de las que dispone el ciudadano en la configuración del Derecho Penal en nuestro modelo romano germánico. Aparece consagrado en el art. 25.1 de nuestra Constitución, “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no

constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en cada momento.”

En este sentido, el TC ha manifestado que “el principio de legalidad contiene en primer lugar una garantía material que se corresponde con la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes, es decir, proporciona la necesaria seguridad jurídica sobre cuáles son las conductas incriminadas y las penas que se les asignan.”⁴⁵³

Supone, por tanto, un límite a los Poderes del Estado y una garantía para el ciudadano. Dicho principio lo tenemos que poner en relación con el art. 1 de la LECrim. que recoge el principio de necesidad, que supone la necesaria aplicación de las normas procesales en la imposición de una pena. De todo ello se desprende la indisponibilidad de las normas e imperatividad en su observancia. Si las normas no son disponibles para los particulares, es evidente que las partes en conflicto no podrán solucionar por sí mismas la controversia y habrá que seguir las pautas y reglas recogidas en la legislación, por tanto, quedaría fuera la aplicación de la mediación.

En este sentido, se pronuncia el Ministerio Fiscal al interponer un recurso de reforma contra el auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de Vic, dictado el día 05-02-2007, así en el posterior recurso de apelación se indica que “El Ministerio Fiscal argumentando en síntesis que los hechos son constitutivos de un delito de violencia doméstica, que las declaraciones de la denunciante han sido coherentes en instrucción y que hay un informe elaborado por el médicos forense, que el delito y las faltas son de naturaleza publica y no puede dejarse en manos de los particulares la intervención. Critica severamente la mediación penal, alega que debe llegarse a juicio, y alega que es obligación del instructor continuar con la causa, pues de otro modo se priva al ministerio fiscal del derecho a la tutela efectiva, en defensa del estado frente a hechos punibles. Alega que existe una total inseguridad jurídica, que existe con esta actuación una omisión frontal del derecho de igualdad de tutela de los derechos de los ciudadanos,

⁴⁵³ STC 19 de julio de 1989.

indica finalmente que se vulnera el principio de legalidad ningún delito sin pena, finalmente alude a que por un laguna legal (que no especifica) se sustenta la mediación. Hace referencia también como se ha apreciado la atenuante del artículo 21.5 del CP, pero entiende que ello solo es planteable en el momento de la ejecución. En definitiva concluye en el sentido de que se revoque la resolución.”⁴⁵⁴

A pesar de esto, debemos tener en cuenta que, aunque nuestras normas penales sean con carácter general indisponibles, determinadas actitudes del infractor son tenidas en cuenta a la hora de graduar la pena. Así, sucede con la atenuante del art. 21.5 del CP que contempla la reparación del daño como circunstancia atenuante de la responsabilidad. Nos encontramos, por tanto, que ante un hecho ilícito la reparación del daño por el infractor le conlleva beneficios en el momento de determinar la pena. En estos casos se tiene en cuenta la conducta del infractor con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Sin embargo, en la mediación el objetivo perseguido no es tener en cuenta únicamente al infractor de la norma sino también a la víctima de los hechos delictivos. Por tanto, a través de un procedimiento de mediación podemos llegar al mismo resultado, como en la práctica está ocurriendo, la diferencia radica en que se tiene en cuenta a la víctima y no sólo se valora la actitud del infractor.

Evidentemente, con el sistema actual regido por el principio de legalidad lo que no podemos es archivar las actuaciones porque haya tenido lugar un procedimiento de mediación porque supondría una vulneración de dicho principio, que como hemos indicado rige nuestro sistema procesal penal.

A modo de conclusión, debemos indicar que puesto que nuestro sistema procesal penal está presidido por el principio de legalidad, la clave está en dar cabida a la mediación como una manifestación de éste, y no tanto como una aplicación del principio de oportunidad.

⁴⁵⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª, Auto de 22 Mar. 2010, rec. 1247/2008.

b) *Principio de oportunidad*

En oposición al principio de legalidad, encontramos el de oportunidad. El mismo supone una flexibilización del principio de legalidad, de modo que haya un cierto ámbito de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal.

De este modo, las partes tienen cierto margen de actuación y tienen cierta capacidad de manejar por sí mismas el conflicto e intentar llegar a un acuerdo. CONDE-PUMPIDO FERREIRO recoge los dos modelos de oportunidad, así establece que “cuando los supuestos vienen preestablecidos en la Ley, no sólo en la selección de los casos en que puede hacerse uso de la oportunidad, sino en la fijación de las condiciones que deben darse para que tal uso sea legítimo e, incluso, en la determinación de los controles que de tal uso puedan realizarse para asegurar se produce dentro de aquellos casos y cumpliendo tales condiciones, se habla de una «oportunidad reglada» o «normada». Cuando los casos y condiciones para decidir la abstención de la acusación se dejan al arbitrio del Ministerio Público, nos encontramos ante una «oportunidad libre»”⁴⁵⁵.

Los sistemas jurídicos en los que rige el principio de oportunidad facultan la aplicación de la mediación en su vertiente penal. A nuestro juicio, la mediación debe concebirse dentro del principio de oportunidad reglada, es decir, que la propia legislación contemple en qué supuestos cabe acudir a la mediación, bajo qué presupuestos y cuáles son sus consecuencias. De modo que la mediación, caracterizada por el principio de oportunidad, se asiente en el principio de legalidad. Así, tal y como afirma RUIZ VADILLO no se estaría haciendo uso del arbitrio sino de lo que la ley determina⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989, p. 290 y 291.

⁴⁵⁶ Así, destaca el autor la reafirmación del “principio de legalidad como contrapuesto a arbitrariedad, expresión distinta de la oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas reglas o pautas de comportamientos, porque entonces la oportunidad reglada

El principio de oportunidad es el que rige países de nuestro entorno como por ejemplo, Dinamarca, Bélgica, Noruega, y Francia. En Nueva Zelanda, la mediación en el ámbito juvenil se ha convertido en la forma ordinaria de resolución de conflictos. Sin embargo, en España el proceso penal siempre ha estado regido por el principio de legalidad.

Algunos autores, como GAROFALO, plantearon la importancia de la indemnización e incluso abogaban porque la reparación del daño neutralizara ciertas penas. En España, SILVELA se mostró partidario de la reparación del daño, así como SALILLAS teniendo sus planteamientos repercusión incluso en el Proyecto de reforma al Código de 1870 e incluso en el Proyecto de Ugarte, que contemplaba que todas las penas eran redimibles por indemnización y resarcimiento.

Sin embargo, ninguna de estas propuestas llegó a tener éxito a medio plazo. Destacando una regulación que se centra en el hecho delictivo y en su autor, dejando en un segundo plano a la víctima.

Como hemos indicado en nuestro sistema rige, con carácter general, el principio de legalidad. Esta es la tónica general de nuestro sistema penal, porque como ya sabemos, existen excepciones a dicho principio de legalidad. En los delitos de injurias y calumnias (art. 215.3 CP), descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP), daños imprudentes (art. 267.3 CP) o las faltas de amenazas, coacciones o vejaciones de carácter leve (art. 620 CP), imprudencias con resultado de muerte o lesiones calificadas como falta (art. 621 CP), la alteración de lindes (art. 624 CC) el perdón del ofendido tiene consecuencias jurídicas, puesto que supone la extinción de la responsabilidad penal.

También debemos mencionar que en determinados delitos la reparación del daño tiene trascendencia, así ocurre con los delitos contra bienes colectivos, como el delito

se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa". RUIZ VADILLO, E., "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en "Jornadas sobre la Justicia penal en España", Madrid, 24-27 de marzo de 1987. 3ª ponencia, Publ. por *Poder Judicial*, número especial II, p. 68.

fiscal, contra la Seguridad Social en los que si el implicado regulariza su situación (repara el daño) se le exime de responsabilidad penal (arts. 305.4, 307.3 y 308.4 CP).

Lo mismo sucede con los delitos semipúblicos, que sólo se inician a instancia de parte. Bien, si la parte decide no iniciar el proceso a través de una denuncia o querrela tampoco encontramos impedimento alguno en que pudiera llevarse a cabo un procedimiento de mediación puesto que es disponible para la parte afectada el hecho de dar inicio o no a las actuaciones. Cuestión distinta es si ya ha habido una denuncia o querrela puesto que estos delitos una vez que son conocidos por las autoridades funcionan del mismo modo que los delitos públicos. Evidentemente esta es una interpretación, sin embargo también se podría entender que los delitos semipúblicos tampoco son plenamente dispositivos puesto que el art. 259 LECrim. contempla la obligación de denunciar los hechos delictivos de los que cualquier ciudadano tenga conocimiento⁴⁵⁷ (salvo por parte del ofendido que no tiene la obligación de denunciar).

Observamos cierta entrada al principio de oportunidad tras la regulación de los juicios rápidos⁴⁵⁸, puesto que el art. 801 LECrim. contempla la posibilidad de que el acusado preste su conformidad ante el juzgado de guardia y se dicte sentencia de conformidad⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Art. 259 LECrim.: “El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o Funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas.”

⁴⁵⁸ En 1988 con la regulación del procedimiento abreviado ya se dio cabida a la oportunidad en nuestro sistema jurídico.

⁴⁵⁹ Los requisitos que deben cumplirse para que entre en juego la conformidad son, tal y como establece el art. 801 LECrim., los siguientes:

1. Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.
2. Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.
3. Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

Debemos indicar que en este tipo de hechos delictivos nuestro ordenamiento jurídico procesal penal da cabida al principio de oportunidad y por tanto, el perdón del ofendido o la reparación del daño tienen trascendencia jurídica. Evidentemente, nos encontramos ante la entrada del principio de oportunidad pero ligada con el principio de legalidad, porque estas situaciones se llevan a cabo en la medida en que la ley lo permita, y así debe concebirse la mediación.

2.3. ¿Son compatibles la mediación y el proceso?

El procedimiento de mediación debe respetar los principios y garantías que el ordenamiento procesal establece para los imputados. El hecho de acudir a la mediación no puede suponer un menoscabo de sus garantías.

Evidentemente, si la mediación se plantea en la fase de ejecución de la pena no existe ningún problema, porque con carácter previo se ha seguido el cauce procesal y por tanto, las pertinentes garantías legales. Sin embargo, esta cuestión tiene repercusión cuando la mediación se lleva a cabo en fases anteriores. Están en juego garantías fundamentales tales, como la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio... así, como la compatibilidad o no de la mediación con nuestro sistema basado en el principio de legalidad.

Juega, aquí, un papel fundamental el mediador, que se debe convertir en el garante de la legalidad y del respeto a ambas partes.

No debemos olvidar que el procedimiento de mediación está caracterizado por el principio de confidencialidad, de modo que todo lo transcurrido durante las sesiones debe quedar bajo secreto, sólo trascenderán los pactos alcanzados por las partes en aquellos supuestos que se hayan remitido a mediación porque se consideren mediables. Con posterioridad veremos cuáles lo serían.

A esta previsión debemos unir la prohibición del mediador de que intervenga como testigo o perito en un proceso, así como de ninguna otra persona que haya actuado en el procedimiento.

Además, debemos tener en cuenta que ni la víctima, ni el imputado pueden sufrir consecuencias jurídicas restrictivas de sus derechos por el inicio o bien el abandono de un proceso de mediación.

Cuando se habla de la mediación penal no se pretende “dejar impune” determinados hechos que son considerados como ilícitos penales, simplemente se pretende que se tenga en cuenta en las consecuencias jurídicas para el infractor lo determinado entre él y la víctima.

Siempre que se respeten los derechos y garantías del imputado consideramos que puede ser interesante dar entrada a la mediación en nuestro sistema jurídico. Además, como hemos visto en nuestro ordenamiento jurídico encontramos fórmulas que pueden dar cabida al acuerdo logrado por las partes, como así ocurre con la atenuante de la reparación del daño. Sin embargo, creemos necesario una regulación específica de la mediación, en la que se determine en qué supuestos cabe, bajo qué presupuestos y sobre todo de qué modo, puesto que creemos que debe enmarcarse en el principio de legalidad. No debemos olvidar que nos encontramos ante un vacío legal, la materia no está ni permitida, ni prohibida, por tanto, es necesario una regulación al respecto para otorgar seguridad jurídica en su aplicación.

No se trata de privar al Estado de su *ius puniendi*, algo que evidentemente iría en contra de nuestros principios constitucionales, sino de dar cabida en el proceso a lo que las partes hayan acordado en un procedimiento de este tipo, a modo de una atenuante en unos casos o bien con la sustitución de la pena prevista en el art. 88 CP en aquellos hechos delictivos más leves en los que se considere que la reparación del daño es suficiente, como puede suceder en las faltas.

De hecho, la mayoría de los países de nuestro entorno configuran la mediación penal vinculada con el proceso y no como algo independiente del mismo, así lo encontramos en Francia, Alemania, Bélgica, Austria y Portugal.

De este modo, se requiere que la mediación penal esté institucionalizada y no se deje en manos de profesionales privados. Sino que se trate de un servicio dependiente del Ministerio de Justicia y se realice por profesionales en torno al proceso. Así como, se hace necesario que la mediación penal esté prevista por el legislador de modo que se apliquen los postulados determinados en la legislación.

2.4. ¿Es conveniente acudir a la mediación penal?

A continuación, vamos a analizar qué argumentos podemos encontrar a favor y en contra de la aplicación de la mediación en un procedimiento penal y una vez analizados éstos determinar si es conveniente o no acudir a la mediación penal.

a) Argumentos a favor de la mediación

En primer lugar, analizaremos aquellos motivos que hacen conveniente que la mediación penal sea una opción a tener en cuenta en nuestro sistema judicial. Éstas son las siguientes:

- La mala imagen de la justicia.

No decimos nada nuevo si ponemos de manifiesto que la justicia tiene una mala imagen para los ciudadanos, lo que ha quedado patente con los datos estadísticos indicados en anteriores epígrafes.

Tradicionalmente se viene diciendo de ella que es lenta, cara, con muchos trámites y lo peor, que en muchas ocasiones el ciudadano no considera que se haya administrado

justicia. De ahí, que la mediación se pueda presentar como un método de reconciliación de los ciudadanos con la justicia, que éstos aprecien que tienen otros mecanismos que unidos al modo tradicional de administrar justicia, se adapten mejor a las realidades sociales del momento.

- Evita el fenómeno de la “victimización secundaria”.

El fenómeno de la victimización secundaria se produce cuando la persona que ha sufrido las consecuencias de un hecho ilícito no sólo se siente víctima del mismo sino también de la burocracia judicial.

Sin embargo, el procedimiento de mediación otorga protagonismo a la víctima, participa activamente en el desarrollo de las actuaciones y es tenido en cuenta y lo hace desde una perspectiva distinta a su posible participación en el proceso a través de la acusación particular. De este modo, conseguimos evitar ese sentimiento de abandono que suele caracterizar a las víctimas de delitos. Evidentemente, en algunos supuestos puede suponer un malestar para la víctima el hecho de enfrentarse con el infractor, por tanto, la clave está en acudir a la mediación cuando ésta lo decida libre y voluntariamente. En este sentido, nos manifestamos en contra de la legislación portuguesa en la que es el Ministerio Público el que decide en qué casos habrá mediación, parece que olvidándose de la víctima⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ Art. 3.1 de la Ley de Mediación Penal portuguesa. En este sentido, CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., indica que “la iniciativa para poder recurrir a la mediación en la legislación portuguesa no nace solo del libre acuerdo o de la voluntad de las partes de someterse a dicha posibilidad sino que el propio Ministerio Público puede instar, de oficio, que se inicie este mecanismo cuando considere que se dan los requisitos adecuados para ello.” CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “La mediación penal en España”, en *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010, p. 239.

- Favorece la resocialización.

En anteriores epígrafes hemos indicado que nuestro sistema punitivo en muchos casos, no favorece la resocialización del autor de los hechos. La pena privativa de libertad es una de las medidas más frecuentes que se adopta como castigo a la comisión de un delito, sin embargo, no siempre conseguiremos la resocialización del infractor. En algunos supuestos, la mediación puede favorecer la resocialización puesto que puede fomentar que el autor de los hechos se responsabilice de los mismos y adopte medidas para paliar las consecuencias de sus infracciones.

- Reparación del daño.

Junto a la resocialización del infractor solemos encontrar otra consecuencia muy beneficiosa como es la reparación del daño.

De hecho, la Exposición de motivos de la ley belga recoge los principios que se persiguen con la mediación, siendo éstos dos: generar una reacción de la sociedad ante la comisión de un hecho delictivo y prestar mayor atención a las víctimas⁴⁶¹.

En muchas ocasiones, se logra una reparación del daño de forma más efectiva que el resultado obtenido tras la consecución de un proceso penal, y aunque el Estado tenga el *ius puniendi*, no podemos olvidar a la persona que ha sufrido las consecuencias del hecho ilícito y en muchas ocasiones, le preocupa más una reparación efectiva del daño que la respuesta que el ordenamiento jurídico da en estos casos; así como al resto de la sociedad, a la que también tiene muy en cuenta algunas de las medidas adoptadas en mediación. Así, por ejemplo, a través de la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad, o a través de medidas que favorecen la reeducación y la resocialización con lo que no obtiene beneficios sólo el infractor, sino la sociedad en su conjunto.

⁴⁶¹ Ley reguladora del proceso de mediación en los conflictos penales.

Así, ROXIN pone de manifiesto que “La víctima de un delito en muchos hechos no demasiado graves está menos interesada en el castigo estatal del autor que en una reparación”,⁴⁶²

b) Problemas surgidos en torno a la mediación

Como es evidente no todo son ventajas en la mediación, sino que también encontramos una serie de razones que pueden poner en tela de juicio su aplicación. Entre éstas encontramos las siguientes:

- Coacción indirecta a la negociación

Se puede entender que la mediación supone una especie de coacción al presunto infractor porque si no acude a un procedimiento de este tipo puede tener unas consecuencias jurídicas más graves que en caso contrario.

Sin embargo, esto no es realmente así. En primer lugar, debemos indicar que la culpabilidad del imputado no puede declararse sólo porque las partes hayan acudido a un procedimiento de mediación; dicha consecuencia jurídica, como hemos indicado, no es posible; puesto que este hecho no es suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Por otro lado, el procedimiento de mediación es voluntario tanto para las víctimas como para los infractores. Los condicionamientos que hagan o no intervenir en un procedimiento de mediación a las partes implicadas serán cuestiones internas. De modo que serán todas las partes afectadas las que decidirán libremente si quieren o no acudir a un procedimiento de este tipo. Evidentemente, los condicionamientos internos de cada uno no pueden ser controlados, por ejemplo, que una víctima no quiere acudir por miedo al infractor; o bien, que un infractor quiera acudir para beneficiarse del resultado

⁴⁶² ROXIN, C., “Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la política criminal”, p. 30, Ed. PPU S.A., primera edición, Barcelona, 1992.

del mismo. En ambos casos, son cuestiones internas de las partes implicadas, lo que debemos garantizar es que no haya presiones de terceros para que se sometan o no a la mediación.

- Falso arrepentimiento del autor.

Otra crítica que suele verse sobre la mediación penal es que puede provocar falsos arrepentimientos de los autores de hechos delictivos para beneficiarse de las consecuencias del acuerdo.

En este sentido, es conveniente que el acuerdo de mediación no se limite al perdón del ofendido, sino que contenga otro tipo de pronunciamientos como la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, el compromiso de sometimiento a terapias de rehabilitación...

También es necesario que el mediador preste especial atención en que la mediación se lleva a cabo conforme con los principios que la rigen.

Por último, en aras de garantizar que se utilice la mediación fraudulentamente consideramos necesario excluir a los reincidentes del procedimiento de mediación. Esta cuestión es bastante controvertida y algunos autores consideran que no es conveniente privar la posibilidad de mediación en estos supuestos⁴⁶³. Sin embargo, a nuestro juicio es un modo de evitar que la mediación se utilice en contra del principio de buena fe.

- Diferente tratamiento en los hechos delictivos.

En este sentido, nos podemos encontrar que ante la comisión de un mismo hecho delictivo la respuesta del ordenamiento jurídico va a ser distinta en función de si ha habido o no un procedimiento de mediación. Esta afirmación, sin matizaciones puede ir en contra de lo previsto en la parte especial del Código Penal, sin embargo, creemos que

⁴⁶³ Estos aspectos los abordaremos con mayor detenimiento en el apartado dedicado al ámbito de aplicación de la mediación.

es posible hacer compatible la distinta respuesta a los mismos hechos y que esto no vulnere nuestro Código Penal.

Sin embargo, debemos indicar que esto no es así, puesto que lo que se hace es valorar una determinada circunstancia (el procedimiento de mediación) que introduce una variación y justifica que el tratamiento legal no sea el mismo. Así, igual sentido nos encontramos cuando concurre una atenuante o una agravante; dichas circunstancias hacen que los hechos ya no sean los mismos y que sea tenido en cuenta a la hora de determinar la pena. Esto es así, por mera legalidad, puesto que la propia ley contempla este tratamiento diferenciado y por ende, si una previsión legal contuviera la posibilidad de que la mediación sea otro motivo que faculte este distinto tratamiento no nos encontraríamos con el citado inconveniente.

Las razones indicadas ponen de manifiesto que nos decantamos porque la mediación puede resultar óptima. Sin embargo, debemos indicar que ante la pregunta que hemos planteado ¿es conveniente acudir a la mediación penal? La respuesta es clara: depende. Muchos factores hacen depender la posible viabilidad de un proceso penal, así por ejemplo: el tipo de hecho delictivo, la predisposición del autor y de la víctima del mismo.

Evidentemente, no todos los casos son mediables, ni todas las personas están predispuestas a ello. Por tanto, la mediación no puede verse como un método genérico de resolución de conflictos, sino más bien, como una posibilidad de llevarla a cabo cuando se cumpla de forma eficiente y eficaz con sus objetivos: pedir perdón al ofendido y la reparación del daño.

Es conveniente que tengamos presente estos objetivos porque de lo contrario corremos el riesgo de “vulgarizar” la mediación. Esto es, que los presuntos autores acudan a la mediación para obtener un resultado más beneficioso. Para evitar esto, sería conveniente que la derivación de la mediación surgiera de las propias instituciones jurídicas: Ministerio Fiscal o Juez, que analizando la particularidad del caso concreto

considerasen que la mediación pudiera tener resultados óptimos, siempre y cuando tanto la víctima como el presunto infractor así lo deseen de forma libre y voluntariamente, evidentemente esta previsión requiere una reforma legal en este sentido. A lo que debiéramos añadir el especial cuidado que debe tener el mediador en observar que se acude a la mediación con el fin de reparar el daño y no con el fin exclusivo de obtener beneficios en la aplicación de la pena. De lo contrario, volvemos a correr el riesgo de centrar nuestra atención en el infractor.

3. Aspectos generales

Al igual que hicimos con la mediación civil, en este punto vamos a analizar una serie de cuestiones genéricas que deben tenerse presentes en la mediación penal. Dichas cuestiones son relativas al ámbito de aplicación de la mediación en su vertiente penal, así como a las partes en el procedimiento.

3.1. Ámbito de aplicación

Evidentemente cuando nos referimos a la mediación penal nos encontramos ante conflictos surgidos en torno a la comisión de hechos constitutivos de falta o delito. Estamos, por tanto, ante conflictos de naturaleza penal. Si bien es cierto, que esto supone una primera aproximación que sirve para delimitar el ámbito de aplicación y distinguirlo de otras ramas como la civil, mercantil o laboral; no es menos cierto que es necesario precisar ante qué materias concretas podría acudir a la mediación en este ámbito. Por tanto, la cuestión a resolver es ante qué materias penales puede acudir a la mediación como mecanismo de resolución de conflictos.

En primer lugar, debemos tener en cuenta el art. 44.5 LOMPIVG que prohíbe expresamente la mediación. Aunque más adelante hagamos una mención específica a la mediación en estos supuestos, consideramos que es aquí necesario tener en cuenta esta previsión legal.

Al margen de dicho precepto, para resolver la cuestión planteada tenemos que tener presente que no disponemos de una normativa legal que lo regule. La LORPM que en su art. 19 regula la mediación penal en menores sólo dice al respecto que “sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delitos menos grave o falta.”

Para concretar estos conceptos jurídicos debemos acudir a los artículos 13 y 33 de nuestro Código Penal⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ El art. 13 del CP clasifica los actos y omisiones en función de su gravedad. Así determina:

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.
2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.
3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.

El art. 33 CP determina cuando se considera una pena como grave, menos grave o leve. Así, observamos:

Son penas graves:

- a. La prisión superior a cinco años.
- b. La inhabilitación absoluta.
- c. Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- d. La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- e. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- f. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
- g. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
- h. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- i. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

Son penas menos graves:

- a. La prisión de tres meses hasta cinco años.
- b. Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.
- c. La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.
- d. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.
- e. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.
- f. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.
- g. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- h. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- i. La multa de más de dos meses.
- j. La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.

Al margen de esta previsión legal vamos a indicar en qué supuestos podríamos acudir a la mediación penal. Las opciones son varias, en primer lugar se puede optar por determinar un listado de hechos delictivos que pueden dar lugar a mediación, o bien establecer un listado de requisitos con independencia del tipo delictivo; en tercer lugar, se puede optar por un sistema mixto, determinando un elenco de supuestos a lo que además se añade que deben cumplirse unos requisitos.

Así, por ejemplo, en Francia no se excluye la mediación ni en los delitos más graves⁴⁶⁵. Se establecen unos requisitos que deben cumplirse para poder celebrarse un acuerdo de mediación. Éstos son los siguientes: que se estime que la mediación sea una medida susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, que pueda poner fin al problema surgido por la infracción y que contribuya a la rehabilitación del autor⁴⁶⁶. Aunque en la práctica siempre se lleva a cabo generalmente en delitos menores.

-
- k. Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.
 - l. La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.
 - m. La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración.

Son penas leves:

- a. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- d. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- e. La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f. La multa de 10 días a dos meses.
- g. La localización permanente de un día a tres meses.
- h. Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

⁴⁶⁵ Lo mismo ocurre en Estados Unidos, Canadá e Inglaterra y Gales.

⁴⁶⁶ Art. 41 del Código de Procedimiento Penal.

En sentido opuesto podemos encontrar la regulación de la mediación en Noruega, que limita su ámbito de aplicación a aquellos hechos delictivos que no llevan aparejada pena privativa de libertad o, por ejemplo, en Portugal sólo se permite acudir a la mediación para aquellos supuestos que no sean delitos públicos⁴⁶⁷.

De las opciones propuestas, nos decantamos por la última de ellas. Es decir, establecer un listado de hechos delictivos que posibiliten acudir a un procedimiento de mediación a lo que se debe añadir el cumplimiento de un requisito adicional, como es la falta de reincidencia. Estos aspectos serán abordados con más profundidad en las siguientes líneas.

a) Tipos penales susceptibles de mediación

En este apartado, vamos a tratar de determinar en qué supuestos cabe la mediación penal. Nos podemos debatir entre hacer una clasificación de aquellos hechos delictivos que pueden ser susceptibles de mediación, bien indicar condiciones para que se pueda acudir a la misma o como tercera opción hacer un estudio caso por caso⁴⁶⁸.

Como ya sabemos, nuestro Código Penal hace una distinción entre delitos y faltas. Las faltas son constitutivas de ilícitos penales, sin embargo, es obvio que su gravedad es mucho menor que las actuaciones que son constitutivas de delito. A lo que hay que añadir que con carácter general son hechos perseguibles a instancia de parte, por tanto, en cierto modo se está dando cabida al principio de oportunidad. Por tanto, no parece que haya ningún inconveniente en que se pueda acudir a la mediación en aquellos supuestos en los que se haya cometido una falta. Así, en este sentido, se pronuncia la AP de Las Palmas “aunque no se ha producido dicha transposición (se refiere a la

⁴⁶⁷ Art. 2 de la Ley 21/2007, de 12 de junio, de mediación penal.

⁴⁶⁸ Por esta opción se inclina BARONA VILAR, S., “Mediación penal como pieza del sistema del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa”, *Revista de Derecho Penal*, Lex Nova, nº 26, enero 2009. Así, indica al respecto que “parece más conveniente, por ello, que no exista una enumeración cerrada de supuestos en que pueda acudirse a mediación.”, p. 45.

Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal), no por ello cabe excluir por completo su aplicación práctica fundamentalmente en las infracciones penales perseguibles únicamente mediante denuncia de la persona agraviada, en que el Estado, dado los intereses en juego, cede parte del monopolio que le corresponde para su tutela a los propios perjudicados, de modo que si éstos no muestran interés en el ejercicio de la acción penal, no es posible la iniciación del proceso penal.”⁴⁶⁹

En el ámbito relativo a los delitos debemos tener en cuenta que no es adecuado determinar los supuestos mediables caso por caso⁴⁷⁰. Nos movemos en un ámbito en el que debemos evitar la discrecionalidad, por lo que es necesario que previamente se determine ante qué casos se puede acudir a la mediación.

Sin embargo, algunos países como Hungría han optado por esta vía y contemplan en su legislación aquellos supuestos que pueden dar lugar a un procedimiento de mediación. En este sentido, el TJCE ha entendido que cuando una norma contiene un listado de supuestos mediables no puede hacerse extensible a otro tipo de infracciones aunque la conducta típica sea la misma. Por tanto, realiza una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la misma⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, Sentencia de 31 Jul. 2008, rec. 173/2008. FJ 1º.

⁴⁷⁰ En sentido contrario se pronuncia VALL RIUS, que establece al respecto que “A pesar de ello la realidad de la práctica nos demuestra que la aplicabilidad y el éxito de la mediación depende más de la voluntad de las personas y de las circunstancias concretas de cada caso que del tipo e incluso de la gravedad del delito en abstracto; por ello, en aquellos casos en que la reparación sea factible, excluir a priori la posibilidad de la mediación prescindiendo de la voluntad de las personas y de los elementos concretos del caso puede suponer negar una oportunidad para gestionar de forma satisfactoria y positiva las consecuencias de un delito.” VALL RIUS, A., “El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española”, *Diario La Ley*, nº 6528, 18 de julio de 2006.

⁴⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, Sentencia de 21 Oct. 2010, rec. C-205/2009: “el Derecho húngaro no prevé la mediación en el caso del delito de daños a los intereses económicos de las Comunidades Europeas... No se puede deducir de la Decisión marco que ésta obligue a los Estados miembros a prever, en los casos en que la víctima sea una persona física, la mediación cuando se trata de

Debemos indicar que la mediación puede resultar más adecuada en aquellos hechos delictivos en los que sea más factible la reparación del daño. Así, por ejemplo, en un hurto es muy sencillo llevar a cabo una reparación del daño.

Al margen de esto y en aras de huir de la discrecionalidad se presenta adecuado establecer cuándo se puede acudir a la mediación. Así, para otorgar seguridad jurídica resultaría conveniente acudir a una fórmula similar a la establecida en materia de menores, en las cuales queda prohibida la mediación para los delitos graves. Por tanto, podría establecerse la mediación para aquellos delitos menos graves y los leves. Al margen de esta previsión, siempre se podría hacer exclusiones específicas de aquellos supuestos en los que no se considerase óptima la mediación.

No sólo debemos fijarnos en el tipo de falta o delito para determinar si cabe o no la mediación sino que consideramos pertinente atender a si el infractor es o no reincidente⁴⁷².

Este criterio no es compartido por toda la doctrina y algunos autores se manifiestan en contra de la prohibición general de acudir a la mediación penal para reincidentes⁴⁷³. Sin embargo, a nuestro juicio, dar entrada a los autores reincidentes puede provocar el uso fraudulento de la mediación. Es decir, que el autor de los hechos acepte una mediación porque va a tener consecuencias positivas en la determinación de la pena. Sin

infracciones para las que la normativa nacional no la contempla, aunque la conducta típica de dicha infracción sea la misma que la de las infracciones para las que la mediación sí es posible.”

⁴⁷² El Código Penal recoge en el art.22.8 el concepto de reincidente, así establece que “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.”

⁴⁷³ Vid. GONZÁLEZ CANO, M.I., “La mediación penal en España”, en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, (directora BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, 2010. Indica la autora al respecto que “La mediación referida a personas reincidentes no debe excluirse, ya que los momentos vitales en que se cometen las infracciones son diferentes en cada situación y pueden necesitar un tratamiento diferenciado. Los mediadores deberán valorar, en estos casos, el nivel de motivación de la persona acusada para el inicio del proceso de mediación”, pp. 42-43.

embargo, no se consiguen los objetivos perseguidos en la mediación, como son el arrepentimiento por la comisión del hecho delictivo.

Si nos fijamos en países de nuestro entorno observamos que, con carácter general, la mediación ya está implantada. Así observamos, que en Francia la mediación se aplica en asuntos penales como lesiones leves, amenazas, problemas de vecindad y otro tipo de hechos con escasa repercusión social. En Noruega se permite acudir a la mediación en caso de conflictos familiares, vecinales, actos de vandalismo, robos de vehículos, hurtos, amenazas... En Alemania, cualquier delito con pena privativa de libertad de más de un año podría ser objeto de mediación, con independencia de que los Estados pueden precisar más las materias, así por ejemplo, algunos Estados excluyen la mediación en delitos sexuales y los de violencia doméstica.

A modo de conclusión, debemos indicar que la mediación penal podría aplicarse en faltas, delitos menos graves y leves siempre y cuando tanto el autor del hecho delictivo como la víctima sean individualizables y éstas no sean reincidentes.

b) Exclusión de tipos penales

Como ya hemos indicado, la primera exclusión que debemos hacer es la relativa a los delitos de violencia de género porque la propia ley así lo determina, pero además, como más adelante pondremos de manifiesto, estamos totalmente de acuerdo con esta previsión legal porque no está garantizado el principio de igualdad entre las partes.

Al margen de esto, consideramos que la mediación debe mantenerse al margen de aquellos delitos más graves⁴⁷⁴. Nos encontramos ante una serie de conductas muy

⁴⁷⁴ Aún así, algunos estudios ponen de manifiesto que en ocasiones son las víctimas de los delitos más graves las que quieren que se lleve a cabo un procedimiento de mediación penal. En este sentido, vid. UMBREIT, M.S., VOS, B.; COATES, R.B. y ARMOUR, M.P.: "Victims of Severe Violence in Mediated Dialogue with Offender: The Impact of the First Multi-site Study in the U.S.", *International*

graves en las que no es conveniente dejar en manos de las partes las actuaciones, el Estado debe actuar y el proceso actúa como garante de los derechos de los imputados y de las víctimas. Además dejar en manos de las víctimas en estos supuestos tan graves sería la vuelta a las épocas en las que la venganza imperaba como método de resolución de conflictos. Por otro lado, en este tipo de supuestos no consideramos que psicológicamente sea adecuado para la víctima “enfrentarse” a su agresor. Así, por ejemplo parece obvio que nada bueno le puede aportar a una mujer víctima de una violación encontrarse frente a frente con su violador e iniciar un procedimiento para reparar el daño. Por tanto, deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la mediación penal los delitos contra la vida y contra la libertad e indemnidad sexual.

A esta lista habría que unir aquellos delitos en los que no hay un infractor o víctima individualizada, puesto que como a continuación indicamos no es posible el carácter personalísimo que caracteriza a la mediación.

c) Problemática de los delitos sin autor o víctima individualizada

En otros epígrafes de este trabajo hemos puesto de manifiesto que un aspecto clave de la mediación es su carácter personalísimo; es decir, que requiere la intervención personal y directa de los afectados por el conflicto.

Sin embargo, en algunas ocasiones dada la naturaleza del delito esto no es posible. Así, sucede en los supuestos en los que, o bien el infractor, o bien, la víctima del hecho delictivo no se encuentra individualizada⁴⁷⁵. Por tanto, en estos supuestos la mediación

Review of Victimology, 2006, vol. 13. En dicho estudio se pone de manifiesto que de los 78 participantes en el estudio, todos menos uno se manifestaron satisfechos con el programa de mediación.

⁴⁷⁵ Como ejemplo de infractor no individualizado podemos citar los hechos delictivos cometidos por personas jurídicas, a pesar de la nueva regulación legal de la responsabilidad penal de las mismas, es difícil pensar aquí en un procedimiento de mediación. Por otro lado, ejemplo de víctima no individualizada podemos poner de manifiesto los delitos ambientales, en los que no se puede

no parece ser adecuada puesto que no es posible concretar al infractor o a la víctima y por tanto, no tenemos las personas concretas y determinadas que deban acudir al procedimiento de mediación. Dada la naturaleza de ésta, no parece que tenga sentido hacer uso de la representación en la misma.

Así, por ejemplo, en Francia se excluye este tipo de delitos del ámbito de aplicación de la mediación puesto que se considera que al no ser posible determinar a la víctima, ésta pierde su eficacia. Por otro lado, en Alemania se excluye la mediación en los hechos delictivos sin víctima, pero no se excluyen las personas jurídicas, si bien es cierto que tampoco contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En relación a los delitos que no tienen una víctima individualizada, algunos autores abogan por la creación de una “víctima simbólica” y llevar a cabo la mediación con la misma⁴⁷⁶. Dicha víctima sería una persona afectada por el tipo de delito que se discuta.

Además, aunque pudiéramos dar entrada a la representación en los casos en los que la víctima no esté individualizada tampoco lo consideramos conveniente. Así, en un delito contra la seguridad del tráfico o contra la salud pública a quién se puede legitimar para que actúe en representación de toda la sociedad. Parece que a nadie, porque aunque haya distintas asociaciones que pudieran *a priori* estar legitimadas (manteniendo los delitos expuestos, pongamos por ejemplo la asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico, o asociaciones para la prevención de la drogadicción), tampoco consideramos conveniente que se erijan en representantes de toda la sociedad. Por tanto, en estos supuestos es más conveniente acudir al proceso, en el que a pesar de que la acción

individualizar una víctima concreta y determinada sino que la sociedad en su conjunto es la víctima del hecho delictivo.

⁴⁷⁶ Los siguientes supuestos son ejemplos de víctimas simbólicas: “se concreta en la construcción de una víctima simbólica a través de personas que hayan sufrido adicciones a drogas, y trabajen o colaboren con entidades públicas o privadas dedicadas a tareas de desintoxicación o reinserción, o con personas que hayan sido víctimas de accidentes o por infracciones contra la seguridad del tráfico.” RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, 2008, p. 108.

popular les posibilite ser parte, siempre actuará el Ministerio Fiscal como representante público garante de la legalidad.

Lo mismo ocurre en aquellos delitos contra la Administración Pública, en los que no es posible determinar una víctima concreta. Así, por ejemplo, en el caso Malaya no sólo es víctima el Ayuntamiento de Marbella, que es donde se produjo el desfallo de bienes, sino en última instancia todos los ciudadanos.

Sin embargo, analizando la jurisprudencia observamos mediaciones practicadas en delitos en los que no puede individualizarse la pena, como por ejemplo, en delitos contra la salud pública. En estos casos se hace una interpretación distinta de la reparación del daño, así: “En los delitos contra la salud pública la atenuante de reparación del daño causado a favor del reo cobra rasgos propios que la separan de la regla general de mitigación del daño ocasionado a la víctima (SSTS de 10 de Abril y 10 de Julio de 2002). Así, en materia de drogas esta atenuante se fundamenta esencialmente en lo previsto en el artículo 376 del Código Penal, es decir, en que el reo haya procedido a abandonar voluntariamente sus actividades delictivas, presentándose ante las Autoridades para confesar los hechos en que hubiere participado, y a colaborar activamente con la Administración de Justicia, mediante la realización de actos decisivos para el descubrimiento del delito y persecución de sus responsables, es decir, que se produzca un efecto beneficioso para la marcha de la investigación del delito (STS de 25 de Junio de 2001), o bien que el autor haya procedido a consignar previamente al acto del juicio oral lo procedente en concepto de indemnización al Estado o pago de multa (STS de 10 de Mayo de 1999).”⁴⁷⁷

Sin embargo, se centra la atención en el infractor y se vuelve a dejar de lado a la víctima; a lo que hay que añadir que la mediación en estos casos es difícilmente compatible con los principios que consideramos inherentes a la misma.

⁴⁷⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 15 Sep. 2005, rec. 372/2005.

En relación al autor indeterminado por ser una persona jurídica, con la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría ser más factible acudir a la mediación, puesto que dicha reforma tiende a la individualización de la responsabilidad penal⁴⁷⁸. Sin embargo, a pesar de esta regulación ¿puede dicho sujeto determinado por el Código Penal pedir perdón y reparar el daño de *motu proprio* cuando los daños han sido infringidos por su empresa?

En algunos países de nuestro entorno, como por ejemplo, Hungría no se establece ninguna diferenciación en función de si la víctima es una persona física o jurídica.

3.2. Las partes

Es necesario analizar qué requisitos deben reunir las partes para que se pueda acudir a un procedimiento de mediación penal.

En primer lugar, al igual que ocurre con la mediación civil, es necesario que haya varias personas en conflicto y, a nuestro juicio, es preciso que las mismas estén determinadas, dado el carácter personalísimo de la mediación.

Al margen de lo dicho, consideramos en este punto hacer una diferenciación entre los presupuestos que deben reunir las partes en función de la parte de que se trate, es decir si se trata del infractor o de la víctima.

⁴⁷⁸ Art. 31 bis CP: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.”

Con independencia de los presupuestos que deben reunir las partes para poder formar parte de un procedimiento de mediación penal, debemos tener presente la necesidad de aplicar el principio de igualdad entre ellas.

3.2.1. Infractor

Como ya sabemos en materia penal es posible exigir responsabilidad penal por los hechos cometidos a partir de los 14 años. Siendo distintas las normas a aplicar en función de si el autor de los hechos es o no menor de edad. Pero, *a priori*, podemos determinar que si una persona entre 14 y 18 años es parte en un proceso penal, parece que no hay ningún inconveniente en que pueda también someterse a un procedimiento de mediación penal. Y de hecho en este sentido se pronuncia nuestra legislación.

En infractores menores de edad la mediación penal puede convertirse en un método adecuado de resolución de conflictos porque puede favorecer la resocialización del menor, que el menor se responsabilice del daño causado y de este modo, conseguir que el menor se aparte del ambiente de delincuencia juvenil en el que se ha introducido. De ahí que se tenga en cuenta la reincidencia, puesto que si el autor del hecho es reincidente, a nuestro juicio, debe excluirse la mediación.

Al margen de la edad también debemos tener en cuenta otros aspectos como la capacidad de las personas. En este aspecto, debemos hacer una distinción según la circunstancia que provoque que el autor de los hechos no tenga un libre desarrollo de su capacidad de obrar.

Así, las personas que tengan una minusvalía o deficiencia psicológica que no las haga ser dueñas de sus actos no debiera aplicarse a la mediación. En este grupo estarían aquellas personas recogidas en art. 20.1 y 3 del CP, como son las personas que por cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o los que tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Se trata de personas que no pueden tener conciencia de los hechos realizados, por lo que tampoco tiene ningún sentido que acudan a un procedimiento de mediación porque seguramente tampoco pueden tener conciencia del mismo, ni siquiera capacidad para cumplir aquello a lo que se han comprometido. Sin embargo, otros países de nuestro entorno permiten su participación, así por ejemplo, en los países escandinavos cuando una persona está legalmente incapacitada habrá una persona que supervise el respeto de sus intereses⁴⁷⁹.

Por otro lado, tenemos que analizar a las personas que cometan el delito bajo los efectos del alcohol o de las drogas. En este sentido, no desaconsejamos la mediación siempre y cuando la persona disponga de momentos en los que no esté bajo los efectos de dichas sustancias o bajo el síndrome de abstinencia. Es decir, que haya momentos en los que el sujeto pueda responsabilizarse del hecho delictivo, así como reparar el daño causado. En este tipo de delitos se debiera valorar positivamente, que el autor del hecho se someta a técnicas de desintoxicación de sus adicciones.

Evidentemente, si dado el estado del autor no fuera posible que éste comprendiera los hechos, la mediación tampoco debiera practicarse.

3.2.2. Víctima

En cuanto a la víctima consideramos pertinente reunir los mismos requisitos que los exigidos en la mediación civil. Así, debemos tener en cuenta los siguientes aspectos: que consientan libremente; no pudiendo prestar consentimiento con carácter general los menores no emancipados, ni los incapacitados y por otro lado, se entiende que el consentimiento es nulo si se ha prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

⁴⁷⁹ ERVO, L., “La conciliación en materia penal en los países escandinavos”, en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (dir. BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, 2009, p. 131.

Es fundamental garantizar que la víctima acuda voluntariamente y no haya ningún tipo de coacción. De ahí, que el mediador deba ser especialmente cauteloso en este aspecto y si considera que la víctima no acude voluntariamente dar por acabado el procedimiento de mediación.

La voluntariedad implica la participación espontánea y voluntaria de la víctima, de modo que si ante un hecho delictivo hay varias víctimas no puede obligarse a una de ellas a participar porque otras así lo deseen. En este supuesto, se deberá llevar a cabo la mediación con aquellas personas que lo desean y dejar fuera a quienes no quieran. Evidentemente, este supuesto puede ir en contra de la continencia de la causa⁴⁸⁰; sin embargo, creemos necesario correr los riesgos que ello conlleva con el fin de privilegiar el principio de voluntariedad.

Por otro lado, no sólo consideramos necesaria la participación efectiva de las partes implicadas sino que creemos que en ningún caso puedan hacerse extensivos los efectos de la mediación celebrada respecto a una víctima, al resto de hechos delictivos en los que las víctimas no han querido someterse a mediación.

Sin embargo, esta opinión no es compartida por la AP de Barcelona, que ante unas detenciones ilegales contra varios funcionarios de prisiones por parte de presos de la prisión alega que “En segundo lugar, y afectando exclusivamente al procesado Víctor Manuel concurren además las atenuantes de: A) reparación moral del daño causado a la víctima del secuestro Jesús en base al programa voluntario de mediación penal realizado por ambos, cuyo informe emitido por el SATAV ha sido aportado a la causa y merece una valoración favorable en los términos exigidos por el art. 21.5 del CP/95. El tribunal considera ajustado a derecho hacer extensiva dicha atenuante a los cinco delitos del art. 164 y no a uno solo, por cuanto la acción se ejecutó en unidad de acto y la voluntad reparadora del culpable ha sido inequívoca frente a todos ellos, y si bien solo se ha podido completar el programa reparador respecto del citado funcionario de prisiones, la causa única y exclusiva que ha impedido alcanzar idéntico acuerdo con los cuatro

⁴⁸⁰ Como también lo hace en aquellos hechos ilícitos en los que hay menores y adultos implicados, en los que las exigencias de nuestra legislación provoca la realización de dos procesos independientes.

restantes ha sido la negativa de estos a participar en dicho programa de mediación, negativa desde luego legítima y respetada por este tribunal, pero que en ningún caso debe perjudicar al acusado que ha puesto toda su voluntad y sincero arrepentimiento en ello.’’⁴⁸¹

De este modo, parece que para llevar a cabo la mediación sólo sería necesaria la participación del autor, puesto que no tiene en cuenta el deseo de otras cuatro personas de no participar en el procedimiento y alega el Tribunal que no por ello, se va a perjudicar al acusado. Sin embargo, consideramos que el Tribunal no ha tenido en cuenta las verdaderas implicaciones de la mediación.

En cuanto al supuesto de que la víctima sea un menor de edad consideramos necesario extremar las precauciones para que pueda realizarse un procedimiento de este tipo. Cuando se da esta circunstancia es necesario determinar la conveniencia o no de un procedimiento de este tipo, para lo cual será de gran importancia contar con la opinión de expertos que entrevisten al menor y que éstos determinen si consideran o no adecuado que el menor acuda a mediación.

Será necesario tener en cuenta la edad del menor, nos inclinamos por excluir la mediación cuando la víctima sea menor de 14 años, recurriendo al límite de edad que determina la responsabilidad penal, puesto que por debajo de la misma parece difícil determinar si el menor tiene la capacidad de entender y querer participar en un procedimiento de mediación.

Por encima de los 14 años, no sólo habrá que tener en cuenta el hecho delictivo, y que el menor quiera acudir a un procedimiento de mediación, sino también el autor del mismo y ponerlo en relación con el principio de igualdad. No es lo mismo un conflicto surgido entre dos chicos de edades similares, que un hecho ilícito cometido por una persona adulta y que la víctima del mismo sea un menor. Son, por tanto, cuestiones

⁴⁸¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, Sentencia de 30 Dic. 2002, rec. 11/1999.

importantes que creemos que deben tenerse en cuenta en la decisión de acudir o no a un procedimiento de mediación cuando el menor es víctima del hecho ilícito.

Respecto a la intervención del menor víctima en la mediación encontramos una previsión legal, así el art. 19.6 LORPM, permite que los menores de edad víctimas de hechos delictivos actúen en un procedimiento de mediación penal siempre y cuando lo apruebe el Juez y el compromiso al que lleguen las partes lo acepte el representante legal del menor.

Consideramos tan imprescindible la participación del infractor como la de la víctima, y si esto no es posible no debiera acudirse a un procedimiento de mediación.

4. Marco legal en nuestro país

En el ámbito penal no encontramos ninguna norma que regule la mediación; encontramos sólo una excepción en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.

Sin embargo, desde instancias comunitarias encontramos algunos textos que incentivan a los Estados a que implanten la mediación en sus ordenamientos jurídicos. Uno de ellos es una Recomendación, mientras que otro es una Decisión marco, por lo que esta última vincula a los Estados miembros en cuanto al resultado.

4.1. Referencias normativas

Podemos destacar una serie de textos que a pesar de que su objetivo no es la regulación de la mediación, ya encontramos referencias sobre la misma. Así podemos destacar los siguientes textos:

- ✓ Recomendación N° R (85) 11 sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del procedimiento penal

En primer lugar, debemos indicar que dicho texto es una Recomendación, por lo que no tiene carácter vinculante para los distintos Estados. A través de este documento la Comisión recomienda los Estados miembros que examinen las posibles ventajas de los procedimientos de mediación y conciliación.

- ✓ Recomendación N° R (87) 21 sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización

Esta recomendación tiene como objetivo dar pautas a los distintos Estados para que lleven a cabo medidas para proteger a las personas que son víctimas de delitos y precisamente con este objetivo se establece que los Estados deberán “fomentar las experiencias (de ámbito nacional o local) de mediación entre delincuente y su víctima, y evaluar los resultados examinando, en particular, en qué medida se preservan los intereses de las víctimas.”

- ✓ Recomendación N° R (99) 19 sobre la mediación en materia penal

En esta ocasión ya encontramos un texto, que a pesar de que sigue sin tener carácter vinculante, regula la mediación penal de forma específica.

Dicho texto define la mediación como un “proceso donde la víctima y el ofensor pueden participar voluntaria y activamente en la resolución del conflicto producto de un crimen a través de la ayuda de una tercera parte imparcial o mediador.”

Contempla como principios generales de la mediación la voluntariedad y la confidencialidad.

También establece, que las legislaciones deben facilitar la mediación en asuntos penales, debiendo determinar directrices para su funcionamiento. Otra cuestión importante que pone de manifiesto es que las garantías procesales básicas deben seguir aplicándose en la mediación; haciendo alusión expresa a la asistencia legal y en su caso, la traducción e interpretación, así como a la necesidad de que los menores reciban asistencia de sus padres.

- ✓ Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI)

Este texto tiene como objetivo ofrecer un estatuto jurídico para las víctimas de hechos u omisiones constitutivas de delito o falta.

En los últimos tiempos se ha venido invocando la necesidad de que la víctima recupere el protagonismo que ha perdido por un proceso profundamente institucionalizado. Quizá por eso en el citado texto, encontramos tres referencias a la mediación de forma que se concibe como un mecanismo positivo para la protección de las víctimas⁴⁸². La primera de ellas en el Considerando (7), que establece que las disposiciones relativas a mediación no afectan a las soluciones propias del Derecho civil.

La segunda referencia a la mediación, la encontramos en el articulado de la Decisión. Así, el art. 1 nos proporciona una definición de mediación en causas penales, entendiendo como tal “la búsqueda, ante 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.”

Debemos poner de manifiesto que no consideramos adecuada la definición que la Decisión proporciona de mediación penal. Entiende la mediación como la búsqueda de la solución al conflicto entre las partes implicadas; sin embargo, a nuestro juicio en materia penal el objetivo perseguido es alcanzar acuerdos de los que ambas partes obtengan beneficios y dichos acuerdos tengan trascendencia jurídica y sean plasmados en la decisión judicial. Lo contrario sí que da muestras de una justicia privatizada en la que los hechos con trascendencia penal son resueltos por las partes al margen de la Administración de Justicia.

⁴⁸² Así, el Considerando (3) indica que “Conviene que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren.”

Por último, el art. 10 regula la mediación en el marco del proceso penal⁴⁸³. Debemos poner de manifiesto que, a nuestro juicio, el texto no impone una obligación a los distintos Estados para que regulen la mediación. Se limita a exponer que los Estados procurarán impulsar la mediación para los supuestos que a su juicio se estime conveniente. De modo que si un Estado considera que la mediación no es conveniente en ningún caso, desde nuestro punto de vista, no estaría vulnerando este precepto. Para llegar a esta conclusión tenemos que fijarnos en dos términos utilizados en el precepto “procurarán impulsar” y “a su juicio se presten a este tipo de medidas” que evidentemente no otorgan carácter preceptivo al contenido del artículo. Por tanto, nuestro Estado no estaría llevando a cabo un incumplimiento del texto comunitario, en contra de lo que afirma un sector de la doctrina⁴⁸⁴.

Por otro lado, si tenemos en cuenta la sentencia del asunto Pupino⁴⁸⁵ se establece que “con independencia de la existencia o no de un efecto directo de la normativa comunitaria, el juez nacional debe interpretar el Derecho nacional a la luz del tenor literal de la finalidad normativa comunitaria”. Sin embargo, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento penal ya posee medidas que permitirían tal interpretación, como son por ejemplo las atenuantes de petición de perdón al ofendido, la reparación del daño o incluso la conformidad.

⁴⁸³ Art. 10. Mediación penal en el marco del proceso penal

1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida.
2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.

⁴⁸⁴ “Se obliga a los Estados miembros a impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida y que se tome en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales. Para ello se deben dictar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias y estableciendo como límite temporal para ello a más tardar el 22 de marzo de 2006, debiendo los Estados Miembros transmitir a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones que incorporen al ordenamiento jurídico, sin que por parte de España a esa fecha se haya cumplido con tal obligación.” DE ELENA MURILLO, V., “La mediación penal...”, op. cit. p. 5 y 6.

⁴⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03.

En el segundo párrafo del art. 10 se establece que para aquellos supuestos en los que se haya acudido a la mediación, los Estados velarán para que se tenga en cuenta el acuerdo adoptado. Volvemos a encontrar un uso del lenguaje que no tiene carácter imperativo, ni tajante. Así, observamos que se indica “velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo”.

A pesar de que consideremos que dicho artículo no supone una imposición a los distintos Estados miembros, debemos tener en cuenta que aunque así lo fuera nuestro país le ha dado cumplimiento. Como veremos más adelante, el art. 19 de la LORPM regula la mediación penal cuando el autor de los hechos es un menor, por lo que podemos entender que nuestro legislador ya ha regulado la mediación para aquellos casos que ha considerado oportunos.

4.2. Derecho penal de adultos

En nuestro país no existe ninguna norma que regule la mediación penal en el Derecho penal de adultos. A pesar de esto, en algunos juzgados se han puesto en práctica experiencias pilotos en las que se ha remitido a las partes a un procedimiento de mediación, muchas de esas experiencias han contado con el impulso del CGPJ.

Al margen de ser partidarios o no de la mediación penal consideramos que en nuestro sistema jurídico no hay base legal para poner en práctica la mediación penal. Nos movemos en la ilegalidad, puesto que ni está regulado, ni está prohibido pero debemos tener en cuenta que el Derecho Penal está basado en el principio de legalidad⁴⁸⁶. Al margen de dicho principio, nuestro sistema jurídico está regido por el

⁴⁸⁶ A pesar de que en nuestro sistema rige el principio de legalidad, la Oficina de Ayuda a Víctimas de delito de la Generalitat de Valencia pone que manifiesto que “aun no contando con una aplicación general del principio de oportunidad..., los márgenes de discrecionalidad judicial para la individualización de la pena han actuado como acicate para la mediación al comprometerse el Ministerio Fiscal a solicitar las penas mínimas legalmente posibles. Todo ello contemplado con la posibilidad de realizar una calificación “conjunta” o “mutuamente aceptada” con el Ministerio Fiscal dando lugar a un proceso de conformidad

art. 9.3 CE y una aplicación práctica de la mediación sin base legal podría estar vulnerando el principio de seguridad jurídica.

Además tampoco hay visos cercanos de que se vaya a abordar el tema⁴⁸⁷, así debemos tener de manifiesto las siguientes palabras del Gobierno sobre una pregunta planteada al respecto: “se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde pueda aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma”⁴⁸⁸.

Sin embargo, esta opinión no es mantenida por la AP de Barcelona, que considera que en violencia de género hay una prohibición expresa para acudir a la mediación penal, “pero no en los supuestos de violencia doméstica, para lo que no hay, en su caso, impedimento legal, debiéndonos remitir a las propias características del supuesto concreto para excluir o no su aplicación.”⁴⁸⁹ Por tanto, entiende que al margen de la violencia de género no hay *a priori* un impedimento legal para practicar la mediación penal.

con el Ministerio Fiscal, con la esperanza de sostener y obtener la absolución por parte del juez o la calificación como falta de hechos inicialmente calificados como delito.” DE JORGE MESAS, L.F., “La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción penal ordinaria”, Sevilla. Apuntes de Psicología. Vol. 18. Nº 2-3. 2000.

⁴⁸⁷ Algún grupo parlamentario minoritario presentaron enmiendas al Proyecto de Reforma del Código Penal pretendiendo una mínima regulación de la mediación penal. Sin embargo, tales propuestas no han sido tenidas en cuenta.

⁴⁸⁸ Respuesta parlamentaria 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004.

⁴⁸⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª, Auto de 22 Mar. 2010, rec. 1247/2008. FJ. 2º.

Proyectos piloto en el Derecho penal de adultos

Como hemos indicado no existe regulación de la mediación penal. Sin embargo, sí se ha puesto en práctica en algunos juzgados, por lo que a continuación, vamos a precisar cómo se llevan a cabo dichas experiencias en algunos de nuestros Juzgados⁴⁹⁰.

En la práctica, cuando en el Juzgado se determina que un caso puede ser objeto de mediación se remite a las partes a ella. Si éstas deciden acudir y las partes llegan a un acuerdo, se da traslado al juez de las actuaciones.

En cuanto a los casos que podían remitirse a mediación, observamos, por ejemplo en el Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, que se atiende a las características del caso, haciendo una exclusión de aquellos supuestos en los que había una gran desigualdad entre el autor y la víctima, los delitos cometidos por funcionarios públicos, así como los delitos sin víctima⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ La primera experiencia en mediación penal se desarrolló en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Valencia, en colaboración con la Oficina de ayuda a la víctima del delito. Posteriormente, se han desarrollado por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña actividades de mediación penal, así como en los Juzgados de Vitoria a propuesta de la Oficina de ayuda a la víctima con apoyo del Gobierno Vasco. También se han llevado a cabo en Madrid, con apoyo de la Fiscalía y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. En La Rioja se han practicado mediaciones penales con la colaboración del Gobierno de la Comunidad y del Consejo General del Poder Judicial.

Por último, podemos destacar el Proyecto piloto llevado a cabo gracias al convenio entre el Colegio de Abogados de Sevilla y el Consejo General de Poder Judicial, y en los Juzgados de Instrucción núm. 13 y núm. 18 de Sevilla; el que se desarrolló en el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jaén, el que tiene lugar en el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Benalúa (Alicante); y los desarrollados en los siguientes juzgados: Juzgado de Instrucción núm. 3 de Pamplona/Iruña, Juzgado de lo Penal núm. 20 de Madrid, Juzgado de lo Penal núm. 2 de San Sebastián, Juzgado núm. 4 de Córdoba, Juzgado núm. 1 de Bilbao, Juzgado núm. 2 de Calatayud, Juzgado núm. 4 de Zaragoza, y el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid en ejecutorias. BARONA VILAR, S., “Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal...”, *Revista de Derecho Penal*, Lex Nova, nº 26, enero 2009, p. 28 y 29.

⁴⁹¹ Vid. SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La mediación penal, una metodología judicial...”, op. cit. p. 6.

Una vez que se considera que un caso es susceptible de mediación, se da traslado al Ministerio Fiscal, si éste está de acuerdo se lleva a cabo la suspensión de las actuaciones⁴⁹². A partir de este momento se inicia el procedimiento de mediación.

Una vez que éste se ha producido y se han llegado a acuerdos, en la práctica, los mismos son introducidos en el proceso a través de alguno de los siguientes mecanismos:

- La atenuante de reparación del daño ocasionado a la víctima del art. 21.5 CP⁴⁹³.

Dicho precepto hay que ponerlo en relación con el art. 66 CP que establece la obligación de los jueces de tener en cuenta la existencia de atenuantes o agravantes. De modo que si el autor repara el daño el juez está obligado a imponer la pena en su mitad inferior y si la reparación del daño es interpretado por el juez como atenuante muy cualificada impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la determinada en la ley.

Para que la atenuante entre en juego es necesaria la reparación efectiva del daño, así lo pone de manifiesto el TS al indicar que “la mera solicitud de mediación penal por parte del acusado no constituye la atenuante prevista en el art. 21.5 CP; solicitud que no ha producido efecto material alguno y que, en modo alguno supone, reparación efectiva del daño ocasionado”⁴⁹⁴

A lo que debemos añadir que tampoco es suficiente con la celebración de la mediación sino que es necesaria la reparación del daño, tal y como se pone de manifiesto en otra sentencia del TS, así se indica que “la mera participación del

⁴⁹² Hemos indicado que la mediación penal en nuestro país se encuentra en un estado de alegalidad, puesto que ni está legalmente permitida, ni expresamente prohibida. Lo que sí está en contra de nuestras normas procesales es la posibilidad de que el Ministerio Fiscal suspenda las actuaciones; de modo que consideramos que el método por el que en la actualidad se está canalizando la mediación sí que vulnera nuestra legislación.

⁴⁹³ Art. 21.5 CP contempla, entre otras, como circunstancia atenuante el “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.”

⁴⁹⁴ STS Sala Segunda, de lo Penal, Auto de 7 Sep. 2009, rec. 10227/2009, FJ. 3º.

recurrente en el programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación... En definitiva, sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación”⁴⁹⁵.

- La suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años conforme al art. 80 CP⁴⁹⁶.

El citado artículo prevé la posibilidad que el juez deje en suspensión la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a dos años. Entre los requisitos legales que establece el art. 81 para poder llevar a cabo esta suspensión de la pena se contempla “que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador declare la imposibilidad total o parcial del condenado de hacer frente a las mismas.”

- La sustitución de penas privativas de libertad del art. 88 CP⁴⁹⁷.

Dicho precepto posibilita al juez a sustituir las penas privativas de libertad inferiores a un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. Para adoptar esta medida se deberá tener en cuenta los siguientes factores: las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y también se deberá atender al esfuerzo para reparar el daño causado.

⁴⁹⁵ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 20 Oct. 2006, rec. 439/2006, FJ. 1º.

⁴⁹⁶ Art. 80.1 CP: “Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.”

⁴⁹⁷ Art. 88.1 CP: “Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el juez o tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.”

- La libertad condicional del art. 90 CP.

La libertad condicional, en muchas ocasiones, es la etapa final del cumplimiento de la pena, en la que el penado vive fuera del establecimiento penitenciario, pero su situación de libertad está condicionada.

Para tener acceso a la libertad condicional es necesario reunir los requisitos legales, entre los que se menciona la buena conducta y que exista informe favorable de reinserción social. Para entender cumplidos dichos requisitos es necesario llevar a cabo la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito.

- La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento conforme al art. 72.5 LOGP.

Para acceder al tercer grado penitenciario es necesario, como en los supuestos anteriores, reunir una serie de requisitos. Entre los mismos, se encuentra la satisfacción de la responsabilidad civil, para lo que se tendrá en cuenta la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales.

- La concesión del indulto conforme al art. 4.4 CP.

La última vía por la que actualmente se da virtualidad a las mediaciones penales desarrolladas en nuestro país es a través del indulto; si bien es cierto, entendemos que la misma se haya adoptado de modo excepcional, puesto que se trata de una medida que adopta el Ejecutivo.

El art. 25 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto contiene los factores que debe tener el juez para proceder a su reconocimiento. Entre ellos menciona las pruebas o indicios de arrepentimiento del sujeto, así como las circunstancias atenuantes que hubieran concurrido en la ejecución del hecho delictivo.

4.3. Derecho penal de menores

Hemos indicado que en materia de adultos no encontramos regulación legal de la mediación. Sin embargo, la situación es distinta en menores. Así, debemos tener en cuenta la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, así como el Real Decreto 1774/2004⁴⁹⁸.

⁴⁹⁸ Artículo 5 del Real Decreto se centra en el desarrollo del art. 19 LORPM:

1. En el supuesto previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se procederá del siguiente modo:

- a. Si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima.
- b. Recibida la solicitud por el equipo técnico, citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor.
- c. El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y oír a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales.
Si el menor o sus representantes legales manifestaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe al que alude el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.
- d. El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia.
Si la víctima fuese menor de edad o incapaz, este consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de menores competente.
- e. Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos.
- f. No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a este la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- g. El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los

El art. 19 LORPM introduce la mediación en la justicia penal de menores, sin embargo, con carácter previo la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores, introdujo el principio de oportunidad. Así, lo hacía el art. 15.6 cuya redacción era la siguiente: “Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones a circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia a intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.”

Como hemos indicado, el art. 19.1 de la LORPM introduce en nuestro sistema jurídico la mediación en el ámbito de los menores⁴⁹⁹. En la citada norma se establece lo que se entiende por tal: “A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el

motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19.4 y 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2. Si, conforme a lo previsto en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el equipo técnico considera conveniente que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, informará de tal extremo al Ministerio Fiscal y al letrado del menor. Si este apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la solución extrajudicial más adecuada y se seguirán los trámites previstos en el apartado anterior.

3. Lo dispuesto en este artículo podrá ser aplicable al procedimiento de mediación previsto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, sin perjuicio de la competencia de la entidad pública y de lo dispuesto en el artículo 15 de este reglamento. Las referencias al equipo técnico hechas en este artículo se entenderán efectuadas a la entidad pública cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.7 de este reglamento, dicha entidad realice las funciones de mediación.

⁴⁹⁹ Art. 19.1 LORPM: “También podrá el Ministerio Fiscal desistir 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 educadora propuesta por el equipo técnico en su informe.”

compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.”

El siguiente párrafo establece que “el correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento”.

Por tanto, para que pueda acudir a mediación deben reunirse los siguientes requisitos:

- Que no haya violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos.
- Que el menor haya reparado el daño o haya adoptado el firme compromiso de hacerlo.

Una vez llevada a cabo la mediación, la misma surtirá efectos en el proceso de modo que se dictará un auto de sobreseimiento libre. Auto que está condicionado al cumplimiento efectivo de la reparación del daño.

Como ya se está poniendo en práctica algunos autores encuentran problemas en su aplicación, puesto que ponen de manifiesto que la aceptación de la culpabilidad supone una vulneración de la presunción de inocencia⁵⁰⁰, cuestión que ya hemos abordado en cuestiones precedentes y por tanto, nos remitimos a ellas.

⁵⁰⁰ Vid. al respecto GONZÁLEZ CANO, M.I., “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de Justicia*, 2000 nº7, pp. 827-844; RÍOS MARTÍN, J.C., *Los menores en el Derecho español* (coord. LÁZARO GONZÁLEZ), Madrid, 2002, p. 499; PÉREZ MARTELL, R., *El proceso del menor*, Elcano, 2002, pp. 237.

Dicho precepto establece una diferenciación entre conciliación y reparación del daño, lo que queda patente tras la lectura del apartado 13 de la Exposición de motivos de la ley⁵⁰¹.

Mediación penal cuando el infractor y víctima son menores de edad

El art. 19 prevé la posibilidad de que la víctima del delito también sea un menor, o bien, un incapaz y se indica que en estos supuestos será su representante el que acepte el compromiso⁵⁰² y deberá ser aprobado por el Juez de menores.

Sin embargo, debemos poner de manifiesto que con dicha regulación decae el carácter personalísimo, que a nuestro juicio, caracteriza la mediación. Consideramos

⁵⁰¹ “Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.”

⁵⁰² SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “La víctima menor de edad en la mediación” en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (coords. ARMENTA DEU, T., y OROMÍ VALL-LLOVERA, S.), *Colex*, Madrid, 2010. La autora pone de manifiesto que “En este punto se debería valorar el grado individual de madurez del menor, en relación con la intervención concreta del menor en cada una de las fases del procedimiento de la mediación en la que tenga que prestar su conformidad –principio de la reparación según su propia capacidad.”, p. 321.

que se está poniendo la atención en el autor de los hechos y se olvida de la víctima, en este caso menor o incapaz, que es sustituido en el procedimiento por otra persona. Por tanto, se deja en manos de otro la gestión del conflicto, algo que creemos que va en contra de la propia esencia de la mediación. No debemos olvidar que en la mediación tiene un papel fundamental el compromiso voluntario de ambas partes de acudir a la misma, y en la mediación penal además el perdón al ofendido y la reparación del daño. ¿Cómo se va a pedir perdón al ofendido si éste no actúa en el procedimiento? ¿Cómo va a aceptar un representante del menor unas disculpas de las que él no es destinatario? Entendemos que aceptar o no el perdón es un acto personalísimo que no puede delegarse en terceros. De ahí que en el apartado en el que nos hemos referido a las partes, y más concretamente a la víctima menor de edad hayamos establecido que hay que tener en cuenta la edad del menor, la opinión de expertos sobre la conveniencia de que el menor acuda a un procedimiento de mediación y su propio criterio y cuando no se cumplan estos aspectos no desarrollar un procedimiento de mediación. A nuestro juicio, no se puede dejar de lado al menor víctima.

Además dicha previsión la tenemos que poner en relación con el art. 2.2 de la Decisión marco de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Dicho precepto establece que se debe otorgar a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación. Si bien es cierto, que el texto no nos proporciona una definición, ni nuestra legislación, ni tampoco la jurisprudencia⁵⁰³ debemos entender que los menores son víctimas especialmente vulnerables, porque el ordenamiento jurídico les otorga una protección

⁵⁰³ Así, el TJCE no resuelve el asunto sino que se dedica a analizar el caso concreto que se le plantea. A este respecto en el asunto Pupino pone de manifiesto que “la Decisión marco no define el concepto de vulnerabilidad de la víctima a efectos de sus artículos 2, apartado 2 y 8, apartado 4. Sin embargo, con independencia de la cuestión de si el hecho de que la víctima de una infracción penal sea un menor basta, en general, para calificarla de especialmente vulnerable en el sentido de la Decisión marco, no cabe negar que cuando, como en el asunto principal, niños de corta edad alegan haber sufrido malos tratos, por parte, además, de una maestra, dichos niños pueden ser objeto de tal calificación habida cuenta, en particular de su edad, así como de la naturaleza y consecuencias de las infracciones de las que consideran haber sido víctimas, a fin de disfrutar de la protección específica exigida en las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco.”

especial y la protección del interés del menor es un principio que inspira todo nuestro ordenamiento jurídico.

Tampoco encontramos una determinación del “trato específico”. Sin embargo, no parece que el hecho de que el menor sea sustituido por un representante esté garantizando la protección de sus intereses porque el art. 19 en ningún momento hace alusión a la opinión de ese menor víctima. De ahí que consideremos que cuando el menor es víctima del delito se tienen que tener en cuenta una serie de factores para determinar si cabe o no mediación, pero nunca eliminar el carácter personalísimo que debe caracterizar este procedimiento. Por esta razón, algunos autores se consideran contrarios a la mediación cuando el menor es víctima del delito.⁵⁰⁴.

4.4. Especial referencia a la violencia de género

En epígrafes anteriores hemos manifestado que en la mediación es fundamental que exista el principio de igualdad de partes, que éstas se encuentren en una posición equitativa que les permita defender su postura frente a la contraria. De ahí, que dediquemos especial atención a los supuestos de violencia de género. ¿Es aconsejable permitir la mediación en estos casos?

En primer lugar, vamos a acudir a la Recomendación europea sobre mediación que hacía alusión a este asunto en los siguientes términos: “El mediador debería dedicar especial atención para saber si ha habido violencia entre las partes o si puede haberla en

⁵⁰⁴ En este mismo sentido, se manifiesta MARTÍN DIZ, F., “a día de hoy, desaconsejo la mediación penal como forma de solución del conflicto cuando la víctima es un menor de edad por múltiples razones... en relación con que no se cumple el principio de igualdad entre las partes o que es insalvable el escollo del carácter personalísimo de la mediación. No cabe ni debe permitirse que intervenga un representante del menor en su nombre. Admitir lo contrario supondría que no estaríamos ante una verdadera mediación.” MARTÍN DIZ, F., “Mediación y víctima menor de edad: ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal”, en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (coords. ARMENTA DEU, T., y OROMÍ VALL-LLOVERA, S.), Colex, Madrid, 2010, p. 316

el futuro y conocer los efectos que ésta última podría tener sobre la situación de las partes en la negociación, y determinar si en tales circunstancias el proceso de mediación es apropiado”.

De la lectura de dicho texto se desprende que desde instancias comunitarias se aprecia que es un supuesto delicado y que merece especial atención. Sin embargo, parece dejar la puerta abierta a que se pueda acudir a ella. Por tanto, serán los distintos Estados los que decidan si en supuestos de violencia de género se puede o no acudir a la mediación.

En este sentido, debemos indicar que a pesar de que no disponemos de regulación sobre la mediación, el legislador se ha expresado al respecto en contra de aplicar la mediación a estos casos.

Así, el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género⁵⁰⁵ prohíbe expresamente acudir a la mediación en los supuestos de violencia de género⁵⁰⁶; así tal precepto establece que “en todos estos casos está vedada la mediación”; dicho mandato ¿está haciendo alusión a la mediación familiar, a la penal o a ambas? Bien, debemos entender que el citado precepto prohíbe la práctica de la mediación tanto para asuntos civiles, como para los que tengan naturaleza penal y esto es así, porque en el artículo 44 se establece la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que conocerán tanto de asuntos penales, como de civiles y

⁵⁰⁵ BOE de 29 de diciembre de 2004.

⁵⁰⁶ Dicho párrafo fue introducido por una enmienda del Grupo Parlamentario CIU que argumentó al respecto que “la enmienda hace referencia a la necesidad de que en todos los casos en que haya violencia de género quede vedada explícitamente la mediación. Es evidente que en los casos de violencia no hay igualdad entre las partes, por lo que la mediación es absolutamente inadecuada, tal como se sostiene en todos los foros especializados. A pesar de ello, aun existen situaciones en las que se reconduce a la mediación aunque haya violencia, por lo que mantenemos la necesidad de que quede expresamente vedada la misma”. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Año 2004. VIII Legislatura. Núm. 39. Sesión Plenaria núm. 35, celebrada el jueves, 7 de octubre de 2004.

como la letra del precepto indica “en todos estos casos”, la mediación no se puede llevar a cabo en ningún supuesto en los que haya violencia de género⁵⁰⁷.

Por un lado, hemos visto que el art. 44.5 de la LOMPIVG prohíbe la mediación, sin embargo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico una norma que parece darle cabida. Se trata del art. 12 ter de la Ley 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002 de 2 de julio para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, la cual establece que “El Departamento competente en materia de familia ofrecerá gratuitamente programas de mediación para la solución de los conflictos familiares que puedan surgir en situaciones de crisis matrimonial o de ruptura de pareja. Por mediación familiar se entenderá, a estos efectos, la actuación de especialistas en los ámbitos psico-socio-familiar y jurídico, dirigida a la búsqueda de puntos de acuerdo en los aspectos relacionados con la separación, divorcio o nulidad matrimonial o ruptura de la unión de la pareja, al objeto de evitar potenciales conflictos o desavenencias entre las partes.”

Dicho precepto establece la mediación gratuita para solucionar los conflictos familiares que puedan surgir en situaciones de crisis matrimoniales o de ruptura de pareja. Sin embargo, consideramos que no tiene sentido la regulación de la mediación en una norma dirigida a proteger a las mujeres de la violencia de género. Este precepto se enmarca en el capítulo IV, que lleva por título “protección y asistencia a las víctimas”, por lo que en principio, parece que en supuestos de violencia de género en esta Comunidad se puede acudir a la mediación; sin embargo consideramos que este precepto no tiene cabida porque la Ley 1/2004 la prohíbe expresamente en este tipo de supuestos.

⁵⁰⁷ Sin embargo, esta opinión no es unánime. Así, el grupo parlamentario de Esquerra Republicana presentó una enmienda al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio en la que ponían de manifiesto que “La reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, en su artículo 44 reconoce a sensu contrario la mediación en los procesos judiciales de orden civil.”, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 2005, Núm. 16-8.

http://www.senado.es/legis8/publicaciones/html/textos/A_016-08.html

Tal y como hemos indicado nuestra legislación prohíbe acudir a la mediación en supuestos de violencia de género, pero ¿qué ha dicho la jurisprudencia al respecto? Encontramos al respecto pronunciamientos bien diferenciados, así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de enero de 2007, en la que se discutían aspectos meramente civiles de un divorcio se establece que “no es posible proseguir el proceso de terapia conjunta que había sido aconsejada por los especialistas, ni tampoco iniciar el proceso de mediación familiar que recomienda la psicóloga que ha emitido el dictamen, puesto que el artículo 44.5 de la LO 1/2004, de medidas contra la violencia sobre la mujer, impide expresamente (artículo 87 ter LOPJ), la utilización de la mediación en estos casos.”

Sin embargo, también encontramos otras sentencias en las que parece abrirse la puerta a la mediación en estos supuestos. Así se desprende de la STSJ de Cataluña, de 8 de marzo de 2010, al indicar que “La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar.”⁵⁰⁸ Observamos, por tanto, que aunque existan malos tratos entre los progenitores se posibilita que se acuda a la mediación familiar para discutir las cuestiones civiles controvertidas, e incluso contempla que se haga de modo preceptivo.

No sólo encontramos argumentos dispares en la jurisprudencia, sino que la doctrina está muy dividida al respecto. Esta materia es bastante controvertida⁵⁰⁹ y encontramos

⁵⁰⁸ STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 8 Mar. 2010, rec. 47/2009. FJ. 2º.

⁵⁰⁹ Este mismo debate también se ha desarrollado en otros países, como por ejemplo en Alemania, donde se ha llegado al consenso de que no debe excluirse *a priori* en estos casos. Vid., KILCHLING, M., “Restorative Justice Developments in Germany” in *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, Frankfurt, 2008. BANNENBERG, B., RÖSSNER, D., “New developments in restorative justice to andel family violence”, in Weitekamp, E., Kerner, H.-J. (eds.), *Restorative Justice in context. Internacional practice and directions*, Cullompton, Willan, 2003, pp. 51-79.

autores que defienden y otros que rechazan la mediación en supuestos de violencia de género, poniendo de manifiesto ventajas e inconvenientes de la misma⁵¹⁰.

De ahí que encontremos autores que niegan la aplicación de la mediación para todos los supuestos, aquellos que consideran que en el ámbito civil puede aplicarse, hasta los que consideran que incluso en el ámbito penal tiene aplicación; también hay determinados autores que consideran que negar la mediación en este tipo de supuestos nos lleva a obviar la posibilidad de un auténtico arrepentimiento por parte del autor de los hechos⁵¹¹. Por último, otro sector de la doctrina considera que no hay que vetar

⁵¹⁰ BALMASEDA RIPERO, J., en el Congreso de Violencia de género celebrado el 16 y 17 de octubre de 2008, pone de manifiesto una serie de inconvenientes y ventajas de la mediación.

Argumentos en contra de la aplicación de la mediación en este ámbito:

- a) Supone un riesgo para la integridad física de las víctimas, pues la mediación no puede por sí sola detener el ejercicio de la violencia.
- b) La mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones.
- c) La técnica de la mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de aplicar al ordenamiento jurídico penal español.
- d) Recurrir a la mediación supone la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho Penal: no satisface los fines de prevención general.
- e) La mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor.

Argumentos a favor de la aplicación de la mediación en este ámbito:

- a) La mediación como forma de resolución de conflictos, puede resultar especialmente útil en delitos de naturaleza relacional.

<http://www.justizia.net/Docuteca/Documentos/4600T2%20Juana%20Balmaseda.pdf>.

⁵¹¹ Así entre otros, vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Server de Comunicació i Publicacions, D.L., Castellón, 2007.; el autor mantiene que “una mediación, es decir, en el sentido más amplio posible y no en el técnico, que creo que es lo más apropiado, haciéndolo equivalente a conciliación, arreglo, transacción, autocomposición en suma, en un proceso civil ya en desarrollo, o a punto de comenzar mediante la presentación de la correspondiente demanda, pues ambos supuestos deben ser posibles, habiendo de por medio un acto de violencia de género, sería un acto viciado, y por tanto nulo, porque sería imposible demostrar que no ha sido lograda la conciliación o el acuerdo de la pareja a la fuerza, o si se prefiere, sería imposible demostrar que se llega a un acuerdo libre y sincero entre ambas

directamente la aplicación de la mediación en supuestos de violencia sino que hay que utilizar técnicas específicas en estos supuestos⁵¹².

A continuación, vamos a ir desarrollando las distintas opiniones doctrinales al respecto.

Algunos autores consideran que la ley prohíbe exclusivamente la mediación civil, puesto que dada la ausencia de regulación de la mediación penal resulta curioso que se prohíba lo que ni siquiera existe⁵¹³. Sin embargo, consideramos que el criterio establecido en la ley es el que prohíbe la mediación en todo tipo de conflictos cuando la mujer es víctima de la violencia de género puesto que como hemos indicado, el art. 44 contiene todas las competencias del Juzgado de Violencia sobre la mujer, y entre ellas hay competencias civiles y penales.

partes, dados los antecedentes existentes... Sin embargo, es posible que se haya producido realmente una conciliación sincera después de iniciado el proceso civil ¿Qué pasaría entonces? No está resuelta más que la exclusión de la mediación, por consiguiente habrá que acudir a otras vías legales para que al menos lo más importantes de los efectos se puedan conseguir, por ejemplo, reanudar la vida en común tras el divorcio (lo que como veremos eliminaría prácticamente todos los efectos de la orden de protección si se hubiere acordado), o no oponerse a las medidas provisionales solicitadas por la mujer, etc... En cualquier caso, es posible que la realidad nos lleve a pensar, lo que sería muy triste porque significaría que no hay cabida para un arrepentimiento sincero o para un perdón verdadero, que cometiendo un acto de violencia de género contra la mujer parte en un proceso civil, o bien la mediación no es ni siquiera imaginable o bien se ha obtenido de forma torticera.”, p. 118.

⁵¹² Vid. THOENNES, N., “*Mediation and domestic violence: current policies and practices. Special Issue. Domestic violence*”, *Family & Conciliation courts Review*, vol. 33, pp. 6-29.

⁵¹³ En este sentido, DEL POZO PÉREZ argumenta que “el precepto analizado es preventivo y pro futuro, si el Legislador desea generar un sistema de mediación penal debe estar atento a esta norma que vigila las posibles reformas delimitando que no puede arbitrarse para la citada violencia de género, a menos, evidentemente, que se produzca una modificación de la citada referencia normativa.” DEL POZO PÉREZ, M., “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?” en *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010, p. 324.

Además, no debemos olvidar que a pesar de que no exista ninguna regulación legal de la mediación penal, ésta está siendo aplicada en numerosos juzgados españoles a través de proyectos piloto. Por tanto, con esta regulación, evitamos que aún a falta de ley se pueda acudir a la mediación penal en aquellos juzgados que están desarrollando experiencias de mediación penal. Por eso, consideramos que el art. 44.5 LOMPIVG contempla una prohibición general para que en casos de violencia de género se acuda a la mediación, tanto en su vertiente civil, como en la penal.

Sin embargo, tal y como venimos indicando, esta opinión no es unánime y algunos autores consideran que esta prohibición no es absoluta. Así, GUARDIOLA LAGO⁵¹⁴ pone de manifiesto que no en todos los supuestos está prohibida la mediación. A continuación, vamos a ir citando los supuestos en los que considera que puede aplicarse y manifestaremos nuestro punto de vista al respecto.

a) *“La Ley Integral no prohíbe la mediación en todos los casos en los que una mujer puede ser víctima de violencia de género.”*

Sin embargo, debemos mencionar que la autora se refiere a víctimas que no están amparadas por la ley de violencia de género, como por ejemplo, una mujer que sufra acoso laboral. Por tanto, la prohibición del art. 44.5 sigue aquí teniendo carácter absoluto. Cuestión distinta es que nos manifestemos a favor o en contra de la delimitación del ámbito de aplicación de la norma.

b) *“La Ley Integral no prohíbe la mediación en los casos de delitos de violencia de género después de la fase de instrucción.”*

Es cierto que el art. 44 no atribuye competencias al Juzgado de Violencia más allá de la fase de instrucción. Sin embargo, debemos fijar nuestra atención en las materias que dicho precepto menciona y consideramos que la prohibición de acudir a la mediación abarca dichas materias independientemente del momento procesal en el que nos encontremos.

⁵¹⁴ Vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009

Por tanto, algunos autores defienden la práctica de la mediación familiar en supuestos de violencia de género. Así, consideran que si la mediación se desarrolla correctamente es un método adecuado para abordar los conflictos de naturaleza civil⁵¹⁵ siempre que se garantice la igualdad de partes, y la voluntariedad de la víctima, para lo que se podría establecer un mecanismo de ratificación de dicha voluntad ante el Ministerio Fiscal.

En nuestra opinión, es muy difícil garantizar en estos supuestos la igualdad de partes, y el hecho de que la víctima ratifique al Ministerio Fiscal que acude a la mediación de forma voluntaria no garantiza nada. ¿Acaso no declaran algunas mujeres ante el juez que sus lesiones son fruto de una caída? ¿Esa declaración nos garantiza que dicen la verdad?

Otros autores consideran que la mediación penal puede ser un método adecuado de resolución de conflictos porque puede lograr la comunicación entre las partes, y propiciar que alcancen un acuerdo⁵¹⁶.

Algunos autores se manifiestan contrarios a la prohibición absoluta de la mediación, considerando que se debe tener en cuenta cada caso en concreto y habrá que tener en cuenta el grado de libertad de la víctima para decidir o no acudir a un procedimiento de

⁵¹⁵ Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La mediación penal y penitenciaria...* Se indica que “esta norma prohibitiva debe ser suprimida, pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que la mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada.” p. 107.

⁵¹⁶ En este sentido, se pronuncia PÉREZ GINÉS al establecer que “la mediación penal puede constituir el mecanismo idóneo para explicar a los actores qué es lo que les trae hasta este procedimiento, lograr que se comuniquen las partes enfrentadas, tratar de conciliarlas, y a partir de ahí ver las posibilidades que se tienen en el conflicto producido a fin de que se puedan llegar a un acuerdo entre ellas.” A lo que añade que “es el momento de que los legisladores y tratadistas en materia penal miren hacia la mediación penal como una medida alternativa de solución de estos conflictos.” PÉREZ GINÉS, C.A., “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento), *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y penitenciario*, n° 71, 2010, p. 65 y 67.

mediación⁵¹⁷. Estos autores fijan su atención en determinar si hay o no equilibrio entre las partes⁵¹⁸. Algo que consideramos muy cuestionable.

Otros autores⁵¹⁹ consideran que cuando la violencia sobre la mujer es esporádica y aislada puede ser conveniente acudir a la mediación para resolver los conflictos

⁵¹⁷ MORALES MORENO, A.L., “La mediación familiar en el procedimiento de ejecución”, Centro de Estudios Jurídicos, Publicaciones, www.cej.justicia.es/. Así indica que “En relación con la mediación familiar en situaciones de violencia, si bien la misma en principio está excluida, no debe hacerse de una forma absoluta, debiendo tener en cuenta los casos concretos; tampoco en los supuestos de ejecución en los supuestos de ejecución siempre que el grado de violencia no afecte a la libertad de criterio de la víctima, pudiendo ésta optar libre y voluntariamente por un proceso de mediación, ya que puede actuar como un elemento de prevención de la violencia; puede suceder que se produzca una situación conflictiva e incluso actos de violencia en el transcurso del procedimiento de ejecución que podrían ser prevenidos si las partes, antes de llegar a este momento, hubieran optado por un proceso de mediación; además no podría ser excluida en el proceso de ejecución de aquellos casos que, procediendo de un juzgado de violencia, en el momento de la ejecución haya cesado la situación inicial de violencia.

⁵¹⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...” “Entiendo la prohibición introducida en el ordenamiento jurídico español es en parte desconocedora de los avances que en los últimos años se han producido en la justicia restaurativa y nada añade respecto de los casos en los que no exista igualdad entre las partes, puesto que reina un amplio consenso en que tales supuestos deben quedar excluidos de la esfera de la mediación. Únicamente puede provocar, por consiguiente, que los casos de violencia de género donde exista una igualdad entre las partes no pueda llevarse a cabo una mediación. Pese a todo, se pueden identificar algunos supuestos en los que la Ley no prohíbe la mediación penal.”

⁵¹⁹ ESQUINAS VALVERDE, P., en *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008 recoge la opinión de MATEFI, G., en el siguiente sentido “una cuestión distinta plantearían, por otra parte, los episodios esporádicos y aislados, en su caso *primeros o únicos*, de agresión, en los que el ataque físico o psicológico por parte del varón no se integre en una larga espiral de violencia de género, eventualmente, entonces, podría suceder que dicho incidente fuera objeto de un trámite jurídico más rápido o expedito, quedando abierta la opción de continuar la relación afectiva. Para estos supuestos se ha sugerido, bajo ciertas condiciones, la conveniencia de realizar un proceso de mediación inserto en el sistema procesal, por medio del cual fuera factible recomponer ese vínculo sentimental, al tiempo que atender las necesidades de cada una de las partes: de seguridad, autoafirmación y reivindicación de sus derechos e intereses en el caso de la víctima, y de tratamiento psicológico, asunción de responsabilidad y posibilidad de solicitar y recibir el perdón en el caso del autor”.

surgidos. Si se admitiese en estos supuestos, de lo que nos manifestamos en contra, sería imprescindible que un equipo de psicólogos determinase que la mujer tiene capacidad para participar en el procedimiento por no existir un desequilibrio de fuerzas entre las partes.

También comparte esta opinión la que fue Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, María Eugenia Alegret, que considera que la mediación quizá podría ser una vía adecuada para abordar “los conflictos o episodios de violencia doméstica que tienen el origen en una situación puntual de crisis familiar”⁵²⁰; ya que a su juicio hay que diferenciar este tipo de violencia de otras situaciones de violencia subyacente y permanente.

Sin embargo, ¿qué diferencia la violencia habitual de la ocasional? Sin duda el dolor (tanto físico, como psíquico) para la víctima no es el mismo en un caso que en otro, pero el punto común en ambas es el sentimiento de superioridad del hombre; tanto en un supuesto como en otro el hombre se considera facultado para ejercer la violencia, que tiene poder sobre su mujer. Además, episodios ocasionales de violencia sobre la mujer sólo pueden acarrear que ésta vaya en aumento, y que se acabe convirtiendo en una violencia habitual. Por tanto, a nuestro juicio tampoco aquí tiene cabida la mediación. Si no hay equilibrio de fuerzas, no debe haber mediación.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, sostiene que “no parece indicada (la mediación) cuando la víctima se encuentre en una situación de dependencia emocional o de grave y continuada tensión con el victimario. Entonces sus propias decisiones soportarán una presión poco compatible con la voluntariedad que requieren el proceso mediador y el logro de acuerdos válidos... Sucede, no obstante, que tales consideraciones pierden fuerza cuando se trata de episodios puntuales y, en ocasiones, de mínima entidad, aunque hayan sido elevados arbitrariamente a la condición de delito. En tales supuestos, o cuando la libertad de decisión de la mujer venga garantizada por el éxito previo del varón en algún problema “ad hoc”, la mediación puede ser muy valiosa para evitar una ruptura definitiva y desproporcionada.”

⁵²⁰ Esta opinión fue expuesta por la presidenta del Tribunal Superior de Justicia durante la presentación de la Memoria del TSJC de 2006.

http://www.abc.es/hemeroteca/historico-10-05-2007/abc/Nacional/la-presidenta-del-tsj-catalan-pide-no-juzgar-a-algunos-maltratadores-por-el-colapso-en-los-juzgados_1633022645597.html.

También encontramos autores que se manifiestan a favor o en contra de la mediación dependiendo de quién la haya solicitado. Así, MORENO MÉNDEZ⁵²¹ se manifiesta en contra de la mediación cuando es el presunto maltratador el que toma la iniciativa de acudir a la mediación y considera que puede ser una vía útil cuando es la víctima la que tiene tal iniciativa. Sin embargo, consideramos que la adopción de este criterio puede resultar peligroso, puesto que en la práctica las mujeres se pueden someter a un procedimiento de mediación por imperativo de sus parejas o por el miedo que les ocasiona el contradecir su voluntad.

Otros autores, se manifiestan en contra de la aplicación de la mediación en los supuestos de violencia de género. Así, MAGRO SERVET⁵²² esgrime varias razones para no aplicar la mediación en este tipo de supuestos. En primer lugar, establece que “la mediación puede tener un fin de reconciliación de la pareja; algo que evidentemente no es deseable cuando se ejerce violencia sobre la mujer”. No compartimos esta razón, porque como ya hemos manifestado la finalidad de la mediación no es la reconciliación de la pareja; otra cosa es que a lo largo del procedimiento una pareja decida reconciliarse, pero esta situación también se puede dar en un proceso de separación y divorcio; y evidentemente tal proceso, tampoco tiene como fin la reconciliación. Por otro lado, indica que durante la mediación se van a tratar temas relativos al régimen de visitas, guarda y custodia de menores, pensión alimenticia o de menores... y que dichos aspectos tienen una regulación específica en la Ley 1/2004.

⁵²¹ MORENO MÉNDEZ, R.S., “La Mediación Familiar y el Centro de la Familia de Tenerife”, en *La Mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, D.L., 2005. Así, establece que “cuando alguien acude a solicitar la mediación y manifiesta que ha inflingido algún tipo de maltrato, se le advierte que debe enfrentarse a sus responsabilidades personales y legales y que la mediación no le va a librar de ninguna de ellas. No obstante cuando es la pareja la que acude y, a pesar de que haya habido algún episodio de maltrato, existe la voluntad de acordar todo lo relativo a los hijos y demás responsabilidades inherentes a la separación, puede ser útil una mediación que conduzca a la pacificación de las relaciones por el bien de los hijos en el futuro y por la salud relacional de los progenitores, e incluso como una acción curativa que evitará que éstos se repitan.”

⁵²² MAGRO SERVET. V., “La mediación...”, op. cit. pp. 3-5.

Por último, otro sector sostiene que no debemos fijarnos tanto en si se trata de violencia de género sino que hay que considerar factores tales como la dureza de la violencia, el riesgo que supone para las partes...

Como se ha podido observar, la práctica de la mediación en los supuestos de violencia de género es una cuestión muy controvertida. Nosotros reiteramos nuestra oposición a su aplicación, siendo fundamental en estos supuestos proteger a la mujer de su agresor y evitar que tenga que enfrentarse de nuevo a él, puesto que nos encontramos ante un tipo de delitos que se caracteriza por el fuerte desequilibrio entre las partes.

Al margen de esto, tenemos que tener presente que ante este tipo de delitos es muy frecuente que el agresor tenga una orden de alejamiento respecto a su víctima, con independencia de que la ley permitiera o no acudir a la mediación ¿cómo se llevaría a cabo entonces dicho procedimiento? No parece que tenga ningún sentido, que cuando una persona no puede acercarse a otra a determinada distancia, estemos pensando en la posibilidad de que se reúnan en la misma sala a intentar tratar sus problemas.

Por tanto, las mujeres víctimas de la violencia de género no pueden acudir a la mediación para resolver los conflictos que tengan con su pareja o expareja, por lo que nos podemos plantear si se está vulnerando el principio de igualdad, ya que cualquier mujer puede acudir a la mediación y a una mujer víctima de violencia de género no le está permitido.

El principio de igualdad requiere un trato igual para los iguales y justifica un trato distinto para distintas situaciones; por tanto, debemos considerar que no se produce una vulneración del principio de igualdad porque no es lo mismo una mujer maltratada que una que no esté en esa situación. Y dicha diferenciación justifica un tratamiento distinto por parte del legislador en aras de la protección de un determinado sector.

Sin embargo, desde el feminismo más crítico se mantiene que se debe conceder a la mujer mayor margen de autonomía personal, y que ésta pueda decidir libremente. Lo

que nosotros ponemos en duda es si en esta situación la mujer tiene capacidad de decidir libremente.

La regulación recogida en la Ley 1/2004 es fruto de la función tuitiva del Estado, se entiende que prohibiendo la mediación cuando hay violencia sobre las mujeres se está protegiendo a la víctima de la misma. A nuestro juicio, es una regulación adecuada; en cualquier situación de violencia, y más, si cabe, en la violencia de género una parte está ejerciendo su poder, su influencia sobre la otra. Si una parte tiene poder sobre la otra desaparece una premisa básica en la mediación, como es el equilibrio de fuerzas de ambas partes. Y si una parte ejerce poder sobre la otra, los acuerdos que se logren serán la voluntad del que ejerce la fuerza y del sometimiento de la víctima.

La mediación requiere un equilibrio de fuerzas, que ambas partes estén en condiciones de defender sus intereses, de hacer concesiones, y de que finalmente el acuerdo alcanzado sea fruto de la voluntad de las partes en conflicto; y en el supuesto de que no se haya alcanzado el pacto, que sea porque las partes no hayan conseguido ponerse de acuerdo. En el momento en que se rompe este equilibrio no tiene sentido, a nuestro juicio, la mediación.

En este sentido, se pronuncia la Ley de Derecho de familia inglesa de 1996 prohibiendo acudir a la mediación en supuestos de violencia doméstica. De hecho va aún más lejos y encarga al mediador que realice una investigación de si en el caso concreto hay supuestos de violencia, y en el caso de que sea así evitar este método de resolución de conflictos⁵²³.

La Exposición de motivos de la LOMPIVG recoge el elemento caracterizador de la violencia de género, así sobre ésta reconoce que: “se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de

⁵²³ PARKINSON, L, *Mediación familiar: teoría y práctica...* 2007, p. 185.

decisión”. Si esto es así, parece difícil pensar que pueda existir el equilibrio de fuerzas, que a nuestro juicio, es requisito imprescindible para que pueda desarrollarse un procedimiento de mediación.

Evidentemente, cuestión distinta es la agravación de conductas que ha hecho la LOMPIVG, convirtiendo básicamente cualquier actuación en delito⁵²⁴. Es cierto, que no es lo mismo una amenaza puntual que agresiones físicas y psíquicas prolongadas en el tiempo. Sin embargo, a pesar de que podamos estar más o menos de acuerdo con la tipificación que se ha hecho respecto a estos hechos, una vez que tenemos la regulación actual lo propio es excluir en cualquier caso la mediación en cualquier supuesto, porque todos van a tener la consideración de violencia de género. Lo contrario nos obligaría a una calificación jurídica de los hechos para aplicar la LOMPIVG y otra distinta para aplicar la mediación, algo que creemos que tiene poca virtualidad.

⁵²⁴ Muchos son los autores que han criticado este aspecto de la ley, que a pesar de ser aprobada por unanimidad en el Parlamento español, no cuenta con el apoyo unánime de la doctrina. Así, por ejemplo, GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género...”, la autora pone de manifiesto de manera muy gráfica que “para hacer frente a una discriminación del hombre sobre la mujer, parece que el derecho penal pretende pagar con la misma moneda, introduciendo una discriminación punitiva aun a riesgo de poner en tela de juicio algunos principios garantistas del Derecho penal que deben ser irrenunciables, como los de ofensividad, igualdad, proporcionalidad y culpabilidad”, op. cit. p. 4

5. Modelo legislativo planteado

Al igual que hicimos con la mediación civil, vamos a dedicar las siguientes líneas a configurar cómo entendemos que debiera llevarse a cabo la mediación en nuestro país. Como ya sabemos, no existe legislación al respecto, ni tampoco existen visos de que la haya.

5.1. Concepto

La mediación penal se puede definir como un procedimiento de interacción entre el ofensor y la víctima a través del cual se persigue una solución al conflicto que pasa por el perdón al ofendido y la reparación del daño. En dicho procedimiento interviene un tercero, el mediador, que facilita la aproximación entre las partes.

5.2. Procedimiento

Es imprescindible que la mediación penal se desarrolle en torno a una institución jurídica de carácter público. No creemos conveniente que la materia penal se deje en manos privadas y que posteriormente, sea introducido el acuerdo en el proceso penal. Por tanto, la mediación debe regirse en torno a la propia Administración de Justicia. De modo que antes de iniciar un proceso penal se informe a las partes de la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación, que debe ser desarrollada por Servicios Públicos de Mediación dependientes del Ministerio de Justicia. De esta forma existe un control tanto del funcionamiento, como del personal y se garantiza la calidad del servicio.

5.3. Acuerdo

Uno de los aspectos claves de toda mediación es el acuerdo, y no menos en un procedimiento de mediación penal. Por lo tanto, a continuación vamos a analizar qué requisitos debe reunir dicho acuerdo.

El acuerdo debe constar por escrito y estar firmado por todas las partes implicadas, así como por el mediador. En este momento es conveniente que estén presentes los abogados como garantía de los derechos tanto del imputado, como de la víctima.

Debe respetar la dignidad de las personas implicadas, así como ser proporcional con la infracción cometida. Evidentemente, es necesario que el resultado del acuerdo sea ejecutable.

A continuación analizamos otra cuestión fundamental en torno al acuerdo, como es el contenido del mismo. Uno de los aspectos claves de la mediación penal es que la víctima aprecie signos de arrepentimiento del autor, lo que se pondrá de manifiesto a través del perdón.

En este sentido, es conveniente que el acuerdo contenga la manifestación del arrepentimiento del autor, así como otros pronunciamientos relativos a la restauración *in natura*, la indemnización a percibir por la víctima o incluso por el compromiso del infractor de llevar a cabo actividades en beneficio de la comunidad⁵²⁵.

Otra cuestión importante es determinar qué efectos va a tener el acuerdo de mediación. A nuestro juicio, el efecto del acuerdo variará en función del hecho delictivo ante el que nos encontremos. Así, el acuerdo de mediación pudiera tener efectos de una atenuante muy cualificada y en los casos más leves, como por ejemplo en la comisión

⁵²⁵ Así, por ejemplo el Libro blanco de la mediación en Cataluña recoge los puntos sobre los que han versado los acuerdos logrados durante el 2008, siendo éstos los siguientes: 230 con carácter personal, 161 relacional, 70 económico, 41 moral, 22 de actividad y 14 de contenido material. Tablas. Capítulo 10, p. 9. <http://www.llibreblancmediacio.com/>

de hechos delictivos constitutivos de faltas sería conveniente que el acuerdo alcanzado por las partes que contuviese la reparación del daño tuviera los mismos efectos que cuando el juez impone trabajos en beneficio de la comunidad y ello supusiera un cumplimiento efectivo de la condena.

En todo caso, debe ser el juez el que adopte la medida y siempre que se haya comprobado el cumplimiento efectivo del acuerdo; de modo que si éste no se cumple, a pesar de que haya un acuerdo de mediación, se retome el proceso.

5.4. Reformas legales necesarias para implantar la mediación

En este sentido, creemos necesaria una reforma del Código Penal. En concreto, con la introducción de una atenuante específica que contemple el acuerdo de mediación. La razón es clara, no es lo mismo la reparación del daño contenida en el art. 21.5 CP, (que no tiene en cuenta a la víctima, sino que se trata simplemente de la conducta del infractor) con un procedimiento de mediación, en el que ha participado la víctima. Por tanto, consideramos que debe introducirse una atenuante específica que tenga efectos más beneficiosos para el autor de los hechos.

En este sentido, consideramos conveniente que la atenuante muy cualificada se viera reducida a los supuestos en los que se han alcanzado acuerdos y limitar a una mera atenuante la actual reparación del daño que contiene nuestro Código Penal, en la que no interviene la víctima de la infracción.

También sería necesaria una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para permitir el uso de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico dando cabida no sólo a su práctica sino reconociendo sus efectos. En este sentido, sería necesario recoger la posibilidad de que se suspendieran las actuaciones por un lapso temporal para que las partes intentaran llevar a cabo un procedimiento de este tipo. Dicha suspensión debiera

ser facultada a iniciativa del propio Ministerio Fiscal atendiendo a las circunstancias del caso concreto o bien, a iniciativa de los abogados de ambas partes.

Finalizado ese plazo, nos podemos encontrar con que no haya acuerdo y se seguirán el normal desarrollo del proceso; o bien, que las partes hayan alcanzado algún pacto y como hemos indicado, el mismo debe ser traído al proceso. De modo que el Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación solicitara la sustitución de la pena privativa de libertad en los supuestos más leves o bien, la aplicación de la atenuante cualificada (que tal y como hemos indicado son los dos modos a través de los cuales entendemos que la mediación debe tener efectos). De este modo, observamos que el funcionamiento procesal sería muy similar a la conformidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Ante la aparición de un conflicto encontramos varias vías para intentar poner solución al mismo; así encontramos los métodos autocompositivos, en los que las propias partes lo intentan resolver y los métodos heterocompositivos, en los que un tercero impone una solución a las partes. Con carácter residual encontramos la autotutela, que está prácticamente prohibida en los ordenamientos jurídicos.

Consideramos que la mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, puesto que son las propias partes las que van a intentar poner fin a la controversia surgida. El hecho de que intervenga un tercero no hace que lo encuadremos en el marco de la heterocomposición, puesto que el elemento clave para tal diferenciación es, a nuestro juicio, quien soluciona el litigio; siendo las partes las que adquieren el protagonismo y la exclusividad en la adopción de los acuerdos.

SEGUNDA

Entendemos la mediación como un complemento a la vía judicial, y no como una alternativa a la misma, puesto que el art. 24 CE garantiza el acceso de los ciudadanos a la justicia. Por tanto, el hecho de acudir a la mediación no puede

suponer que quede vedado el acceso a los Tribunales. Además, esta concepción favorece la lectura constitucional de la mediación.

Nuestra Justicia está atravesando una profunda crisis motivada por distintos factores y aunque la mediación no sea la solución a la misma, si es cierto que puede ayudar a la descongestión de la carga de nuestros Tribunales.

TERCERA

Entendemos la mediación como un procedimiento de carácter voluntario, en el que dos o más partes en conflicto, ayudadas por un tercero imparcial y neutral, intentan lograr acuerdos que versen sobre materias de Derecho privado que entren en el ámbito de la libre disposición y así poner fin a aquellos conflictos con tengan trascendencia jurídica o bien, en el ámbito penal, la adopción de medidas que fomenten la reparación del daño a la víctima y la resocialización del infractor.

Con carácter general se denomina “mediación intrajudicial” la desarrollada una vez iniciado el proceso, sin embargo, consideramos más adecuado utilizar el término “mediación intraprocesal”; puesto que no debemos confundir que la mediación se lleve a cabo una vez iniciado un proceso (intraprocesal), con que sea el propio juez el que la desarrolle (intrajudicial). El juez se limita a remitir a las partes a mediación y consideramos que en ningún caso debe ser él quién la lleve a cabo.

CUARTA

La mediación se asienta sobre dos pilares fundamentales, el principio de voluntariedad y el de igualdad entre las partes. Es fundamental garantizar que las partes acudan libremente y que entre ambas exista un equilibrio de fuerzas para que puedan defender sus posiciones y pactar con total y absoluta libertad. Si falla uno de estos dos principios no debe haber mediaciones en ningún caso.

El acuerdo es uno de los aspectos claves de la mediación y de su adecuada regulación depende en gran parte el éxito o fracaso de la misma. A nuestro juicio, es necesario realizar un control de legalidad del acuerdo para poderle otorgar efectos jurídicos y que el mismo adquiera carácter ejecutivo.

QUINTA

El mediador no es un juez, no es un abogado, tampoco es un terapeuta. Es una profesión jurídica distinta y diferenciada de las anteriores, con un papel específico y distinto del desarrollado por otros profesionales, lo que hace necesario una adecuada regulación de su estatuto jurídico (derechos, deberes, responsabilidades y régimen disciplinario y sancionador).

Es necesaria la intervención del mediador, que es un tercero, neutral e imparcial, que asiste a las partes en la búsqueda de soluciones al conflicto que las separa. Y es fundamental dejar claro que el mediador no impone soluciones, se debe limitar a orientar, ayudar, asistir a las partes para que sean éstas las que intenten poner fin al conflicto que les separa. Aunque tampoco consideramos que haya ningún inconveniente en que éste proponga soluciones siempre que en última instancia sean las partes las que decidan.

Es necesaria una regulación unitaria de la figura del mediador para dar uniformidad de aplicación a todo el territorio nacional de modo que un mediador lo pueda ser en toda nuestra geografía bajo las mismas condiciones jurídico-profesionales y, por tanto es necesario que dicha figura jurídica esté dotada de un estatuto que regule su actuación.

Consideramos imprescindible que el mediador tenga formación jurídica, puesto que los acuerdos alcanzados deben respetar nuestro ordenamiento jurídico, y el mediador deberá controlar la legalidad de los mismos. Dicha falta de formación jurídica puede ser suplida a través de la comediación.

SEXTA

La mediación, en el ámbito del Derecho privado, nace fuertemente vinculada a los conflictos familiares. Sin embargo, con el tiempo se ha ido extendiendo su ámbito de aplicación al observarse que puede resultar una vía óptima de intentar solucionar otros muchos litigios de naturaleza civil y mercantil, incluyendo también los conflictos en materia de consumo, que deja fuera el anteproyecto de ley presentado en febrero de 2010.

SÉPTIMA

Aunque no sea necesario hacer una regulación de la mediación en la materia propia del Derecho privado, si resulta conveniente. Y lo es en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica.

No sólo consideramos conveniente la regulación de la mediación civil y mercantil sino que, a pesar de las normas autonómicas, creemos que una norma con carácter estatal debe regular determinados aspectos a modo de ley de bases para su aplicación uniforme en todo el territorio nacional.

OCTAVA

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, texto que pone de manifiesto una declaración de intenciones pero que, a nuestro juicio, se ha quedado corto por limitarse a los conflictos de carácter transfronterizo.

Consideramos que el anteproyecto de ley de mediación no regula de forma adecuada algunos de los principales aspectos de la misma, esencialmente en lo referente al mediador y al valor del acuerdo, así como la obligatoriedad de la mediación en algunos supuestos, lo que puede suponer una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva.

NOVENA

Numerosas CCAA han legislado sobre mediación, principalmente en su vertiente familiar. Dicha regulación ha supuesto una auténtica apuesta por la mediación, sin embargo, consideramos que algunas de ellas no respetan completamente la legislación procesal. Así, por ejemplo, la norma catalana al abrir la posibilidad de que se lleguen a acuerdos en materias no disponibles siempre que haya una homologación judicial.

Las CCAA no pueden regular la mediación penal, por lo que el anteproyecto de ley cántabro debiera modificarse al respecto, porque de lo contrario vulneraría nuestro texto constitucional.

DÉCIMA

La mediación penal se enmarca en la Justicia restaurativa como un mecanismo que pretende otorgar protagonismo a la víctima de los hechos ilícitos y favorecer la reeducación y la reinserción social del infractor.

Nuestro sistema procesal penal está basado en el principio de legalidad, aún así encontramos algunos mecanismos que dan cabida al principio de oportunidad. Nuestra forma de entender la mediación se concibe bajo el amparo del principio de legalidad, puesto que consideramos que el propio Código Penal debe contener la posibilidad de que las partes se sometan a mediación como una atenuante cualificada, y por tanto, el juez al apreciar dicha circunstancia estará actuando bajo dicho principio o bien, para los supuestos más leves que el juez acepte dicho acuerdo y contemple la sustitución de la pena privativa de libertad.

UNDÉCIMA

A nuestro juicio, la mediación penal no supone una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, puesto que, el juez para enervar dicha

garantía sólo puede basarse en las pruebas presentadas en el juicio oral. Aún, así consideramos adecuado en una hipotética regulación de la mediación penal regular expresamente la prohibición de que el juez tenga en cuenta dicha circunstancia, así como la prohibición de que el mediador acuda bien como testigo, bien como perito, al proceso.

DUODÉCIMA

Respecto al ámbito de aplicación de la mediación penal, consideramos que debe limitarse para aquellos hechos delictivos de menor gravedad, pudiendo acudir a la misma en aquellos hechos delictivos que el Código Penal califica como delitos menos graves y las faltas y siempre y cuando el infractor no sea reincidente.

No sólo debemos fijarnos en el tipo de hecho ilícito para determinar si debe o no haber un procedimiento de mediación sino que es imprescindible, a nuestro juicio, que tanto el autor como la víctima estén perfectamente individualizados, que consientan libremente su participación en un procedimiento de estas características y que garanticemos el principio de igualdad.

DECIMOTERCERA

Nuestra legislación sólo hace dos menciones a la mediación penal, una de ellas en materia de menores para permitirla y otra, en materia de violencia de género para prohibirla. En el resto de supuestos nos encontramos ante una situación de “alegalidad” puesto que ni se permite, ni se prohíbe.

Consideramos adecuada la prohibición que nuestro legislador realiza a acudir a la mediación en los supuestos de violencia de género, puesto que creemos que en estos supuestos no es posible garantizar la igualdad entre las partes debido a la dependencia psicológica que caracteriza este tipo de violencia de la mujer sobre su pareja.

A pesar de la falta de regulación de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico, ésta se está aplicando en algunos de nuestros Juzgados. Tal y como hemos señalado, nos encontramos ante una situación de “alegalidad”, sin embargo, a nuestro juicio, dichas remisiones a mediación se encuentran en una situación de ilegalidad, puesto que nuestra legislación no permite al Ministerio Fiscal suspender las actuaciones mientras se desarrolla la mediación.

DECIMOCUARTA

Creemos que la mediación penal debe configurarse como una atenuante cualificada y que la misma se contenga en el art. 21 del CP, por tanto, que la mediación se desarrolle en el proceso y no al margen del mismo, porque no olvidemos que el Estado ostenta el *ius puniendi* y no pueden desarrollarse este tipo de actuaciones de forma privada por los particulares.

Consideramos que debe reformarse el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dar cabida a la mediación bajo estos auspicios y que es necesario una regulación pormenorizada de cómo debe desarrollarse esa mediación teniendo en cuenta para qué supuestos, bajo qué presupuestos, cuáles deben los principios que la rijan y así, que el acuerdo adoptado adquiera efectos jurídicos bajo la modalidad de atenuante cualificada o en los supuestos más leves con la sustitución de penas privativas.

Marta Pelayo Lavín

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, A., “El abogado y la mediación como fórmula de gestión de conflictos”, *Abogados de Familia*, N° 44, *La Ley*, Primer Trimestre 2007.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, A., *Estudios diversos de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona, 1985.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Revista de Derecho Procesal iberoamericana*, 1972, pp. 480-482.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribuciones al estudio de los fines del proceso*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimpresión, 2000.

ALMAGRO NOSETE, J., “Alternativas al proceso jurisdiccional”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1489/1988.

ÁLVAREZ MORENO, M.T., “La mediación empresarial”, *Revista de Derecho Privado*, 2000, pp. 957-986.

ÁLVAREZ MORENO, M.T., “La mediación en asuntos civiles y mercantiles. Algunas cuestiones suscitadas al hilo de la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2004, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista del Poder Judicial*, n° 77, 2005, pp. 243-304.

ÁLVAREZ RAMOS, F., “Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de responsabilidad penal de los menores”, *Zerbitzuan*, Revista de Servicios Sociales, nº 39, 2001, pp. 19-28.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “Aproximación a la mediación prejudicial que viene”, *Diario La Ley*, Nº 7088, enero 2009.

ÁLVAREZ TRONGÉ, M., “Una nueva forma de resolver los conflictos: la mediación. Datos de experiencias internacionales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, 2006, pp. 261-265.

ANDRÉS CIURANA, B., “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12-2005, pp. 60-69.

ARÍAS RODRÍGUEZ, J.M., “Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Poder Judicial*, nº 88, p. 136.

BANNENBERG, B., RÖSSNER, D., “New developments in restorative justice to andel family violence”, in Weitekamp, E., Kerner, H.-J. (eds.), *Restorative Justice in context. International practice and directions*, Cullompton, Willan, 2003, pp. 51-79.

BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos “Alternative dispute resolution” (ADR) y derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BARONA VILAR, S., “Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa”, *Revista de Derecho Penal, Lex Nova*, nº 26, enero 2009, pp. 11-53.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., *Filosofía del Derecho. Fundamentos y Proyecciones de la Filosofía Jurídica*, Porrúa, México, 2001, pp. 705.

BASTARD/CARDIA-VÒNECHE, *Le divorce autrement: la médiation familiale*, Syros-Alternatives, Paris, 1990, pp. 50 y sigu.

BELLOSO MARTÍN, N., “Una propuesta de código ético de los mediadores”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2007, pp. 1-10.

BELLOSO MARTÍN, N., “Un paso más hacia la desjudicialización. La Directiva europea 52/2008/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista Electrónica de Direito Processual, Revista Semestral da Pós-Graduacao Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade Estadual de Rio de Janeiro – UERJ*, 2ª ed., Ano 2, Río de Janeiro, enero-diciembre de 2008, pp. 257-291.

BERNAL SAMPER, T., *La Mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Colex, Madrid, 1998.

BOBBIO, N., *El tercero ausente*, Madrid, Ed. Cátedra, 1997, p. 211.

BOLAÑOS CARTUJO, I., “Mediación familiar en contextos judiciales”, en *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Poyatos García, A. (coord.) Publicaciones de la Universidad de Valencia, Nau llibres, Valencia, 2003.

BOLAÑOS CARTUJO, I., “El mediador familiar”, en *Mediación y orientación familiar*, vol. II, (coord., J. H. BOUCHÉ PERIS y F.L HIDALGO MENA,), Dykinson, Madrid, 2004, p. 166

BOLAÑOS CARTUJO, I., *Hijos alineados y padres alienados. Mediación familiar en rupturas conflictivas*, Ed. Reus, Madrid, 2008.

BONAFE SCHMITT, J.P., “El Estado y las alternativas a la Justicia”, AAVV, *Encuentros internacionales sobre justicia alternativa*, Dirección de consumo del Gobierno Vasco, Gasteiz, 1989.

BOUCHE PERIS, J. H., e HIDALGO MENA, F.L, *Mediación y orientación familiar*, Dykinson, Madrid, 2004.

BOVINO, A., “La composición como reparación en los delitos de agresión sexual”, en *Derecho, Proceso Penal y Victimología*, (dir. REYNA, L.M.), Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2003, p. 265.

BROWN, H., y MARRIOT, A.L., *ADR. Principles and practice*, Londres, 1999.

BUENO DE MATA, F., “Mediación online: ¿La mediación del futuro?”, en *La mediación en materia de familia y derecho penal. Estudios y análisis*, (MARTÍN DIZ, F., coord.), Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

BUJOSA VADELL, L. M., “Arbitraje de consumo”, en *Derechos de los consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

BUTRÓN BALIÑA, P., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, págs. 197-204;

CALAMANDREI, P., *Demasiados abogados*, Ed. Ejea, Argentina, 1960, p. 53.

CALVO SÁNCHEZ, M.C., “El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

CALVO SAN JOSE, M.J., “La mediación como mecanismo extrajudicial de conflictos familiares”; en *Introducción al derecho del arbitraje y mediación*, (coord. M. S. Velarde Aramayo), Ratio Legis, Salamanca, 2006.

CAMPO IZQUIERDO, A.L., “La mediación familiar como complemento del proceso judicial de familia: análisis comparativo de las distintas leyes de mediación familiar”, *Revista de Derecho de Familia*, 26/2005, p. 279-304.

CAMPO IZQUIERDO, A.L., “Mediación familiar. Estudio comparativo de la legislación nacional y autonómica”, *Actualidad civil*, N° 14, 2010.

CARCELLER FABREGAT, F., “El Secretario Judicial ante la mediación penal”, *Unión Progresista de Secretarios Judiciales*, enero 2008.

CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto processuale civile*, tomo I, 1936, núm. 14, p. 55.

CARNELUTTI, F., *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Bibliográfica argentina, 1961.

CARNELUTTI, F., *Las miserias del proceso penal*, Monografías jurídicas, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 49.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., “La mediación penal en España”, en *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010, p. 239.

CASADO ROMÁN, J., “La mediación civil y mercantil en el ámbito del Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, 8 de junio de 2010.

CASO SEÑAL, M., “Mediación. Signo distintivo de Europa”, *Diario La Ley*, NB: 7046, Sección Tribuna, 31 Oct. 2008, Año XXIX, Ref. D-310.

CASTAÑO GIRALDO, J. I., “Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: La mediación un mecanismo adecuado de tratamiento de conflictos”, en *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?*, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, 2007, p. 62.

CERDÀ HERRERO, M., y GIRÓ PARÍS, R.M., “Mediación comunitaria. Una experiencia de mediación ciudadana”, en *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, (coord. POYATOS GARCÍA, A.), Nau Llibres, Universidad de Valencia, 2003, p.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989, p. 290 y 291.

CUCARELLA GALIANA, L. A., “Consideraciones procesales en torno a la mediación familiar”, *Anuario 2003*, nº 4, pp. 231-250.

CUÉLLAR OTÓN, P., y HERNÁNDEZ RAMOS, C., “La experiencia en mediación penal de la Audiencia Provincial de Alicante”, *La Ley Penal*, nº 56, enero 2009, p. 99.

CHAVARIÑO LARAÑO, J., “La mediación con nuestra actual LECr. la figura del Fiscal y la mediación en el futuro”, Jornadas Transfronterizas. La Mediación Penal: un modelo de justicia restaurativa, Donosita-San Sebastián, 31 de enero de 2008.

DAHAN, J., y THEAULT, M., “La mediación familiar: su inserción en Europa”, *Infancia y Sociedad*, nº 16, 1992.

DAMIÁN MORENO, J., “Mediación, sí y justicia para todos”, *Diario La Ley*, Nº 6644, Año XXVIII, 5 Feb. 2007, Ref. D-31.

DAPENA, J., y MARTÍN, J., “La mediación penal juvenil en España, con especial referencia a la experiencia desarrollada en Cataluña”, Barcelona, Dirección General de Medidas Penales alternativas de justicia juvenil, 1998.

DE ELENA MURILLO, V., “La mediación penal y familiar”, Centro Estudios Jurídicos, 2009, <http://www.cej.justicia.es/>

DE DIEGO DÍEZ, L.A., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 195-201.

DE DIEGO VALLEJO, R., y GUILLÉN GESTOSO, C., *Mediación: proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2006.

DE JORGE MESAS, L.F., “La mediación en el proceso penal español. Experiencias en la jurisdicción penal ordinaria”, Sevilla. *Apuntes de Psicología*. Vol. 18. Nº 2-3. 2000.

DE LEÓN ARCE, A., (coord.), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

DELGADO MARTÍN, J., “La mediación de la justicia de menores. Una experiencia positiva: Cataluña”, *Actualidad Penal*, 1998.

DEL POZO PÉREZ, M., “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?” en *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Andavira, Santiago de Compostela, 2010.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *Diario La Ley*, nº 6520, 6 de julio de 2006.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, D., y GARCÍA GALLARDO, R., “Aprobación de la Directiva sobre mediación”, *Derecho de los Negocios*, nº 213, Editorial La Ley.

ENTELMAN, R., “El litigio”, *Revista Libra n° 3*, Argentina, 1993.

ENTELMAN, R., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 53.

ESCRIVÁ-IVARS, J., *Matrimonio y mediación familiar*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 2001, p. 102.

ESPÍN ALBA, I., “Mediación familiar: Reflexiones al hilo de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar en Galicia”, *Revista Xurídica Galega*, nº 32, 2001, pp. 295-316.

ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

FAJARDO MARTOS, P., “Estrategia y mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la mediación”, en *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* (dir. Gonzalo Quiroga, M.), Universidad Rey Juan Carlos, 2006.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “El nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria en el Anteproyecto de Ley de octubre de 2005. De la tutela de relaciones jurídicas privadas a la protección de intereses generales, públicos o sociales”, *Diario La Ley*, Nº 6500, Año XXVII, 8 de Jun. 2006, Ref. D-141.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “Resolución extrajudicial de conflictos on line: Una nueva posibilidad para la defensa del consumidor”, *Práctica de Tribunales*, Nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010, Editorial LA LEY.

FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, 2005.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Crisis de la justicia y tutela judicial efectiva”, en *Introducción al Derecho del arbitraje y mediación*, Salamanca, Ratio Legis, 2006.

FOLBERG, J., *Resolving Disputes*, Edit Unniversity of Sant Francisco School of Law, 1999.

FREUND, J., *Sociología del conflicto*, Madrid, Ediciones Ejército, 1995, p. 58.

GALEOTE MUÑOZ, M.P., “La necesidad de un método profesional de mediación. La importancia de la intervención del abogado en este proceso”, *IE Working Paper Derecho*, WPED05-04, abril 2005

GARCÍA GARCÍA, L., *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003, 235 p.

GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M.P., y SÁNCHEZ URIOS A., “La mediación como forma de respuesta a los conflictos familiares”, *Portularia 4*, 2004.

GARCÍA PRESAS, I., “El procedimiento de la mediación familiar”, *Actualidad Civil*, Nº 8, Quincena del 16 al 30 de abril de 2009, tomo 1, Editorial La ley.

GARCÍA QUINTANA, A., “Aproximación a un concepto de empresa familiar”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 43, 1998.

GARCÍA VILLALUENGA, L., *La mediación familiar en sede de adopción*, Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Febrero, 2005.

GARCÍA VILLALUENGA, L., *Situación de la mediación familiar en España: detección de necesidades, desafíos pendientes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administración y Publicaciones, D.L. Madrid, 2007.

GARCÍA VILLALUEGA, L., “La mediación familiar. Introducción a la mediación civil (especial referencia a la mediación familiar)”, Centro de Estudios Jurídicos, Publicaciones, 2008, SJ.

GIMÉNEZ, C., *El corazón de Madrid. El Servicio de Mediación Social Intercultural. SEMSI*. Madrid, Ayuntamiento de Madrid, Área de Servicios Sociales, 2002, p. 66.

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho penal procesal*, 3ª edición, Madrid, Colex, 1999.

GIRÓ PARIS, J., “La justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa”, en *Mediación y resolución de conflictos, Revista de Educación Social e Intervención socioeducativa*, n° 8, Editorial Institut de la Fundació Pere Tarres, 1998, p. 19.

GOLDSHMIDT, W., *La ciencia de la Justicia (Dikelogia)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, p. 104.

GÓMEZ COLOMER. J.L, (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicac Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, Server de Comunicació i Publicacions, D.L. 2007.

GÓMEZ FONTANIL, Y., FERNÁNDEZ VALDIVIA, M.T., y EZAMA GARCÍA-CIAÑO, E., “Los abogados ante la mediación. Un estudio exploratorio en el Principado de Asturias”, *Anuario de Psicología Jurídica*, n° 7, 1997, pp. 121 a 149.

GONZÁLEZ CANO, M.I., “Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores”, en *Tribunales de Justicia 2000* n°7, pp. 827-844.

GONZÁLEZ CANO, M.I., “La mediación penal en España”, en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, (directora BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, 2010.

GONZALO QUIROGA, M. (dir.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2006.

GORDILLO SANTANA, L.F., “El proyecto piloto de mediación penal en la Comunidad Autónoma de La Rioja” en *La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia. Análisis y evaluación de la experiencia piloto de la Comunidad de La Rioja.*”

GORDILLO SANTANA, L.F., *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Iustel, 2007.

GUARDIOLA LAGO, M.J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “La mediación familiar: panacea cuestionable”, *Revista de Derecho Familia*, nº6, Lex Nova, 2000.

GUTIÉRREZ SANZ, M.R., “La oralidad en las técnicas de gestión de conflictos utilizadas por el juez en la audiencia previa”, en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente. Tomo II. Comunicaciones*, Universitat de Valencia, 2008, p. 396.

HAYNES, J.M., *Divorce mediation. A practical guide for therapists and counselors*, Nueva York, Springer, 1981.

HAYNES, J.M., *Fundamentos de la Mediación Familiar (Manual Práctico para mediadores)*, Gaia, 2000, 174 p.

HEREDIA PUENTE, M., “Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, nº 7527, 7 de octubre de 2009.

HERNANZ CANO, L., “Nuevos horizontes a la justicia de mediación”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-198, tomo 6.

HINOJAL LÓPEZ, S., “Los menores ante la mediación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 5, 2005, pp. 147-182.

IBÁÑEZ VALVERDE, V.J., “Mediación familiar intrajudicial”, *Papeles del Psicólogo*, nº 73, junio 1999.

IBOLEÓN SALMERÓN, B., “Arbitraje y divorcio”, *Diario La Ley*, Nº 6774, Año XXVIII, 7 de Septiembre de 2007, Ref. D-189.

KERN, E. *Der gesetzliche Richter*, Berlín 1927, p. 111.

KILCHLING, M., “Restorative Justice Developments in Germany” in *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provisions in European Countries*, Frankfurt, 2008.

LANDETE CASA, J., “Aspectos generales sobre la mediación y el mediador”, *Revista de Práctica Jurídica*, nº 2, mayo-agosto 1999.

LARRAURI PIJOÁN, E., “Tendencias actuales de la justicia restauradora”, en *Serta. In memoriam A. Baratta*, (Pérez Álvarez, Ed.), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 443.

LASHERAS HERRERO, P., “Mediación familiar intraprocesal: respuesta a los interrogantes planteados tras la reforma de los procesos matrimoniales de 2005”, *REDUR* 5, diciembre 2007.

LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-08, p. 08:1-08:23.

LETE ACHIRICA, C., “La noción de empresa familiar y sus implicaciones fiscales”, *Revista Quincena Fiscal*, nº 9, 1999.

LORCA NAVARRETE, A.M., *La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley del Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005.

LUQUIN BERGARECHE, R., “Acerca de la necesidad de una Ley estatal de Mediación Familiar en España”, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 3/2006 (Artículo), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006

LUQUIN BERGARECHE, R., *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson Civitas, Navarra, 2007.

LUQUIN BERGARECHE, R., “Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares”, en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, 136-2007, p. 45.

MACKAY, R.E., “Ethics and good practice in Restorative Justice”, en *Victim-offender mediation in Europe, making Restorative Justice Work*, Leuven University Press, 2000.

MAGRO SERVET, V., “La mediación familiar”, *Práctica de Tribunales*, Nº 3, 2005, Editorial La Ley.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La mediación penal”, *Diario La Ley*, nº 6900, 10 de marzo de 2008.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, *Diario La Ley*, nº 7232, 2 septiembre de 2009.

MARCOS FRANCISCO, D., “Las Alternative Dispute Resolution en el Proyecto de Ley del Código de Consumo de Cataluña”, *Revista General de Derecho Procesal* 22, 2010.

MARÍN GÁMEZ, J.A., “Aproximación a la problemática jurídico-constitucional del arbitraje”, *Derecho privado y Constitución*, nº 16, 2002, pp. 223-258.

MARLOW, L., *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del derecho*, Ediciones Granica, 1999, p. 33-34.

MARTÍN DIZ, F., “Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias”, *Diario La Ley*, Nº 6480, Año XXVII, 11 de mayo de 2006.

MARTÍN DIZ, F., “Claves para el éxito de la mediación como sistema alternativo de administración de justicia”, Ref. revista: newsletter 2/2010. Gabinete para a resolução alternativa de litígios (GRAL). Ministerio de Justicia. 2010, Edición electrónica. www.gral.mj.pt/newsletter, Lisboa.

MARTÍN DIZ, F., *La Mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Premio Rafael Martínez Emperador 2009, CGPJ, 2010.

MARTÍN DIZ, F., “Mediación y víctima menor de edad: ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal”, en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (coords. ARMENTA DEU, T., y OROMÍ VALL-LLOVERA, S.), Colex, Madrid, 2010, p. 316.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., (director), *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, D.L. Madrid, 2008. 367 p.

MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B., *Mediación y resolución de conflictos*, Paidós, México, 1999, p. 36.

MATA DE ANTONIO, J.M., “La mediación familiar ante las formas familiares atípicas”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, marzo 2004, pp. 85-126.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., “Mediación Familiar” en *Mediación y Protección de Menores en Derecho de Familia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Escuela Judicial, V, 2005.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, 2010.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

MONTALBÁN HUERTAS, I., “La mediación en los procesos matrimoniales”, *Práctica de Tribunales*, Nº 13, febrero de 2005, Editorial La Ley.

MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª edición, Madrid, 1979.

MOORE, Ch., *El proceso de mediación. Métodos y prácticas para la resolución de conflictos*, Granica, Buenos Aires, 1993

MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, v., GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, 2000.

MORENO MÉNDEZ, R.S., “La Mediación Familiar y el Centro de Familia de Tenerife”, en *La Mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, D.L., 2005.

MORILLAS JARILLO, M. J., “Legislación: Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Derecho de los Negocios*, Nº 214, Julio 2008, Editorial La Ley.

MUÑOZ GARCÍA, C., “Aspectos jurídicos de la mediación familiar”, *Revista de Derecho Privado*, 3/2003, p. 257-278.

NAVAS NAVARRO, S., “La mediación familiar en el Derecho autonómico” en *Libro homenaje al Profesor Manuel Alvadalejo García, vol.2.* (coords. GONZÁLEZ PORRAS, J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.), 2004, pp. 3501-3520.

OLAVARRÍA IGLESIA, T., “El Ministerio Fiscal en los procesos de mediación penal”, http://www.cej.justicia.es/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/MEDIACION_PENAL_Cej_PONENCIA.pdf.

ORDEÑANA GERUZAGA, I., “La mediación de consumo: la alternativa a la alternativa”, *Diario La Ley*, 9 de junio de 2010.

ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., “La mediación penal en las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos”, *La Ley Penal*, nº 44, diciembre 2007.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19 de abril de 2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas”, en *Iuris-La Ley*, nº 77, noviembre de 2003, pp. 42 a 48.

ORTUÑO MUÑOZ, P., “El proyecto de Directiva europea sobre mediación”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 5, 2005, págs. 249-272.

ORTUÑO MUÑOZ, P., y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, *Documentos de Trabajo n° 110*, 2007.

OVALLE FAVELA, J., *Teoría general del proceso*, 4ª ed, México, Oxford University Press, 1998, p. 26.

PAPINI, G., “El Tribunal Electrónico”, en *El Libro Negro*. Editorial Porrúa, México, 1990.

PARKINSON, L., *Mediación familiar: teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Publicaciones Barcelona: Gedisa, 2005, 348 p.

PASTOR PRIETO, S., y VARGAS PÉREZ, C., “El coste de la justicia: datos y un poco de análisis”, en *El coste de la justicia*, Cuadernos de Derecho Judicial, XV-2001, p. 44.

PEÑASCO VELASCO, R., “El mediador familiar en el Derecho Civil contemporáneo”, *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil* n° 50, año 2003.

PERDIGUERO BAUTISTA, E., “Mediación, Conciliación y Arbitraje en el Derecho Laboral”, en *Arbitraje, Mediación, Conciliación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

PÉREZ CONESA, C., “La mediación familiar ante las crisis matrimoniales”, *Aranzadi Civil*, núm. 11/2004, Pamplona, 2004.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.; SEOANE SPIGELBERG, J.L.; *Derecho Procesal Civil I*, Santiago de Compostela, 2007.

PÉREZ GIMÉNEZ, M.T., “La mediación familiar: perspectiva contractual”, *Aranzadi Civil*, núm 22/2006, Pamplona, 2006.

PÉREZ GINÉS, C.A., “La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección de difícil control y cumplimiento)”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y penitenciario*, nº 71, 2010, p. 56 y sigu.

PÉREZ MARTELL, R., *El proceso del menor*, Elcano, 2002, pp. 237.

PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la administración de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.

PÉREZ-SALAZAR RESANO, M.C., y RÍOS MARTÍN, J.C., (directores), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

PERIS RIERA, J.M., “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-46.

PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, 1997, Barcelona, p. 156.

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003.

PRATS ALBENTOSA, L., “La nueva regulación europea de la mediación”, *Diario La Ley*, nº 6958, Sección Actualidad Legislativa Comentada, Jun. 2008, Año XXIX.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, Barcelona, 2005.

REQUENA, M., “La mediación familiar en el ámbito del Consejo de Europa”, *Anuario de Psicología Jurídica*, volumen 9, 1999, pp. 173-187.

RÍOS MARTÍN, J.C., *Los menores en el Derecho español* (coord. LÁZARO GONZÁLEZ), Madrid, 2002, p. 499.

RÍOS MARTÍN, J.C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., BIBIANO GUILLÉN, A., y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, Madrid, 2008.

RIPOL-MILLET, A., “La evolución de los modelos de mediación familiar nos permiten considerar a esta disciplina como un nuevo contexto de cambio en el trabajo psicosocial con familias”, *Actas I Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, octubre de 1999.

RIPOL-MILLET, A., *Familias, trabajo social y mediación*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2001.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M., (directores), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, 2010.

ROLDÁN BARBERO, H., “La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar”, *Revista penal*, nº 11, enero 2003, pp. 118-137.

ROMERO NAVARRO, F., (compilador), *La mediación una visión plural: diversos campos de aplicación*, [Las Palmas de Gran Canaria]: Viceconsejería de Justicia y Seguridad, Gobierno de Canarias, D.L. 2005, 458 p.

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*, nº 40, 2002, pp. 31-54.

RÖSSNER, D., *La mediación penal*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1999. 144 p.

ROSS, W., “Solución de conflictos laborales”, en *Enciclopedia de las Ciencias Sociales*. Aguilar, Madrid, 1977, Tomo X.

ROXIN, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en *De los delitos y de las víctimas*, (coord. J. MAIER), Ad-hoc, Buenos Aires, 2001, p. 140.

RUIZ-JARABO COLOMER, D., “El derecho del inculpado a no declarar y a no decir la verdad”, *Poder Judicial*, nº 6, marzo 1983.

RUIZ MARÍN, M.J., (directora), *Mediación y protección de menores en derecho de familia*, Consejo General del Poder Judicial, D.L., Madrid, 2005.

RUIZ VADILLO, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en “Jornadas sobre la Justicia penal en España”, Madrid, 24-27 de marzo de 1987. 3ª ponencia, Publ. por “Poder Judicial”, número especial II, p. 68.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C., (coordinadora), *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.

SÁEZ VALCÁRCEL, R. y ORTUÑO MUÑOZ, P., (directores), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2007.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., “La mediación penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 62, nº 2062, 2008, p. 6.

SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “La víctima menor de edad en la mediación” en *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (coords. ARMENTA DEU, T., y OROMÍ VALL-LLOVERA, S.), *Colex*, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ-PRIETO, A., “¿Acaso no soy también mediador familiar?”, *SEPIN Revista*, noviembre de 2004, nº 38, Familia.

SASTRE PELÁEZ, J.A., “Principios generales y definición de la mediación familiar: Su reflejo en la legislación autonómica”, *Diario La Ley*, nº 5478, Año XXII, 8 de febrero de 2002, Ref. D-43, Tomo II.

SERRANO, G., LOPES, C., RODRÍGUEZ D., y MIRÓN L., “Características de los mediadores y éxito de la mediación”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 16, 2006, pp. 75-88.

SILVESTRI, E., “Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias”, *Jueces para la Democracia*, nº 37, 2000, pp. 47-55.

SINGER LINDA, R., *Resolución de conflictos*, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, 1996, p. 51.

SOLETO MUÑOZ, H., “La conciliación: una nueva función del Secretario Judicial.”
http://www.cej.justicia.es/pdf/nueva_oficina_judicial/mediacion_y_conciliacion/CONCILIACION_PARA_SECRETARIOS.pdf

SORIA VERDE, M.A., VILLAGRASA, C., y ARMADANS, I., (coordinadores), *Mediación familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*, Bosch, Barcelona, 2008.

STEELE GARZA, J.G. y GORJÓN GÓMEZ, F.J., *Métodos alternativos de solución de conflictos*, 1ª ed, México DF, Oxford University Press, 2008, p. 18.

SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós Mediación, nº 4, Buenos Aires, 1996, pp. 53-55.

TAMAYO HAYA, S., “La mediación familiar desde una perspectiva comparada”, en *Estudios de derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2009.

TARUFFO M., *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, p.105.

TEJEDOR HUERTA, A., “Intervención ante el síndrome de alienación parental”, *Anuario de Psicología Jurídica*, Volumen 17, 2007, pp. 79-89.

THOENNES, N., “Mediation and domestic violence: current policies and practices. Special Issue. Domestic violence”, *Family & Conciliation courts Review*, vol. 33, pp. 6-29.

TORRERO MUÑOZ, M., *Las crisis familiares en la jurisprudencia: criterios para una mediación familiar: doctrina sistematizada*, Editorial Práctica de Derecho, D.L. Valencia, 1999. 184 p.

TORRERO MUÑOZ, M., “La mediación familiar: una alternativa a la resolución de los conflictos familiares”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 2000, pág. 857, Diario La Ley.

TOSCANO GIL, F., “La conflictividad judicial del acogimiento de menores: el caso de los niños Iván y Sara”, *Diario La Ley*, nº 6415, 6 de febrero de 2004.

UTRERA GUTIÉRREZ, J.L., “La mediación familiar”, *Revista Baylio*, edición electrónica, p. 14.

VALDÉS DAL-RÉ, F., “Conciliación, mediación y arbitraje en los países de la Unión Europea”, *Relaciones laborales*, Nº 18, Quincena del 23 Sep. al 8 Oct. 2002, Año XVIII, pág. 321, tomo 2, Editorial La Ley.

VALL RIUS, A., “El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española”, *Diario La Ley*, nº 6528, 18 de julio de 2006.

VALLS RIUS, A., “La mediación: realidad y retos de futuro”, *Diario La Ley*, Nº 6954, Sección Tribuna, 27 May. 2008, Año XXIX.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “La mediación como método moderno de gestión del conflicto: expansión desde los EEUU”, en *Estudios de derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, 2009.

VÁZQUEZ PRESENCIO, M.P., “2ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos en el ámbito del derecho de familia. Postura del Fiscal”, en *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, 136-2007, p. 93.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

VIGUER SOLER, L., “Algunas propuestas para la reducción de la litigiosidad y la agilización de los procedimientos”, *Práctica de Tribunales*, año 7, nº 74, septiembre 2010.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., y VALLS RIUS, A., “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-109, tomo 3.

XIOL RÍOS, J. A., “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del TC” en AA.VV., *El Poder Judicial*, DGCont-IEF, Madrid, 1983, vol. I, pp. 26 y sigu.

Marta Pelayo Lavín

ZEHR, H., *The little book of Restorative Justice*, The little books of Justice & Peacebuilding, Ed. Goodbooks, Intercourse, 2002.

LEGISLACIÓN

Comunitaria

- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Nacional

- 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.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Autonómica

- Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado (Cataluña).
- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (Galicia).
- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana
- Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar (Canarias).
- Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (Castilla-La Mancha).
- Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.
- Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar (Asturias).

- Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar (País Vasco).
- Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares.

INFORMES Y DICTÁMENES

- Informe sobre observaciones al Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, en septiembre de 2002.
- Informe anual 2005 y debates en las Cortes Generales, elaborado por el Defensor del Pueblo.
- *La imagen de la justicia en la sociedad española. Noveno barómetro de opinión*, Realizado para el Consejo General del Poder Judicial por Demoscopia S.A., bajo la dirección de José Juan Toharia (julio de 2005).
- Memoria del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2006.
- Conclusiones de las Jornadas del CGPJ celebradas en Barcelona los días 6, 7 y 8 de noviembre del 2006, “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación.”
- Informe “Sistema de mediación familiar y de género”, elaborado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales para el Servicio Nacional de la Mujer y la Fundación de la Familia, Noviembre de 2006.
- Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, (COM (2004)0718 – C6-0154/2004 – 2004/0251(COD)), marzo de 2007.

- Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familiar, elaborado por el CGPJ, mayo 2008.
- Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, elaborado por el CGPJ, mayo 2010.
- Informe al Proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, elaborado por el CGPJ, junio 2010.
- Informe elaborado por Rafael Jiménez Asensio (Universidad Pompeu Fabra), Víctor Moreno Catena (Universidad Carlos III) y Santos Pastor Prieto (Universidad Complutense), por encargo y bajo la supervisión del Departamento de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia sobre “Reflexiones sobre la justicia. Una aportación desde Galicia”, 2009.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03.
- Sentencia TJUE, Sala Segunda, Sentencia de 21 de octubre de 2010, rec. C-205-2009.

Tribunal Constitucional

- STC 102/1984, de 12 de noviembre de 1984.
- STC 289/1993, de 4 de octubre de 1993.

Tribunal Supremo

- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1989.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2693/2005, de 9 de junio de 2008.
- Auto del Tribunal Supremo 372/2005, de 15 de septiembre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Supremo 439/2006, de 20 de octubre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo 75/2007, de 16 de abril de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4455/2009, de 2 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo 4429/2009, de 3 de julio de 2009.
- Auto del Tribunal Supremo 10227/2009, de 7 de septiembre de 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo 604/2009, de 17 de septiembre de 2009.

- Sentencia del Tribunal Supremo, 984/2010, de 5 de marzo de 2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo, 324/2010, de 20 de mayo de 2010.
- Sentencia del Tribunal Supremo 2290/2010, de 20 de julio de 2010.

Tribunal Superior de Justicia

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1º, Sentencia de 9 de marzo de 2005.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 8 Mar. 2010, rec. 47/2009.

Audiencias Provinciales

- Sentencia de la AP de Málaga 5/2002, de 29 de enero.
- Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 10ª, Sentencia de 30 Dic. 2002, rec. 11/1999.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, Auto de 20 Jun. 2003, rec. 220/2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 27 de mayo de 2004, nº 254/2004.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª, Sentencia de 6 Jun. 2005, rec. 485/2004.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6ª, Sentencia de 21 Nov. 2005, rec. 4491/2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de enero de 2006.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 25 de marzo de 2006.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de abril de 2006.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de mayo de 2006.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7ª, Sentencia de 30 Jun. 2006, rec. 150/2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª). Auto núm. 26/2006 de 17 mayo.
- Sentencia de la AP de Barcelona JUR 2004\211563 (Sección 12ª) Sentencia núm. 406/2004 de 28 junio.
- Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 18ª) Sentencia de 17 de octubre de 2003. JUR 2004\3755
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª). Auto núm. 1/2007 de 5 enero. JUR 2007\133416.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24B*, Sentencia de 17 Ene. 2008, rec. 939/2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª). Sentencia núm. 49/2007 de 26 enero. JUR 2007\127650
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 21 Feb. 2007, rec. 455/2006
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª).Sentencia núm. 158/2007 de 5 marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, Sentencia de 8 Jun. 2007, rec. 213/2007
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, Sentencia de 10 Oct. 2007, rec. 4651/2007
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 20 Dic. 2007, rec. 629/2007
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, Auto de 21 Dic. 2007, rec. 385/2007
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de junio de 2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de enero de 2007, nº 63/2007.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de enero de 2007, nº 26/2007.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, Sentencia de 26 May. 2008, rec. 14/2008
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, Sentencia de 31 Jul. 2008, rec. 173/2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia de 13 de octubre de 2008, rec. 3190/2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 9 de mayo de 2008, nº 152/2008.
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª, Auto de 22 Mar. 2010, rec. 1247/2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de junio de 2010, nº 151/2010.

Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Nules, Sentencia de 30 Dic. 2005, proc. 419/2004
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de 17 de marzo de 2008.